



CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Centre Perelman de Philosophie du Droit
Université Libre de Bruxelles
<http://www.philodroit.be>

Perelman et les juristes de l'Ecole de Bruxelles
Benoît FRYDMAN

Série des Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du
Droit n°2011/07

Comment citer cette étude?

B., FRYDMAN, *Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles*. Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2011/07, <http://www.philodroit.be>

Perelman et les juristes de l'Ecole de Bruxelles

Benoit Frydman

Pourquoi la théorie du droit constitue-t-elle, à l'instar du chocolat et des gaufres, une « spécialité belge » et un « produit d'exportation » particulièrement prisé ? Le mérite en revient certes en grande partie à Chaïm Perelman et au renouveau que la Nouvelle rhétorique a permis de donner à la logique juridique et au-delà à la théorie et à la philosophie du droit. Cette œuvre cependant Perelman ne l'a pas accomplie seul. Pour mener à bien son œuvre sur l'argumentation juridique, il organisera un véritable travail collectif avec ses collègues et amis juristes de l'Université Libre de Bruxelles, professeurs et praticiens, qu'il réunit autour de lui à la section juridique du Centre national de recherches logiques, puis au sein du Centre de philosophie du droit, qu'il fonde avec ses collègues Paul Foiriers et Henri Buch en 1967. Sans rien ôter à l'originalité de la pensée de Perelman et à ses mérites, il faut reconnaître que, dans sa dimension juridique, l'apport de la Nouvelle rhétorique est le produit d'une rencontre féconde et l'œuvre d'une équipe, que l'on a pu judicieusement nommer « l'Ecole de Bruxelles ».

Cette étude met en évidence deux éléments qui résultent directement de la rencontre de Perelman et des juristes de l'école de Bruxelles, qui n'ont pas jusqu'à présent réellement retenu l'attention de la part des commentateurs. D'une part, les liens méconnus de la logique juridique de Perelman avec l'Ecole de la libre recherche scientifique de François Gény. Les juristes de l'Université Libre de Bruxelles et Perelman lui-même avaient été formés au droit par des membres de cette école. Nous verrons comment ils en ont prolongé le programme en renouvelant les outils et les méthodes grâce à l'innovation décisive du paradigme argumentatif (I). D'autre part, on verra comment les nouveaux concepts développés par Perelman et ses amis au cours des années 1960 ont été très rapidement, en quelques années à peine, intégrés par des relais efficaces dans la pratique judiciaire pour opérer des changements profonds et durables dans le contenu même du droit, la manière de trancher les litiges et plus largement la fonction du juge dans une société démocratique (II).

I. De la libre recherche scientifique à l'école de Bruxelles

Dans les années 1960, lorsque Perelman, après la publication du *Traité de l'argumentation*¹, se rapproche de ses collègues de la Faculté de droit de l'Université

¹ Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation – La nouvelle rhétorique*, P.U.F., 1958. Cette période illustre déjà le goût de Perelman pour le travail en collaboration. Avant le *Traité*,

Libre de Bruxelles et s'intéresse de plus près à la discipline juridique elle-même, le champ de la théorie du droit est dominé par le positivisme normativiste, issu de la philosophie analytique, dominée par l'imposante stature de Hans Kelsen et aussi, dans le monde de la *Common Law*, la figure alors montante de Herbert Hart. C'est donc assez naturellement par rapport aux positions de ce courant, en particulier en réaction contre la théorie du caractère discrétionnaire des décisions judiciaires (en anglais "*no right answer theory*"), que Perelman va positionner sa théorie argumentative du droit². Ce n'est pas notre objet de revenir ici sur ce débat³. On peut toutefois mesurer, au départ de celui-ci, le déplacement que le mouvement de la *Nouvelle Rhétorique* tente d'opérer, non sans succès d'ailleurs, au niveau de la logique juridique et de la philosophie du droit. Tandis que le courant normativiste s'intéresse surtout à la nature spécifique des normes juridiques, au système de leur articulation et à la dynamique de leur production au sein de l'appareil d'Etat, Perelman change la perspective. Il délaisse l'analyse du système juridique pour l'étude des cas particuliers. Et, s'attachant à la manière dont le juge décide des questions de droit soulevées à l'occasion de ces cas qui lui sont soumis et surtout dont il motive sa décision, il fait glisser la problématique de la philosophie du droit contemporaine du législateur et du gouvernement vers le juge. Il contribue ainsi à restaurer le juge dans la position de « point focal » du raisonnement juridique⁴.

Cependant, par delà le débat avec Kelsen et accessoirement avec Hart, c'est une polémique beaucoup plus fondamentale contre le positivisme juridique que Perelman a engagée. Il combat les thèses du positivisme logique, devenues pour lui insupportables après les horreurs du nazisme et de la seconde guerre mondiale, suivant lesquelles les jugements de valeurs sont arbitraires au sens où ils n'énoncent que des préférences subjectives entre lesquelles il est impossible de trancher rationnellement. Il ne serait donc pas possible de dire qu'une thèse soit moralement plus juste qu'une autre. Et il en va de même pour les questions et des décisions juridiques. D'un point de vue scientifique, énoncer que telle loi ou tel jugement est injuste ou scélérat n'aurait par conséquent tout simplement aucun sens. On peut seulement observer si cette loi ou ce jugement est ou non valide dans un système juridique donné. La théorie pure du droit de Kelsen en prend acte et, écartant toute

Perelman et Mme Olbrechts-Tyteca avaient coécrit un autre livre *Rhétorique et philosophie: Pour une théorie de l'argumentation en philosophie* (PUF, 1952) et pas moins de six articles.

