

INTRODUCTION

1. Le mot « *raisonnement* » désigne, à la fois, une activité de l'esprit et le produit de cette activité. L'activité mentale de celui qui raisonne peut faire l'objet d'études psychologiques, physiologiques, sociales et culturelles. Celles-ci pourront révéler les intentions, les mobiles de celui qui a élaboré un raisonnement, les influences de toute espèce qu'il a subies et qui permettent de situer le phénomène dans son contexte. Mais le raisonnement, comme produit de cette activité intellectuelle, peut être étudié indépendamment des conditions de son élaboration : on s'attachera à la manière dont il a été formulé, au statut des prémisses et de la conclusion, à la validité du lien qui les unit, à la structure du raisonnement, à sa conformité à certaines règles ou à certains schémas préalablement reconnus : cet examen relève d'une discipline que l'on qualifie traditionnellement de *logique*.

L'analyse des raisonnements explicitement formulés dans une langue déterminée a été entreprise, d'une façon systématique, dans l'*Organon* d'Aristote, qui distingue les raisonnements analytiques des raisonnements dialectiques.

Les raisonnements analytiques sont ceux qui, partant de prémisses nécessaires, ou du moins indiscutablement vraies, aboutissent, grâce à des inférences valides, à des conclusions également nécessaires ou vraies. Les raisonnements analytiques transfèrent la nécessité ou la vérité des prémisses à la conclusion : il est impossible que la conclusion ne soit pas vraie si l'on raisonne correctement à partir de prémisses vraies. Le type de raisonnement analytique était, pour Aristote, le syllogisme, dont le schéma classique s'énonce : « Si tous les B sont C et si tous les A sont B, tous les A sont C. » Remarquons que ce raisonnement est valable quels que soient les termes que l'on mette à la place des lettres « A », « B » et « C ».

La validité de l'inférence ne dépend en rien de la matière sur laquelle on raisonne, car celle-ci peut être empruntée aux domaines les plus divers de la pensée : c'est la forme même du raisonnement qui garantit sa validité. La logique qui étudie les inférences valides

grâce à leur seule forme, est appelée logique formelle, car la seule condition qu'elle pose pour garantir la vérité de la conclusion, si les prémisses sont vraies, c'est que les symboles « A », « B » et « C » soient remplacés, chaque fois qu'ils se présentent, par les mêmes termes. De même, en algèbre, la vérité de l'équation « $x = x$ » présuppose que l'on remplace la lettre « x » par la même valeur numérique.

2. Les raisonnements dialectiques qu'Aristote a examinés dans les *Topiques*, la *Rhétorique* et les *Réfutations sophistiques* sont relatifs, non aux démonstrations scientifiques, mais aux délibérations et aux controverses. Ils concernent les moyens de persuader et de convaincre au moyen du discours, de critiquer les thèses de l'adversaire, de défendre et de justifier les siennes propres, à l'aide d'arguments plus ou moins forts.

Par quoi les raisonnements dialectiques diffèrent-ils des raisonnements analytiques et le syllogisme dialectique, appelé enthymème, du syllogisme rigoureux de la logique formelle ? Aristote nous dit que, dans l'enthymème, on n'énonce pas toutes les prémisses — on sous-entend celles qui sont connues ou acceptées par l'auditoire — et celles sur lesquelles on se fonde ne seraient que vraisemblables ou plausibles : la structure du raisonnement dialectique serait, pour le reste, celle du syllogisme.

Cette dernière affirmation paraît, à première vue, inconciliable avec son affirmation que l'usage du discours persuasif est de mener à une décision (1). En effet, la structure de l'argumentation qui motive une décision semble fort différente de celle d'un syllogisme par lequel on passe des prémisses vers une conclusion. Alors que, dans un syllogisme, le passage des prémisses vers la conclusion est contraignant, il n'en est pas de même quand il s'agit de passer des arguments vers la décision : ce passage n'est nullement contraignant, car s'il l'était, on ne se trouverait pas devant une décision, qui suppose toujours la possibilité soit de décider autrement soit de ne pas décider du tout.

3. Mais comme je l'ai montré ailleurs (2), il y a toujours moyen de transformer une argumentation quelconque en un syllogisme, en ajoutant une ou plusieurs prémisses supplémentaires.

Supposons un argument qui juge un homme à partir de ses actes : cet homme est courageux, parce que, dans telle situation, il s'est conduit d'une façon courageuse ; cet autre est lâche, parce qu'il s'est conduit en lâche. Rien de plus facile que de transformer de tels arguments, en principe contestables, en un syllogisme dont la ma-

(1) *Rhétorique*, II, 18 (1391 b 8).

