

PERELMAN ET KELSEN

Norberto Bobbio et traduction et introduction d' Alain Melcer

Presses Universitaires de France | « Droits »

2001/1 n° 33 | pages 165 à 180

ISSN 0766-3838

ISBN 9782130523147

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-droits-2001-1-page-165.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Peu de commentateurs ont prêté attention au dialogue de Chaïm Perelman et de Hans Kelsen. Sans doute n'est-ce là qu'un effet de l'indifférence générale des philosophes pour l'auteur du Traité de l'argumentation. Il est, en revanche, plus surprenant que les études kelseniennes l'aient aussi ignoré. Le premier mérite de l'article de Norberto Bobbio, « Perelman et Kelsen », dont nous proposons ici une traduction, est de faire exception à cette méconnaissance. Prenant principalement appui sur un texte de Kelsen intitulé Justice et droit naturel¹, et sur l'article de Perelman « L'idée de justice dans ses rapports avec la morale, le droit et la philosophie »², Bobbio révèle le lien étroit qui s'est noué entre les deux penseurs. Tout lecteur de l'œuvre perelmanienne pourra juger par lui-même de la place importante qu'y tient la critique du « normativisme »³. Mais c'est à Bobbio qu'il devra de savoir que la réciproque n'est pas moins vraie : Kelsen n'a jamais cessé, selon lui, de prendre au sérieux les objections de Perelman, ni de s'intéresser à sa théorie de l'argumentation. On manquerait, cependant, l'intention philosophique du texte qui suit, si on le limitait au rétablissement d'une vérité historique. En installant le débat des deux auteurs sur le terrain de l'épistémologie du raisonnement normatif, Bobbio permet de couper court aux préjugés tenaces dont leurs pensées ont fait l'objet (jusque dans le regard qu'ils portaient l'un sur l'autre) : que l'on tienne l'analyse rhétorique du discours argumentatif pour une logique sophistique ; ou que l'on réduise le « normativisme » à une version systématisée du positivisme juridique. Car ces deux préjugés s'estompent du même coup, aussitôt rappelé l'enjeu du débat : le droit relève-t-il de la raison pratique ? De même, en effet que le Traité de l'argumentation perd une grande partie de son sens à être détaché de son arrière-fond juridique et moral, de même la Théorie pure du droit ne peut faire abstraction des problèmes logiques posés par l'exercice du raisonnement normatif. La question est de savoir si ce dernier ressortit à la logique spécifique, inspirée d'Aristote, que Perelman a repensée sous le nom de « Nouvelle Rhétorique » : logique de la persuasion, contextuellement liée, dont les normes de validité dépendent du jugement réflé-

1. Ce texte, considéré par Bobbio comme « la contribution majeure de l'auteur de la doctrine pure du droit sur le problème de la justice » a été publié dans *Le droit naturel, Annales de philosophie politique*, n° 3, Paris, PUF, 1959.

2. *Revue internationale de philosophie*, 1957, ou *Justice et raison*, chap. IX, Université de Bruxelles, 1963.

3. Nous renvoyons, à ce propos, à l'article de Perelman « La théorie pure du droit et l'argumentation », qu'on peut lire dans *Éthique et droit*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 567 sq. Bobbio fait référence à cet article, dont il rapporte que la première publication sous le titre *Law, State and International Legal Order*, date de 1964, mais il n'en tient pas suffisamment compte dans la discussion qu'il a entreprise.

chissant, et dont Perelman attend qu'elle renouvelle, par-delà la rhétorique antique, la conception moderne de la raison pratique. Il reste qu'en limitant cette question à celle de « la place de la raison dans l'éthique et, en particulier, dans la pratique du juge » (sinon à une « querelle de mots » sur le sens du « logique »), Bobbio ne lui donne pas l'ampleur qu'elle mérite. Il ne s'agit pas seulement d'évaluer la part que le raisonnement prend à la décision judiciaire, mais la mesure selon laquelle le raisonnement juridique, et plus généralement pratique, se plie aux canons de la validité logique. Soucieux de montrer Perelman et Kelsen plus proches l'un de l'autre qu'eux-mêmes ne le croyaient, Bobbio excelle à désigner leurs adversaires communs : le « rationalisme éthique », le « logicisme juridique » et le « jusrationalisme ». Mais peut-on tenir pour accessoire que Kelsen, à la différence de Perelman, se soit refusé à admettre l'autonomie « logique » de la raison pratique, une fois reconnue l'inaptitude de la logique à déduire l'obligatorité des normes juridiques, le Sollen du Sein ? N'est-ce pas ce refus qui motive le « dualisme » kelsénien de la jurisprudence et de la doctrine du droit, dont Bobbio dit, à juste titre, qu'il est le principal objet de la critique pérelmanienne ? Kelsen, en effet, ne nie pas que le juge peut être amené à interpréter la loi pour appliquer la volonté du législateur et contribuer, ainsi, à créer le droit. Mais il ne reconnaît pas d'autre sens que « politique » à ses interprétations, ni a fortiori à celles que le juriste est susceptible de lui proposer, s'il outrepassé son rôle de théoricien du droit, qui est d'ouvrir un champ de « significations possibles », indépendant de la pratique juridictionnelle. Bref, la création du droit relève de la volonté ; sa connaissance, de la raison, théorique s'entend. C'est à propos de l'« effectivité » des normes juridiques que le différend de Perelman et de Kelsen atteint son plus haut degré de complexité : s'ils s'accordent à y reconnaître ce qui les distingue des normes morales, ils s'opposent sur la façon dont ils la comprennent. Pour Kelsen, l'« effectivité » d'une norme juridique coïncide avec la validité procédurale de son application dans le cadre global d'un ordre « dynamique » rigoureusement hiérarchisé. Une norme singulière, fût-elle inapplicable à un cas inédit, demeure donc « valide », aussi longtemps qu'elle n'est pas annulée par une procédure de niveau supérieur posant les conditions de son abrogation. Insistant, au contraire, sur les lacunes et les antinomies du droit établi, et soucieux de tenir l'équilibre entre le « formalisme » procédural de la théorie pure et le « réalisme » de la Common Law, Perelman ne pense pas que le juriste déroge à sa mission en « conseiller » le juge, lorsqu'il doit interpréter la loi de manière à en prévenir les conséquences injustes. C'est pourquoi il inclut dans l'« effectivité » (« effectivita ») des normes juridiques ce qu'on peut, certes, appeler leur « efficacité » (« efficacia »), à condition d'entendre par là leur aptitude à remplir une fonction décisionnelle non seulement nécessaire, mais encore équitable¹. Le dualisme kelsénien des formes logique et procédu-