² Et plus discrètement avec Hart. Voyez à cet égard notamment la discussion par Perelman de l'exemple classique de Hart "*No vehicles in the park*" dans *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1979, § 32, p. 53 et s.

³ Le lecteur intéressé pourra se référer à plusieurs études consacrées à ce débat. Outre les textes de Ch. Perelman lui-même, en particulier : « La théorie du pure du droit et l'argumentation », repris dans *Ethique et droit*, éd. de l'ULB, 1990, p. 567 et s., citons : N. BOBBIO, « Perelman et Kelsen », *Droits*, n° 33 (2001), p. 165 et s. – Ch. LEBEN, « Chaïm Perelman ou les valeurs fragiles », *Droits*, no 2, 1985, p. 107-115. – A. Melcer, « Les enjeux philosophiques de la topique juridique selon Perelman », *Revue de morale et de métaphysique*, n° 66 (2010), pp. 195-212.

⁴ L'expression du juge comme point de fuite (*Fluchtpunkt*) de la raison juridique est empruntée à Jürgen Habermas dans *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

référence aux jugements de valeur dans le domaine de la science du droit, détermine la validité d'une norme exclusivement par référence aux conditions assignées par le système qui la produit et auquel elle appartient.

Ce positivisme auquel s'attaque Perelman est en réalité bien plus profondément ancré dans l'histoire des idées. Il puise ses racines au fondement de la philosophie du droit moderne et coïncide pour ainsi dire avec elle. Cette philosophie consiste en définitive en deux propositions fondamentales, toutes deux attaquées par Perelman. La première qu'il n'y a de connaissances scientifiques (et philosophiques) valides que celles qui procèdent de l'observation et d'un raisonnement conforme à l'idéal de la logique et des mathématiques. Lorsqu'il ne fait pas remonter cette emprise des mathématiques sur la philosophie à Platon lui-même, Perelman en stigmatise l'origine dans la pensée rationaliste des Modernes et son modèle géométrique⁵. La seconde, qui se trouve déjà tout entière dans la philosophie de Hobbes, que la loi est un commandement et qu'elle exprime la volonté arbitraire d'un Souverain ou de celui de ses subordonnés, notamment le juge, à qui le Souverain délègue le pouvoir de préciser sa volonté et de la faire exécuter⁶. Perelman récuse ces deux propositions, dont le normativisme ne fournit finalement, à ses yeux, que la version actualisée et dont les événements du 20^{ème} siècle ont montré à quelle impasse elles conduisaient la philosophie et le droit.

Pour dépasser cet échec et repartir sur d'autres bases, Perelman fait retour vers les Anciens, non seulement la philosophie d'Aristote, mais aussi d'autres sources comme le montre Stefan Goltzberg⁷. Il n'est d'ailleurs pas le seul, loin de là, à participer de cette réaction antimoderne de la philosophie du droit après le choc de la seconde guerre mondiale. On pense bien sûr, en France, à Michel Villey, qu'unit à Perelman, malgré leurs désaccords, une alliance objective. Lui aussi dénonce les errements de la philosophie politique et juridique moderne, les carences de son systématisme et de son rationalisme abstrait et vante au contraire le déploiement casuistique du droit romain dans son génie véritable au contact de la réalité des choses mêmes⁸. Dans une perspective plus large, il faut citer surtout Léo Strauss qui dénonce, dans son grand livre *Droit naturel et histoire*, la conception moderne du droit naturel de Hobbes et consorts, qui précipitent la philosophie pratique et le droit dans la double

⁵ Notamment dans « Considérations sur la raison pratique », repris dans *Ethique et droit*, éd. de l'ULB, 1990, p. 406 et s., spéc. p. 408.

⁶ Th. Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, traduit et annoté par B. Tricaud, Sirey, 1971, p. 282 et s. pour la définition de la loi et p. 294 et s. pour l'interprétation authentique et la délégation de pouvoir au juge.

⁷ Voir son étude « Les sources perelmaniennes entre Athènes, Rome et Jérusalem » ci-dessus dans le présent ouvrage.

⁸ On pourrait citer pratiquement ici tous les travaux de M. Villey. Voyez notamment : *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e édition, Dalloz, 1962 ; *La Formation de la pensée juridique moderne*, Montchrétien, 1975 ; PUF, coll. « Quadriges », 2003 et *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, 1985.

impasse du scientisme et de l'historisme⁹. Et encore Gadamer, dont le maître ouvrage, au titre ironique, *Vérité et méthode*, critique violemment la stérilité du cartésianisme moderne et entend réhabiliter, avec l'autorité des textes et les préjugés de la tradition, l'herméneutique médiévale des juristes et des théologiens¹⁰.

