QUESTIONS DE LOGIQUE JURIDIQUE DANS L'HISTOIRE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT (1)

Michel VILLEY

Il me manque, pour mériter l'honneur de participer aux travaux du Centre belge de logique, les deux qualités de logicien ou de praticien du droit. Je ne suis qu'historien du droit; plus précisément, bien que le mot de philosophie soit de ceux qu'on craint d'assumer, de la philosophie du droit. Je n'aborde à peine aux rivages de la logique juridique (mais il me faut bien y aborder) que par ce biais. Alors mon propos ne peut être que de signaler des points de rencontre, des rapports d'interdépendance entre ces deux disciplines distinctes.

Lorsqu'il s'agit de définir ce qu'est la logique juridique, c'est-à-dire quelle part de la logique ou quelle espèce de logique est applicable dans le droit, comment ne pas d'abord s'entendre sur le sens du mot "droit"? Lourd problème, auquel il existe hélas des réponses fort diverses. Chez nos éminents spécialistes de la logique juridique il y en a plusieurs qui postulent, comme allant de soi et évidente, une définition du droit en réalité discutable; c'est la base de leur construction, et là dessus ils nous présentent une image de la logique du droit qui me paraît trop étroite et inadéquate. Or peut-être parviendraient-ils à des conclusions différentes s'ils acceptaient de mettre en question leurs postulats de philosophie juridique.

Faute d'avoir le temps d'explorer le domaine immense de l'histoire des définitions du mot "droit", je vais me borner à opposer deux définitions : l'une que j'appellerai *moderne* et l'autre que j'appellerai *classique*, j'entends celle qui fut à l'honneur en Grèce, dans le droit romain classique et le droit savant du moyen âge. Nous nous demanderons quelles notions et de la méthode juridique et de la

(1) Ce texte reproduit en partie le rapport que nous avons donné au Colloque de philosophie du droit de Toulouse (septembre 1966); nous en avons suivi le canevas dans une conférence présentée à Bruxelles au *Centre National de Recherches de Logique* en décembre 1966.

logique du droit correspondent à ces deux manières opposées de concevoir le droit. Vous m'excuserez de vous entraîner, ce qui n'est pas très à la mode, dans les terres lointaines du passé, dans des formules étrangères à nos habitudes actuelles, et périmées en apparence.

⁂

I

Et d'abord dans l'époque *moderne*. Selon l'usage des historiens, je désignerai par ce terme l'époque comprise à peu près entre la fin du moyen âge et la Révolution française. Non la nôtre; notre siècle à nous n'appartient plus aux temps modernes; et ce qu'il y a de plus vivant dans la pensée contemporaine serait plutôt en réaction contre la philosophie "moderne"; cependant nous sommes les héritiers de la philosophie moderne; elle est encore proche de nous et constitue encore le fond (sans doute surtout chez les juristes) de notre éducation première; nos lieux communs et nos routines. Nous en dépendons à tel point qu'en comprendre les principaux thèmes nous est relativement facile. Aussi n'aurons nous pas besoin de nous y attarder longuement. Je n'en traite que pour m'en servir de terme de comparaison.

1. Définition du droit

Ce qui me paraît caractériser la pensée juridique moderne (je ne puis en traiter en détail et me borne de dresser hâtivement une sorte de type idéal) c'est de considérer le droit comme une production de l'esprit, et de l'esprit seulement humain. Le droit serait formé des normes, par lesquelles l'esprit humain commande aux faits de la nature. Derrière cette façon de concevoir l'essence et les sources du droit, il y a le dualisme essentiel à la philosophie moderne, qui sépare, comme deux mondes distincts, avec Descartes, le monde de l'esprit et celui des corps étendus, avec Kant l'être et le phénomène, et aussi l'être et le devoir être. Le droit est cette norme engendrée par l'esprit humain et qui prescrit à la nature la façon dont elle devrait être (sans doute est-ce parce qu'ils acceptent sans réserve ce présupposé que plusieurs de nos théoriciens traitent de la logique juridique com-

me appartenant à la classe d'une logique dite "déontique", ou "normative", qualification qui me paraît tout à fait contestable).

Cette philosophie du droit comporte des variantes innombrables, dans la diversité desquelles nous n'avons pas le loisir d'entrer: c'est ainsi que pour Savigny et son école pandectiste, la règle de droit est moins le produit de l'esprit de l'homme individuel, que de l'esprit collectif des peuples. Mais surtout: on a l'habitude de distinguer à l'intérieur de cette philosophie moderne deux principales directions:

a) Les uns font de la règle de droit le produit de la *raison* humaine. C'est à l'époque qui nous occupe, la tendance rationaliste, de l'école dite de droit naturel; celle, par exemple de *Grotius*. Grotius entreprend de tirer son système des règles du droit à partir de quelques principes rationnels de moralité: ne point voler — tenir ses promesses — réparer les dommages causés. Pareillement Kant s'est efforcé de construire son droit naturel sur quelques axiomes rationnels de la raison pure pratique.

b) la seconde école attribue aux règles de droit pour source la *volonté* humaine. Tendance de Hobbes et de ses disciples, auxquels on réserve souvent l'étiquette de *positivistes*. C'est la volonté arbitraire du législateur mandaté par le contrat social qui est constitutive du droit. Mais peu importe à notre propos que le droit provienne plutôt de la raison ou de la volonté, ou d'un mélange de l'une et de l'autre. De toutes manières il est produit de l'esprit humain et il réside dans les règles posées et conçues par l'esprit de l'homme. Aussi le droit est-il défini *un ensemble de règles*: c'est là ce que traditionnellement on continue à enseigner à la Faculté, dès le premier cours de droit civil.

