



Centre de Théorie et Analyse du Droit
UMR CNRS 7074

Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation

Pierre Brunet^{*},

à paraître ds
M. Meyer et B. Frydman (dir.),
Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique,
Paris PUF, 2012.

Dans un (comme toujours) remarquable article¹, Bobbio a su montrer que le cœur de l'opposition entre Kelsen et Perelman se situait dans le refus par le second du dualisme radical et intransigeant défendu par le premier. Ce dualisme conduisait Kelsen à séparer fait et valeur, raison et pratique, connaissance et volonté et à rejeter l'idée même de raison pratique comme le pur produit d'un rationalisme éthique incompatible avec un relativisme des valeurs. Bref, la raison pratique, pour Kelsen, est un oxymore. Comme l'expliquait fort bien Bobbio, c'est justement contre ce dualisme que Perelman construit sa théorie, laquelle entend échapper autant au droit naturel – pour qui le droit est raison – qu'au positivisme – pour qui le droit est tout entier décision ou volonté : s'il reste une place pour la raison pratique, elle se situe dans la sphère du raisonnable où la raison ne se fait plus démonstrative mais « argumentative ».

^{*} Prof. Univ. Paris Ouest Nanterre, Directeur de l'UMR 7074 Centre de Théorie et Analyse du Droit, Membre de l'Institut Universitaire de France.

¹ N. Bobbio, « Kelsen e Perelman », in G. Haarscher et L. Ingber (ed.), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Ch. Perelman*, Bruxelles, ed. de l'Univ., 1986, p. 161-174 réimp. in *Diritto e Potere, Saggi su Kelsen*, Naples, ESI, 1992, p. 161-174, trad. fçse « Kelsen et Perelman », in *Essais de théorie du droit*, trad. fçse M. Guéret, Paris, LGDJ, 1998, p. 271-283 et *Droits*, n°33, 2001, p. 165 s., trad. A. Melcer.

L'opposition entre Kelsen et Perelman serait donc une opposition d'ordre épistémologique. On sait que Kelsen ne se laissera nullement convaincre par la théorie de Perelman et rejettera toute idée de logique non formelle qui sonne à ses oreilles, autant que « raison pratique » comme un oxymore : de même que la raison est théorique ou n'est pas, de même la logique est formelle ou n'est pas².

Bobbio souligne également que l'opposition entre Kelsen et Perelman s'attache à la fonction de la science du droit : tandis que Kelsen entre en contradiction avec lui-même en adoptant une métascience prescriptive alors qu'il plaide pour une science purement descriptive, Perelman apparaît plus pragmatique et réaliste en renonçant au dualisme raison/volonté. En effet, tous les juristes tendent à prescrire, à mêler la raison et la volonté, et finissent par guider les juges et les législateurs. Bref, le juriste exerce un rôle social et non pas seulement scientifique.

Enfin, Bobbio montre avec une grande délicatesse qu'une erreur de Perelman, ou disons un préjugé, le rapproche, négativement, plus de Kelsen que Perelman ne le croyait lui-même. En effet, on sait que Perelman proposait de parler de « droit naturel positif » empruntant cette expression à Foriers³. Par cette expression, il entendait rendre compte de ce que les juges sont capables, par leur interprétation, d'adapter le droit aux valeurs de leur milieu. Perelman jugeait que cette expression était très utile en ce qu'elle permettait de dépasser le droit naturel et le droit positif : consacrées par les juges, ces valeurs ne sont pas des idéaux qui existeraient indépendamment du droit ou seulement sous la forme d'idéaux ; mais en tant qu'elles sont des valeurs, elles manifestent la dimension sociale du droit que la *Théorie Pure* aurait, selon Perelman, complètement négligée, allant jusqu'à faire du droit un système abstrait et détaché du monde. Bobbio avait parfaitement raison selon moi de considérer l'expression comme malheureuse. Il faisait remarquer que Kelsen a toujours accepté la thèse que les juges créent du droit, qu'ils le font en utilisant les sources qui leur chantent et que le droit créé par les juges est du droit positif, quelle que soit la source à laquelle ils s'abreuvent. Mais on doit souligner que Perelman n'hésite pas à accorder aux juges la fonction que le droit naturel a pu exercer dans le passé, à savoir celle de « concilier le respect du droit avec celui de

