

L'INFRASTRUCTURE DU RAISONNEMENT JURIDIQUE

Léon Husson

Le point de départ des réflexions que nous voudrions soumettre aux juristes et aux logiciens, se trouve dans deux débats récents: celui auquel a donné lieu au colloque de Bruxelles de décembre 1969 le rapport de M. Kalinowski ⁽¹⁾, et celui qui a suivi au cours de la XXIXe Semaine de synthèse ⁽²⁾ les deux rapports de MM. Perelman et Gardies ⁽³⁾. Il nous est apparu que ces deux débats aboutissaient à localiser la controverse qui oppose les «formalistes» et les «antiformalistes» sur un terrain où il fallait pour la trancher donner, pour ainsi dire, une troisième dimension à la recherche.

Le nœud d'une controverse

Quelles que puissent être les différences qui les séparent, M. Kalinowski et M. Gardies s'accordent, nous semble-t-il, pour reconnaître l'exactitude des analyses des antiformalistes, mais pour soutenir qu'elles se situent dans une autre perspective que celles des logiciens, et ne sauraient par conséquent mettre en question le projet, que certains d'entre eux poursuivent, de formaliser le raisonnement juridique. Ces analyses relèvent en effet, à leurs yeux, de la pragmatique du droit et non de sa syntaxique: elles portent sur l'activité intellectuelle qui élabore le raisonnement, alors que l'effort pour le formaliser porte sur le produit de cette activité, dont il s'attache à découvrir la structure, et même plus précisément la structure idéale, jamais atteinte peut-être en fait mais à laquelle ce produit est, pour ainsi dire, asymptote et par rapport à laquelle en tout cas il faut apprécier sa valeur probante. L'objet des logiciens n'est

pas dans le domaine des mathématiques, qui est pour l'instant le domaine d'élection du formalisme, de décrire la façon tâtonnante dont les mathématiciens procèdent au cours de leur recherche: ceci est l'affaire du psychologue, et celle du technicien de la méthode qui s'attache à tirer des leçons pratiques de cette description. Leur tâche est d'analyser le résultat qui est visé par cette recherche, de définir et de classer les opérations élémentaires dont l'enchaînement constitue la démonstration, de dégager les lois de cet enchaînement et les conditions de sa validité. De même il leur importe fort peu de savoir comment le juriste choisit les prémisses de son raisonnement, ou du moins cela ne leur importe que dans la mesure où il effectue pour y parvenir des raisonnements préalables. Leur problème, qu'ils n'ont sans doute pas encore résolu, mais qu'ils espèrent bien parvenir à résoudre et pour la solution duquel il ont créé la logique déontique, est d'analyser la structure du raisonnement achevé et de déterminer les conditions auxquelles il doit répondre pour être valide.

Cette thèse est très séduisante; car elle tend à faire évanouir la controverse qui oppose les formalistes et les antiformalistes en montrant que cette controverse repose sur un malentendu, les thèses qu'elle oppose se situant sur des plans différents. Mais elle suppose que le raisonnement juridique est intégralement enregistré dans les formules où il prend corps, à la façon dont la tactique d'un joueur d'échecs est inscrite dans la série des coups dont la succession ordonnée lui a permis de gagner la partie. C'est ce qui est contesté par M. Perelman, pour qui le raisonnement juridique ne se réduit pas à la chaîne d'inférences dans laquelle il se fixe: il inclut la motivation de ces inférences, non pas sans doute leur motivation psychologique, qui, étant d'ordre purement causal, doit être renvoyée à la pragmatique, mais leur motivation rationnelle, qui, ayant valeur de justification, relève de la syntaxe (*). Sa force probante ne dépend pas seulement de sa rigueur formelle, mais aussi du poids des raisons qui commandent le choix de ses prémisses, et auxquelles il est indispensable de remonter pour comprendre sa structure.

Les oscillations de la pensée juridique

Il nous semble, quant à nous, qu'il faut, pour trancher le différend, approfondir la distinction classique entre la raison théorique et la raison pratique, ou, pour parler en termes plus rigoureux, entre l'usage théorique et l'usage pratique de la raison.

La raison pratique n'a pas pour objet la connaissance mais l'application de cette connaissance au réglage de l'action. Or ce réglage implique un double choix: celui des fins à poursuivre et celui des moyens à employer pour atteindre ces fins; et le choix de ces fins implique lui-même des préférences, qui peuvent demeurer spontanées mais qui peuvent être aussi l'objet d'une réflexion, et que l'on désigne alors dans la philosophie contemporaine sous le nom de valeurs. Ainsi l'activité de la raison pratique comporte dans sa pleine extension trois démarches, qui s'enchaînent mais qui n'en sont pas moins distinctes: le choix des moyens (qui repose sur la connaissance positive de la réalité sur laquelle on se propose d'agir) est commandé par celui de la fin, qui est orienté par les valeurs auxquelles consciemment ou inconsciemment on adhère. Mais on peut pour chacune d'entre elles traiter les problèmes qu'elle soulève en mettant les autres entre parenthèses. C'est ce que fait notamment le technicien, qui met au point, en s'appuyant sur le savoir scientifique, les moyens d'obtenir un résultat tout en réservant la question de savoir s'il convient ou non de le poursuivre. Elles n'en interfèrent pas moins dans la pratique, par récurrence de chacune d'entre elles sur celle qui la précède logiquement. On ne peut raisonnablement se proposer une fin que si l'on dispose, ou croit disposer, des moyens de l'atteindre; et l'on peut être amené à y renoncer parce que ces moyens apparaissent trop coûteux. D'autre part, nous ne prenons conscience des préférences que la réflexion traduit en valeurs, qu'en en dégageant la notion des fins concrètes dans lesquelles elles s'incarnent; et nous ne pouvons exercer sur elles un contrôle qu'à la lumière des expériences, matérielles ou mentales, dans lesquelles nous les projetons. Or il ne s'agit pas là d'un simple mouvement d'aller et retour, mais d'un va-et-

