

LA LOGIQUE ET LE JEU DE L'ARGUMENTATION DANS LE RAISONNEMENT JURIDIQUE

J. L. GARDIES
Francia

Un droit (par exemple le *droit civil* français) peut être considéré comme un *système normatif*, c'est-à-dire comme un ensemble de propositions énonçant, non pas des constatations, mais des dispositions, celles-ci de deux espèces, à savoir.

1) des *dispositions directes*, destinées à régler sans médiation le comportement et la situation des sujets et objets de droit.

2) des *dispositions indirectes*, qui, au lieu de régler immédiatement les comportements et situations, confèrent à certains sujets le pouvoir de disposer eux-mêmes.

Ces dispositions, directes ou indirectes, peuvent à leur tour faire appel à deux sortes de propositions, à savoir.

1) des propositions proprement *normatives*, la norme s'exprimant ordinairement par un indicatif assorti de l'un des foncteurs déontiques correspondant respectivement à l'obligation, à l'interdiction et à la permission.

2) de simples *assertions* destinées soit à introduire des définitions, soit à décrire certains états ou certaines situations;¹ car un système normatif (faut-il le souligner?) ne se réduit pas à un *ensemble de normes*.²

Si l'on considère, dans un premier temps, le droit comme un tel *système normatif*, on pourra, dans un second temps, réduire l'application du droit à ce qu'on appelle vulgairement le *sylogisme judiciaire*, qui, exactement, n'est qu'un cas particulier du *modus ponens*. De la disposition exprimée par la conditionnelle universelle³

¹ Cf. J.-L. Gardies, La Structure logique de la loi, *Archives de philosophie du droit*, tome 25, Sirey, 1980, pp. 110-111, dont nous reprenons ici presque exactement les termes, bien qu'il s'agisse maintenant du *droit* et non plus de la *loi*.

² Cf. J.-L. Gardies, Système normatif et système de normes, *Archives de Philosophie du droit*, tome 19, Sirey, 1974, pp. 75-87.

³ Cf. Ch. Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, pp. 140-141.

pour tout x , si fx , alors gx

le juge déduit immédiatement la conditionnelle singulière

si fa , alors ga

(a désignant le sujet ou l'objet en question). S'il est en état de constater la vérité de l'antécédent " fa ", le *modus ponens* l'autorise alors à détacher la disposition singulière " ga ". Ainsi s'opère la *subsumption* du cas sous la disposition juridique universelle.

Jusqu'ici rien ne distingue la *logique du droit* de la logique d'un quelconque autre système normatif, notamment de la *règle d'un jeu*. Celle-ci peut en effet s'analyser aussi comme un ensemble de dispositions, la plupart du temps *directes*, quelquefois *indirectes*, dont l'application au comportement des joueurs n'a besoin d'aucun autre moyen que de ce que nous venons d'appeler, suivant la tradition, le *syllogisme judiciaire*. Pourtant, si nous pouvons prétendre que notre analyse précédente suffit à rendre compte de la nature de la *règle d'un jeu* et de sa procédure d'application, la même analyse, *toute exacte qu'elle est*, est largement insuffisante pour expliquer la nature et le fonctionnement, beaucoup plus complexes, du raisonnement juridique; ceci pour diverses raisons que nous nous proposons de récapituler ici.

Il faut d'abord prendre garde que, dans l'usage de l'expression même de *raisonnement juridique*, il y a au moins deux manières d'entendre le terme de *raisonnement*. Car tantôt ce mot désigne une activité humaine: le *raisonnement* c'est la façon dont le juriste raisonne; et tantôt il désigne le résultat logique ou le corrélat intentionnel de cette activité.⁴ Quand on décrit un droit comme un *système normatif*, ainsi que nous venons de le faire, et son application comme le simple *syllogisme judiciaire*, ce que l'on atteint du raisonnement juridique est tout au plus ce corrélat intentionnel révélé ou constitué par le raisonnement concret lui-même. Entre l'un et l'autre il y a la distance, que l'observateur ne peut ignorer, entre la démarche directement exprimée par la rédaction d'un jugement et de ses attendus d'une part et d'autre part les considérations, fort différentes et beaucoup plus sinueuses, au terme desquelles le tribunal s'est acheminé vers cette rédaction.