² Cf. H. Kelsen (1979), *Théorie générale des normes*, trad. fçse O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, chap. 61 : « Y a-t-il une logique spécifiquement juridique ? » (p. 357 s.). On pourrait ajouter : Réponse : non.

³ P. Foriers, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951, cité par Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, p. 30.

l'équité et de la justice, d'en éliminer les conséquences déraisonnables, donc inacceptables »⁴.

Il pourrait paraître fort présomptueux d'ajouter quoi que ce soit à une telle contribution. Il reste qu'elle peut encore aujourd'hui être prolongée par deux aspects : l'un porte sur le sens du mot « positivisme » tel que l'emploie Perelman, l'autre, sur sa théorie de l'interprétation.

1. Perelman et le positivisme juridique

Selon Perelman, le positivisme juridique tend à se limiter, pour ce qui est de ses représentants contemporains de Perelman, à Kelsen et, pour ce qui est de sa doctrine, à l'idée que la « loi est la loi ». On ne saurait souscrire à une telle présentation. Non par attachement atavique à Kelsen mais plus simplement parce que, pour parler comme Perelman lui-même, elle est par trop déraisonnable ou, mieux encore, arbitraire voire erronée.

Pour le dire en termes simples, Perelman voit le positivisme sous le seul angle du « positivisme idéologique » tel que l'a identifié Bobbio, c'est-à-dire, une idéologie de la justice selon laquelle la loi positive est érigée en critère d'évaluation du droit lui-même considéré comme juste. Ce positivisme là, ou ce sens là du mot positivisme, peut être distingué de deux autres sens mis en relief par Bobbio : le positivisme comme théorie du droit et le positivisme comme approche du droit. Ces trois sens sont bien connus. Les relations entre eux ne sont pas de l'ordre du nécessaire mais plutôt du contingent. Certes, un positiviste qui défend une théorie positiviste du droit – selon laquelle le droit est un système clos et cohérent de règles posées par la loi, toutes imputables à un législateur et qu'il suffit d'appliquer selon un processus déductif – pourrait être tenté de considérer que, puisqu'il n'y a de source du droit que dans la loi, on « doit » résoudre tous les litiges à l'aide du seul droit positif et donc de la loi. Mais on mesure combien un tel raisonnement échappe en réalité au droit lui-même : soit parce qu'il présuppose que le droit positif – et donc une loi elle-même – contient la règle selon laquelle « on doit résoudre les litiges à l'aide du seul droit positif » ; mais alors, il faudrait vérifier ce présupposé ; soit parce qu'il déduit d'une description du droit une norme à laquelle cette même description ne saurait apporter aucun fondement : si cette déduction est rendue possible c'est parce que la description n'en est pas une. Autrement dit, soit il est vrai

⁴ Ch. Perelman, *Le raisonnable...*, *op. cit.*, p. 33.

que le système est complet *parce que* les litiges sont tous susceptibles de trouver une solution grâce à une application mécanique de la loi et la complétude du système est alors descriptive, soit le système n'est complet qu'à la condition de résoudre les litiges à l'aide des seules règles de ce même système, et alors cette complétude est de l'ordre de la prescription : on verse ainsi dans l'idéologie positiviste selon laquelle on « doit » s'en tenir au droit positif. Que cette idéologie ait partie liée avec une théorie du droit positiviste est historiquement peu contestable encore qu'il faudrait aussitôt ajouter que cette doctrine de la complétude du droit est bien souvent le fait de juristes qui se déclaraient eux-mêmes positivistes, en sorte qu'elle sonne davantage comme une prise de position politique que comme la démonstration d'une thèse susceptible d'être vérifiée de quelque façon.