En rupture avec le rationalisme moderne, qui conduit au scepticisme axiologique, Perelman cherche donc, dans le modèle de l'argumentation et la technique rhétorique, une « logique » adaptée à la raison pratique, qui permette de réhabiliter le caractère rationnel, ou du moins raisonnable, des jugements de valeurs. Ce n'est toutefois qu'après la publication de son *Traité de l'argumentation* que Perelman commence à s'intéresser sérieusement aux questions de droit et au raisonnement juridique. Cette rencontre avec le droit, qui marque à l'évidence un tournant décisif dans son œuvre, est aussi une rencontre d'hommes, avec ses collègues de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, professeurs et praticiens, avocats et magistrats, avec qui Perelman constitue la section juridique du Centre national de recherches logiques puis, en 1967, le Centre de philosophie du droit¹¹. A compter de cette période, les recherches, les travaux et les œuvres prennent résolument un caractère collectif et l'on est fondé à parler d'« Ecole de Bruxelles ». Dans ce nouveau cadre de travail, Perelman délaisse quelque peu l'argumentation générale pour se concentrer désormais presque exclusivement à l'étude des procédés par le moyen desquels les juges arbitrent les conflits de valeurs en tranchant les affaires qui sont portées devant eux par les justiciables.

La focalisation sur la casuistique judiciaire marque donc un déplacement du questionnement non seulement par rapport au normativisme kelsénien, mais aussi dans l'œuvre de Perelman lui-même. Il est le fruit du travail en commun avec les juristes bruxellois. Or ceux-ci, lorsqu'ils embrassent le programme de Perelman, ne sont ni vierges ni neutres dans le domaine de la théorie du droit. Ils ont été formés, tout comme Perelman d'ailleurs au cours de ses propres études juridiques¹², par des maîtres qui se sont ralliés et ont à leur tour activement développé et promu les thèses de l'Ecole de la libre recherche scientifique. Cette filiation de la Nouvelle rhétorique et de l'Ecole de Bruxelles avec l'Ecole de la libre recherche scientifique est passée à peu près complètement inaperçue jusqu'ici, alors qu'elle a joué, à mon avis, un rôle important¹³.

⁹ E. Cattin, B. Frydman, L. Jaffro et A. Petit, *Leo Strauss : art d'écrire, politique, philosophie*, Vrin, 2001.

¹⁰ Voyez notamment sur cette question, B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridiques*, LGDJ-Bruylant, 3^{ème} éd., 2011, n° 306 et s. et l'intéressant débat qui avait opposé Gadamer au juriste Emilio Betti, dont on trouvera les références dans *Le sens des lois*.

¹¹ Ce Centre de recherches porte aujourd'hui son nom : le Centre Perelman de Philosophie du Droit de l'ULB (www.philodroit.be).

¹² Que Perelman a également poursuivies à l'ULB, de même que ses études de philosophie.

¹³ Voir cependant Guillaume Vannier qui, avec sa subtilité habituelle, relève la parenté sans toutefois creuser la question, dans son bel ouvrage : *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, col. « L'interrogation philosophique », 2001, p. 107.

D'inspiration allemande¹⁴, l'Ecole de la libre recherche scientifique se constitue en France, au tournant du 20^{ème} siècle, sous l'égide de François GénY. Les idées que celui-ci expose, dans son maître ouvrage *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, publié en 1899¹⁵, se propagent comme une trainée de poudre, jusqu'aux Etats-Unis, où l'œuvre de GénY influence le mouvement réaliste et la *Sociological jurisprudence*¹⁶. Plus près de la France, en Belgique, les thèses de la libre recherche rencontrent un succès spectaculaire et immédiat dans le monde judiciaire¹⁷, ainsi que dans les milieux académiques, en particulier à l'Université Libre de Bruxelles. L'influent Henri De Page, dont le *Traité* domine le droit civil pendant plusieurs dizaines d'années, s'y rallie immédiatement et sans réserve. Il consacrera même un essai aux idées nouvelles en 1931¹⁸. A ce moment, la Faculté de Droit de l'ULB est dirigée par le doyen Vander Eycken¹⁹, qui avait, dès 1906, publié une thèse d'agrégation, qui prolonge et radicalise les thèses du doyen GénY²⁰ et dont Perelman indique lui-même qu'elle sera considérée comme un classique pendant cinquante ans²¹.

GénY et ses émules belges critiquent déjà le légicentrisme de l'Ecole de l'Exégèse, qui avait dominé le 19^{ème} siècle dans nos contrées. Ils dénoncent la fiction

¹⁴ En particulier R. v. Jhering, *Der Kampf ums Recht* (1872) et *Der Zweck im Recht* (1877), qui sera traduit rapidement, ainsi que les autres œuvres de l'auteur, par un magistrat belge, O. de Meulenaere. Les références à son œuvre sont permanentes chez F. GénY et Vander Eycken le considère comme le plus grand jurisconsulte du 19^{ème} siècle.

¹⁵ F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vol., LGDJ, 2^{ème} éd. augmentée, 1919.

¹⁶ D. Kennedy et M. Cl. Belleau, « François GénY et les Etats-Unis », in Cl. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz dir., *François Geny, mythe et réalités - 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Blais-Bruylant-Dalloz, 2000, pp. 295-320.

¹⁷ Paul Leclercq, Procureur général près la Cour de cassation, était un fervent et influent partisan de l'Ecole, comme en témoigne ses écrits et ses conclusions. Le Procureur invitait ainsi les hauts magistrats à s'émanciper de l'autorité du texte de la loi : « Le texte n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second » (Conclusions précédant Cass. 26 janvier 1928, *Pas.* 1928, I, p. 63 et s.). Il parvint même à convaincre la juridiction suprême à adopter, dans la droite ligne des idées nouvelles, un régime de responsabilité de droit commun, sans faute, idée révolutionnaire, sur laquelle la Cour de cassation devait cependant revenir après le départ de son Procureur général. Pour une meilleure connaissance de sa pensée, on se référera à la collection de ses textes : *La pensée juridique du Procureur Général Leclercq*, 2 vol., Bruylant, 1953.