2. Méthode juridique

Or il s'ensuit dans le monde juridique moderne une certaine *méthode* d'invention des solutions de droit, donc de présentation du droit. Normalement toute solution devrait être trouvée par inférence à partir des règles qui siègent dans la pensée de l'homme, issues de sa raison ou de sa volonté. Au moins la solution de droit ne peut être fondée comme telle, sa validité démontrée, qu'en la reliant déductivement à une règle juridique donnée; et la règle elle-

même fondée qu'en la reliant à un principe. En tous cas est-ce là l'idéal que poursuivra la science du droit.

Aux divers étages où s'exerce le travail du juriste (au sens large), nous constatons que les grands ouvrages de la doctrine juridique de l'époque moderne proprement dite ont effectivement cultivé cette méthode *déductive*. S'il s'agit de l'élaboration du corps des règles juridiques, c'est l'âge des systèmes tels que ceux de Grotius, de Pufendorf, de Domat. Je tiens le traité de Grotius pour la première grande tentative de système de droit axiomatique; toutes les règles y sont fondées déductivement sur un principe, ramenées à un principe premier rationnel de moralité; ou du moins Grotius s'y efforce (les "systèmes" du XVI^{ème} siècle, de Connan, de Bodin, d'Althusius, qui sont plutôt des tentatives de classifications de cas ou de notions juridiques ressortissaient d'un idéal scientifique très différent). Et s'il s'agit de l'application du droit à l'étage judiciaire, alors la doctrine moderne invite à tirer la sentence *déductivement* de la règle de droit, soit codifiée dans les grands ouvrages de doctrine, soit posée dans les textes de lois par la volonté plus ou moins arbitraire du législateur. Telle est la forme que revêtent en fin de compte les traités de droit. Il ne peut en être autrement, dès lors que nous avons postulé que le droit c'était l'ensemble des règles commandées par l'esprit humain, ou ce qu'analytiquement on tire de la substance de ces règles.

3. Notion de la logique juridique

Et j'en arrive aux conséquences, touchant l'idée que les modernes peuvent se faire de la logique juridique. Cette conception de la logique spécialement pratiquée dans le droit coïncide d'ailleurs avec celle qui me paraît avoir prévalu au début de l'époque moderne (c'est-à-dire aussi du triomphe des mathématiques et de l'essor des sciences exactes) de la logique en général.

J'espère ne point me tromper en affirmant que la science logique, dans le monde moderne, est axée surtout sur la science et la mise en œuvre pratique du raisonnement *déductif*. Ne nous enseigne-t-on pas encore que la logique, au sens le plus strict, est l'étude des inférences qui nous permettent de passer, avec le plus de rigueur possible, d'une proposition à une autre? Le reste, l'analyse des concepts ou de la

structure des jugements, paraît tenir un rôle auxiliaire et être ordonné à cette fin. Au début de l'époque moderne, la logique c'est d'abord l'étude du *syllogisme*, procédant des Analytiques d'Aristote : legs de la scolastique médiévale, surtout de celle décadente des XIV^{ème} et XV^{ème} siècle. Il est vrai que Descartes est venu négligeant la logique formelle, qui (non sans de graves conséquences, nous le constaterons tout à l'heure), comme beaucoup de ses contemporains, jette le discrédit sur l'étude du raisonnement syllogistique : mais le raisonnement *mathématique*, dont il veut user non seulement dans l'étude des nombres et des formes, mais dans la science universelle et jusque dans la métaphysique, le raisonnement à la mode d'Euclide est pour lui comme un substitut de l'ancienne logique formelle. Il s'agit toujours d'un modèle de raisonnement déductif.

Or quel instrument serait plus propre aux besoins de l'art juridique? Le droit tel que l'on vient de le définir, tel que le conçoivent les modernes, est le paradis de la logique conçue comme art de la déduction. Aussi ne faut-il pas s'étonner si ce que nous possédons de traités de méthodologie juridique à partir du XVII^{ème} siècle nous présentent cette espèce là de logique du droit. Ainsi Grotius dans sa préface. Ou Domat, dont les *Lois Civiles* préfigurent le Code Napoléon : Domat qui traite le droit romain en le refondant dans les formes de la Logique de Port-Royal, elle-même largement inspirée par les *Regulae* de Descartes. Le XVII^{ème} siècle a connu, surtout en Allemagne, une classe de *mathématiciens-juristes*, dont l'ambition fut de reconstruire l'ensemble de la science du droit sur le mode mathématique : tel que fut le fameux Weigel, le maître à la fois de Leibniz et de Pufendorf. Mais le meilleur exemple est sans doute dans l'œuvre de *Leibniz*. Leibniz s'est, nous le savons tous, toute sa vie occupé de droit : je ne voudrais pas vous donner une caricature trop simpliste des idées de Leibniz sur le droit. L'intelligence de Leibniz était trop immensément riche pour qu'il n'ait pas eu conscience aussi du caractère problématique de beaucoup de solutions juridiques, et reconnu l'importance de la dialectique dans les raisonnements des juristes, ce qu'il appelle la "polémique". Mais dans la *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* de 1617 et dans ses innombrables travaux postérieurs concernant le droit (que viennent d'éditer pour partie Gaston Grua et un récent recueil d'Ascarelli), nous le voyons bien s'efforcer de réduire la science juridique en un sys-

tème axiomatique; de "démontrer" le droit à partir de définitions, d'axiomes, d'une suite de théorèmes; de le mettre sous forme mathématique. Et c'est à Leibniz que remonte la célèbre comparaison entre les juristes romains (qu'il appelait des "personnes fongibles") et le mathématicien Euclide. — Est-ce que vraiment la science du droit peut imiter le modèle d'Euclide? En tout cas, historiquement, on ne pouvait faire pire contresens sur la méthode effectivement suivie par les juristes de Rome...