Kelsen peut certes, en apparence, facilement être présenté comme un représentant de cette théorie positiviste du droit dogmatique et rigide qui voudrait que le droit positif – et seulement lui – soit applicable et qu'il forme un système. Magnanime, Perelman reconnaît que la conception du système juridique comme un système dynamique conduit Kelsen à admettre que le juge a un pouvoir dont il use parfois pour substituer aux règles positives d'autres règles qui correspondent à son idée de ce qui est juste⁵. Perelman fait allusion à la théorie des lacunes. Mais il ne s'y attarde pas. On peut le regretter car il aurait vu que Kelsen n'est pas le légaliste qu'il voit en lui et, mieux encore, qu'il lui arrive d'imaginer que les tribunaux posent des normes morales « non positives ».

En effet, Kelsen critique la « théorie des lacunes » défendue par la doctrine classique et n'admet ni lacune authentique – axiologique⁶ – ni lacune technique et semble marteler que, toujours, l'ordre juridique est applicable. Mais, ce faisant, il n'affirme pour autant pas que « la loi est la loi » comme le lui impute Perelman. En quoi consiste la théorie des lacunes que défendent les juristes auxquels s'attaque Kelsen ? Elle affirme qu'en l'absence d'une norme générale se rapportant à un cas concret le droit en vigueur n'est pas applicable et le tribunal devra créer la norme générale. Or, objecte Kelsen, raisonner ainsi c'est nier le fait que « lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un

⁵ Ch. Perelman, « À propos de l'idée d'un système de droit », in *Le déraisonnable...*, p. 72 s. Parmi ces règles on trouve des principes généraux du droit ou encore ce que Foriers appelait du « droit naturel positif ».

⁶ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 1998, Milan, Giuffrè, p. 124.

individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire »⁷. Dès lors, s'il n'est pas possible d'appliquer une norme déterminée, il demeure possible d'appliquer l'ordre juridique. Mieux encore, selon Kelsen, la doctrine classique fait un usage très partial de la qualification de lacune et, plutôt que de considérer qu'il y a lacune à chaque fois qu'une norme générale manque, elle tend à considérer qu'il y a une lacune à chaque fois que l'organe d'application du droit repousse l'application du droit en vigueur au motif qu'il n'y a pas de norme générale, autrement dit, selon l'analyse que fait Kelsen, lorsque le juge refuse de se servir de la norme alternative selon laquelle si une conduite n'est pas interdite, elle est permise.

La conception que Kelsen se fait de la complétude de l'ordre juridique est donc descriptive et formelle et non prescriptive et substantielle. Et c'est précisément parce qu'elle est descriptive qu'elle est susceptible d'être vérifiée et, *in fine*, être qualifiée de vraie ou de fausse. On a d'ailleurs pu chercher à montrer qu'elle était fausse⁸. Mais même fausse, la conception de la complétude de l'ordre juridique ne revient nullement à dire que toute décision juridique est entièrement déterminée par le droit, au sens matériel du terme, ni non plus que le juge doit faire une application mécanique des normes, là encore eu égard au contenu de ces normes, sans se préoccuper des conséquences éventuelles que la décision peut avoir sur la situation individuelle.

On pourrait même être tenté d'y lire le contraire. L'approche de Kelsen porte, on l'a dit, non sur le droit en tant que tel mais sur la théorie des lacunes que développe la doctrine traditionnelle. Et ce que Kelsen reproche à cette doctrine des lacunes, n'est pas tant de reconnaître un pouvoir de création du droit aux juges que de fournir une justification morale à ce pouvoir en construisant ladite théorie. On se trouve ici face à une démarche typique de Kelsen qui cherche à montrer qu'une description de l'ordre juridique peut parfaitement se passer d'une théorie d'inspiration morale comme les juristes en élaborent bien souvent. Cela le conduit peut-être à exagérer les mérites de l'ordre juridique. Mais on peut douter que cela le conduise à soutenir une thèse le rapprochant du positivisme idéologique tel que le lui impute ou le lui reproche Perelman. Au

⁷ H. Kelsen (1960), *Théorie pure du droit*, trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz 1962, p. 330. On évidemment peut douter que ce soit un « fait ».