(2) Cf. Ch. PERELMAN, « Le raisonnement pratique », *La philosophie contemporaine*, La Nuova Italia, Firenze, vol. 1, p. 168-176.

jeure serait : tout homme possède la qualité que l'on n'hésite pas à attribuer à tel de ses actes. Mais qui ne voit que cette majeure serait, dans toute sa généralité, plus contestable que l'argument utilisé dans un cas particulier, car quelqu'un qui se conduirait une fois d'une façon courageuse et une autre fois d'une façon lâche devrait être qualifié de courageux et de lâche, ce qui nous mènerait vers une contradiction inévitable. Par contre, l'usage d'arguments, en sens opposés, nous obligerait de peser la valeur de chacun d'entr'eux et d'aboutir à une prise de position plus nuancée et moins déraisonnable.

Qu'a-t-on gagné en transformant en un syllogisme, qui peut aboutir à une contradiction, une argumentation non-contraignante, mais qui permet de justifier une opinion plausible par de bonnes raisons, si ce n'est la satisfaction assez puérile de montrer qu'il y a moyen de ramener au même schéma syllogistique tous les arguments quels qu'ils soient ? Le raisonnement dialectique, l'argument justifiant par ses actes la qualité attribuée à l'agent, et qui est sujet à controverse, n'a pas été transformé en un syllogisme analytique, échappant à toute discussion par sa seule forme : au contraire, la prémisse ajoutée, par sa généralité et sa rigidité, mène à une conclusion contradictoire un argument qui n'est pas dépourvu de valeur quand il est manié avec prudence. Inévitablement, la controverse qui concernait la force de l'argument, liant la qualité de la personne à celle de ses actes, se transformera en un débat concernant la vérité de la majeure ajoutée, sans laquelle l'argumentation n'aurait pu devenir démonstration, formellement correcte, mais pratiquement inutilisable. Il ne sera guère difficile de montrer la fausseté de cette majeure, résultant de ce qu'un argument plausible, mais non-contraignant, a été traité comme une vérité universelle. A vouloir ramener un argument quelconque à un schéma formellement valide, on ne peut que mettre en évidence son insuffisance. Mais ce n'est pas parce qu'une argumentation n'est pas une démonstration formellement correcte qu'elle est dépourvue de toute valeur.

4. Or, c'est à un pareil réductionnisme, qui dénie tout intérêt à l'argument non contraignant, que l'on risque d'aboutir si l'on considère la logique juridique comme « la partie de la logique qui examine du point de vue formel les opérations intellectuelles du juriste » (3). C'est d'ailleurs ce qui n'a pas manqué de se produire dans la pensée du professeur Ulrich Klug, auteur d'un célèbre traité de logique juridique, qui n'hésite pas à écrire : « On argumente toujours, c'est-à-dire on infère. On utilise à ce propos les lois logiques appropriées d'une façon inconsciente ou du moins sans y réfléchir » (4). Il n'est pas exact

(3) G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, L.G.D.J., Paris, 1965, p. 7.

(4) U. KLUG, *Juristische Logik*, Springer, Berlin, 1966, p. 7.

sujet, un accord assez large, quoique rarement explicité. Mais il suffit de changer de milieu, de société, de siècle ou de culture, pour que des divergences, et même des divergences fondamentales, se manifestent clairement en cette matière. Faut-il séparer le droit de la morale et de la religion ? Y a-t-il des critères, généralement acceptés, qui permettraient de distinguer un raisonnement juridique d'un raisonnement étranger au droit ? Et, plus particulièrement, des considérations relatives à la justice sont-elles ou non étrangères au droit ? Il est impossible de répondre à ces questions sans se placer au point de vue d'une idée du droit propre à une société donnée, ou du moins qui y est généralement admise. Or, nous verrons que la réponse à ces questions est déterminante pour nous permettre de préciser la notion de raisonnement juridique, ainsi que la nature et le statut des concepts et des théories juridiques.