vient qui peut se prolonger indéfiniment. Les moyens que nous avons, en raison de leur efficacité, choisis pour atteindre une fin, peuvent comporter des incidences compromettant d'autres fins, dont le projet ou la sauvegarde nous conduisent à chercher d'autres moyens, ou bien, faute de les trouver, à renoncer à la fin primitivement recherchée; et la fin que nous visions pour concrétiser une valeur, peut mettre en cause d'autres valeurs, dont le souci nous obligera à la concrétiser dans d'autres fins, voire même à y renoncer parce que nous n'aurons pas trouvé le moyen de la concilier avec les autres.

Il résulte de là que la pensée pratique se déploie sur trois plans différents, et qu'elle passe sans cesse de l'un sur l'autre. Il peut bien arriver, et même il arrive en fait couramment, qu'elle ne s'exerce consciemment et méthodiquement que sur l'un ou l'autre, ou sur deux d'entre eux seulement, les problèmes qui se posent sur les autres étant supposés résolus ou bien résolus de façon implicite. Mais il n'en est pas moins indispensable, pour l'élucider et la mettre en forme rationnelle, de la suivre dans ses oscillations, puisque les résultats acquis sur un plan peuvent être remis en cause lorsque l'on passe sur un autre.

Ces considérations s'appliquent au premier chef à la pensée juridique. Car le droit n'est pas seulement un ensemble de normes imposant la poursuite de certains objectifs; il ne peut être efficient que si ses exigences prennent corps dans des mesures qui assurent l'ajustement réciproque des conduites individuelles et collectives faute duquel aucune vie en commun n'est possible. Il ne suffit pas, par exemple, pour assurer la sécurité sur les routes, de prescrire la prudence: il faut imposer de circuler à droite ou à gauche et fixer des règles de dépassement et de priorité. Et il ne suffit pas davantage de prescrire l'honnêteté en affaires: il faut instituer une série de procédés et fixer des règles faute desquelles les transactions demeureraient chaotiques et aléatoires. D'autre part, les objectifs concrets que le législateur et le juge visent dans leurs décisions en fonction des circonstances de temps et de lieu, du niveau culturel et de la mentalité de la société en cause, s'ordonnent à des valeurs telles que la justice, l'ordre et la paix, dont le juriste peut

bien renvoyer la définition et la justification au moraliste ou au philosophe, mais dont il ne cesse de postuler, non seulement l'acceptation mais aussi une certaine conception, ne serait-ce que pour les concilier entre elles et, dans le cas où il ne réussit pas à les accorder pleinement, les hiérarchiser: ainsi la justice peut, dans notre monde où les individus ne sont ni identiques ni placés dans des conditions de vie identiques, être, comme y a insisté Max Weber, comprise, ou bien comme exigeant l'établissement d'une proportion en fonction des inégalités naturelles, ou au contraire comme un effort pour supprimer ces inégalités; et l'on peut préférer une injustice à un désordre ou un désordre à une injustice, c'est-à-dire, dans le cas où ils ne coïncident pas, faire passer la justice avant l'ordre ou l'ordre avant la justice. D'une façon plus précise, la pensée juridique implique une série complexe de démarches qui s'enchevêtrent: la constatation de certains actes ou de certaines situations; un jugement de valeur sur ces actes ou ces situations qui motive l'intervention du droit; la fixation, en fonction des valeurs qui orientent ce jugement, des objectifs à poursuivre dans cette intervention; enfin la détermination des moyens propres à assurer la réalisation de ces objectifs, qui comportent des artifices, doivent être coordonnés entre eux et peuvent toujours être perfectionnés par une invention ingénieuse. Or, non seulement l'ensemble de ces démarches implique le va-et-vient que nous avons signalé entre les divers plans que nous avons distingués; mais chacune d'entre elles implique des choix qui réagissent les uns sur les autres; car les problèmes qu'elle traite, peuvent recevoir des solutions diverses, qui présentent toutes, à côté de leurs avantages, des inconvénients, et entre lesquelles on peut chercher des combinaisons ou des compromis, de telle sorte qu'aucune d'entre elles ne s'impose définitivement, ni même momentanément, de façon contraignante, et qu'on peut seulement effectuer entre elles, après confrontation de l'ensemble des raisons pour avec l'ensemble des raisons contre, un choix raisonnable, qui n'est pas nécessairement le seul raisonnable.