⁸ E. Bulygin, *Il positivismo giuridico*, Milan, Giuffrè, 2007, p. 74 s. pour qui « tout ce qui est interdit est permis » est un énoncé susceptible d'être interprété soit comme une description soit comme une prescription ; v. aussi R. Guastini, *Interpretare e Argomentare*, Milan, Giuffrè, 2011, p. 128 s. ; M. Troper, « Sur le "dogme" de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive », réimp. ds *Le droit et la nécessité*, Paris PUF, 2011, p. 19 s.

contraire : comme Kelsen n'a eu de cesse de l'expliquer, la clôture de l'ordre juridique ne procède nullement de ce que le droit est érigé en morale mais est une thèse logique qui procède de ce que les comportements libres le sont en vertu du droit, lequel peut permettre positivement et négativement⁹.

En d'autres termes, Kelsen n'exige nullement que l'on fasse application de la loi ou qu'on l'applique rigoureusement, aveuglément, mécaniquement, même si elle est injuste ou même si elle tend à provoquer des injustices. Il dit, plus simplement, que l'on ne sort jamais de l'ordre juridique ou plutôt qu'il est finalement plus simple et plus juridique de résoudre la difficulté que soulève la doctrine classique en reconnaissant le fait – car pour lui c'est un fait – que toute norme permet positivement et négativement et donc que tout ordre juridique contient, nécessairement ou logiquement, la norme selon laquelle tout ce qui n'est pas interdit est permis. Selon lui, cette norme a le mérite de n'être pas morale mais juridique parce qu'elle fait partie du système juridique. On mesure ainsi que toute représentation du droit comme système n'est pas nécessairement incompatible avec l'idée d'une certaine liberté de la part de ceux qui doivent le mettre en œuvre non plus qu'avec un certain sens de la justice. Mieux encore, toute idée de système ne s'accompagne pas non plus de cette forme de légalisme que Perelman impute à Kelsen.

Par ailleurs, lorsqu'il examine rapidement la conception du système dynamique, Perelman fait grief à Kelsen de renoncer à tout jugement de valeur et juge qu'un tel renoncement l'empêche de dire quoi que ce soit sur le contenu des normes. On peut cependant nuancer cette appréciation : certes, Kelsen ne fait pas la même analyse matérielle que Perelman mais il est capable d'en faire une. Cependant, la divergence porte sur le fait que Kelsen ne croit pas à l'objectivité de la morale que Perelman défend bec et ongles. Ainsi, de son côté, Kelsen est parfaitement capable de prendre en compte le contenu des normes. C'est ce qu'il fait lorsqu'il envisage des conflits d'intérêts susceptibles de naître à l'occasion de la mise en œuvre de deux permissions négatives

⁹ Cf. Kelsen, *op. cit.*, 1996, chap. 31 et la note 84 dans laquelle Kelsen répond à l'objection de Perelman selon laquelle le système juridique ne peut être complet car tous les cas ne sont pas prévisibles. V. aussi Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1970, p. 176).

incompatibles car « aucun ordre juridique ne peut prévenir tous les conflits d'intérêts » ni « ne peut protéger tous les intérêts possibles »¹⁰.