Si l'on veut serrer l'expérience d'aussi près que possible, on est bien obligé de constater également que les raisonnements juridiques s'accompagnent de controverses incessantes, et ceci aussi bien entre les juristes les plus éminents qu'entre les juges qui siègent dans les tribunaux les plus prestigieux. Ces désaccords, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, obligent le plus souvent, après l'élimination de solutions déraisonnables, à imposer une solution par voie d'autorité, qu'il s'agisse de l'autorité de la majorité ou de celle des instances supérieures, qui se combinent d'ailleurs le plus souvent. C'est en cela que le raisonnement juridique se distingue, à la fois, de celui qui caractérise les sciences, et spécialement les sciences déductives — où il est plus facile d'arriver à un accord sur les techniques de calcul et de mesure — et de celui que l'on rencontre en philosophie et dans les sciences humaines, où, à défaut d'accord, et en l'absence d'un juge capable de clore les débats par son jugement, chacun reste sur ses positions. Parce qu'il est presque toujours controversé, le raisonnement juridique, par opposition au raisonnement déductif purement formel, ne pourra que très rarement être considéré comme *correct* ou *incorrect*, d'une façon, pour ainsi dire, impersonnelle.

Celui qui est chargé de prendre une décision en droit, qu'il soit législateur, magistrat ou administrateur, doit prendre ses responsabilités. Son engagement personnel est inévitable, quelles que soient les bonnes raisons qu'il puisse alléguer en faveur de sa thèse. Car rares sont les situations où les bonnes raisons, qui militent en faveur d'une solution, ne soient pas contrebalancées par des raisons plus ou moins bonnes en faveur d'une solution différente : c'est l'appréciation de la valeur de ces raisons — que l'on ne peut que très rarement réduire à un calcul, une pesée ou une mesure — qui peut différer d'un individu à un autre, et qui souligne le caractère personnel de la décision prise.

7. Malgré ces remarques, qui nous inclinent à reconnaître la relativité du raisonnement juridique, il faut bien constater que le droit a

été dominé, pendant des siècles, par l'idéal d'une justice absolue, conçue tantôt comme d'origine divine, tantôt comme naturelle ou rationnelle, ce qui a fait définir le droit, pendant des siècles, comme *ars boni et aequi* (*Digeste*, I, 1, 1), l'art de déterminer ce qui est juste et équitable. Le rôle du juriste, dans cette perspective, serait de préparer, par ses réflexions et ses analyses, la solution la plus juste de chaque cas d'espèce.

Néanmoins, malgré cet idéal absolutiste, il faut bien constater que, même quand les lois sont présentées comme des révélations d'un être divin, ou quasi-divin, leur application n'a pas manqué de susciter des controverses parmi les interprètes les plus qualifiés, comme on le voit très clairement par les textes talmudiques. De sorte que la solution juste paraît moins résulter de l'application indiscutable d'une règle incontestée, que de la confrontation d'opinions opposées et d'une décision subséquente par voie d'autorité. Quand les autorités s'opposent, on peut établir une hiérarchie entre elles, ou l'on peut tenir compte du nombre des avis autorisés, mais rien ne prouve que la décision devant laquelle il faudra bien s'incliner soit effectivement la seule solution juste du problème soulevé.

Nous constatons, en tout cas, aussi bien chez les juristes romains que chez les talmudistes ou les glossateurs de l'École de Bologne, que le droit s'élabore à travers les controverses et les oppositions dialectiques, les argumentations en sens divers. Il était bien rare que le raisonnement juridique puisse aboutir, comme dans les démonstrations mathématiques, à une conclusion contraignante. Les raisons présentées visaient plutôt, comme dans les dialogues platoniciens, à mettre l'adversaire en mauvaise posture, à montrer que les arguments dont il s'est servi sont irrelevants, arbitraires ou inopportuns, que la solution qu'il préconisait était injuste ou, du moins, déraisonnable (15). La controverse avait pour effet, en premier lieu, d'exclure certains arguments, en montrant qu'ils n'étaient pas pertinents, en second lieu d'éliminer certaines solutions préconisées parce que déraisonnables, sans pourtant imposer nécessairement un genre d'arguments et une seule solution contraignante.

Pour arriver à la décision recherchée, il fallait insérer le problème controversé dans une tradition, attestée par une autorité, civile ou religieuse, mettre en évidence la similitude du cas à juger avec une décision antérieure reconnue, ou le subsumer sous un texte légal traitant de cas de même espèce : tant par l'argument *a simili* que par la subsomption on ressentait comme juste une décision conforme à la règle de justice exigeant le traitement égal de cas essentiellement semblables (16).

(15) Cf. A. GIULIANI, *La controversia*, Contributo alla logica giuridica, Pavia, 1966, p. 75-76.

(16) Cf. Ph. PERELMAN, « La règle de justice », *Justice et Raison*, Bruxelles, 1963, p. 224-233 et « Cinq leçons sur la justice », *Droit, morale et philosophie*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 15.