Tous les théoriciens du droit de l'Europe moderne ne partagèrent pas la prétention de l'École de droit naturel de constituer un système déductif de règles. Les positivistes ont lâché, nous le disions, du lest, et se sont facilité la tâche en tenant les règles du droit pour un produit de la volonté arbitraire du législateur. Si les règles de droit s'enchaînent en un ensemble systématique, c'est exclusivement par leur "forme" et leur régime de production, (ainsi que dit encore Kelsen), ce n'est plus quant à leur contenu. Mais on y retrouvera l'idéal de la déduction dans le droit à l'étage de l'application des lois aux situations concrètes, du passage de la règle de droit à la sentence judiciaire. Ainsi chez Hobbes, dans son "Dialogue entre un philosophe et un étudiant dans le droit commun anglais" (ed. Ascarelli), ou bien plus tard chez un Bentham, dans son ouvrage "Les limites de la jurisprudence". De même encore, je le suppose, chez les théoriciens français, tel Berriat — Saint-Prix... Le *syllogisme* s'y trouve d'ailleurs bien plutôt choisi pour modèle que la déduction mathématique. L'œuvre du juge est un syllogisme : le cas d'espèce est "subsumé" sous la "majeure" qu'exprime la règle. Ainsi parvient-on à la conclusion. Certes il y a quelque difficulté à faire entrer le cas d'espèce dans le cadre préconstitué posé par la règle de droit, dans ce système conceptuel; mais là dessus on jette volontiers un voile pudique; en fin de compte il faut arriver à ce que la sentence soit déduite analytiquement de la règle; autrement elle ne serait pas une solution juridique; la logique doit l'emporter. Cette logique de la déduction, qui est si parfaitement à sa place dans le monde du droit, puisque le droit est une production, une construction de l'esprit humain...

Tel semble avoir été du moins l'idéal des théoriciens. (Je ne dis

pas des meilleurs juristes. Nos excellents magistrats de l'Ancien Régime avaient sûrement de leur métier une conception plus réaliste, puisée à des sources plus anciennes, et même les auteurs de notre Code Civil furent très largement en retrait, quant au culte de la logique, sur Leibniz, Hobbes ou Grotius...). Mais il n'y a pas lieu d'insister sur une philosophie du droit aussi commune, et facile pour nous à concevoir, même si pour beaucoup d'entre nous elle a perdu de son prestige. C'est bien volontiers que maintenant nous lui fausserons compagnie.

Tout de même je ne veux pas la quitter sans prendre note, en historien, qu'elle a mal tenu ses promesses. Il ne faudrait pas être dupe des *apparences* logiciennnes même des traités systématiques de la doctrine juridique moderne. Par exemple Grotius se donne l'air de déduire son système du droit. Mais en usant de combien de fictions, de combien de pétitions de principes et de postulats arbitraires, de combien de paralogismes, c'est ce qu'on montrerait facilement à chaque page de son traité. Je recommanderais volontiers le "Droit de la guerre et de la paix" à l'attention des logiciens, comme un terrain d'observation de pathologie du raisonnement. C'est un exemple excellent de *cacologique*. Ainsi Domat, ainsi Pufendorf, ainsi Wolf, et aussi bien les interprètes judiciaires de la loi positive. Les juristes modernes observaient les exigences de la logique *quand c'était possible* et menait à des conclusions acceptables; mais quand ce n'était plus opportun, alors, en cachette, sans prévenir, affectant même de rester logiques, jetaient par dessus bord la logique. Ils ont fait aux règles authentiques de la déduction d'innombrables infidélités. Est-ce que de l'article 1382, qui dit que je suis responsable du dommage commis par ma faute, on peut légitimement déduire la solution de nos tribunaux : que si un piéton par sa faute se fait écraser par ma voiture, je suis déclaré responsable? C'est vraiment une chose admirable que la logique de nos magistrats, et qui consiste à relier, avec une maîtrise consommée, à de vieux articles du Code Civil des solutions de jurisprudence qui disent exactement le contraire. Le mariage contracté entre le droit et la logique déductive ne fut pas un ménage modèle.

En vérité l'attitude d'indifférence qu'avaient manifestée Descartes et plusieurs de ses disciples à l'endroit de la logique formelle pourrait expliquer que cette fiction d'une science du droit déductive ait

pu si longtemps se maintenir (comme se maintenait la fiction d'une philosophie déductive). Mais quand les juristes s'aviseront de prendre la logique au sérieux? Les résultats risqueraient d'être catastrophiques. Si nous maintenons que le droit est ce qui se déduit de la règle, mieux vaut alors dans beaucoup de cas que la déduction soit incorrecte. C'est ce qu'en fin de compte ont proclamé beaucoup d'auteurs du XIX^{ème} siècle : un Jhering, entamant la lutte contre la "logique juridique", celle qu'avait portée à l'extrême la science du droit pandectiste, la "jurisprudence des concepts". Un peu plus tard un Ehrlich ou un Isay. J'en arrive à ce dénouement, la crise de la foi du juriste dans la valeur de la logique, à ce procès-verbal d'échec.