Trois autres facteurs viennent encore compliquer les choses.

Tout d'abord la constatation des faits auxquels le raisonnement juridique s'applique, n'est pas indépendante de l'appréciation qui motive et oriente l'intervention du droit; car elle ne les appréhende et les conceptualise pas en eux-mêmes dans leur matérialité et dans leurs relations de causalité, mais en fonction des valeurs qui fournissent les critères de leur appréciation: ces valeurs forment, pour ainsi dire, une grille à travers laquelle le juriste lit la signification des faits en les découpant dans leur contexte et en les analysant selon leurs exigences. Ainsi un même fait matériel sera retenu ou négligé comme non pertinent, et qualifié ou non de faute, selon l'idée que l'on se fait des droits et obligations de son auteur. Le législateur et le juriste qui analyse, explique et développe ses prescriptions, peuvent bien, pour assurer la fermeté du droit, la sécurité des justiciables et l'égalité de traitement entre eux, s'efforcer de réduire la marge d'appréciation des autorités gouvernementales ou judiciaires qui les appliquent, élaborer des définitions aussi précises que possible et fondées sur des caractères objectifs des notions dont ils font usage; le choix de ces caractères parmi tous ceux que l'expérience présente, ne leur est pas dicté par leur importance matérielle mais par des raisons d'ordre moral ou politique. Par exemple, la différence qui spécifie dans le genre des meurtres le parricide ou l'infanticide a beau être d'ordre positif; la raison qui la fait prendre en considération pour constituer une espèce à part n'est pas d'ordre matériel, elle est d'ordre moral.

En second lieu la variété et l'enchevêtrement des situations et des actes humains, encore aggravés par l'ingéniosité avec laquelle les hommes s'appliquent à les altérer ou à les travestir, sont tels qu'il est impossible de les enfermer dans un système clos de catégories tranchées, spécifiées par des signes décisifs, et de régler tous les problèmes qu'ils peuvent poser par l'application rigide de formules générales. Les rapprochements qu'il faut opérer entre eux pour les analyser et pour les régler d'une façon équitable et cohérente avec les solutions adoptées dans des hypothèses voisines, sont loin d'être toujours à base d'identité générique ou spécifique: ils ne sont bien souvent à base que de similitudes. Or une similitude est un complexe de

ressemblances et de différences dont il faut peser l'importance respective; et elle ne justifie pas une assimilation radicale, mais requiert au contraire que l'on module la solution adoptée de façon à l'équilibrer avec celles que le système juridique apporte à une diversité de cas inégalement semblables. L'objet du Droit n'est pas d'étudier des essences idéales, dont les propriétés découlent nécessairement de la définition, ou des phénomènes qui s'enchaînent selon des lois déterminantes, mais de prescrire des conduites ou d'aménager des institutions dont l'économie est réglée par des considérations téléologiques, qui, bien souvent, loin de tirer toutes les conséquences d'un principe ou d'admettre tous les effets d'une cause, conduisent à tempérer ou à corriger certains d'entre eux par des mécanismes compensateurs.

Enfin, comme la capacité humaine de prévision est limitée, et comme l'efficacité du Droit dépend pour une large part de l'accueil qu'il reçoit et de la façon dont il est appliqué, les choix auxquels s'arrêtent le législateur et le juge comportent toujours une part d'aléas, qu'ils peuvent s'efforcer de réduire par des dispositions habiles, mais ne sont jamais en mesure de supprimer totalement. Il leur faut peser des chances et des risques; et cette opération est, elle aussi, en connexité avec les autres; car il ne s'agit pas seulement de dresser le bilan de ces risques et de ces chances pour chacune des solutions que l'on conçoit, afin de déterminer de quel côté penche pour elle la balance, ni même de comparer entre eux plusieurs bilans établis de cette façon pour voir lequel est le plus favorable. Les avantages d'une solution ou l'importance de l'objectif poursuivi peuvent faire accepter des risques que l'on se refuse à courir si l'enjeu ou les avantages escomptés sont moindres. Or, ni l'importance des objectifs, ni les avantages et les inconvénients éventuels, ni les chances ou les risques de leur réalisation ne sont des quantités mesurables; et, à supposer qu'ils le fussent, ce seraient des quantités incommensurables parce que, relevant d'ordres de réalité de natures différentes, ils ne sauraient être mesurés avec la même unité⁽⁵⁾. De toute façon, le législateur et, dans une mesure beaucoup moins large mais réelle, le juge peuvent toujours chercher à trancher la difficulté

en mettant au point, à la lumière des confrontations auxquelles ils procèdent, une solution plus avantageuse.