¹⁸ H. de Page, *A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit*, Bruylant, 1931.

¹⁹ Doyen de la Faculté de droit de l'ULB entre 1928 et 1931.

²⁰ P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk, 1906. La thèse d'agrégation correspondait au doctorat d'Etat en France.

²¹ Ch. Perelman, « L'interprétation juridique », repris in *Ethique et droit*, Ed. de l'ULB, 1990, p. 742. Le commentaire critique de Perelman ne rend d'ailleurs pas justice à cet ouvrage, présenté à tort comme typique d'une approche restrictive des sources.

du « postulat de plénitude de la législation écrite »²² au terme duquel l'ensemble des lois forme un système cohérent et complet, dont le juge, réduit par l'Exégèse au rôle ancillaire d'exécutant aveugle sinon d'esclave de la loi, doit se borner à déduire la solution par le moyen d'un syllogisme. Selon Gény au contraire, les lacunes de la loi (auxquelles Perelman et ses amis consacreront d'ailleurs un ouvrage spécifique²³), sont telles que l'ensemble de la législation ne donne en définitive qu'une information très limitée sur le droit²⁴, qui ne permet pas de trancher tous les cas, il s'en faut de beaucoup. Cette insuffisance des sources législatives ouvre la voie à un retour en puissance du juge. Ce dernier devra le plus souvent prendre à son compte la solution du litige, découverte par le moyen d'une recherche libre et scientifique. Cette recherche se revendique d'une « sociologie appliquée »²⁵. Elle prétend se fonder sur une science objective des jugements de valeurs, dont Gény et Vander Eycken trouvent l'inspiration, moins dans les travaux contemporains d'Emile Durkheim²⁶, que dans les intuitions de la philosophie positiviste d'Auguste Comte²⁷.

Pour déterminer les droits de chacun, le juge devra s'appuyer moins sur l'interprétation de la loi que sur l'observation de la réalité sociale et la pondération des intérêts en présence. « [II] ne découvrira, écrit Gény, la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient »²⁸. La méthode à suivre par le juge consiste dès lors « à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un *criterium* social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable »²⁹. Pour Vander Eycken, qui radicalise les thèses de Gény, la pesée par le juge des intérêts en présence doit précéder l'examen des sources, notamment de la loi, et lorsque l'appréciation du juge diffère du prescrit du législateur, « [i] peut être utile de rechercher dans une espèce

²² Fr. Gény, *op. cit.*, vol. I, § 81bis, p. 199.

²³ Ch. Perelman dir., *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968.

²⁴ Fr. Gény, *op. cit.*, vol. II, § 183, p. 221 : « La loi écrite (...), conclut-il, ne peut être tenue pour autre chose, qu'une *information, très limitée*, du droit, résultant d'un ensemble d'injonctions, consacrées par un organe supérieur, à l'effet d'établir, sans conteste, *quelques* règles, qui ont paru susceptibles d'une formule nette, ou pratiquement indispensables ».

²⁵ Fr. Gény, *op. cit.*, vol. I, § 7, p. 19.

²⁶ E. Durkheim vient de publier en 1955 *Les règles de la méthode sociologique*, que Gény a lu et qui l'a déçu (*op. cit.*, vol. II, § 168, p. 137, note 3).

²⁷ Comte avait popularisé l'usage du terme « sociologie », inventé par Sieyès, auquel il consacra les dernières leçons de son *Cours de philosophie positive*. Gény s'y réfère à plusieurs reprises et Vander Eycken revendique explicitement sa théorie comme « la consécration, dans notre matière, des vues d'Auguste Comte » (*Méthode positive de l'interprétation juridique*, § 236 *in fine*, p. 396).

²⁸ F. Gény, *op. cit.*, vol. II, § 173, p. 173.

²⁹ F. Gény, *op. cit.*, vol. I, p. 167.

s'il est plus pernicieux de violer la loi que de laisser violer l'intérêt que la loi sacrifie³⁰ ».

Mais selon quelle méthode procéder à cette mise en balance des intérêts ? Les partisans de la libre recherche refusent en tout cas, y compris dans le domaine du droit privé, de la réduire à un simple calcul d'intérêts patrimoniaux, donc évaluables en argent, ou à une analyse coûts-bénéfices, à la manière prônée par les utilitaristes anglo-saxons. S'ils assument pleinement que leur doctrine fait reposer les décisions judiciaires sur des jugements de valeurs, ils ont l'ambition d'objectiver ceux-ci par la construction d'une échelle scientifique des valeurs ou une « hiérarchie des buts sociaux »³¹, consultable par les juges lorsqu'ils devront comparer les droits et donc les valeurs et les intérêts en conflit. Cette échelle unifiée des valeurs, qu'elle ne parviendra jamais à construire, constitue assurément le gros point faible de l'Ecole de la libre recherche, que les positivistes sceptiques notamment auront beau jeu de mettre en lumière et d'exploiter.