Il faut cependant reconnaître que cette distinction entre *raisonnement constituant* et *raisonnement constitué*, le second étant le

⁴ Cf. J.-L. Gardies, *Droit, logique et épistémologie, XXIXème semaine de synthèse - Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Vrin, Paris, 1973, pp. 242-244.

produit du premier, est encore loin de suffire, à elle seule, à expliquer la spécificité de la rationalité juridique. Car une telle distinction vaut aussi bien pour les mathématiques que pour le droit. Il y a en effet une distance considérable entre le raisonnement qui conduit le mathématicien — à l'invention de sa solution et cette solution elle-même, c'est-à-dire le raisonnement dans lequel le mathématicien expose le résultat obtenu; des auteurs n'hésitent pas à parler à cet égard d'une *logique de l'invention*, radicalement distincte de la logique explicitement mise en oeuvre dans l'objet inventé. La distance entre ces deux "logiques", et, plus particulièrement, la méconnaissance du caractère normal de cette distance, sont d'ailleurs probablement à l'origine de l'insatisfaction manifestée par certains esprits du début du siècle devant la formalisation du raisonnement mathématique qui résultait des travaux de Frege et de Russell: car enfin, avait ou le droit de se dire, ce n'est pas ainsi que le mathématicien *effectivement* raisonne.

La manière dont les théoriciens de l'argumentation critiquent les tentatives contemporaines des logiciens pour formaliser le raisonnement juridique, leur insistance pour que l'analyse s'attache plutôt à la démarche concrète du juge ou de l'avocat, suggère bien que le malentendu entre les deux parties repose sur la confusion des deux acceptions, que nous venons de distinguer, du terme de *raisonnement*. Mais si le malentendu est en droit plus profond et, a, par le fati même, toutes raisons d'être plus durable qu'en mathématiques, où un certain type d'antiformalisme qui florissait au début du siècle ne serait plus aujourd'hui de saison, ceci tient, nous semble-t-il, à deux caractères, entièrement étrangers à la rationalité mathématique, étroitement propres à la rationalité juridique, que nous voudrions maintenant analyser successivement.

Si nous pouvons légitimement caractériser un droit comme un *système normatif*, c'est à la condition d'ajouter immédiatement qu'un tel *système normatif* a ceci d'essentiel que son existence reste largement virtuelle. Ce caractère virtuel n'est pas simplement lié au fait qu'un droit comporte en puissance une infinité de dispositions, alors que la loi ne peut en exprimer qu'un nombre fini. A ce titre, la plupart de nos systèmes logicomathématiques mériteraient aussi d'être qualifiés de *virtuels*, puisque la distance y est également incommensurable entre l'ensemble, nécessairement fini, des thèses exprimées et l'ensemble, généralement infini, des thèses déductibles. La virtualité que nous voulons dire tient au fait que la *loi* (désignons ainsi l'ensemble des dispositions exprimées) peut être contradictoire et incomplète (elle est même généralement l'un et l'autre), tandis que le *droit*

(désignons ainsi l'ensemble des dispositions en vigueur qu'elles soient ou non exprimées) doit être non-contradictoire et qu'on attend généralement de lui qu'il soit complet.

L'article 12 de la loi française des 16-24 août 1790 prenait acte de cette possibilité d'inconsistance et de cette incomplétude de la loi, pour obliger les juges à se référer au pouvoir législatif "toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle". On sait que ce *référé législatif* céda rapidement la place à l'article 4 du *Code civil* qui, en ouvrant la possibilité de poursuivre les juges pour *déni de justice*, leur remettait la responsabilité de la consistance et de la complétude du droit. Cet article confère ainsi au *système normatif* du droit cette situation originale (par comparaison avec d'autres systèmes), que consistance et complétude ne sont pas à la charge de celui qu'on est tenté de considérer comme l'auteur et le responsable du système, à savoir le législateur, mais à celle de son interprète.