La spécificité du raisonnement juridique

Il résulte de tout cela que le raisonnement du juriste diffère profondément de ceux du mathématicien et du physicien. Celui du mathématicien, portant sur des objets idéaux, est purement déductif. Sans doute sa construction fait-elle intervenir l'intuition et l'expérience; mais ni l'une ni l'autre ne s'y incorporent: elles sont comme les échafaudages qui sont indispensables pour élever un édifice, mais dont le soutien devient, lorsque cet édifice est achevé, inutile. Il n'en est déjà plus de même dans les sciences physiques. Sans doute ces sciences tendent-elles à prendre, elles aussi, une forme déductive; mais cette forme y demeure subordonnée à des exigences qui lui sont étrangères. Si leur idéal est de s'organiser en théories dont la structure ne comporte pas de failles, le critère primordial auquel ces théories doivent satisfaire, n'est pas la rigueur logique, mais l'aptitude à rendre compte de l'ensemble des faits connus et à en prévoir de nouveaux; et elles doivent, si parfaite qu'en soit la rigueur formelle, être prêtes à les remanier, voire à les abandonner si l'expérience en s'étendant révèle des faits qu'elles soient incapables d'englober, voire même simplement si l'on en imagine d'autres qui ordonnent les faits antérieurement connus d'une façon plus simple ou bien les serrent de plus près. C'est pourquoi l'on a pu définir l'induction comme «une déduction provisoire et conditionnelle qui se change par la vérification de l'expérience en une déduction inconditionnelle et définitive» ⁽⁶⁾, ou du moins momentanément définitive, puisqu'elle ne l'est que sous réserve des découvertes à venir. La déduction joue bien encore un rôle essentiel; mais ce n'est plus elle qui fournit la preuve. Et ce n'est pas non plus l'expérience, si l'on désigne simplement sous ce nom, au sens concret qu'on lui donne aujourd'hui couramment, la constatation des faits que l'on provoque, ou à défaut invoque, pour contrôler l'hypothèse, et non pas seulement «d'une manière générale et abstraite, l'instruction acquise par

l'usage de la vie» (7). C'est l'interprétation des faits ainsi constatés, qui suppose un examen minutieux des conditions dans lesquelles ils ont été, ou se sont, produits, des précautions prises dans leur observation ou leur enregistrement, et des différentes explications que l'on peut, dans l'état actuel des connaissances, concevoir des résultats obtenus; car l'hypothèse ne peut être considérée comme rigoureusement établie que si les phénomènes observés se sont produits exactement dans les conditions qu'elle définit, et s'ils ne comportent aucune autre explication plausible. Chacun des contrôles auxquels le physicien ou la naturaliste se livre pour s'en assurer, met en œuvre des inférences déductives; mais c'est l'expérience qui en fournit le critère, et l'application de ce critère aux conclusions de ces inférences suppose un jugement qui fasse la synthèse de l'ensemble et qui se réfère à un autre critère, plus fondamental, dont l'esprit humain ne découvre toutes les implications et toutes les nuances qu'en le faisant jouer (8). Or il est impossible à un expérimentateur de garantir que sa technique élimine toutes les causes éventuelles d'erreur (9); et il ne l'est pas moins à un théoricien de prétendre que son imagination a épuisé toutes les possibilités d'explication (10): on n'est jamais sûr d'avoir pensé à tout. Aussi la conclusion à laquelle aboutit le raisonnement expérimental n'est-elle pas apodictique; et, si sa probabilité peut nous apparaître suffisante pour équivaloir pratiquement à une certitude, il nous est impossible de l'évaluer mathématiquement, faute d'être en mesure de faire l'inventaire complet de toutes les causes d'erreur et de toutes les explications possibles (11).

Le cas du raisonnement juridique est encore plus complexe. L'interprète a en principe pour mission d'inférer la solution des problèmes qui lui sont soumis, des règles du Droit existant et des principes consacrés par la tradition; le législateur, qui est investi du pouvoir de modifier ces règles, d'en établir de nouvelles, et même de remettre les principes en question ou d'y déroger, ne s'en réfère pas moins constamment à eux, ne serait-ce que pour articuler à celle de ses prédécesseurs une œuvre qui ne peut pas ne pas en tenir compte; et l'un comme l'autre tendent à donner au Droit une forme systématique, le

premier en construisant des théories et le second en procédant à des codifications. Mais cet appareil déductif ne doit pas nous donner le change; car ces systèmes ne se justifient, ni pour l'un ni pour l'autre, par leurs seules qualités logiques: il est demandé avant tout aux dispositions qu'ils coordonnent de réaliser certaines fins, choisies en fonction de certaines valeurs; et la déduction qui les développe est par suite, comme dans les sciences de la nature, orientée et contrôlée du dehors. Mais il y a une différence essentielle. C'est que la conclusion qu'on demande aux principes de fonder et dans la lumière de laquelle on les juge, n'est pas la prévision d'un fait, ou d'un ensemble de faits, dont ils fournissent l'*explication*, mais une injonction, ou un ensemble d'injonctions, dont ils constituent la *justification*; et la confirmation ou la remise en question de ces principes par l'intermédiaire de leurs conséquences ne résulte pas d'un événement considéré dans sa matérialité, mais de la conformité du comportement prescrit ou de l'état de choses institué, ou de leurs incidences, avec les exigences de certains besoins ou de certaines aspirations. Or ce critère est flexible. Sans doute il y a un donné à sa base: les besoins et les aspirations qui inspirent ces exigences, les conditions d'existence et l'épanouissement des hommes en cause auxquels est subordonnée leur satisfaction, et les ressources et techniques dont ils disposent pour poursuivre cette satisfaction; et, si ce donné varie dans une large mesure avec les sociétés en raison de la plasticité de la nature humaine et de la diversité des cultures par l'intermédiaire desquelles elle actualise ses virtualités, ces variations ne sont pas pour autant sans limites: elles ont un dénominateur commun qui leur est imposé par la structure physique et mentale de notre espèce et par les conditions primordiales d'existence qui résultent de la structure de l'univers dans lequel elle est jetée. Mais, si la pertinence des solutions élaborées par l'interprète ou le législateur est conditionnée par ce donné, elles ne sont pas directement confrontées avec lui: entre elles et lui s'interpose le jeu des intelligences et des volontés humaines, qui se traduit par une série d'inventions et de décisions. Or ces inventions et ces décisions ne se murissent qu'au cours de la