1. Si l'on se reporte au texte original de Perelman, dont Bobbio fait en l'occurrence mention, on ne trouve pas le terme d'« efficacité », employé par ce dernier. Cf. *La règle de droit*, « Travaux du Centre national de recherche logique », Établissements Émile Bruylant, 1971, p. 316. Les deux « aspects de la règle de droit » que Perelman y distingue sont « sa validité formelle et son effectivité », ou respectivement : la conformité du texte qui l'énonce aux conditions procédurales de sa promulgation et « son applicabilité dans des conditions particulières » (nous soulignons). On voit que Bobbio élargit polémiquement l'usage pérelmanien du terme « effectivité », afin de l'étendre à l'ordre juridique, dans son intégralité.

rale de la validité normative se complique, ainsi, de la prise en compte d'une « validité » de nature éthique : celle-là même que Kelsen exclut de la compétence juridique, quand Perelman n'a de cesse de l'y réintroduire, au nom de l'« effectivité » de l'œuvre judiciaire, ou de la contribution de la jurisprudence à la théorie du droit. En écrivant que « si Kelsen était cohérent avec sa conception de la science idéale, il devrait se limiter à décrire ce que font les juristes », Bobbio atteste qu'il admet la principale objection de Perelman contre Kelsen. Mais un tel effectivisme jurisprudentiel n'est pas assimilable au positivisme juridique. Aussi désapprouvons-nous la façon dont il tire parti de la fonction *ad hominem* de l'argument pérelmanien, pour suggérer qu'une fois allégé d'un « désaccord philosophique » relatif au rapport de la raison et de la volonté (rapidement assimilé à une différence de « mentalités »), le débat se joue sur le terrain positiviste¹. N'est-ce pas oublier que ce désaccord engage le conflit de deux modèles de rationalité – l'un logico-transcendantal, qui amplifie leur dualisme, l'autre délibératif, qui vise à l'atténuer –, au regard desquels la « norme fondamentale » de l'ordre juridique n'a pas le même sens épistémologique : condition a priori de possibilité de la connaissance juridique, d'une part ; présomption de juridicité de l'autre ? En ne posant pas cette question, dont l'examen permettrait de lever les malentendus qui pèsent sur les deux pensées, Bobbio s'arrête au seuil des perspectives fécondes qu'il a lui-même ouvertes. La limite philosophique de l'article qui suit ne tient-elle pas, finalement, au parti pris positiviste de son auteur, où l'on peut, en le résumant, reconnaître Kelsen, mais non Perelman ?

Alain MELCER.

PERELMAN ET KELSEN

1 / Au mois de juin 1957, lors du colloque sur le droit naturel organisé par l'Institut international de philosophie politique, dont le directeur était à l'époque le doyen Georges Davy, Hans Kelsen et Chaïm Perelman se retrouvèrent assis l'un à côté de l'autre. A la différence des autres chercheurs, H. Kelsen et Ch. Perelman traitèrent le thème du droit naturel à partir du problème de la justice. Dans les actes du colloque publiés l'année suivante², la contribution de Kelsen, intitulée « Justice et droit naturel », se présente comme un véritable petit traité sur le problème de la justice. Publié l'année suivante en appendice de la 2^e édition de sa *Reine Rechtslehre*, ce texte constitue la contribution majeure de l'auteur de la doctrine pure du droit sur le problème de la justice. L'essai de Perelman, *L'idée de justice dans ses rapports avec la morale, le droit et la*

1. Perelman a, certes, commencé par souscrire au positivisme logique, mais c'est par sa critique que s'est élaborée la « Nouvelle Rhétorique ». La « règle de justice », où Kelsen ne voyait qu'une règle logique, l'était, en effet, avant d'être conçue comme une règle de pensée qui ouvre l'horizon de l'« auditoire universel ».

2. *Le droit naturel, Annales de philosophie politique*, n° 3, Paris, PUF, 1959. En ce qui concerne les articles de Kelsen et de Perelman, cf. les p. 1-123 et 125-145. Voir également dans ce même numéro mon article « Quelques arguments contre le droit naturel », p. 173-190.

philosophie, publié dans la *Revue internationale de philosophie* en 1957, et inclus dans le recueil *Justice et raison* (1963) sous le titre *Les trois aspects de la justice*, se présente à la fois comme le prolongement et le développement de l'opuscule *De la justice*, édité en 1945¹. Tandis que Kelsen se réfère souvent à l'œuvre de Perelman, celui-ci ignore les travaux de Kelsen qui, en 1953, avait pourtant déjà publié sur le même thème *Was ist Gerechtigkeit* ?

En septembre 1958, Perelman invita Kelsen à l'Université de Louvain pour participer au premier colloque organisé par la toute nouvelle revue *Logique et analyse*, et qui devait traiter du thème de la « Définition du droit » et du « Système juridique ». Kelsen accepta l'invitation, mais ne participa pas en personne au colloque : il envoya sa contribution, « Der Begriff der Rechtsordnung », qui fut publiée dans le numéro du mois d'août 1958 de la revue *Logique et analyse*². Cette même année parut également l'ouvrage fondamental de Perelman, intitulé *Traité de l'argumentation*, écrit en collaboration avec Lucie Olbrechts-Tyteca, dans lequel on trouve une citation de la 1^{re} édition de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen (1934). La thèse selon laquelle le système juridique constitue un *ordre fermé*^{*} y est critiquée, quoique rapidement et de façon simplificatrice, dans le seul but d'illustrer l'ambiguïté du langage commun et la nécessité, où se trouve le juge, de motiver le choix de la signification qu'il attribue à tel ou tel mot du législateur.