Ce rôle donné à l'interprète est d'autant plus important que la *consistance* attendue du droit va plus loin qu'une simple *non-contradiction*. Il est indispensable qu'on ne puisse déduire du *système normatif* non seulement deux normes contradictoires du type " α " et non " α ", mais encore deux normes, comme "il est obligatoire que β " et "il est interdit que β ", qui ne sont pas exactement *contradictaires*, mais qui sont *incompatibles*, en ce sens qu'il est impossible d'obéir à la fois à l'une et à l'autre. Pour éliminer de telles *contradictions* ou de telles *incompatibilités*, les juges feront appel à des *règles*, écrites ou non écrites, *d'interprétation*, par exemple :

- le principe *Lex posterior derogat priori*,
- l'acceptation d'une certaine hiérarchie entre les différentes sources des dispositions légales,
- voire des considérations d'équité ou d'opportunité.

Cette fonction d'élimination des incompatibilités est d'autant plus fondamentale que le surgissement de ces incompatibilités n'est pas seulement imputable au désordre du législateur, ni même au droit et au devoir que celui-ci a d'évoluer. L'application des dispositions juridiques au cas concret se charge d'engendrer des incompatibilités, là même où ces dispositions, dans la présentation abstraite de leur formulation universelle, apparaissaient entièrement conciliables.⁵

⁵ On trouvera dans Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976, pp. 40-41, un excellent exemple d'incompatibilité concrète entre l'interdiction de l'exercice illégal de la médecine et celle du refus d'assistance contre un péril quelconque.

Le terme de *complétude*, appliqué à la loi, prend un sens très différent de tous ceux (car on sait qu'il y en a déjà plusieurs) qu'on peut lui donner quand on l'applique aux systèmes hypothético-déductifs:⁶ comme le *droit*, tel que l'interprète l'élabore à partir de la *loi*, est sans *antinomies*, il est aussi sans *lacunes*. Devant tous les cas qui sont soumis au juge, l'article 4 du *Code civil*, met celui-ci en demeure de faire comme si le législateur avait tout prévu. Le juge complètera donc l'ensemble des dispositions effectivement énoncées et de celles qui s'en laissent déduire par des dispositions qu'on peut qualifier de *nouvelles*, au moyen de *règles d'interprétation*, en particulier:

- La règle selon laquelle il faut considérer comme permis ce que la loi n'interdit pas,
- les règles analogiques (*a fortiori*, *a pari*, *a simili*, *a minori ad majus*, *a majori ad minus*), dont il est facile de montrer qu'elles peuvent logiquement se ramener à une seule,⁷
- l'argument *a contrario*.

Le choix entre ces *règles d'interprétation* est d'autant plus délicat qu'il n'est généralement pas guidé par le contexte législatif, et d'autant plus important que la différence des règles adoptées aboutit à une divergence des conclusions tirées.

On observera que, dans tout ce qui précède, nous avons limité l'utilisation du terme de *raisonnement juridique* au raisonnement qui s'exerce de *lege lata*. Sur ce point nous nous accordions avec la plupart des auteurs, qui estiment que le raisonnement du législateur lui-même, au terme duquel se constitue la loi, est *politique*, *économique*, éventuellement *moral*, qu'il n'est en tout cas que très partiellement *juridique*: Sans renier cette conception, il nous faut maintenant faire observer que le juge, dans la mesure où il est chargé d'éliminer les antinomies et les lacunes de la loi, est souvent obligé d'intégrer à son raisonnement de *lege lata* le raisonnement de *lege ferenda*, qui fut, aurait dû être ou aurait pu être celui du législateur, si ce dernier avait été placé devant la difficulté à laquelle lui-même se trouve confronté. L'analyse de la manière concrète dont le juge raisonne serait incomplète, si elle ne prenait en compte ce mélange

⁶ Cf. J.-L. Gardies, En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet? *Archives de philosophie du droit*, tome 24, Sirey, 1979, pp. 285-296.

⁷ Cf. J.-L. Gardies, La logique de l'interprétation du droit et la logique du droit lui-même, communication au *Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale*, Bâle, 1979, à paraître.

des ordres de raisonnement. Car ce n'est pas parce que ces ordres se mêlent dans le fonctionnement réel qu'on a le droit de les confondre; et ce n'est pas parce qu'ils sont logiquement distincts qu'on est en droit de méconnaître leurs combinaisons dans la description de la réalité.