Chez beaucoup de philosophes du droit, le fait est qu'il ne reste plus rien des prétentions logicisantes des temps modernes proprement dits. A l'opposé de l'école moderne du droit naturel, voici maintenant qu'ils abandonnent la production des règles de droit au caprice des puissances de fait, à la force, au "cours de l'histoire". Et jetant au rebut les doctrines légalistes du XVIII^{ème} siècle, ou de l'École de l'exégèse, beaucoup en viennent à recommander l'"intuitivisme" judiciaire, le "droit libre", l'indépendance envers la loi ou la logique... Alors ce devient rêve impossible de constituer une science du droit (Kirchmann-Isay). Finalement les hautes visées des philosophes du droit moderne au déductivisme juridique auront eu ce beau résultat de faire sombrer la théorie juridique dans le vice contraire, un croissant *irrationalisme*...

Droit et logique se marient mal. Ce doit être d'ailleurs l'opinion de la plupart des logiciens, qui ne me paraissent professer qu'une estime assez limitée pour la prétendue "science" du droit, et la soi disante rigueur des raisonnements juridiques. Quant aux juristes, en mettant les pieds dans le plat, nous dirons qu'une bonne part d'entre eux est remplie d'une profonde défiance envers l'espèce des logiciens. Je ne puis bien entendu moi-même — n'étant pas tout à fait juriste — partager cette hostilité. Mais sans doute éviterions-nous cette chute dans l'irrationalisme si nous acceptions de réviser et de mettre à l'épreuve, peut-être notre conception de la logique juridique, mais d'abord notre idée du droit?

II

Je voudrais maintenant essayer de vous entraîner dans un système de pensée plus étrange et moins accessible : celui que j'appelle *classique*, et qui aurait en gros dominé la mentalité des juristes, en Grèce, dans la Rome classique, et dans le moyen-âge savant, dont la culture est inspirée de la tradition gréco-romaine. Il n'est pas dit qu'il ne subsiste encore aujourd-hui des vestiges de cette conception classique du droit.

1. Définition du droit

Quelle était la notion du droit ordinairement professée dans la théorie des classiques? Le droit est le *juste* : dikaion (terme grec que nous traduisons par droit) — *id quod justum est*, selon le Digeste, I.I.6., que répéteront les glossateurs et dont Saint Thomas, à son tour étudiant les sens du mot *jus* (IIa IIae 57.I, ad I) reprend à peu près la formule. C'est-à-dire : la solution juste, la bonne solution juridique, qui doit être cherchée pour chaque cas, être exactement adaptée à chaque situation litigieuse : ces droits anciens sont casuistiques. Le droit n'est pas identifié aux *règles* abstraites et générales, sorties du cerveau du législateur ou de quelque autre esprit humain; mais à la *solution* concrète qui sera trouvée dans chaque cas (2).

Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas de règles. Il n'est pas de vie juridique un peu évoluée qui puisse se passer de règles. Mais le rapport des règles au droit est autrement interprété. En Grèce et dans la Rome classique, il y a même des "lois positives" (entendons posées par l'État et qui tiennent toute leur substance de la volonté de l'État); en vérité si peu nombreuses que nous pourrons pour simplifier, dans cette esquisse historique, en faire abstraction; mais surtout des règles *doctrinales*, produites par les jurisconsultes; celles-là très nombreuses à Rome et dans le droit savant du Moyen-âge. Elles tiennent un rôle indispensable dans le système de la philosophie *classique du droit naturel*, car, dit cette doctrine, la "nature"

(2) Cf. notre article "Une définition du droit", APD 1959, p. 47, et nos leçons "*Abrégé du droit naturel classique*", pp. 116 et suiv.

nous fournit à profusion des *modèles* (2), nés spontanément, de justes rapport juridiques — de bons exemples de régimes politiques, professionnels, familiaux ou de saines relations contractuelles — qui doivent nous servir de guides et dont il faut que nous prenions note en les exprimant dans des règles. Mais ces règles ne sont pas le *droit*, tel quel applicable à de nouvelles espèces, car pour répondre exactement aux conditions de chaque cas, chaque solution doit *s'adapter* à la "nature de la chose", à la nature de *chaque* cas. Mais je m'en voudrais de commenter une fois de plus cette philosophie.

2. Méthode du droit

A ce régime correspond évidemment une autre méthode, une autre forme de discours, une autre espèce de "science du droit" que celle aujourd'hui pratiquée. La méthode des juristes romains commence à être bien étudiée, par exemple par M. Max Kaser, ou celle des juristes savants du Moyen-âge, par M. Chevrier.

C'était une méthode raffinée. M. Le Bras me disait un jour qu'après avoir longtemps jugé la méthode de Gratien (un juriste du XII^{ème} siècle) comme barbare et maladroite, il était passé depuis lors à la conclusion contraire : que Gratien raisonnait bien mieux que les juristes d'aujourd'hui. Remarquez qu'on *raisonnait* beaucoup dans le droit savant du Moyen-âge, ou dans le droit romain classique. Jamais il n'y eut telle abondance de ratiocinement que chez les juristes romains, quand on disputait entre les thèses de Julien ou d'Africanus, des Proculiens et des Sabiniens, si ce n'est peut-être dans les écoles des glossateurs du Moyen-âge, du XII^{ème} au XVI^{ème} siècle. Les questions de droit donnaient lieu à des disputes interminables et rigoureusement conduites. Rien qui puisse être plus éloigné de "l'intuitivisme", de l'appel au "sentiment" du droit, de l'irrationalisme d'un Ehrlich ou d'un Isay.