C'est seulement quelques années plus tard, à l'occasion d'un hommage rendu à Kelsen, que Perelman énoncera un jugement global sur la théorie pure du droit dans un article intitulé « Law, State and International Legal Order » (The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964) qui sera traduit en français sous le titre « La théorie pure du droit et l'argumentation »³. Cet article constitue sans doute une source essentielle pour comprendre la pensée de Perelman sur Kelsen, dont la critique s'accroît dans ses articles successifs, et en particulier dans *Betrachtungen über die praktische Vernunft* (1966), *Science du droit et jurisprudence* (1969), *Gesetz und Recht* (1983). À l'occasion du centenaire de la naissance de Kelsen, mort en 1973, à plus de 90 ans, Perelman encouragea la publication d'un numéro de la *Revue internationale de philosophie* consacré à Kelsen et le positivisme juridique (n. 138, 1981), où il entreprend, en avant-propos, une brève analyse des limites de la doctrine pure du droit, qu'il identifie à celles du positivisme juridique.

* En français dans le texte.

1. J'ai publié cet essai en italien et la traduction de *De la justice* dans l'ouvrage *La giustizia*, Torino, Giapichelli, 1959. Perelman lui-même me conseilla de le publier en m'écrivant dans une lettre datée du 30 avril 1958 : « En effet cet exposé complet d'une façon que je trouve heureuse les idées contenues dans le volume. » Mes rapports personnels avec Perelman remontent à l'article que j'ai écrit pour présenter *De la justice* au public italien, « Sulla nozione di giustizia », in *Archivio giuridico*, CXLII, 1952, p. 16-33.

1. En l'absence de Kelsen, il m'a été demandé de présenter sa conférence aux participants du congrès. Je pense que cette tâche m'a été confiée parce que, parmi les participants, Perelman me considérait comme le plus orthodoxe des disciples de Kelsen. Ce n'est pas un hasard si, dans le *Traité de l'argumentation* (Paris, PUF, 1958, vol. 1. p. 76), Kelsen et moi sommes associés dans sa critique.

1. Dans l'ouvrage *Droit, morale, et philosophie*, Paris, LGDJ, 1968, p. 95-101.

En ce qui concerne l'attitude de Kelsen vis-à-vis de Perelman, après l'essai de ce dernier sur la justice, il faudra attendre son ouvrage posthume *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), pour découvrir, non sans un certain étonnement, qu'il a fait une lecture attentive, quoique toujours critique, de la *Théorie de l'argumentation*¹. Kelsen, on le sait, consacra à ce travail les dernières années de sa vie, en approfondissant ses connaissances dans le domaine de la logique générale et de la logique juridique avec un enthousiasme juvénile, comme en témoignent les nombreuses et diverses œuvres qu'il cite dans ses notes, lui qui est généralement si avare en références bibliographiques. Outre le *Traité*, Kelsen cite également *The Idea of Justice and the Problem of Argument* (1963) et *Logique formelle, logique juridique* (1960).

Malgré leurs profondes divergences, l'estime et le respect que se portaient ces deux chercheurs ne furent jamais remis en cause. Ainsi, à propos de la théorie de la justice de Perelman, Kelsen parle d'une « excellente analyse des notions les plus courantes de la justice »². Dans son article sur Kelsen, publié dans le recueil qui rend hommage à ce dernier, Perelman le considère comme un « maître incontesté de la science juridique »³. Il est probable que leurs divergences s'accroissent et se précisèrent avec le temps. Si l'on considère les derniers écrits cités des deux auteurs, l'avant-propos de Perelman, qui figure dans le numéro de la *Revue internationale de philosophie* et l'ouvrage posthume de Kelsen, leur désaccord semble radical. Je dis « semble », parce que ce désaccord n'est pas toujours réel, et provient parfois d'une incompréhension réciproque. Finalement, au regard de la doctrine juridique contemporaine, le fondateur de la théorie pure du droit et le rénovateur de la théorie de l'argumentation apparaissent comme les représentants de deux conceptions antithétiques du droit et de la science du droit, et l'objet principal de leur dissension porte sur la « place de la raison » dans le droit, ou d'une façon plus générale, dans la sphère de la pratique.

2 / Dans l'ouvrage qu'il consacre à la justice, l'opposition de Kelsen à Perelman apparaît déjà clairement lorsqu'il traite de la place de la raison dans le droit, même s'il ne critique pas ouvertement l'auteur de *De la justice*, qu'il considère encore comme un modèle, à certains égards. Kelsen est évidemment favorable à l'orientation générale de l'ouvrage de Perelman : autrement dit, il approuve sa tentative de traiter « scientifiquement » (et pour Kelsen « scientifiquement » signifie « non idéologiquement ») le problème de la justice, c'est-à-dire d'« analyser les diverses normes que les hommes, en jugeant une chose juste, présupposent valables, et de le faire de manière objective »⁴, par opposi-

1. Cf. la traduction italienne de cet ouvrage de M. Losano, *Theoria generale delle norme*, Turin, Einaudi, 1985, où, contrairement à l'édition originale, figure un index des noms, qui permet de constater que Perelman est cité dans de nombreux passages et critiqué dans les notes. On trouvera une ébauche rapide sur l'intérêt de Kelsen pour la théorie de l'argumentation dans l'article de K. Opalek, « Überlegungen zu Hans Kelsen "Allgemeiner Theorie der Normen" », Wien, Manzschke Verlags-und-Universitätsbuchhandlung, 1980, p. 17.

2. H. Kelsen, *Justice et droit naturel*, cité p. 12.

3. Ch. Perelman, *La théorie pure du droit et l'argumentation*, op. cit., p. 95.

4. *Ibid.*, p. 12.

tion à tous ceux qui, en posant le problème de la justice, ont fait valoir leurs propres jugements de valeur, pour dicter les normes du juste et de l'injuste qui servent de critères à la distinction des comportements licites ou illicites. Kelsen semble également approuver la méthode adoptée par Perelman, et qui consiste à identifier dans les différentes normes de justice un élément commun, même s'ils aboutissent à une conclusion différente : la sienne étant radicalement sceptique quant à la possibilité de trouver une quelconque formule de justice, qui ne soit ni tautologique ni vide.