Kelsen va même encore plus loin puisqu'il conçoit le cas dans lequel l'ordre juridique habiliterait les tribunaux à créer une norme générale lorsqu'ils constatent l'inexistence d'une norme générale applicable à un cas d'espèce et estiment que « cette absence d'une norme générale est injuste, inéquitable, c'est-à-dire non satisfaisante »¹¹. Comment interpréter une telle habilitation ? Faut-il y voir l'introduction d'une norme morale dans le système juridique de sorte que le système manifesterait sa dépendance à la morale ? Faut-il considérer que le droit autorise les juges à s'émanciper du droit lui-même en allant chercher des normes morales pour pallier les éventuelles défaillances du droit lui-même ? Nullement. Selon Kelsen, dans une telle situation le droit se contente d'investir les tribunaux d'un pouvoir de créer des normes individuelles positives en application de normes générales de fond qui, elles, ne seront pas positives mais dont la création par les tribunaux est autorisée par l'ordre juridique. Ce faisant, Kelsen affirme que le jugement est une création du droit au même titre que la législation, mais il maintient que le juge ne crée que des normes particulières, refusant d'admettre le réductionnisme réaliste qui tend à réduire le droit à la volonté du juge et à penser que le droit consiste dans les normes tant générales que particulière que posent les juges. Reste que, contrairement à ce que Perelman a cru ou voulu croire, Kelsen n'a jamais conçu l'ordre juridique comme un système susceptible de produire mécaniquement des décisions individuelles¹².

En définitive, Kelsen est moins naïf que Perelman qui voit la justice comme d'autres voient midi à leur porte. Mieux encore, en enjoignant aux juges de toujours évaluer les conséquences de leurs décisions en termes de justice, Perelman tend à se faire tout aussi dogmatique que le positivisme légaliste : si faire le bien et réaliser la justice est un dogme plus séduisant que celui d'appliquer la loi mécaniquement, cela reste un dogme. Tout le problème de Perelman est qu'il n'imagine jamais qu'un juge puisse ne faire le bien que de quelques-uns.

C'est ce que révèle sa théorie de l'interprétation.

¹⁰ H. Kelsen, *op. cit.*, 1962, p. 326 pour qui des conflits d'intérêts sont possibles si deux comportements non interdits (et donc permis) sont possibles en même temps mais contradictoires.

¹¹ H. Kelsen, *op. cit.*, 1962, p. 327. V. aussi *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, 1996, p. 307.

¹² On ne peut se défaire, dès lors, de l'idée que le positivisme tel que Perelman le voit se retrouve chez de nombreux auteurs américains aujourd'hui, en grande partie sous l'influence de Dworkin.

2. Perelman, le raisonnement juridique et l'interprétation

Quel théoricien du droit n'a jamais prétendu rendre compte du droit effectif ou mieux encore, de la pratique juridique effective, des modes réels de production du droit et de l'activité réelle des juristes, et plus précisément des juges ? Pas plus que les juristes dont il critique la démarche, Perelman n'échappe à la tentation de se réclamer de la description la plus vraie du mode de production du droit.

À cet égard, Perelman relève que le positivisme conduit certains à faire une analyse de l'interprétation juridique plus positive encore que le droit positif, ce dernier étant entendu au sens le plus strict et donc confiné aux règles écrites¹³. Or, Perelman se fait fort de mettre en avant que les choses ne passent pas ainsi, que les juges ne s'en tiennent pas au droit écrit mais substituent, quand ils le jugent nécessaires, une norme générale de justice à des règles écrites ou du moins adaptent celle-ci aux circonstances. En ce sens, ils apparaissent bel et bien comme capables de soumettre le droit écrit, le droit positif, aux exigences de l'équité et se préoccupent de rendre leurs décisions acceptables en tenant compte du milieu social dans lequel ils interviennent, ce, sans arbitraire ni subjectivité. Autrement dit, il n'y a de jugement juridique que celui raisonnable¹⁴ et il n'y a de jugement raisonnable que celui qui concilie le droit positif avec les valeurs communément partagée par les destinataires des jugements juridiques.

On lui donnerait volontiers raison si sa description était vérifiable. Mais l'est-elle ? Et mieux, est-ce même une description ? On peut sérieusement en douter.