recherche. Les besoins et les aspirations de l'homme sont multiples: leurs exigences sont souvent dans le concret divergentes, et ils ne cessent de réagir les uns sur les autres. Ils sont généralement confus et pour une large part subconscients au départ, et ne se révèlent et se précisent qu'en présence des objets susceptibles de les satisfaire ou des événements qui les heurtent. Les mesures propres à assurer leur satisfaction sans entraîner d'incidences fâcheuses sont loin de se présenter d'elles-mêmes leur mise au point peut réclamer beaucoup d'ingéniosité et ne s'opère le plus souvent qu'à travers des déboires et des tâtonnements. Aussi la solution satisfaisante n'est-elle atteinte que par un jeu de navette, qui recommence chaque fois que les changements sociaux modifient les données du problème, entre la déduction qui s'efforce de la tirer du Droit existant, et l'analyse des réactions que l'énoncé de ses conclusions ou leur mise en œuvre suscitent dans les esprits. La déduction fournit à l'esprit l'instrument dont il a besoin pour analyser les données du problème, leur appliquer ses acquisitions antérieures, expliciter ses convictions, contrôler ses jugements spontanés qui, faute d'être astreints à sa discipline, risqueraient de demeurer confus, incohérents et passionnels, enfin mettre en forme le résultat obtenu. L'expérience l'oblige à remettre incessamment en question ses conceptions, qui demeurent toujours trop rigides et schématiques. Enfin la fertilité de l'intelligence lui permet d'ajuster et de réajuster sans cesse les principes, les règles et les institutions qu'il a élaborés. Mais cet ajustement est toujours imparfait: et la discussion n'aboutit généralement pas à un résultat qui s'impose d'une façon contraignante: elle peut seulement mettre au point des solutions plus ingénieuses, établir l'inventaire de leurs avantages et de leurs inconvénients respectifs, et les mettre en balance en vue d'éclairer une décision qui, pour être raisonnable, n'en requerra pas moins un choix contingent.

Les limites de la formalisation en Droit

Ainsi se dénoue à nos yeux la controverse suscitée par les tentatives de formalisation du raisonnement juridique. Il n'est

pas douteux que le raisonnement juridique comporte des inférences, qu'il présente ses conclusions sous une forme déductive, et qu'il relève en tout ceci de la logique formelle. Il ne l'est pas davantage que le choix des prémisses de ces inférences et de son expression déductive fait intervenir d'autres considérations que les exigences de cette logique. Aussi bien formalistes et antiformalistes sont-ils d'accord sur tous ces points. La question litigieuse est de savoir si les opérations mentales par lesquelles s'effectue le choix des prémisses doivent être considérées comme extérieures au raisonnement, ou bien si elles en font partie intégrante (¹⁹). Or nous venons de constater que le raisonnement juridique diffère à cet égard profondément du raisonnement mathématique, et aussi, quoique à un degré moindre, du raisonnement expérimental. Les logiciens peuvent exclure de leur champ de vision, et abandonner au psychologue et au méthodologiste, les enchaînements d'idées et les expériences, matérielles ou mentales, par lesquels les mathématiciens parviennent à leurs démonstrations: les tâtonnements de la recherche qui élabore ces démonstrations sont, pour reprendre la comparaison à laquelle nous avons déjà eu recours, comme les échafaudages, qui sont nécessaires pour bâtir un édifice, mais dont le soutien devient, cet édifice achevé, inutile et dont aucune trace ne subsiste dans son architecture. Mais il n'en va déjà plus de même dans les sciences de la nature, même en physique. Sans doute ces sciences visent-elles à se rapprocher du modèle mathématique; mais elles n'y réussissent qu'à un degré élevé d'avancement, lorsqu'elles sont parvenues à construire des théories générales englobant un grand nombre de faits et de lois; et elles demeurent même alors toujours exposées à ce que des découvertes nouvelles obligent à remanier ces théories. Au stade de la recherche expérimentale, la déduction y demeure sous l'empire de l'expérience vers laquelle elle s'oriente et en fonction de laquelle elle est jugée. Or le Droit doit, lui aussi, ajuster ses raisonnements et ses théories à des données extérieures aux constructions intellectuelles qu'ils constituent; mais ces données présentent avec celles qui s'imposent au physicien ou au naturaliste deux différences capitales. Les conduites humaines, aux-