Notre propos n'est pas de suivre, pas à pas, la critique des principales formules de la justice à laquelle se livre Kelsen, et qui est, par ailleurs, bien connue. Ce qui nous intéresse, c'est la conclusion de cette analyse, puisque c'est précisément dans cette conclusion que Kelsen se démarque explicitement de Perelman. Ce désaccord concerne essentiellement ce que Perelman a défini comme la « règle de justice » (qu'il reprend dans de nombreux travaux) ou règle de la justice formelle, laquelle constitue la seule règle universelle (universelle parce que formelle) qui, précisément en tant que telle, est commune à toutes les formules particulières, telles que : « à chacun selon son mérite », « à chacun selon son travail », « à chacun selon son rang », etc. Il s'agit de la règle suivant laquelle « les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon ». Si Perelman avait raison, c'est-à-dire s'il était possible de reconnaître dans la prétendue règle de justice une norme de conduite tirée exclusivement d'une analyse empirico-rationnelle, ou « scientifique » au sens kelsénien du terme, la place de la raison dans l'éthique serait garantie, cette place fût-elle réduite à celle d'une assertion dépourvue de contenu concret. Ainsi on pourrait affirmer qu'en partant d'une série de données empiriquement et historiquement vérifiables, relatives aux différentes formules de justice applicables et, de fait, appliquées à divers contextes sociaux, dans des circonstances variées, et en découvrant leur élément commun, on obtiendrait une règle de conduite valable pour tous les contextes et toutes les circonstances.

Or, la critique radicale de toute forme de rationalisme éthique conduit Kelsen à une réfutation pour le moins singulière de la règle de justice. Celui-ci affirme, en effet, que le traitement égal des égaux et inégal des inégaux constitue une exigence, non de la justice, mais de la logique. Autrement dit, le fait que tous les individus ou toutes les actions auxquels une norme se réfère doivent être traités de la manière prévue par cette norme constitue la conséquence de l'existence, dans n'importe quel système normatif, juridique ou moral, de normes générales et abstraites dont elle dérive logiquement (« logiquement », donc indépendamment de tout jugement de valeur) : « Comme *toutes* les normes de justice ont un caractère général et comme toutes les normes de justice prescrivent que les hommes, dans des conditions déterminées, doivent être traités d'une manière déterminée, le principe selon lequel des hommes égaux doivent recevoir un traitement égal est une conséquence logique du caractère général de *toutes* les normes de justice. »¹ Bien entendu, la critique de Kelsen sous-entend que le problème dont les différentes théories de la justice n'ont pas trouvé la solution concerne la définition des critères rationnels sur la base desquels distin-

1. *Ibid.*, p. 55.

guer les égaux des inégaux. Une fois déterminé un critère, pour l'établissement duquel Kelsen, irrationaliste et volontariste, croit que la raison pratique, ou plutôt la raison de son usage pratique, n'est d'aucune utilité, le traitement égal de ceux qui appartiennent à la même catégorie est une conséquence logique. Kelsen applique ce même procédé critique au principe d'égalité devant la loi : lorsque le juge applique la norme générale au cas particulier, il doit traiter le cas particulier selon ce qu'établit la norme, mais cette application conforme « réside dans le caractère correct au point de vue de la logique et n'a rien à voir avec la justice, en particulier avec la justice de l'égalité »¹.

En reprenant, quelques années plus tard, le thème de la règle de justice, Perelman ne fait aucune référence explicite à la critique de Kelsen (même s'il cite certains ouvrages de Kelsen, mais à propos d'un autre sujet). Il est probable toutefois qu'elle lui a permis de préciser sa pensée : c'est particulièrement vrai à propos du rapport de la justice à la « règle de la raison », où l'on voit Perelman expliquer, dans le sillage de Leibniz, qu'en affirmant qu'il n'existe aucune raison susceptible de justifier le traitement inégal de deux êtres égaux, « le traitement juste se présente comme le traitement fondé en raison, car conforme au principe de la raison suffisante »², puis souligner aussitôt que, si la règle de justice semble difficilement discutable, « son champ d'application est extrêmement réduit, si pas entièrement nul »³.

La règle de justice est définie à juste titre comme une règle de justice purement formelle, parce qu'elle établit que les individus *essentiellement* égaux doivent être traités d'une manière égale, mais qu'elle ne précise ni quand deux individus peuvent être considérés comme égaux, ni comment ils doivent être traités. Une fois posées ces deux conditions, la justice d'une norme juridique « se définit, dans ce cas, comme l'application correcte de la loi »⁴.

3 / Mais, quoi qu'il en soit de l'opposition entre Kelsen et Perelman sur le problème de la justice, ce n'est pas là que réside la raison fondamentale de leur querelle. Pour en comprendre l'objet, il faut revenir au problème de la place de la raison dans l'éthique. Ce qui est au centre de l'ouvrage de Kelsen sur la justice, c'est une critique de la raison pratique dans ses principales versions historiques – comme chez Cicéron, saint Thomas et Kant – ou, d'une façon générale, des formes traditionnelles et les mieux accréditées du rationalisme éthique : « Si l'on aborde le problème de la justice d'un point de vue scientifique et rationnel, non métaphysique, et si l'on reconnaît qu'il existe une pluralité d'idéaux de justice, différents et contradictoires, et qu'aucun d'eux n'exclut l'existence possible des autres, alors on ne peut considérer les valeurs de justices constituées par ces idéaux que comme des valeurs relatives. »⁵ Selon Kelsen, la critique de la raison pratique et le relativisme éthique sont étroitement liés. Une fois prouvé le caractère fallacieux de toute forme de rationalisme éthique,

1. *Ibid.*, p. 57.

2. Ch. Perelman, « La règle de justice », in *Justice et raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, p. 225.

3. *Ibid.*, p. 225.

4. *Ibid.*, p. 227.

5. H. Kelsen, *Justice et droit naturel*, cité p. 97.

ou de la prétention de la raison de fonder une éthique démonstrative (*geometrico more demonstrata*), qui constitua pendant longtemps l'idéal de la doctrine du droit naturel moderne, on ne peut, selon Kelsen, qu'admettre l'irrationalité des valeurs. *Tertium non datur*.