Je dirai même que ces juristes raisonnaient à partir des règles, puisque (on vient de le dire) il existe des règles de droit dans ce régime : sinon beaucoup de lois positives, du moins des règles doctrinales, celles-ci foisonnantes. Le Digeste, qui ne représente qu'une

(2) Cf. "*La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit*", APD 1965, p. 279.

part réduite de la littérature des jurisconsultes romains, est encore une mine assez riche pour que les auteurs du Code Civil en aient pris la plupart de leurs règles. A quoi s'ajoutent au Moyen-âge une foule de maximes, de brocards. Tout cela remplit les énormes ouvrages des juristes savants. Mais par quel mode de raisonnement passe-t-on des règles à la sentence?

Voyons d'abord *ce que n'était pas* la méthode de ces juristes. Il ne pouvait s'agir pour eux d'un travail de pure déduction du droit à partir de la règle (ni même de poursuivre l'idéal d'une science du droit où après coup le droit serait rendu déductif). Deux obstacles majeurs s'y opposent :

a) D'abord, pour qu'on en tire le droit par un procès de déduction pure, les règles de droit sont précisément trop nombreuses. Et, qui pis est, *contradictoires*. L'illusion chère à Leibniz que les règles du droit romain eussent formé un tout homogène, est présentement abandonnée par les romanistes. Les textes des juristes romains, les avis de Sabinus, Julien, Upien, Paul et Papinien, paraissent bien avoir constitué un tissu de contradictions; Justinien, qui était affecté de tendances positivistes, en a effacé quelques unes; il en subsiste et d'innombrables au long du Digeste. Les juristes du Moyen-âge se complurent à recueillir les discordances entre les textes, leurs perpétuelles antinomies : "*dissensiones dominorum — discordantes canonum*" : supposé du moins que l'on pratique l'exégèse littérale des textes, on en tirerait des conclusions très contradictoires. Les règles de droit ne forment pas cette "unité de l'ordre juridique" auquel rêve encore un Kelsen; elles sont plutôt un panier de crabes qui s'entredévorent. Ou pour employer le langage de la Martine des Femmes Savantes, elles ne s'entendent pas, elle "se gourment". Outre que procédant seulement (dans le cas le plus ordinaire) d'une autorité doctrinale, elles sont de valeur très inégale.

Alors, de laquelle de ces règles prétendrait-on déduire le droit? L'une sert la cause de tel plaideur, et l'autre de son adversaire. L'office du juge et du juriste qui conseille le juge devrait donc consister tout d'abord à bien *choisir* entre ces règles celle dont il extrairait le droit. Et ce travail capital ne peut s'effectuer par la voie de la déduction. Mais encore ne suffira-t-il pas.

b) Car il y a une seconde raison qui exclut la possibilité que la solution soit atteinte par une inférence déductive : c'est que peut-être aucune des règles dont usent les juristes au cours de leur recherche n'est telle qu'on puisse en inférer la solution exactement adaptée au cas litigieux. Les règles ont été construites par l'œuvre des jurisconsultes travaillant sur des précédents, sur des cas plus ou moins voisins, non pas du tout sur les principes de la raison pure à partir d'une loi de raison supposée connue à l'avance : or aucun de ces précédents n'est *exactement* identique au cas que nous avons à juger. Et nous avons défini le droit comme la solution concrète appropriée au cas d'espèce, à la nature de la cause. Cette solution ne peut pas être exclusivement tirée de la règle, prévue pour des causes différentes ; il faut finalement qu'elle emprunte à une autre source.

Sans doute est-il vrai que la sentence, pour être juste, idéalement, devrait s'appuyer sur une règle ; mais le malheur est que nous n'avons pas cette règle *préétablie* ; nous la découvrons en même temps que nous découvrons la sentence. Et si quelque part cette règle se trouve d'avance préconstituée, ce serait dans la loi éternelle (ainsi que disent les scolastiques) dont nous n'avons pas le secret ; (et je n'ai pas non plus l'honneur de connaître la logique de Dieu). Il nous faut, disait Saint Thomas, inlassablement rechercher l'ordre de la loi éternelle dans le reflet que nous en offre *la nature des choses* changeantes.

L'arsenal des règles formulées dont nous disposons dans les Codes ne saurait aucunement nous suffire. C'est un célèbre adage romain, placé en vedette au début du dernier titre du Digeste, qui le proclame expressément : *Jus non a regula sumatur* (D. L.17.I). Il signifie très clairement la condamnation d'une méthode exclusivement ou principalement déductive.