quelles il s'applique, faisant intervenir l'intelligence et la volonté, ne peuvent, comme les phénomènes physiques ou vitaux, être enfermées dans les cadres de catégories tranchées aux contours précis, et prévus dans leur singularité avec une certitude rigoureuse. Et, ce qui est plus important encore, l'objet qu'il se propose n'est pas (encore qu'il ne puisse l'atteindre qu'en passant par cet intermédiaire) d'analyser et de prévoir ces conduites: il est de les régler, c'est-à-dire d'aboutir non pas à des constatations, mais à des décisions, qui, si elles doivent tenir compte d'un ensemble complexe de données, n'en font pas moins intervenir aussi sa faculté d'invention et ses orientations, spontanées ou réfléchies. Il s'ensuit qu'il ne cesse de modifier ses critères au fur et à mesure de l'application qu'il en fait, et donc de reviser ses prémisses pour les adapter aux conclusions qu'elles sont destinées à justifier en même temps qu'il demande à ces prémisses de déterminer ces conclusions. La déduction est l'instrument indispensable à ses démarches; mais c'est un instrument dont il fait usage pour expliciter et pour éprouver un jugement qui l'oriente autant qu'elle lui permet de prendre corps. Aussi la structure de ses raisonnements et de ses théories ne s'éclaire-t-elle que par leur motivation; et leur valeur probante ne dépend pas seulement de la rigueur des inférences dans lesquelles ils se fixent, elle dépend aussi, non pas sans doute des tâtonnements et des mobiles de la recherche, mais de la pertinence et de la solidité des constatations opérées au cours de cette recherche sous l'action de ces mobiles. La déduction dans laquelle ils se formulent n'en est que la forme superficielle; elle repose sur une infrastructure, dont le logicien doit, pour en comprendre les articulations, tenir compte, comme le géographe doit, pour expliquer le relief d'un paysage, tenir compte des assises géologiques des terrains de surface et des plissements dont ils ont subi la poussée.

La formalisation d'un raisonnement, ou plutôt (puisque l'opération dont il s'agit vise à donner la plus grande rigueur possible à un vaste système de propositions) de l'ensemble des raisonnements par lesquels se construit une science, recongé à l'intuition et à l'expérience d'où il les a dégagés, l'es-

quiert deux conditions essentielles. Elle suppose que, donnant congé à l'intuition et à l'expérience d'où il les a dégagés, l'esprit pose un ensemble de définitions, d'axiomes et de règles qu'il s'interdit de remettre en cause au cours de ses raisonnements; et elle suppose aussi que les propositions que ces raisonnements relient, puissent se disposer, comme le rêvait Descartes ⁽¹³⁾, en «longues chaînes de raisons», analogues à «celles dont les géomètres ont coutume de se servir pour parvenir à leurs plus difficiles démonstrations» ⁽¹⁴⁾. Or le raisonnement juridique ne peut faire abstraction ni des constatations que lui apporte l'expérience, ni des jugements appréciatifs dont ces constatations sont l'objet: il comporte une incessante récurrence des conséquences de ses inférences sur leurs principes en fonction de ces jugements. Et il met en balance des éventualités et pour chacune de ces éventualités des effets dont chacun est prévu ou, s'il n'a été révélé que par l'expérience, relié à sa cause par une inférence ou une suite d'inférences, et dont le critère d'appréciation peut aussi être recherché ou justifié au moyen d'inférences, mais dont la confrontation ne se résout pas en inférences. La conclusion obtenue a beau se formuler sous forme déductive; le problème majeur de son explication n'est pas l'analyse de sa formule: c'est la découverte des raisons pour lesquelles cette conclusion a été préférée à d'autres qui n'étaient pas moins susceptibles d'être mises en forme logique. Et l'étude de ces raisons révèle souvent qu'elle doit de l'avoir été à ce qu'elle réalisait entre des nécessités ou des exigences contraires un équilibre, ou même seulement un compromis, dû à un concours de circonstances, qui sera remis en question par des circonstances nouvelles; ou bien elle montre qu'elle est avec sa motivation dans le même rapport que les caractères extérieurs auxquels le naturaliste peut avoir recours pour reconnaître commodément du dehors une espèce vivante, à l'organisation profonde dont ils sont des signes superficiels ⁽¹⁵⁾.

Rien de tout cela n'interdit sans doute aux logiciens de tenter la formalisation des théories et des codes existants; et les travaux qu'ils ont entrepris à cette fin, peuvent contribuer à en perfectionner l'ordre et la cohérence. Mais il serait, à nos