C'est ici précisément qu'intervient l'apport décisif de Perelman à la théorie du droit. Ce n'est pas lui qui a déplacé le centre d'intérêt du législateur vers le juge puisque, comme nous venons de le voir, ses prédécesseurs français et bruxellois de la libre recherche scientifique l'avaient déjà réalisé. Ce n'est pas davantage lui qui reconnaît dans le juge l'arbitre d'un conflit d'intérêts ou de valeurs puisque cela aussi ses maîtres le lui ont enseigné. Par contre, Perelman innove quant aux moyens par lesquels ce conflit peut être arbitré. Il délaisse la chimère de la science objective des valeurs et montre comment, dans un contexte politique pluraliste où il n'existe pas d'accord universel sur la hiérarchie des valeurs, ni même sur les critères de la justice, le juge recourt aux ressources de l'argumentation et aux techniques spécifiques de l'argumentation juridique pour apporter une solution raisonnable aux différents portés devant lui et déterminer en l'espèce la valeur qui doit l'emporter dans une situation spécifique. Il met ainsi en exergue la motivation du jugement, par laquelle le juge est tenu de donner les raisons de sa décision, comme le nouveau champ d'investigation privilégié de la raison juridique. Il dessine par là pour l'Ecole de Bruxelles et au-delà un nouvel horizon et établit un programme de travail qui se poursuit encore jusqu'à ce jour.

II. De la théorie de l'argumentation à la pratique judiciaire :

Cette nouvelle dynamique, initiée par l'apport par Perelman du paradigme argumentatif aux thèses de la libre recherche scientifique, va susciter, comme on sait, un considérable développement de la recherche juridique et irriguer progressivement les méthodes d'enseignement du droit. Mais on sait peut-être moins qu'elle va aussi stimuler une offensive-éclair sur le terrain de la pratique du droit, dont le succès assez

³⁰ P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk, 1906, § 124, p. 228.

³¹ Cette formule est préconisée par P. Vander Eycken dans *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Falk, 1906, § 41, p. 78-79.

extraordinaire contribuera au bouleversement non seulement de la discipline juridique elle-même, mais des rapports de pouvoir au sein de l'Etat, en particulier à l'avantage du pouvoir judiciaire. Il faut évoquer ici le rôle essentiel d'un personnage hors norme, Walter Ganshof van der Meerch, professeur de droit constitutionnel, lui aussi à l'ULB, où il contribue aux travaux de l'Ecole de Bruxelles, et Procureur général près la Cour de cassation. A ce poste stratégique, Ganshof inspire, en quelques années à peine, des réformes stratégiques qui vont réellement conduire à émanciper les juges de l'emprise législative et à les installer dans la position d'arbitre des valeurs. En 1970, tandis que l'Ecole de Bruxelles travaille sur « la règle de droit »³², le Procureur général consacre son traditionnel discours de rentrée aux principes généraux du droit³³. Il s'agit, explique-t-il, de véritables règles de droit, qui ne sont pas issues de la législation, mais dégagées progressivement et déclarées par la jurisprudence. Ce discours deviendra un classique de la doctrine belge. Dès cette année, la Cour de cassation suit l'invitation de son Procureur général et élargissant d'elle-même sa fonction de gardienne de la loi déclare recevable un pourvoi en cassation formé contre la violation d'un principe général du droit, qui n'est pas sanctionné par une législation précise. La voie en avait en réalité ouverte trois ans auparavant par Paul Forières, l'ami complice de Perelman et le chef de file des juristes de l'Ecole de Bruxelles, dans un article spécifiquement consacré à ce sujet³⁴.

La question peut paraître technique ; en réalité, elle est cruciale. Il y a désormais du droit en dehors de la loi. Le retour des principes généraux du droit consacre dans la pratique judiciaire un concept étrange, que Paul Forières avait développé dès 1963 : « le droit naturel positif »³⁵. L'oxymore est énorme puisqu'il mêle ce que la philosophie moderne s'est acharnée à séparer : la raison juridique d'un côté et la volonté exécutoire du pouvoir souverain de l'autre. Les principes généraux, comme la continuité de l'Etat et du service public, l'égalité, l'état de nécessité, la bonne foi, etc. marquent en réalité le grand retour des valeurs dans la pratique judiciaire. Ce retour s'effectue au nez et à la barbe du formalisme positiviste et de son « test du pedigree »³⁶, selon lequel une règle n'est valide et n'appartient à un ordre juridique donné et que pour autant elle a été prise conformément aux règles prévues par cet ordre juridique pour l'élaboration des règles de droit. Perelman considère, non

³² Ch. Perelman dir., *La règle de droit. Travaux du Centre national de recherches de logique*, Bruylant, 1971, se référant aux travaux de Ganshof, notamment la fameuse mercuriale.

³³ W.-J. GANSHOF VANDER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *Journal des Tribunaux*, 1970, p. 157 et s.

³⁴ P. Forières, « L'ouverture à cassation en cas de violation d'une maxime de droit », publiée en 1967 (repris dans *La pensée juridique de Paul Forières*, Bruylant, 1981, vol. II, p. 547 et s.)

³⁵ P. Forières « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », in *Revue internationale de philosophie* (1963, fasc. 3), repris dans *La pensée juridique de Paul Forières*, vol. I, p. 411 et s.