Alors quelle sera la méthode ? La procédure rationnelle par quoi les juristes s'acheminent à la solution juridique ? Je ne puis en dessiner ici qu'une esquisse très rudimentaire :

a) D'abord en notant que ce travail de recherche du droit n'a point — remarque préliminaire — un caractère *monodique*. Et je veux dire que le juriste ne travaille pas seul, comme le mathématicien, ou le savant de cabinet, ou le logisticien moderne. La recherche du

droit se fait à plusieurs. Elle est en fait *polyphonique*. En fait, sur la scène juridique où se forme la solution du droit, sont nécessairement présents les avocats des deux parties, et aussi nécessairement le représentant de la société, des tiers qui auront presque toujours quelque intérêt dans le procès; et aussi le juge qui conclut. La lumière jaillira d'une joute entre leurs plaidoyers contraires. Le lieu de l'invention du droit était jadis la *controverse*.

b) Dans cette controverse s'exerçaient des opérations variées. Bien évidemment on y usait de la déduction, puisqu'il est vrai que l'homme déduit tout comme il respire. Oui, chaque *avocat* apportait les textes qui lui paraissaient servir les intérêts de sa partie, et de ces textes il déduisait des conclusions. Seulement l'avocat n'est pas seul à faire le droit; ce n'est pas lui qui le fait en définitive; c'est plutôt *le juge*, ou son conseil, auxquels incombe de présider la *confrontation* générale des différentes règles alléguées: où s'opérait la discussion de l'*autorité* de chaque règle, selon la compétence de son auteur, et de sa *relevance* au cas, au type de procès en question, à l'espèce particulière. Quel en est le but? De *choisir* entre les différentes règles. Par une continuelle référence au cas présentement à résoudre, dans l'arsenal contradictoire des règles versées au procès, de chercher les plus susceptibles d'aider à la solution. Ce travail n'a rien de déductif.

c) Mais encore en définitive la solution ne sera pas celle qu'on tirerait analytiquement, et par un rapport déductif, d'aucune règle préexistante. Puisque les règles préexistantes, dont on disposait au cours du débat, se rapportent toutes à des situations, ne serait-ce qu'en un point minime, toujours quelque peu différentes du cas présentement en litige. Elles ne conviennent pas absolument. Alors au terme de notre travail, le juge jettera par dessus bord, tout ainsi qu'on se débarrasse d'un chiffon qui a déjà servi — non plus cette fois la logique — mais peut-être la totalité de cet outillage de *règles*. Les règles ont servi de *tremplins* pour s'approcher par tâtonnements de la solution définitive; de tremplin plutôt que de prémisses (5). Telle est leur fonction principale selon cette philosophie.

(5) Il ne s'agit ici bien sûr que des règles dites doctrinales, exprimant le "droit naturel", non des règles du "droit positif" qui sont d'interprétation stricte et que nous négligeons ici pour raison de brièveté.

Parce que la solution découle d'autre chose encore que la règle, qui est la nature du cas.

Alors, si tel est le processus normal de l'invention du droit, s'il n'est plus de l'essence du droit d'être rigoureusement conforme à une règle préétablie, on comprend que la "science du droit" puisse difficilement prétendre poursuivre une forme axiomatique. De fait les "systèmes de droit" de l'Antiquité, du Moyen-âge et même du XVI[ème] siècle revêtent une tout autre structure que les systèmes de l'époque moderne : ce sont des classifications de cas, de types d'affaires ou de question, et pas du tout des systèmes déductifs de règles ([5]). Ainsi le Digeste, ou les Institutes de Gaius. Et à supposer même que l'on puisse rassembler en corps de doctrines, sous des principes généraux, la solution et les règles déjà acquises, il ne faudrait pas se faire d'illusion sur la portée de ce travail, mais le tenir pour extérieur au véritable art juridique, ainsi que faisaient les Romains de leurs traités didactiques de droit. Ces systèmes déductifs de règles, ces traités théoriques abstraits, ce faux catéchisme tout juste bon pour l'enseignement élémentaire, ne mériterait pas le nom de droit : puisque chaque solution nouvelle peut échapper à leur emprise. Si l'on allait confondre le droit avec la fiction théorique édifiée par les professeurs, le droit y perdrait son essence; son *âme*, qui est de procéder sans cesse par une voie autre que déductive. Dans ces périodes de haute culture que sont Rome et le Moyen-âge, la véritable science du droit est décidément d'une structure moins simpliste qu'aux temps modernes.

3. Notion de la logique juridique

Et j'en arrive au dernier point : ce complexe d'opérations autres que purement déductives, qui étaient jadis situées au cœur du travail du juge, et du juriste son conseil, n'existait-il pas une *logique* qui ait mission de les étudier?

Je n'avance ici qu'avec prudence, sachant très bien que je me heurte à nos habitudes d'aujourd'hui. S'il y a une logique de ce que je

([5]) Cf. notre Cours d'histoire de la philosophie du droit, fasc. IV, pp. 529 et suiv.

viens trop sommairement d'analyser, encore ne saurait-il s'agir de logique au sens d'aujourd'hui. Car, me direz-vous, c'est seulement une *méthode* qu'on vient de décrire : non le déroulement analytique de ce qui à l'avance est impliqué dans une proposition donnée, mais un art de conduire par ordre une recherche active; et encore à la différence de la méthode de Descartes ou de la dialectique de Hegel, est-ce une recherche collective.

Et c'est bien vrai — comme le dit M. Perelman — il ne saurait s'agir ici d'une "logique du nécessaire". Dans leur ensemble les raisonnements de la controverse juridique ne sont pas de type contraignant. Il n'y a pas que les prémisses qui soient seulement vraisemblables (les règles seulement doctrinales, et qui n'ont valeur que d'*opinion* d'une autorité discutable), mais les inférences elles mêmes qu'on fait à partir de ces règles pour aller à la solution. Cette procédure bien que rationnelle nage toute entière dans le probable. La controverse judiciaire de droit romain ou médiéval n'avait pas d'autre ambition que d'en arriver à un *accord* le plus large possible entre opinions : visait à convaincre, sinon sans doute le plaideur débouté, le plus grand nombre possible du moins des participants au procès, des sages présents à l'audience, des tiers qui acceptaient le lendemain de prêter main-forte à la sentence. Encore cet accord rationnel était-il le signe d'une approche de la vérité.