Le système kelsénien est rigoureusement et apodictiquement dualiste : il est entièrement construit sur l'opposition entre les faits et les valeurs, entre *Sein* et *Sollen*, entre la sphère de la connaissance, où se meut la raison, et la sphère de la volonté, qui ne lui laisse aucune place : « Nous appelons raison la fonction de connaissance de l'homme. Mais créer des normes, légiférer, n'est pas une fonction de la connaissance... Créer des normes est une fonction de la volonté, non de la connaissance. »¹ D'où la conclusion péremptoire selon laquelle la notion de raison pratique serait une notion « contradictoire », dont l'origine est, non scientifique, mais religieuse et théologique : par définition, la raison n'est pas d'ordre pratique et la pratique ne relève pas de la raison.

Or, c'est précisément ce dualisme que critique Perelman, comme il l'écrit au début de son article sur la théorie de l'argumentation : « La théorie pure du droit se caractérise par un dualisme intransigeant. »² Pour un dualiste, le droit est ou bien raison, ou bien volonté : pour la théorie du droit naturel, il est raison ; pour un positiviste, il est volonté. Le principe dont s'inspire la théorie kelsénienne du droit, qui se présente comme une forme extrême du positivisme juridique, n'est autre que la devise de Hobbes : « *Auctoritas non veritas facit legem*. » La théorie pure du droit, en tant qu'elle constitue la doctrine du positivisme juridique, est fondée sur une conception volontariste du droit. Selon Kelsen, les normes juridiques, quel que soit leur niveau, supérieur ou inférieur, constituent des actes de volonté. Elles ne dérivent pas logiquement les unes des autres, mais découlent de normes qui délèguent des pouvoirs, ou normes d'autorisation. Le système juridique n'est pas statique mais dynamique. Si l'on accepte le dualisme kelsénien, ajoute Perelman, « on doit renoncer à l'illusion de la raison pratique dans tous les domaines, et non seulement en droit »³.

Selon Perelman, entre une conception rationaliste unilatérale, qui superpose au droit un modèle mathématisant incapable de comprendre le caractère fluctuant de la réalité, et une conception volontariste tout aussi unilatérale, qui aboutit à l'affirmation du droit comme pur pouvoir décisionnel, il existe, comme on le sait, une position intermédiaire, qui est représentée par la sphère du raisonnable, c'est-à-dire par la façon dont la raison se comporte dans le monde de la pratique, en suivant une voie, non pas démonstrative, mais argumentative. Si l'on adopte ce point de vue, ce qui sépare Perelman de la théorie pure du droit apparaît au grand jour : l'erreur de Kelsen serait d'avoir adhéré à une théorie de la connaissance qui accorde de la valeur uniquement à un savoir non controversé, et qui néglige totalement le rôle de l'argumentation. Suivant cette théorie de la connaissance, une fois abandonnée la voie du rationalisme éthique, qui n'est plus praticable, il ne reste qu'à se jeter dans les bras du volon-

1. *Ibid.*, p. 83.

2. Ch. Perelman, *La théorie pure et l'argumentation*, *op. cit.*, p. 97.

3. *Ibid.*, p. 97.

tarisme. Le volontarisme se présente comme la conséquence nécessaire d'une théorie de la connaissance qui ne connaît que la raison démonstrative. Il s'agit là d'une erreur pratique qui dérive d'une erreur théorique, et qui ne permet pas de comprendre ce qui se produit réellement dans les tribunaux, où la garantie de l'ordre social, qui est la fonction du droit, s'exerce à travers l'usage de la raison, celle-ci fût-elle conçue au sens faible du terme.

Dans son analyse, Perelman critique indistinctement Kelsen et Ross, et en particulier la première œuvre de Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933), même s'il n'établit pas de rapport direct entre ces deux auteurs. À cette occasion, Perelman rappelle sa thèse centrale selon laquelle, s'il l'on sépare la raison de la pratique et que l'on considère celle-ci uniquement comme un moyen de justifier *a posteriori* des choix irrationnels (il s'agit de la célèbre théorie des « dérivations » de Pareto, exposée dans son *Traité de sociologie générale*, 1916)¹, alors il faut admettre que la vie sociale est exclusivement régie par des rapports de force.

4 / Pour trouver une réponse adéquate à cette critique, il faut lire le dernier chapitre de *l'Allgemeine Theorie der Normen*, c'est-à-dire les dernières pages publiées par Kelsen, intitulées : « Existe-t-il une logique spécifiquement juridique ? » La « logique spécifiquement juridique », à laquelle ces pages se réfèrent, n'est autre que la rhétorique selon Perelman.

Quiconque connaît la théorie kelsénienne de l'interprétation, exposée à maintes reprises, et en particulier dans le dernier chapitre de la 2^e édition de la *Rechtslehre*, ne découvrira rien de vraiment nouveau dans cette critique. Kelsen examine deux arguments typiques utilisés par le juge dans l'application des normes au cas concret, à savoir le raisonnement par analogie et le raisonnement *a maiore ad minus*, et conteste que ces formes de raisonnement aient un quelconque rapport avec la logique. Ces deux arguments ne se fondent pas sur une pure et simple déduction, mais impliquent, en dernière instance, un jugement de valeur subjectif et, comme toute autre forme d'intervention interprétative de la part du juge, sont véritablement créateurs de droit. L'auteur auquel Kelsen se réfère délibérément est Ulrich Klug, avec lequel il avait entretenu une longue et minutieuse correspondance ; mais, dans une note, il prend ouvertement parti contre la théorie de Perelman, dont il cite l'article « Logique formelle, logique juridique », principalement dirigé contre Kalinowski, où Perelman refuse que l'on réduise toute la logique, fût-elle celle des juristes, à la logique formelle, dans les termes suivants : « En voulant réduire la logique à la logique formelle, telle qu'elle se présente dans les raisonnements démonstratifs des mathématiciens, on élabore une discipline d'une beauté et d'une unité indéniables, mais on néglige entièrement la manière dont les hommes raisonnent pour arriver à une décision individuelle ou collective. »²

1. En ce qui concerne le rapport entre la théorie de l'argumentation et la théorie des « dérivations » de Pareto, cf. mon article « Pareto e la teoria dell'argomentazione », in *Revue internationale de philosophie*, LVIII, 1961, p. 376-399. Cette question a été reprise par Perelman dans « Pareto et l'argumentation », in *Uni Lausanne*, n° 37, juin 1983, p. 32-33.