³⁶ Au terme duquel une règle n'est valide et n'appartient à un ordre juridique donné et que pour autant elle ait été prise conformément aux règles prévues par cet ordre juridique pour l'élaboration des règles de droit. Le « pedigree test » est le terme critique donné par Dworkin (*Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., 1977, spéc. p. 17 et s.) à la théorie normativiste de la validité de Kelsen et Hart.

sans raison, l'intégration des principes généraux comme le fait majeur de l'évolution du raisonnement judiciaire après 1945³⁷. Il en date le retour au procès de Nuremberg où le droit naturel impose la reconnaissance et la répression d'une nouvelle catégorie d'infractions, le crime contre l'humanité, punissable en dépit des ordres du *Führer*, principe fondamental de commandement dans l'ordre nazi, mais surtout en contradiction avec ce qui constitue pourtant un autre principe fondamental du droit depuis la Révolution, la légalité des délits et des peines et la non rétroactivité des infractions pénales.

Avec le retour des principes généraux, le règne du raisonnement déductif et légaliste est bientôt révolu. Car, comme Ronald Dworkin le montrera très bien³⁸, on n'applique pas les principes comme des règles. Les règles, qui ont un champ d'application relativement défini, s'appliquent ou ne s'appliquent pas à une situation donnée, selon un schéma binaire qu'affectionne un certain courant de pensée. Les principes, au contraire, ont un champ d'application potentiel beaucoup plus large et diffus, qui amène souvent plusieurs d'entre eux à se concurrencer à l'horizon d'un cas singulier. Ils ont, écrit Dworkin, dans un style newtonien, une force de gravité relative qui tend à attirer plus ou moins la solution du cas dans leur orbite. Le juge n'est donc plus l'exécutant d'un système de lois, mais l'arbitre d'un conflit de valeurs, exprimées par des principes, qui appartiennent désormais eux aussi au droit positif et ont officiellement droit de cité dans les cours et les tribunaux. On comprend dès lors en quoi la reconnaissance des principes généraux du droit marque un triomphe décisif pour l'Ecole de Bruxelles et le modèle perelmanien. Mais ce n'est pas tout.

Dès l'année suivante, en 1971, Ganshof obtient de sa Cour de cassation une autre avancée tout aussi audacieuse et décisive. Dans l'arrêt Leski, la Cour affirme la supériorité des normes de droit international et *a fortiori* de droit communautaire sur toutes les règles de droit interne³⁹. Surtout, elle prescrit au juge d'écarter désormais toute loi ou n'importe quelle autre règle de droit interne dès lors qu'elle sera en contravention avec le droit européen ou le droit international. Ce spectaculaire revirement de jurisprudence ne s'appuie lui-même sur aucune source positive, mais se déduit de la nature même du droit international et européen et de leur articulation logique avec le droit interne. Il s'agit ici d'une consécration explicite du monisme cher à Hans Kelsen et donc apparemment d'une victoire pour le normativisme. Cependant, dans la pratique, l'effet de cet arrêt sera similaire et plus important encore que l'introduction des principes généraux. Car, avec le droit international et européen, ce sont les traités de protection des droits de l'homme conclus après la guerre, en particulier la Convention européenne de sauvegarde, qui entrent dans la sphère du droit directement applicable par le juge. Ils y pénètrent avec d'autant plus de force et de profondeur que le champ d'application des droits fondamentaux est immense, leur

³⁷ Voyez Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, spéc. « Le raisonnement judiciaire après 1945 », p. 67 et s.

³⁸ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., 1977, p. 22 et s.

³⁹ Cass. B., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

formulation très générale et très imprécise et leur valeur juridique, telle que déterminée par le précédent Leski, supralégale, voire supraconstitutionnelle. L'influence des droits de l'homme sur le droit interne sera d'autant plus grande que, Jacques Velu, lui aussi Procureur général et successeur de Ganshof à l'ULB, étendra, par le moyen du concept discutable d'« autorité de la chose interprétée »⁴⁰, l'autorité supranationale de la Convention européenne aux arrêts rendus par la Cour des droits de l'homme de Strasbourg, où Ganshof lui-même est nommé juge et siégera de 1973 à 1986.

Avant de quitter Bruxelles, l'influent Procureur général aura poussé la Cour de cassation, pourtant réticente, à franchir encore un pas supplémentaire considérable en suggérant, en contradiction avec un siècle et demi de jurisprudence constante, mais en termes voilés, sa compétence à contrôler désormais la conformité des lois à la Constitution⁴¹. Ce dernier mouvement, dans la suite logique des précédents, ne sera pas poursuivi par la Cour après le départ de son puissant Procureur, mais sonnera l'alerte au Parlement qui, à l'occasion de la réforme de l'Etat, créera la Cour d'arbitrage, qui deviendra la Cour constitutionnelle belge⁴². Cette Cour, à laquelle la Constitution n'avait consenti à l'origine qu'une compétence étroitement limitée⁴³, gagnera ses galons sur la scène nationale et européenne en s'arrogeant elle-même, de manière de plus en plus large, le pouvoir de contrôler la conformité des lois aux droits fondamentaux, tels que consacrés par la Constitution et le droit international et européen. Une fois encore, Ganshof aura contribué à la réalisation d'une proposition majeure du système kelsénien : le contrôle de la constitutionnalité des lois par une cour constitutionnelle distincte de la juridiction ordinaire⁴⁴. Mais, dans la pratique, la nouvelle Cour s'arrogera, à l'instar de ses consœurs européennes et en contravention totale cette fois avec le prescrit kelsénien, le pouvoir non seulement de déclarer les lois conformes ou contraires à la Constitution, selon le schéma binaire imposé par le grand théoricien viennois, mais aussi celui d'interpréter les lois de manière

⁴⁰ L'autorité de la chose interprétée est définie comme « l'autorité propre de la jurisprudence de la Cour en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention » par J. Velu, « Responsabilités incombant aux Etats parties à la Convention », *Actes du 6^{ème} colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (Séville, 1985)*, 1998, p. 533 et s.. Le concept sera repris notamment par Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2001 (5^{ème} éd.), p. 458.