En effet, d'un côté, Perelman puise de nombreux exemples à la source du droit positif mais aussi à celle du droit hébraïque ou du droit historique. Il fait ainsi la démonstration par l'exemple de ce que les juges ne se contentent pas de déduire mécaniquement de textes généraux des solutions individuelles mais soumettent les textes à des interprétations à l'aide de techniques (interprétatives) propres au droit ou du moins aux juristes en procédant ainsi à des choix. De l'autre, il ne se contente pas de ces exemples : non seulement, il qualifie de « raisonnables » les solutions auxquelles les juges parviennent mais encore il explique que les juges doivent y parvenir car les conséquences que ces juges déduisent des textes de droit positif doivent être

¹³ cf. Ch. Perelman, *Le raisnable...*, p. 101-102.

¹⁴ Ch. Perelman, *Le raisnable...*, p. 19 : « Tout droit, tout pouvoir légalement protégé est accordé en vue d'une certaine finalité : le détenteur de ce droit a un pouvoir d'appréciation quant à la manière dont il s'exerce. Mais aucun droit ne peut s'exercer d'une façon déraisonnable, car ce qui est déraisonnable n'est pas de droit »

acceptables. De descriptif, le propos de Perelman se fait insensiblement mais explicitement normatif¹⁵.

Sans doute l'eut-il reconnu lui-même. Mais est-il possible de donner une représentation normative de la production du droit et de soutenir, dans le même temps, que l'on décrit la réalité de ce mode de production ? Il y a là quelque chose de fondamentalement contradictoire.

Le moyen de surmonter la contradiction serait d'admettre que Perelman entend décrire les « vraies normes » ou mieux encore « les normes réelles » que suivent les juges – comme les réalistes américains prétendaient le faire hier (et prétendent toujours le faire aujourd'hui)¹⁶. On pourrait alors charitablement comprendre le propos de Perelman comme la description de ce qu'une communauté d'individus retient comme des valeurs et normes. Ou plus modestement encore, Perelman apporterait des preuves empiriques de ce que les juges ne sont ni des machines ni les bouches de la loi mais des individus mettant en œuvre des formes d'argumentation proches de ce que l'on appelle désormais un « équilibre réflexif »¹⁷, équilibre qui, chez Perelman, consisterait en un ajustement mutuel entre les croyances générales des juges, les attentes de la société, les précédents judiciaires, les réactions du législateur et leurs jugements particuliers.

Perelman ne nous aide guère pour autant car on ne trouve chez lui aucun élément nous permettant de vérifier le caractère raisonnable ou acceptable d'une décision. Faudrait-il considérer qu'une décision de justice est jugée par une communauté comme déraisonnable parce qu'elle suscite une révolte ? Parce qu'elle n'est pas respectée ? Parce qu'elle donne lieu à une loi qui la contredit ? Ou bien, en l'absence de tels indices, doit-on considérer que l'appréciation en termes de « raisonnable » n'est pas une explication des raisons pour lesquelles une décision a été prise mais une justification de ce qu'on devait la prendre ? Il est à peine nécessaire de dire qu'on pencherait volontiers pour cette solution-là. En d'autres termes, une décision n'est pas raisonnable parce qu'elle est conforme à des valeurs sociales et tient compte de ces valeurs mais on dit

¹⁵ *Le raisonnable...*, p. 43 : « L'analyse de la pratique du droit nous prouve que la théorie de sources du droit ne suffit pas à expliquer son fonctionnement parce que les textes par eux-mêmes ne fournissent que rarement de solution univoque quant à la manière de les appliquer. La solution trouvée devra tenir compte également des conséquences qui résultent de son application : il faut que la solution soit équitable, conforme à l'intérêt général, raisonnable en un mot acceptable ».

¹⁶ Cf. K. Llewellyn, *The Theory of Rules*, ed. and introduction by F. Schauer, Chicago, Chicago UP, 2011, not. p. 21-27 et Chap. III.