2. Ch. Perelman, « Logique formelle, logique juridique », in *Justice et raison*, cité p. 222.

Selon Kelsen, la question de savoir si l'on peut inclure dans la notion de « logique » les formes d'argumentation des juristes, que Perelman distingue des formes traditionnelles du raisonnement, n'est qu'une querelle de mots : on peut toujours leur attribuer une dénomination commune, la différence substantielle entre ces deux logiques n'est pas pour autant supprimée. Mais Perelman lui-même est loin de le nier. De ce point de vue, c'est-à-dire du point de vue de la reconnaissance de la différence entre le raisonnement logique et l'argumentation juridique, Kelsen et Perelman sont beaucoup plus proches que ne le laissent entendre leurs critiques respectives. Tous deux s'opposent avec la même détermination à des auteurs comme Klug ou Kalinowski, qui ont cherché à remettre à l'honneur la logique formelle dans le domaine du droit. Ils se rejoignent dans leur critique de la logique juridique au sens traditionnel du terme. Or, malgré les fréquentes confusions faites par certains interprètes entre le formalisme de la doctrine pure du droit et le formalisme logique, Kelsen n'a jamais été logiciste, il n'a jamais considéré l'organisation juridique comme un système logique. Comme on le sait, dans ses dernières études sur la logique dans le droit, Kelsen est allé jusqu'au bout de son antilogicisme, en défendant la thèse de la non-applicabilité de la logique des propositions descriptives aux propositions normatives. C'est sans doute ce qui explique l'intérêt qu'il témoigne, dans les dernières années de sa vie, pour la théorie de l'argumentation, qu'il combat sur le même front de l'antilogicisme juridique que la validité du syllogisme normatif : au nom d'une jurisprudence enfin affranchie du préjugé selon lequel le juge ne serait qu'un interprète passif du droit établi.

Pourtant l'opposition entre Kelsen et Perelman n'est pas uniquement terminologique : elle ne dérive pas seulement du fait que le premier considère comme inutile de parler d'une « logique juridique » à propos de l'argumentation, tandis que le second parle parfois d'une logique « spécifique » du droit, pour souligner la même distinction entre démonstration et argumentation. Bien qu'ils ne l'aient pas clairement explicitée, leur opposition réside dans une conception différente de la fonction et de l'importance de cette logique spécifique. Selon Perelman, sa fonction est essentielle et son importance pratique considérable. Selon Kelsen, en revanche, sa fonction est marginale et son importance pratique nulle. Puisque l'interprétation juridique ne peut être considérée comme une activité logique, Kelsen en déduit, fidèle à la méthode dichotomique de la philosophie dualiste, qu'elle est le plus souvent, sinon toujours, un acte de volonté ; puisqu'elle ne consiste pas à déduire des normes juridiques inférieures de normes juridiques supérieures, elle crée toujours de nouvelles normes. Dans son œuvre, Kelsen affirme à maintes reprises que l'interprétation est une création, au même titre que la législation, dont elle ne diffère que parce que les normes qui en émanent ne sont pas générales mais individuelles.

5 / À cette opposition, relative à la place de la raison dans l'éthique et, en particulier, dans la pratique du juge, s'ajoute celle, sur laquelle Perelman revient souvent, qui concerne la nature et la fonction de la science du droit.

Après avoir nettement distingué la sphère de la connaissance de la sphère de la volonté, et avoir admis que les jugements de valeur (qui déterminent la volonté mais ne doivent pas influencer la science), ne se réduisent pas à des jugements de fait (les seuls jugements sur lesquels peut se fonder une connais-

sance scientifique), lesquels, en tant que tels, ne peuvent déterminer un acte de volonté, Kelsen est amené à défendre une conception de la science du droit que Perelman considère précisément comme inadéquate, voire trompeuse : dans la mesure où, pour être appliquée au cas concret, chaque norme doit être interprétée, et puisqu'il n'existe pas de norme qui ne puisse supporter différentes interprétations, le devoir du juriste (qui, en tant que scientifique du droit exerce un rôle différent de celui du juge, doit faire preuve d'une connaissance du droit et ne pas formuler de jugements de valeur qui pourraient influencer la volonté de ce dernier) consiste seulement à extraire du texte examiné toutes ses significations possibles, sans manifester de préférence pour aucune d'entre elles, puis à les proposer à celui qui doit prendre la décision et créer ainsi une nouvelle norme juridique. Dès lors qu'il exprime une préférence pour une signification au détriment d'une autre, le juriste ne fait plus œuvre de science, mais il exerce un rôle différent (et qui par ailleurs ne lui revient pas), à savoir celui d'un homme politique. Selon Kelsen, en vertu des raisons examinées dans le paragraphe précédent, le juriste fait œuvre de politique juridique, même quand il comble une lacune ou résout une antinomie. Dans les deux cas, justement parce que l'élimination d'une lacune ou d'une antinomie ne saurait résulter d'une opération logique, le juriste manque à son devoir, qui est de proposer des alternatives, aussi possibles les unes que les autres, et il se substitue au juge.

Cette vision de la science juridique est particulièrement révélatrice des conséquences auxquelles aboutit un dualisme excessif entre les faits et les valeurs, dualisme que Kelsen n'a jamais renié, et qui apparaît même comme exacerbé dans ses derniers écrits. Ce dualisme, par ailleurs, engendre un paradoxe, qu'il m'est arrivé de souligner dans d'autres circonstances : Kelsen nie que la science, n'importe quelle science, et donc aussi la science du droit, lorsqu'elle veut atteindre le niveau des sciences les plus avancées, puisse avoir une fonction normative. Mais, en ce qui concerne la science du droit, Kelsen attribue à son insu une fonction normative à la métascience du droit, c'est-à-dire à la théorie de la fonction de la science du droit¹. Or, si Kelsen était cohérent avec sa conception de la science idéale, il devrait se limiter à décrire ce que font les juristes. Au contraire, lorsqu'il s'occupe de la science du droit, il exprime ses propres idées sur ce que les juristes devraient faire, en critiquant ce qu'ils font réellement, puisqu'en général aucun juriste ne se limite à exposer les différentes interprétations possibles, mais, après les avoir exposées, défend une interprétation, au détriment d'une autre. Ainsi Kelsen semble renoncer à sa conception de la science idéale, lorsqu'il se place au niveau supérieur de la métascience, laquelle n'est pas descriptive mais prescriptive. Or, en tant que telle, celle-ci est nécessairement entachée d'un soupçon de partialité, puisqu'elle peut exprimer une prise de position idéologique.