Interpréter c'est déterminer le sens plus ou moins caché derrière quelque chose. Le *quelque chose* dont on interprète le sens se présente *généralement* lui-même comme un discours, c'est-à-dire comme une proposition ou un ensemble de propositions, mais il n'est pas *nécessairement* un discours. Ainsi, quand on parle de l'*interprétation* à laquelle se livre le juriste, on confond quelquefois sous ce terme commun, deux opérations structurellement bien distinctes, même si le juriste les combine à l'intérieur de son raisonnement, à savoir:

1) l'interprétation qui s'exerce sur le texte de la *loi* et qui permet d'atteindre, derrière ses antinomies et ses lacunes, le système consistant et complet du *droit*.

2) l'interprétation des *faits*, auxquels le droit est censé s'appliquer alors que, dans la réalité cette *application* est elle-même conditionnée par la qualification que ces faits doivent d'abord avoir reçue.

Dans l'expérience du juriste en effet, on rencontre, moins que partout ailleurs, ce qu'on peut appeler des *faits bruts*, c'est-à-dire qui jouiraient déjà en toute évidence de tous leurs prédicats de faits avant qu'on pût songer à leur appliquer, comme de l'extérieur, les dispositions juridiques. L'épistémologie des sciences expérimentales a pu postuler un moment la réductibilité des lois scientifiques à des protocoles de phénomènes élémentaires exprimables par des énoncés isolés, chacun à ce titre immédiatement susceptible de vérification ou de falsification. Même si on est aujourd'hui⁸ largement revenu de ces illusions, naguère encouragées par certaines analyses de Carnap et de l'École de Vienne, il n'en reste pas moins que la prétention de pouvoir dissocier, à l'intérieur du discours, composante factuelle et composante linguistique serait incomparablement encore moins justifiée pour le juriste que pour le savant.

La nature proprement factuelle des faits est si peu extérieure ou antérieure au droit lui-même qu'une grande partie des *faits* auxquels "s'appliquent" les dispositions de la loi ne tiennent ce caractère de fait susceptible de déclencher le *syllogisme judiciaire* que des *présomptions* de la loi elle-même: il n'y a pas d'autre *innocence* aux yeux du *droit pénal* que celle qu'il présume de tout homme jusqu'à preuve du

⁸ Cf. en particulier Quine, *Two dogmas of empiricism*, 1951.

contraire. Si ce à quoi s'applique la loi se réduisait à un phénomène empiriquement constatable, pourquoi la loi rejeterait-elle l'admissibilité de certaines preuves, dont l'efficacité serait hors de question s'il ne s'agissait que d'établir la vérité d'un fait? Ainsi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner que certains articles du *Code civil* français⁹ soient expressément consacrés à cette *interprétation des faits*.

Aux *présomptions légales* il faut encore ajouter la latitude laissée au juriste de procéder lui-même par *fictions*, c'est-à-dire d'étendre la qualification propre à tel fait à d'autres qui n'y entraînent pas directement. La fiction est un droit que le juriste s'accorde dans certaines circonstances de traiter comme un fait de nature déterminée un fait ordinairement considéré comme de nature différente.

Mais indépendamment même du rôle que jouent les *présomptions* et les *fictions* dans la détermination des faits auxquels le droit s'applique, il y a cet écart fondamental entre la nature des phénomènes que rencontrent les sciences expérimentales et celle de ceux auxquels s'applique le droit, que les seconds sont déjà de nature institutionnelle, c'est-à-dire qu'ils se définissent, plutôt que par un nombre fini de caractères clairement déterminés, par un faisceau d'indices dont l'ensemble peut d'ailleurs être variable et qui sont en tout état de cause difficiles à apprécier. La différence entre *fait brut* et *fait institutionnel* se trouve quelquefois dissimulée par l'identité des mots employés: ainsi, pour reprendre un exemple donné par Ch. Perelman,¹⁰ alors que la nuit peut être strictement déterminée au sens physique par la descente du soleil au dessous de la ligne d'horizon ou par un certain abaissement du degré de luminosité naturelle, il n'est pas sûr qu'un vol reçoive la qualification aggravante d'avoir été commis *de nuit* si le délit s'est accompli à minuit dans un casino brillamment éclairé; la seule nuit qui concerne le droit est ce fait institutionnel dont on pourrait soutenir sans paradoxe que, dans la plupart des casinos, il ne s'instaure guère avant l'aube. Mais, plus encore, beaucoup de faits institutionnels auxquels s'applique le droit sont désignés par des mots qui n'ont même pas de signification physique ou naturelle. Quand l'article 896 du *Code civil* prohibe les *substitutions fidéicommissaires*, il pose d'abord au juriste le problème redoutable de déterminer quels sont les faits qui doivent rentrer sous cette qualification et à ce titre ne doivent être confondus ni avec la substitution vulgaire autorisée par l'article 898, ni avec la libéralité fondée sur le partage de l'usufruit et de la nue propriété, autorisée par l'article 899, ni avec une combinaison de deux legs conditionnels, affectés l'un d'une

⁹ Exemples: art. 898 et 899.