¹⁷ Pour un usage de ce concept en théorie du droit, v. G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Turin, Giappichelli, 2008, not. la seconde partie, p. 231 s.

qu'elle est raisonnable pour exprimer son adhésion à cette décision. Il ressort de là qu'une « décision raisonnable » n'existe pas en dehors d'un système de valeurs et que la description d'une décision comme raisonnable n'en est pas une : elle ne décrit aucune qualité qui soit intrinsèque à la décision en question mais exprime un jugement de valeur qui peut servir de fondement à une norme : « cette décision est raisonnable, donc on doit s'y conformer » revient à dire qu'on doit se conformer à cette décision. De même que dire du prix d'un objet qu'il est raisonnable est une autre façon de dire qu'on est (ou qu'on serait) prêt à le payer, dire d'une décision qu'elle est raisonnable est une autre façon de dire qu'on est ou qu'on serait prêt à s'y conformer. Mais ce faisant, on ne dit encore rien sur le contenu même de la décision. Au fond, on se contente de dire ce que serait pour nous le « bon juge ».

On peut aussi être surpris de ce que Perelman n'ait pas cherché à construire une théorie de l'interprétation juridique. Non qu'il n'en ait pas une. Mais elle ne nous est pas présentée. Quelles serait cette théorie ? Si l'on devait utiliser la distinction que Kelsen a tant promu entre interprétation comme connaissance et interprétation comme volonté, sans doute que Perelman tendrait à y échapper ou s'y soustraire.

En effet, chez lui, l'interprétation n'est pas subordonnée au sens clair d'un texte – dont il admet volontiers la relativité – mais à la nécessité d'adapter le texte à une situation de fait, autrement dit à l'assouplir afin de « ne pas heurter l'équité » ou de ne pas en tirer des « conséquences socialement inadmissibles »¹⁸. Les juges ont donc la liberté juridique de décider d'assouplir les textes. Pour autant, leur volonté est limitée nous dit Perelman car ils sont soumis aux impératifs du raisonnable (et non de la raison pratique à proprement parler) : il peuvent donc affirmer leur volonté contre le texte mais leur décision ne sera jamais susceptible d'être considérée comme subjective ou arbitraire car ils doivent rendre des décisions acceptables¹⁹.

Outre que la notion d'acceptabilité pose problème (on pourrait ici penser aux discussions provoquées par les thèses de Hart), on doit reconnaître que l'analyse par Perelman du pouvoir discrétionnaire des juges et de sa limite est elle-même assez limitée, comme si les exemples rapportés et les analyses qu'il en fait devaient être pris

¹⁸ Le raisonnable..., p. 103.

¹⁹ Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2^e éd., p. 162 §87 : « Puisque tout litige implique un désaccord, une controverse, le rôle du juge est de trouver une solution qui soit raisonnable, acceptable, c'est-à-dire ni subjective ni arbitraire ». On pourrait multiplier les citations.

pour argent comptant. On n'a guère d'autre solution d'ailleurs que celle de faire crédit à Perelman de sa bonne foi. Mais comment alors analyser le rôle des juges lors de périodes historiques troublées ? Comment expliquer que les juges d'hier ait pu prendre tout un ensemble de décisions que nous jugeons iniques aujourd'hui ? Par quel miracle se sont-ils reconvertis à la recherche du raisonnable ? Serait-ce la force du milieu ambiant au sein duquel ils évoluent ? Cela reviendrait alors à dire que les juges se contentent de refléter l'esprit du temps auxquels ils se soumettent. Dans ces conditions, les limites de leur pouvoir discrétionnaire ne serait pas à chercher du côté des juges eux-mêmes mais du côté de l'esprit du temps ou des institutions, comme si les juges étaient ce que les institutions les font être. Et pourquoi pas ? On peut aussi voir les choses autrement. A savoir, d'abord, que les exemples choisis par Perelman sont certes significatifs mais résultent eux-mêmes d'un choix tant de sa part que de celle des nombreux juristes auxquels il a si souvent fait appel²⁰. On peut ensuite souligner que Perelman parvient habilement à articuler une thèse que l'on pourrait qualifier de réaliste ou du moins de « pragmatique » – les décisions auxquelles parviennent les juges sont le produit de choix subjectifs entre diverses interprétations possibles et diverses valeurs en conflit²¹ – avec un *a priori* moral qu'il ne prend nullement la peine de vérifier et qui le conduit à reprendre d'une main la subjectivité des juges qu'il concède de l'autre : à peine a-t-il reconnu que les décisions sont subjectives en tant qu'elles sont le fruit de leur volonté et non de règles qui les déterminent à l'avance qu'il s'empresse d'atténuer la portée de cette affirmation en montrant que tout un ensemble de facteurs (de contraintes ?) les feront échapper à l'arbitraire : elles seront motivées, elles devront être intégrées dans un ensemble jurisprudentiel, elles feront l'objet d'un délibéré, elles devront convaincre les parties, les juristes professionnels, les journalistes spécialisés...