Le commentaire de Perelman s'attache essentiellement à cette difficulté. Sa critique, formulée à peu près dans les mêmes termes à différentes reprises, s'inspire d'une conception plus souple de la raison, qui ne la réduit pas à la rai-

1. « Essere e dover essere nelle scienza giuridica », in *Studi per una teoria generale del diritto*, Turin, Giapichelli, 1970, p. 139-173. En traduction anglaise, « *Sein und Sollen in Legal Science* », in *Archiv für Rechts und Socialphilosophie*, LVI, p. 7-29.

son démonstrative, refuse de séparer raison et volonté, et aboutit à une représentation à la fois plus pragmatique et plus réaliste du travail des juristes. Cette représentation conduit l'auteur du traité sur l'argumentation à une analyse qui, en s'appuyant sur de nombreux exemples, évite toute abstraction théorique, ce qui par ailleurs a toujours été l'une des principales caractéristiques de ses travaux, publiés par le Centre national de recherche de logique de Bruxelles. À travers cette analyse, Perelman montre que, dans la pratique, les juristes ne font pas ce que Kelsen voudrait qu'ils fassent, et donc que la théorie kelsénienne de la science du droit donne une image déformée de la réalité, et dans cette mesure n'est pas scientifique. Perelman souligne, en outre, que, contrairement à ce que Kelsen voudrait qu'ils fassent, les juristes « guident » par leurs interprétations, le législateur et le juge, et contribuent ainsi à créer le droit. Il résulte de cette remarque une conclusion d'une ample portée théorique, et qui s'oppose nettement au dualisme kelsénien : loin d'être séparées et enfermées chacune dans leur propre sphère, la doctrine et la jurisprudence collaborent et instaurent un rapport d'échange réciproque et continu, afin de réaliser ce qui constitue le but principal du droit, qui est de satisfaire, dans la mesure du possible, nos besoins de sécurité et d'équité. Pour Perelman, le rôle social du juriste est beaucoup plus important que le rôle « uniquement scientifique » qui lui est attribué par Kelsen : il consiste à préparer et éclairer le travail du juge et de tous ceux qui doivent prendre des décisions, bref à agir comme un « conseiller », et pas seulement comme un commentateur indifférent et détaché¹.

6 / L'opposition entre la volonté et la raison est à la base du conflit séculaire entre théorie du droit naturel et positivisme juridique. Puisque, selon Kelsen, le droit appartient au monde de la volonté, le positivisme juridique a raison, la théorie du droit naturel a tort. Mais la divergence de ces deux auteurs, à propos de la place de la raison dans le droit, traduisait nécessairement la divergence de leurs points de vue sur le droit naturel. En ce qui concerne cette question, Kelsen semble ignorer Perelman, tandis que Perelman n'ignore pas Kelsen.

Perelman, bien sûr, n'est pas jusnaturaliste au sens traditionnel du terme, mais il n'est pas non plus un positiviste intransigeant et radical comme Kelsen. Même confronté à cette célèbre querelle, Perelman propose encore une solution nuancée : il repousse un dualisme trop rigide et tente une médiation entre ces deux théories extrêmes. Pour qui n'accepte pas les conséquences extrêmes du positivisme juridique, Kelsen est indéniablement l'adversaire principal : ainsi, quand il décide de lui consacrer un fascicule de la *Revue internationale de philosophie*, ce n'est pas par hasard que Perelman l'intitule *Kelsen et le positivisme juridique*. Dans son avant-propos, Perelman expose, avec une simplicité et une clarté exemplaires, le point de vue du médiateur : il souligne qu'entre les deux conceptions extrêmes du droit, conçu comme *ars boni et aequi* ou comme système de normes sanctionnées émanant d'un pouvoir souverain, la théorie pure du droit a retenu la seconde. Mais c'est en cela que consisterait son erreur, ou mieux, c'est ici que se révèle son présupposé idéologique non explicité : une théorie du droit qui ne considère l'organisation juridique que comme

1. Ch. Perelman, « Diritto, logica epistemologia », in *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, Parma, Pratiche editrice, 1970, p. 230.

l'expression du pouvoir souverain, et de la force avec laquelle ce pouvoir réussit à l'imposer, fait implicitement prévaloir la sécurité sur l'équité. Or, cette interprétation du droit (car il s'agit bien d'une interprétation) n'est-elle pas en désaccord avec la pratique des tribunaux ? Les juges ne doivent-ils pas adapter les normes juridiques à l'exigence de justice que réclament les citoyens, et cette adaptation n'exige-t-elle pas que les juges cherchent des solutions appropriées aux cas nouveaux, même au-delà des normes établies, pourvu qu'elles soient motivées par des arguments persuasifs ? « La pratique des juges, affirme Perelman, est loin d'avoir suivi la conception positiviste de Kelsen. »

Mais il ne s'agit pas ici de savoir si l'interprétation de Kelsen est correcte. Nous avons vu que, selon Kelsen, les juges créent du droit, et que la différence entre sa conception de la jurisprudence et celle de Perelman réside uniquement dans le rôle plus ou moins grand qu'ils accordent au raisonnement dans le processus préalable à la décision. Ce qui fait de la théorie pure du droit une théorie juridique positiviste, c'est la thèse, d'ailleurs approuvée par Perelman, selon laquelle, dans une société déterminée, le droit est considéré, en dernière instance, comme l'ensemble des normes qui, après avoir été imposées, sont généralement (*im grossen und ganzen*, dirait Kelsen) observées : en un mot, ce qui fait le droit, c'est l'acceptation du principe d'effectivité. Ce que Perelman écrit à propos des deux propriétés de la règle juridique, sa validité et son efficacité, lesquelles sont toutes deux nécessaires à son existence, n'est pas tout à fait exact, et ceci vaut également lorsqu'il prétend que la combinaison de ces deux aspects évite les exagérations, tant de la doctrine pure du droit que du réalisme américain¹. Kelsen ne méconnaît pas l'importance de l'effectivité en tant que principe constitutif du droit positif : ce qui le distingue de Perelman, c'est que, selon lui, l'effectivité constitue le principe constitutif de l'organisation juridique elle-même, et non pas simplement des normes individuelles, considérées séparément : Kelsen n'a pas tort de prétendre qu'une norme individuelle peut très bien continuer à être valide sans être effective, du moins tant qu'elle n'est pas abrogée par une loi ultérieure ou par l'usage, dans le cas où l'organisation juridique admet que l'usage soit abrogatoire.