¹⁰ *Le Champ d'argumentation*, p. 135.

condition résolutoire l'autre d'une condition suspensive, ni avec un legs *de residuo*, ni avec un simple fidéicomis, etc. Bref, dans la mise en oeuvre du *modus ponens*, en lequel nous avons vu que s'analysait l'essentiel du *sylogisme judiciaire*, le premier acte (l'assertion "fa") relève d'une délicate *appréciation* aux antipodes d'une simple *constatation*.

Résumons l'ensemble de notre propos: sans doute un droit peut-il être considéré comme un *système normatif* et la subsomption du fait sous le droit comme le résultat du *sylogisme judiciaire*; mais cette représentation n'est exacte que si l'on ajoute d'une part que ce *système normatif* est moins l'oeuvre du législateur que le résultat de l'interprétation que le juriste, juge ou avocat, en donne, et d'autre part que la mise en oeuvre du *sylogisme judiciaire* présuppose une interprétation du fait lui-même, qui seule lui confère la qualité qui justifie sa subsomption sous la disposition convenable du *système normatif* ainsi établi.

On pourrait imaginer un état de fonctionnement dans lequel chacune des deux interprétations ici envisagées, l'interprétation de la loi par laquelle se constitue le *système normatif* et l'interprétation du fait qui permet la *subsumption*, serait confiée à un organe différent. Un tel système avait d'ailleurs été instauré, pour la cour d'assises, par le *Code d'instruction criminelle* de 1809, qui confiait la décision concernant la culpabilité, c'est-à-dire la qualification des faits, à la délibération du jury, et l'application de la peine, c'est-à-dire la détermination des dispositions juridiques convenables, à la délibération distincte de la cour. On sait que cette séparation a été d'abord atténuée par les lois du 28 avril 1832, puis du 5 mars 1932, et finalement abolie par la loi du 25 novembre 1941, qui a institué à la place un régime d'*assessorat*, par lequel le jury et la cour délibèrent en commun sur le fait et sur le droit.

Sans même aller jusqu'à cette division des deux fonctions entre deux organes, que l'évolution des institutions, sous la pression de l'expérience judiciaire, semble avoir condamnée, on pourrait encore imaginer que l'organe commun chargé de cette double interprétation, dison le *juge*, procédât, logiquement et chronologiquement, séparément à cette double interprétation, examinant par exemple d'abord le fait et, celui-ci une fois bien établi, se chargeant ensuite de déterminer les dispositions applicables. Si le juge procédait ainsi, il y aurait bien de sa part deux interprétations, mais il n'y aurait pas encore ce qu'on appelle *argumentation*.

L'*argumentation* du juge tient à cette circonstance, qu'il n'y a pas *dans son comportement* antériorité systématique de l'interpréta-

tion du droit sur l'interprétation du fait. Le juge obtient ordinairement la détermination des dispositions juridiques dont il a besoin pour le cas qui lui est soumis, ainsi que la subsumption des faits sous ces dispositions, par un va-et-vient de son *raisonnement constituant*, qui contraste entièrement avec les simples déductions closes par le *modus ponens* du *syllogisme judiciaire*, sous la forme desquelles se présente son *raisonnement constitué*. Le travail de l'avocat est de proposer la combinaison des deux élaborations parallèles du droit et du fait la plus avantageuse à la partie qu'il défend; la tâche du juge est de choisir celle qui lui paraît la plus équitable, la plus opportune, la plus raisonnable. Dans les deux cas, le va-et-vient de l'interprétation du fait à l'interprétation du droit à l'intérieur du *raisonnement constituant* est sans doute ce que de bons auteurs ont voulu caractériser, d'une manière que nous trouvons simplement trop globale, en disant que l'argumentation juridique est une procédure *dialectique* que *logique*.