Avouons qu'il ne s'agit pas non plus de logique *pure*, et que l'on puisse appeler *formelle*. La route discursive qui menait des règles de droit à la sentence ne se déroulait pas tout entière dans les "formes pures" de la pensée; ce n'était point un monologue de l'esprit tournant sur lui-même; haute navigation perdue dans un océan de concepts, mais cabotage, où l'on revient périodiquement reprendre barre sur la terre ferme des choses. C'était va-et-vient permanent entre les concepts, et le *cas*. Dans la philosophie classique aristotélicienne thomiste, le monde de la pensée n'était pas séparé des choses, comme il l'est depuis Descartes et Kant. Et sans doute la logique de ce temps était-elle moins idéale que nous ne le concevons aujourd'hui.

Car nous parlons en historien. Au nom de l'histoire nous avançons qu'il a existé une notion de l'essence de la logique plus large que celle d'aujourd'hui, et qui mérite d'être défendue. Il est vrai que le mot logique, qui a revêtu des sens si divers, semble postérieur à

Aristote. Mais on tint longtemps la logique pour résidant par excellence dans l'œuvre d'Aristote. Or si les modernes ont retenu de la Logique d'Aristote principalement la théorie du raisonnement syllogistique, contenue dans les Analytiques, elle recélait bien autre chose. Le syllogisme n'est que l'instrument de démonstration de la science une fois parfaite, en possession de principes sûrs, et de l'exposition didactique. Mais Aristote soulignait qu'il existe des secteurs immenses de l'œuvre intellectuelle humaine où point ne devait être question d'user de cette méthode parfaite : la découverte des principes dans le sein même de la science et l'univers de la vie pratique. A la différence de la plupart de nos philosophes du droit moderne, Aristote avait l'expérience non seulement des mathématiques, de la physique, de la biologie, mais de cet autre type de recherches ordonnées à la vie pratique et plus indispensables encore, et qui s'opérait sur l'Agora ou dans la Boulè, ou au tribunal de l'Heliée, et des controverses judiciaires. Et il savait que d'autres procédés plus modestes leur sont adaptés, proportionnés à la mesure de vérité qu'on y peut atteindre. Comme le sage de la Bible, il invitait dans ces domaines à ne pas savoir avec excès.

Alors, pour nous autres qu'intéresse la logique du droit, je conseillerais : plutôt que notre logique formelle, étudier d'Aristote les œuvres *dialectiques* — qui ont toujours été censées faire partie de son *Organon*, de son enseignement de la Logique — et les plus cultivées sans doute en Europe jusqu'au XIII^{ème} siècle. Bien que surtout riches d'exemples de controverses relatives à des questions philosophiques, les *Topiques* respirent une méthode proche de la méthode controversiale en usage chez les juristes; on y apprend à discuter des thèses par rapport à un cas : ce que Cicéron a bien senti lorsqu'il transposa les Topiques à l'usage des jurisconsultes (6).

Puis les innombrables traités de l'Antiquité gréco-romaine, du Bas Empire, du Moyen-âge qui portent sur la *Rhétorique* (à commencer par la Rhétorique d'Aristote, celle-là riche d'exemples judiciaires). Car cette Rhétorique ancienne, dont s'est nourrie pendant

(6) Sans doute aussi le traité de l'interprétation ne nous serait-il pas moins utile.

longtemps la logique des jurisconsultes, n'imaginons point qu'elle ne fut qu'une technique utilitaire de persuader de n'importe quoi, une éristique, une sophistique. Elle était l'art combien plus digne et fructueux de cette controverse, qui mène aux vérités probables; sachant distinguer les questions, les "lieux" de la saine discussion, riche de tant d'autres utiles recettes, elle conduisait à la bonne solution du droit.

Et pour finir, au Moyen âge, il nous faudrait à nous juristes, remettre à l'honneur les traités de la méthode scolastique : Jean de Salisbury, Abelard, etc... Notre collègue, M. Giuliani, auteur d'études captivantes sur la logique juridique controversiale (7) a démontré que la méthode scolastique était modelée sur la procédure judiciaire, et combien on avait conscience au XIII^{ème} siècle de cette parenté. Dans une *questio quodlibeta*, au temps de Saint Thomas, sont présentes les mêmes démarches — même allégations de textes, que l'on défend et l'on réfute, — même art de peser les autorités, de bien sérier les problèmes, de se référer à une question temporelle précise, — même structure de la controverse que dans le procès judiciaire. Et le maître conclut comme fait le juge, de façon seulement probable...

C'est là que j'irais m'enquérir, chercher la vraie logique du droit. Car je ne sais si beaucoup de juristes du XX^{ème} siècle ont lu les livres de Von Wright ou de Lukasiewicz; un certain nombre ont lu Goblot; je doute que cela leur soit utile. Bon nombre de juristes du Moyen âge étaient passés par l'école de dialectique; cela semble leur avoir servi.

Mais je m'arrête parce que sans doute je suis en train de me perdre dans le passé, dans un passé qui n'aurait plus rien à voir avec aujourd'hui? Cette *méthode* à l'orée de laquelle nous venons seulement de parvenir, vaut-il la peine de l'approfondir? Elle est hors du champ de la logique telle que nous le concevons aujourd'hui. Je perds le temps des spécialistes de la logique juridique, qui ont sûrement hâte d'en revenir à leur calcul des propositions déontiques.