⁴¹ Arrêt Lecomte, Cass. B., 3 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 910.

⁴² Inscrite dans la Constitution en 1980, la Cour d'arbitrage fut mise en place par une loi de 1983 et devint Cour constitutionnelle en 2007.

⁴³ Outre les règles de compétences des entités législatives fédérale et fédérées, la Cour d'arbitrage n'avait à l'origine reçu compétence que pour contrôler le respect des principes d'égalité et de non-discrimination inscrits dans les articles 10, 11 et 24 de la Constitution belge.

⁴⁴ Kelsen fut on le sait le grand promoteur d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par une juridiction spécifique. Voyez notamment son article : « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, pp. 197-257. Sur le débat qui l'opposa notamment à C. Schmitt sur cette question pendant la République de Weimar, on lira notamment C. Herrera, *Théorie politique et juridique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997.

« conciliante » ou « conforme » à la Constitution. Renouant ainsi avec une technique chère à l'herméneutique médiévale, le juge constitutionnel se reconnaît désormais le droit et le devoir de redresser la législation pour la rendre conforme aux exigences des droits fondamentaux, au risque d'empiéter sur le terrain de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat et d'entrer en conflit avec eux⁴⁵.

Ainsi, l'irruption des principes généraux du droit, des principes constitutionnels et des normes internationales et supranationales, spécialement des droits fondamentaux, dans le champ du droit positif bouleverse complètement la fonction du juge dans l'Etat de droit. D'exécutant fidèle, pour ne pas dire soumis, de la volonté d'un législateur souverain, il devient le juge de la conformité des lois aux valeurs et principes fondamentaux et l'arbitre de la concurrence que se livrent ces principes entre eux à l'occasion d'une question particulière. Pour ce faire, les juges délaissent de plus en plus le modèle déductif et binaire du syllogisme judiciaire au profit d'un autre modèle de raisonnement fondé sur la mise en balance des principes et des droits fondamentaux, des valeurs, dont la motivation argumentée de la décision rend compte du résultat.

Dans la mesure où les principes et les droits trouvent eux-mêmes leur source dans des textes supérieurs et assez généraux, la question de droit se présente souvent désormais sous une forme bien connue de l'ancienne rhétorique et de l'herméneutique médiévale : l'antinomie⁴⁶, à laquelle Perelman et ses amis de l'Ecole de Bruxelles avaient consacré un séminaire et un volume collectif⁴⁷. Il ne s'agit plus seulement de mettre en balance des intérêts, mais de concilier des textes revêtant une grande autorité. Du coup, le tournant argumentatif se prolonge en un tournant interprétatif⁴⁸. L'interprétation deviendra, à partir des années 1970 et pour toute une génération, le problème majeur de la théorie du droit. Les méthodes juridiques d'interprétation, auxquelles Kelsen déniait toute rationalité quelconque, sont requalifiées par Perelman comme des « lieux » de la topique judiciaire. En 1972 et 1973, Chaïm Perelman et Paul Foriers y consacrent chacun des articles importants⁴⁹ dans lesquels ils démontrent la pluralité des méthodes d'interprétation et le caractère pragmatique du choix entre celles-ci par le juge pour l'arbitrage du conflit de valeurs. Mais ce sera

⁴⁵ Ce conflit assez dur, répété et prolongé entre la Cour constitutionnelle, d'une part, et, d'autre part, le Conseil d'Etat et surtout la Cour de cassation a été qualifié de « guerre des juges » par la doctrine belge, qui lui a consacré une abondante littérature, au départ de l'article de J. Van Compernelle et M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2000, p. 297-304.

⁴⁶ Sur le statut et la fonction des antinomies dans les modèles rhétorique (antique) et scolastique (médiéval) de la raison juridique, voyez B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^{ème} édition, Bruylant, 2011, spéc. §§ 24 et 96 et s.

⁴⁷ Ch. Perelman dir., *Les antinomies en droit*, Travaux du CNRL, Bruylant, 1965.

⁴⁸ D. Kennedy, « The Turn to Interpretation », 58 *Southern California Law Review* (1985), p. 251-275.

⁴⁹ Ch. Perelman, « L'interprétation juridique », *Archives de Philosophie du droit*, t. XVII, 1972, p. 29-37, repris dans *Ethique et droit*, § 5, p. 742 et s. – P. Foriers « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activités du juge », repris dans *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol II, page 709 et s..

surtout l'œuvre de la génération suivante à qui il appartiendra de développer pleinement ce thème, notamment au sein des Universités catholiques bruxelloises, avec François Ost, Mark Van Hoecke et Michel van de Kerchove⁵⁰. Mais ceci est une autre histoire.

*

A l'instant de conclure, il est temps de revenir à la question posée au départ de cette étude. Comment expliquer que la théorie du droit soit considérée depuis plusieurs dizaines d'années et aujourd'hui encore comme une « spécialité belge » et, pour ce petit pays, comme un produit d'exportation ? Ce succès s'explique sans doute par le fait que les théoriciens et les praticiens du droit ont su prendre de l'avance en conceptualisant et en inscrivant dans la pratique, dès les années 1960 et au début des années 1970, un modèle judiciaire qui ne devait s'imposer que très progressivement ailleurs et notamment en France, non sans grandes réticences et résistances d'ailleurs. Mais, à nouveau, comment rendre compte de cette avance ?