Dans le même avant-propos du fascicule consacré à Kelsen, Perelman propose que l'on parle du « droit naturel positif » pour désigner la position selon laquelle des principes non contenus dans l'ensemble des normes positives d'une organisation juridique sont invoqués et appliqués pour intégrer, corriger, colmater les règles établies d'une façon autoritaire (que l'autorité soit celle du législateur ou de l'usage). En utilisant l'expression « droit naturel positif », Perelman reprend de toute évidence la théorie développée par son ami et collaborateur Paul Forières² dans un certain nombre de ses ouvrages, et selon

1. Ch. Perelman, « À propos de la règle de droit. Réflexions de méthode », in *La règle de droit*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1971, p. 316.

2. La première mention du « droit naturel positif » se trouve dans l'article « Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique » (1954), qu'on peut lire maintenant dans *La pensée juridique de Paul Forières*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1982, vol. 1, p. 75. Voir surtout « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif » (1963), *ibid.*, p. 411-428. Sur ce thème, cf. L. Ingber, « Paul Forières et le droit naturel », *ibid.*, vol. II, p. 891-905.

laquelle le droit naturel exerce vis-à-vis du droit positif trois fonctions : supplétive, de contrôle et de création. Or, juste après avoir parlé du droit naturel positif, Perelman ajoute que celui-ci contredit le positivisme juridique. Dans ce contexte, il apparaît clairement que, par positivisme juridique, Perelman entend la doctrine de Kelsen. Mais dans quel sens le droit naturel contredit-il le positivisme juridique ? Dans le sens où, parmi les règles que le juge applique, même si c'est dans des cas exceptionnels, certaines ne sont pas établies par l'autorité ; par conséquent elles n'appartiennent pas au droit positif au sens strict du terme. Mais peut-on réellement dire que cette façon de comprendre le droit naturel comme droit naturel positif contredit le positivisme juridique au sens où l'entend Kelsen ? Je crois que Kelsen aurait répondu que rien, absolument rien, n'empêche de concevoir une organisation juridique où, en l'absence de normes juridiques préétablies, le juge est autorisé à déduire de principes moraux ou religieux les règles qu'il doit appliquer pour résoudre les controverses. Il s'agit d'un cas normal d'admission, dans une organisation juridique, de normes relevant d'une autre organisation, admission dont la légitimité repose sur la norme, implicite ou explicite, qui autorise le juge à le faire.

Indépendamment de son opposition, véritable ou présumée, vis-à-vis Kelsen, la théorie du droit naturel positif pose plus de problèmes qu'elle n'en résout, et cela au moins pour deux raisons : on ne comprend pas l'utilité d'appeler droit naturel des principes de conduite qui sont des manifestations courantes de la morale sociale ; ni pourquoi il faudrait corriger le positivisme juridique à seule fin de reconnaître la validité de règles non écrites, ce qu'aucune théorie du droit positif n'a jamais contesté.

Par rapport à l'école du droit naturel, qui est l'expression majeure de rationalisme dans le domaine éthique, Perelman adopte une position analogue à celle qu'il a prise face au rationalisme éthique : une position qui le rapproche du positivisme, même corrigé, tout comme la critique du rationalisme absolu le rapproche du volontarisme, si nuancé soit-il par la reconnaissance de la fonction pratique du discours persuasif. Mais, de même que l'affirmation de la raison argumentative ne le range pas dans le camp des rationalistes, qui constituent sa cible privilégiée, de même l'affirmation de l'existence de principes généraux, *extra legem*, voire parfois, *contra legem*, ne l'apparente pas aux jusnaturalistes, pour les doctrines desquels il n'a jamais manifesté beaucoup d'intérêt¹. Encore une fois, ce qui le distingue de Kelsen, c'est le refus de tout radicalisme conceptuel, le refus de poser les problèmes philosophiques en termes d'« ou bien, ou bien ». L'opposition de ces deux philosophes, qui représentent deux moments essentiels de la pensée juridique contemporaine,

1. Dans *Introduction à la philosophie morale* (Éd. de l'Université de Bruxelles, 1980), où Perelman esquisse une histoire sommaire de la philosophie morale des Grecs jusqu'à nos jours, l'école du droit naturel semble presque totalement ignorée. L'auteur traite du droit naturel à propos de la doctrine de saint Thomas, et oppose la thèse selon laquelle nous devons obéir aux règles que Dieu nous impose, même lorsqu'elles sont en conflit avec le droit positif, au droit naturel des anciens stoïciens, qui prétendaient que la morale servait à suppléer le droit positif (p. 90). Perelman semble plutôt pencher en faveur de la seconde thèse.

est bien une opposition entre deux conceptions de la philosophie, ou deux mentalités. Mais, si l'on tient compte de leurs adversaires communs – le rationalisme éthique, le logicisme juridique et le jusnaturalisme de la tradition –, leur désaccord révèle plus d'affinités, au moins négatives, que leur polémique ne le laisse croire¹.

(Traduction et introduction d'Alain Melcer.)

1. Pour ce qui a trait aux rapports entre Kelsen et Perelman du point de vue de Perelman, cf. la monographie de L. Gianformaggio, *Gli argomenti di Perelman : dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano, Edizioni di Comunità, 1973, p. 144 et 152. En ce qui concerne le point de vue de Kelsen sur le problème de la justice, cf. F. Quantana, « El problema de la judicicia en Kelsen », dans le volume *Hans Kelsen (1881-1973)*, publié par la *Revista de ciencias sociales*, de la Facultad de ciencias jurídicas, económicas y sociales, Universidad de Valparaiso, 1974, p. 104, 129-130, 134, 138.

P. 180 BL.