Comme la signification des mots est en partie conventionnelle, il

(7) *La controversia*, 1966.

est possible que j'aie tort. Et que cette analyse de l'art du droit, des discours du droit, qu'avait richement élaborée les logiciens d'autrefois, n'ait rien à voir avec la logique d'aujourd'hui.

Je dirai seulement que c'est dommage. Dommage si la science de la logique (étymologiquement la science du discours humain) devait désormais négliger le type de discours le plus essentiel dans le droit, mais ne s'occuper que des raisonnements mathématiques et scientifiques plus ou moins artificiellement transplantés sur le terrain du droit. Ma conclusion d'historien? C'est que la logique juridique de jadis avait ses avantages. C'est ainsi que sont les historiens : la vocation d'historien est d'aller à contre-courant; de tenir contre vents et marées et malgré le culte du progrès et la grandeur du XX^{ème} siècle, que tout n'est pas si périmé dans la pensée de nos ancêtres, et qu'il est plus intelligent d'y puiser notre inspiration.

∴

J'ajouterai pourtant quelques mots sur notre situation d'aujourd'hui. Il n'est pas certain que je m'en sois tellement éloigné. Un autre postulat de l'historien est cette maxime de l'Ecclésiaste qu'il n'y a "rien de nouveau sous le soleil". (Il est vrai aussi que "tout coule", mais ces deux axiomes contraires sont peut-être vrais simultanément).

Aujourd'hui, nous sommes loin sans doute du régime de production du droit qui régnait dans la Rome classique. Loin surtout, parce que l'éducation que nous tenons des penseurs modernes nous a conditionnés à *croire* que le droit est en effet le produit de l'esprit du législateur; nous *croyons* qu'il est dans les codes, et dispositions adjacentes; que donc il n'est pas impossible de capter ce produit spirituel dans un réseau de déduction pures. Il faut avouer que cette croyance ne manque pas d'un certain fondement : le monde moderne a si largement sacrifié au besoin de sécurité, de prévisibilité du droit, et s'est tant méfié de l'arbitraire personnel du juge que la part du droit positif (c'est-à-dire né de la volonté du législateur, et qui par nature ne se prête qu'à l'application déductive) est incomparablement plus vaste qu'aux temps de Gaïus ou de Gratien.

Et cependant il n'est pas vrai que tout dans notre droit soit positif, ni que le juge déduise sa sentence automatiquement du Code.

Assurément le juge s'efforce de rendre une sentence conforme aux règles à l'avance convenues, pour autant que la chose est possible; il voudrait même se persuader qu'elle n'en est que l'application stricte; et, parvenu au dernier acte de l'instance il met la sentence sous la forme syllogistique comme si tout sortait de la règle. Mais nous ne devons pas être dupe de cette forme surajoutée. Nous savons très bien que le travail effectif du juge consiste, aujourd'hui comme hier, à chercher la solution de droit par la voie de la dialectique; à *choisir* dans la panoplie des règles légales alléguées de part et d'autre par les plaideurs, règles qui ne sont pas concordantes, et ne constituent aucunement un "ordre juridique" homogène; à puiser s'il est nécessaire, au delà de la règle légale; à forger de nouvelles règles, à rendre une sentence adéquate au cas d'espèce toujours nouveau. Les choses elles-mêmes ont moins changé que notre façon de voir les choses.

Dans ces conditions, s'il existe dans la production du droit toujours cette part de vivant et d'imprévisible, il est illusoire d'édifier une science du droit axiomatique. Si quelque professeur construit un système cohérent de règles, tableau d'un "ordre juridique", il se peut qu'on doive l'admirer pour avoir fait un chef-d'œuvre de logique formelle, mais le risque est grand qu'il nous égare loin de la réalité du droit. Nous ne pouvons axiomatiser que des *secteurs abstraits* du droit, des bribes de systèmes tronqués qui doivent être prêts à tourner court, à se saborder, à chaque moment qu'une espèce nouvelle se présente. Le droit, qui essaye d'être une science, ne peut jamais atteindre à l'état d'une science stable et rigoureuse. Et les systèmes ne sont pas le droit, ils ne sont qu'un à côté du droit, la vraie solution leur échappe, parce que la vraie source du droit réside au delà des règles expresses, dans la *nature*.

Voilà ce qu'il faut encore entendre, en plein XX^{ème} siècle! Il n'y a rien de nouveau sous le soleil. Et que la meilleure garantie contre l'arbitraire du juge, contre les excès de "l'intuitivisme", soit, bien plutôt que dans la fiction d'un régime déductif du droit, dans une solide et consciente *procédure de la controverse* et que le cœur de la logique du droit soit l'étude de la *dialectique*, après tout qui me l'a fait comprendre? C'est une école contemporaine, le Centre d'Études Logiques de Bruxelles.

La doctrine classique du droit n'est pas morte, mais en train de

revivre. A des travaux *contemporains* comme ceux de M. Perelman, de M. Paul Foriers, auxquels il faut associer des logiciens anglo-saxons, tel M. Toulmin (8), je crois que même les historiens doivent d'avoir repris conscience des utiles leçons que recèle, en fait de logique du droit, la pensée juridique ancienne — trésor enfoui, qu'il importe de redécouvrir.

Paris, Faculté de Droit Michel VILLEY

(8) Cf. Hasso JAEGER : La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement, APD 1966, p. 59.