On pourrait être tenté de livrer ici une explication sociologique. Un petit pays, où le droit français a été reçu, à la faveur de la conquête révolutionnaire, moins hanté par le mythe de la souveraineté nationale que son puissant voisin, lui-même traversé par plusieurs cultures juridiques différentes et menacé par des tensions communautaires centrifuges... Tous ces facteurs et quelques autres contribuent sans doute à expliquer pourquoi les juristes belges se sont plus rapidement qu'en France dépris du « culte de la loi »⁵¹ et travaillé à installer le juge en position d'arbitre et de garant de l'Etat de droit. Mais d'autres pays francophones, comme la Suisse et le Canada, partagent nombre de ces traits, sans que les mêmes causes n'aient forcément produit les mêmes effets.

Sans nier l'influence du contexte, nous voudrions pour notre part risquer une explication d'un autre ordre en soulignant ce que nous avons tenté de mettre en évidence tout au long de cet article, à savoir la dimension collective et organisée d'un mouvement à qui l'on donne à juste titre le nom d'école. Car si Perelman a incontestablement produit une œuvre individuelle, l'apport de la nouvelle rhétorique à la théorie du droit contemporaine apparaît assurément à l'examen comme le produit d'une entreprise collective, qui a su réunir avec succès des idées et des talents différents. Cette Ecole de Bruxelles, née d'une rencontre authentique et féconde entre la philosophie et le droit, a su fédérer, mieux encore que la génération précédente de l'Ecole de la libre recherche scientifique, dont elle renouvelle les méthodes, à la fois des chefs de file philosophiques et théoriques, des praticiens occupant des positions clé au sommet de la pyramide judiciaire, des professeurs en charge des principaux

⁵⁰ M. van de Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Pub. F.U.S.L., 1978. – M. Van Hoecke, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Kluwer, 1979. – F. Ost et M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989.

⁵¹ Fr. Gény évoque ce « culte superstitieux de la volonté législative » (I, p. 127-8) et le « fétichisme de la loi écrite » (I, p. 70) dans *Méthode d'interprétation et sources*.

enseignements en faculté de droit et en position de pouvoir au sein de l'Université⁵². Cette alliance de la doctrine, de la pratique et de la formation des générations futures de juristes, coordonnée par Chaïm Perelman⁵³, a permis, dans un contexte favorable, de transformer en quelques années à peine une percée théorique décisive en innovations capitales dans les pratiques judiciaires, tout en inscrivant celles-ci dans les jeunes esprits et en promouvant des méthodes d'enseignement pragmatiques qui continuent à produire leurs effets bénéfiques jusqu'à aujourd'hui. Ce n'est du reste pas un cas isolé dans l'histoire des idées que cette alliance de la philosophie et du droit dans une école structurée qui transforme les méthodes d'application et d'enseignement du droit. Outre l'école de la Libre recherche déjà évoquée, on peut citer au 20^{ème} siècle le grand succès du mouvement réaliste américain et de la philosophie pragmatique, produits de la fécondation mutuelle de la pensée des philosophes et de l'expérience des juristes, spécialement à Harvard⁵⁴. Les deux écoles ne sont d'ailleurs pas sans partager de nombreux points communs, en particulier une conception pragmatique du droit qui s'accommode particulièrement bien, pour ne pas dire qu'elle exige une forte dimension collective.

Benoit Frydman est Professeur à l'Université Libre de Bruxelles et Directeur du Centre Perelman de Philosophie du Droit. Il est membre de l'Académie royale des sciences et vice-président de l'Académie européenne de théorie du droit. Ses travaux portent sur la justice et l'argumentation juridique, ainsi que sur les transformations du droit contemporain et le droit global. Derniers ouvrages parus : *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridiques* (Bruylant, 3^{ème} éd., 2011), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, avec E. Jeuland (Daloz, 2011), *Art et techniques de la plaidoirie aujourd'hui*, avec C. Mécaray et al. (Lexis-Nexis, 2^{ème} éd., 2011), *Philosophie du droit*, avec G. Haarscher (Daloz, 3^{ème} éd., 2010)

⁵² Prenons l'exemple marquant de Paul Foriers, avocat, professeur titulaire du cours de droit naturel, doyen de la Faculté de droit et recteur de l'Université libre de Bruxelles.

⁵³ Sans doute vaudrait-il la peine d'étudier le rôle qu'a joué l'organisation des mouvements de résistance pendant la guerre dans la constitution de cet « esprit d'équipe ». On sait que l'Université Libre de Bruxelles, entrée en résistance contre l'occupant, est la seule en Belgique à avoir fermé ses portes pendant toute la durée de la guerre. Perelman et sa femme, entrés dans la clandestinité, jouèrent un rôle important dans la résistance, en particulier dans le réseau de protection des « enfants cachés », tandis que Ganshof, parti à Londres avec le gouvernement en exil, allait être chargé de diriger l'épuration après la guerre.

⁵⁴ Voyez sur cette question le beau livre de Louis Menand, *The Metaphysical Club : A Story of Ideas in America* (Farrar, Straus and Giroux, 2001). Le mouvement réaliste sera néanmoins moins structuré et plus diffus que l'Ecole de Bruxelles.