yeux, vain d'espérer qu'ils pourront jamais réussir à donner au Droit une rigueur logique analogue à celles des mathématiques et de la physique théorique, et désastreux de leur demander d'en guider l'interprétation et l'élaboration. Car la diversité, la complexité et l'évolution perpétuelle des problèmes qui se posent aux législateurs et aux juges et qu'il leur faut résoudre au jour le jour ne cessent de les contraindre à infléchir dans l'application les principes qu'ils invoquent et les règles qu'ils posent, quand ce n'est pas même à les corriger par des règles ou des principes complémentaires, voire à les rectifier ou à les réviser; et le critère primordial en fonction duquel se juge le Droit qu'ils élaborent, n'est pas sa rigueur logique mais son aptitude à satisfaire à des nécessités pratiques et à des exigences morales, sur le contenu desquelles il existe (ce qui complique encore les choses) entre les hommes de sérieuses divergences. Non seulement un système de Droit positif ne parvient jamais à la consistance, à la complétude et à la décidabilité que les logiciens visent dans une axiomatique; mais sa construction est un travail de Pénélope. Comme M. Perelman l'a fait observer au cours de la discussion de la Semaine de synthèse, elle ne s'opère jamais que sur le passé, et l'on ne pourrait s'y tenir sans figer la législation et la jurisprudence, qui doivent s'adapter sans cesse aux changements sociaux. Sans doute le Droit ne saurait faire fi de la rigueur logique: non seulement elle est indispensable dans les inférences que ses raisonnements, bien qu'ils ne s'y réduisent pas, mettent en œuvre; mais il a besoin de la rechercher dans la formulation et dans la coordination de ses dispositions pour préciser ses solutions, les développer, les articuler entre elles, les mettre à l'épreuve, et aussi parce qu'elle constitue pour les justiciables une garantie d'impartialité et de sécurité⁽¹⁶⁾. Mais ce n'est pas en elle que se trouvent le critère majeur ni la clef des raisonnements juridiques; c'est dans leur motivation, dont les logiciens ne sauraient faire abstraction. Il n'est pas inutile qu'ils s'appliquent à en construire des modèles; car les analyses menées à cet effet ne peuvent, quel que soit leur résultat, manquer d'en éclairer les démarches. Mais ils ne peuvent, à nos yeux, espérer en découvrir que s'ils renoncent

à les concevoir sur le type de ceux que l'analyse de la démonstration mathématique leur a permis de déterminer pour les inférences déductives.

Léon Husson

NOTES

(¹) Ce rapport et la discussion à laquelle il a donné lieu, ont paru dans *Logique et Analyse*, n° double 49-50 (mars-juin 1970), p. 3-62.

(²) Cette Semaine, tenue en juin 1970, dont le compte-rendu va paraître prochainement, avait pour thème *Le Droit, les sciences humaines et la philosophie*. Elle a consacré une de ses séances aux relations de la science du droit avec la logique, sur lesquelles M. Perelman et M. Gardies avaient bien voulu accepter de présenter, l'un le point de vue des «antiformalistes» et l'autre celui des «formalistes». Il va de soi que ces qualifications elliptiques, que nous ne mettrons plus entre guillemets maintenant que nous en avons averti le lecteur, sont prises en un sens restreint: elles visent uniquement les positions prises sur la question, très controversée de nos jours, de savoir si le droit pourrait être formalisé. L'antiformalisme ainsi défini n'implique nullement une condamnation de la formalisation en général.

(³) L'article qu'on va lire a été écrit avant le Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale qui s'est tenu à Bruxelles du 30 août au 3 septembre 1971. M. Gardies et M. Kalinowski, qui y ont participé l'un et l'autre, y ont accentué l'effort, déjà très sensible au cours des colloques auxquels nous nous référons, pour désamorcer le conflit qui oppose les formalistes aux antiformalistes sans renoncer au projet des premiers en ajustant leurs recherches de logique déontique aux analyses des seconds. Nous publions cependant nos réflexions sans y apporter de changements substantiels, parce qu'elles ne présentent en aucune manière un caractère polémique mais visent au contraire à éclairer les recherches des formalistes, en même temps qu'à mettre leurs limites en évidence, ces recherches ne pouvant aboutir que dans la mesure où elles prendront en considération les difficultés auxquelles elles sont condamnées à se heurter, afin de s'appliquer à les surmonter. Comme nous le disons en terminant, nous croyons que le formalisme peut faire œuvre féconde à condition de prendre une claire conscience des différences, radicales à nos yeux, qui séparent le raisonnement pratique du raisonnement scientifique, tel du moins que celui-ci se construit dans les sciences mathématiques et, pour autant qu'elles parviennent à élaborer des théories, dans les sciences de la nature.

(⁴) Il faut distinguer nettement ces deux sens du mot motivation, dont le langage de la psychologie contemporaine a élargi la signification. On peut, comme M. Perelman l'a fait dans une formule frappante, au cours de

la discussion de la Semaine de synthèse, dire que les antiformalistes font entrer l'analyse des motifs dans la syntaxique, et ne renvoient à la pragmatique que les motifs des motifs. Mais il importe de remarquer que, en passant des motifs aux motifs des motifs, on change de plan, car on redescend du plan de l'activité intellectuelle contrôlée par la raison à celui de l'activité intellectuelle soumise à la pression des tendances.

(5) Sans doute les chances et les risques peuvent en principe être quantifiés en termes de probabilités. Mais la probabilité ne mesure que l'éventualité de leur réalisation; elle ne peut tenir compte de la différence de leur nature, qui fait que certains paraissent plus désirables ou plus acceptables que d'autres. Au surplus il est impossible de prévoir toutes les éventualités et donc d'en opérer le décompte.