L'assurance avec laquelle Perelman écarte tout risque d'arbitraire nous conduit à nous demander si son analyse ne souffre pas d'une sorte d'aporie. Comme si, à force de lutter contre le formalisme et son corollaire, le raisonnement déductif, il en venait à confondre les règles de droit avec des règles empiriques toujours susceptibles d'être renversées par

²⁰ On peut aussi remarquer sans perfidie aucune que, d'un livre à un article et d'un article à l'autre, Perelman reprend les mêmes exemples.

²¹ Cf. R. Posner, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard UP, 2008, p. 7-8 qui donne une définition du légalisme à laquelle Perelman aurait sans aucun doute souscrit : « For legalists, the law is an autonomous domain of knowledge and technique » ; v. aussi R. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard UP, 1995, p. 17.

d'autres règles empiriques agissant comme de « bonne raisons »²². On se souvient certes que pour Hart, une règle qui se termine par l'expression « à moins que » est encore une règle²³. Mais cette même thèse est très contestable, précisément au nom du formalisme en tant que ce dernier garantit une forme de séparation des pouvoirs de dire le droit²⁴. Car c'est bien de cela qu'il s'agit et que l'analyse de l'interprétation par Perelman néglige complètement : quand bien même on constaterait que par bonté d'âme, les juges assouplissent les règles écrites pour les « vider de leur venin », on ne pourrait passer sous silence que cette « interprétation » consiste en l'exercice d'un pouvoir de dire ce que le bien commande de faire. Aussi morale soit l'inspiration de ce pouvoir, il demeure, juridiquement parlant, un pouvoir. Admettre que les juges l'exercent afin d'atténuer les effets d'une règle ne peut être justifié qu'au nom de la morale. Et sauf à présupposer, une objectivité morale, on ne peut exclure que le pire arrive. On comprend mieux alors que Perelman est tout simplement tenu à cet a priori moral dont on parlait, lequel n'est que l'expression d'une objectivisme éthique en l'absence duquel sa théorie de l'interprétation juridique, qui est fondamentalement une théorie morale, s'effondre²⁵.

²² On pense notamment à la ferveur avec laquelle il cite la phrase de François Gorphe : « Toutes les fois que les conséquences de règles strictes paraissent dépasser la mesure, on essaie de les écarter en faisant appel à des principes plus justes », in *Les décisions de justice. Étude psychologique et judiciaire*, Paris, PUF, 1951, p. 38, citée par Ch. Perelman, *Logique juridique*, p. 168, §91.

²³ « A rule that ends with the word “unless...” is still a rule », H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 2nd éd., 1994, p. 139.

²⁴ F. Schauer, « A Critical Guide to Vehicles in the Park », *New York University Law Review*, Vol. 83, 2008, p. 1129.

²⁵ À ce stade, on est alors fortement tenté de rapprocher les thèses de Perelman de celles de Dworkin ainsi que de la thèse générale selon laquelle le droit fournit des raisons d'agir. Malheureusement, l'espace manque pour développer ce point.