(6) On sait que c'est la formule lapidaire dans laquelle le *Rapport sur la philosophie en France au XIX^e siècle* de RAVAISSON résume la théorie présentée par Claude Bernard dans la première partie de l'*Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*.

(7) Selon la formule même de Claude Bernard dans l'ouvrage que nous venons de citer, 1^{ère} partie, chap. I, § 2.

(8) Ici encore, il faut se rappeler l'enseignement de Cl. Bernard, qui, après avoir «répété avec tout le monde que ce sont les *faits* qui jugent l'idée et nous donnent l'expérience», n'hésite pas à déclarer, au risque d'être accusé de se contredire, que «dans la méthode expérimentale comme partout *le seul critérium réel est la raison*» (Introduction..., 1^{ère} partie, chapitre II, § 7). Nous ne croyons pas fausser sa pensée en ajoutant que la raison ne prend conscience des exigences qui fondent son critérium et n'en met la formule au point qu'au fur et à mesure qu'elle s'exerce. Aussi bien a-t-on vu de nos jours que la formule simple du critérium expérimental que Cl. Bernard donnait dans l'état de la science de son temps, — à savoir le principe du déterminisme, — était trop radicale, et qu'il était nécessaire, non pas certes de la rejeter, mais de la reviser et de la pondérer à la lumière de la microphysique.

(9) Ainsi, pour donner un exemple topique de cette difficulté, Pouchet, qui était un savant estimable, était persuadé que, dans les expériences par lesquelles il croyait avoir établi la génération spontanée, il éliminait tout apport de germes; mais Pasteur prit sa technique en défaut en montrant qu'elle introduisait des poussières au cours de la manipulation. Voyez F. DAGOGNET, *Méthodes et doctrine dans l'œuvre de Pasteur* (P. U. F., 1967), p. 146-149.

(10) Un exemple frappant est celui de la vérification, que le XIX^e siècle a crue décisive de la théorie ondulatoire de la lumière par la mesure de sa vitesse. Les physiciens ne concevaient alors que deux théories: la théorie de l'émission et la théorie ondulatoire; et ils ne pouvaient rendre compte des lois de la réfraction dans le cadre de la première qu'à la condition de supposer que la vitesse de la lumière était plus grande dans l'eau que dans l'air, tandis qu'elle devait selon la seconde y être moindre. Or lorsque l'appareil de Foucault permit d'effectuer la mesure, c'est la seconde

prévision qui fut vérifiée par l'expérience. Le développement de la physique à l'époque contemporaine n'en a pas moins remis en question la théorie ondulatoire, et obligé les physiciens à imaginer une théorie nouvelle qui reconnût à la lumière une double structure, corpusculaire et ondulatoire. Cf. P. DUHEM, *La théorie physique* (2ème éd., Rivière, 1914), p. 285-289, et L. de BROGLIE, *Continu et discontinu dans la physique moderne* (A. Michel, 1941), p. 15-42.

(¹¹) Cf. sur ce point la distinction par Cournot de la probabilité philosophique et de la probabilité mathématique. Voyez notamment dans l'*Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique*, chap. IV et chap. XXV § 397-398.

(¹²) Cette question a été très nettement formulée au colloque de Bruxelles par M. Kalinowski (voyez p. 9. et 21-22).

(¹³) Ainsi qu'il le dit lui-même dans la seconde partie du *Discours de la méthode*, immédiatement après avoir énoncé ses quatre fameuses règles.

(¹⁴) On sait qu'un même corps de doctrine, par exemple la géométrie euclidienne, peut être construit sur des bases différentes et faire ainsi l'objet de plusieurs axiomatiques qui sont dites équivalentes. Mais le fait que les maillons peuvent être disposés dans un ordre différent n'empêche pas qu'ils forment dans tous les cas une chaîne.

(¹⁵) On ne peut classer les espèces vivantes en se fondant simplement sur leurs caractères extérieurs; car on aboutirait ainsi à des sortes de cartes du monde végétal et du monde animal sur lesquelles les espèces se répartiraient selon plusieurs dimensions et dont les divisions nécessaires pour constituer des groupes n'auraient d'autre valeur que celle d'un quadrillage conventionnel. Il a fallu, pour dresser le tableau de la systématique, distinguer parmi ces caractères ceux qui peuvent servir de marques signalétiques parce qu'ils sont en corrélation avec des différences dans la structure profonde, de ceux qui n'ont pas de liaison régulière avec ces différences parce qu'ils tiennent à l'action de causes accidentelles ou extérieures. Linné a exprimé cette nécessité dans un aphorisme lapidaire: «Ce n'est pas le caractère qui constitue le genre, mais le genre qui constitue le caractère.» Si l'on désire l'illustrer par quelques exemples, on en trouvera de topiques dans VIALLETON, *L'origine des êtres vivants*, p. 86-91.

(¹⁶) Sur ce sujet des services que la logique formelle peut rendre au juriste, nous nous sommes expliqué plus longuement, quoique brièvement, à la fin de notre rapport au colloque du Centre de philosophie du Droit comparée de Toulouse de 1966 (*Annales de la Faculté de Droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XV. fasc. I, p. 60-63).