En effet, le juge conscient de ses responsabilités, cherchant à justifier sa décision, ne se sent rassuré que quand celle-ci s'insère dans un ensemble de décisions qu'il prolonge et qu'il complète, dans un ordre juridique constitué par les précédents, et, le cas échéant, par le législateur. C'est pour fournir des précédents devant guider les juges qu'ont été publiés les recueils de jurisprudence, tels que ceux de Bracton, au XIII^e siècle, de Coke au XVII^e, et de Blackstone au XVIII^e, qui ont formé la base de la tradition anglaise de la *common law*.

8. A l'*argumentum a simili*, fondé sur la règle de justice, se rattachent deux autres arguments, qui s'appuient soit sur des précédents soit sur un texte légal, l'*argumentum a fortiori* et l'*argumentum a contrario*.

L'*argumentum a fortiori* s'appuie non pas sur la similitude du cas soumis au tribunal avec un précédent approprié, mais sur la *ratio decidendi*, la raison alléguée pour trancher le cas antérieur d'une façon déterminée. Il s'appuie de même sur l'esprit de la loi. L'*argumentum a fortiori* prétend que la raison alléguée en faveur d'une certaine conduite ou d'une certaine règle dans un cas déterminé s'impose avec une force plus grande encore dans le cas actuel. Si l'on a puni quelqu'un qui, par ses coups, a blessé un autre homme, il faut *a fortiori* punir celui qui, par ses coups, a occasionné la mort.

Notons, à ce propos, que l'*argumentum a fortiori* n'est pas, en lui-même, spécifiquement juridique. Quand, dans le *Sermon sur la Montagne*, Jésus rappelle à ses disciples que Dieu, qui ne laisse pas mourir de faim les petits oiseaux, ne se désintéressera pas non plus du sort des hommes, il utilise l'*argumentum a fortiori*, dont on voit clairement qu'il n'est pas un raisonnement purement formel, car il présuppose que les hommes méritent plus d'intérêt que les petits oiseaux. Le raisonnement, n'ayant pas pris comme point de départ une décision de justice, ne relève pas de la logique juridique, mais de l'argumentation. Lorsqu'on insère l'*argumentum a fortiori* dans un ordre juridique, il permet de guider le juge et de justifier sa décision.

L'*argumentum a contrario* s'applique normalement aux mêmes situations auxquelles, à première vue, serait applicable l'*argumentum a simili*. Il faut distinguer, à cet égard, entre les cas où ces arguments s'appliquent à une règle, et les cas où ils s'appliquent à un précédent.

Quand il s'agit d'une règle, ces arguments affirment l'application ou la non-application, à une autre espèce du même genre, de ce qui a été affirmé pour une espèce particulière. Si une loi édicte certaines dispositions relatives aux fils héritiers, par l'*argumentum a simili* on les étendra également aux filles; tandis que par l'*argumentum a*

contrario on affirmera que ces dispositions ne s'appliquent pas aux personnes du sexe féminin (17).

De même, appliqué au précédent, on considèrera par l'argument *a simili* que le cas actuel est suffisamment semblable pour qu'on lui applique la *ratio decidendi* du cas antérieur ; si cette application semble injustifiée, grâce à l'argument *a contrario* on écartera la règle admise pour juger le cas antérieur. Si un homme ayant assassiné avec préméditation un innocent, est condamné à la peine de mort, faut-il soumettre à cette même peine un garçon de neuf ans qui a tué son petit frère ? En se refusant d'assimiler le crime de l'enfant à celui de l'adulte, on sera amené à introduire une *distinction*, qui empêchera l'application de l'argument *a simili* au cas actuel.

L'art de distinguer, si caractéristique de l'argumentation scolastique, est aussi au cœur du raisonnement juridique : en effet, si, grâce aux arguments *a simili* et *a fortiori*, la portée d'une décision est étendue à d'autres situations, grâce à l'argument *a contrario*, cette portée est délimitée de façon à exclure l'application de la règle de justice aux cas ainsi distingués.

Quand les tribunaux ordinaires, appliquant dans la *common law*, la règle *stare decisis* — exigeant le maintien de la jurisprudence antérieure, si l'on ne trouvait pas de raison de distinguer —, aboutissaient à une décision considérée comme déraisonnable ou injuste, dans un nouveau climat, où des prescriptions de nature purement formelle étaient jugées secondaires par rapport à la solution jugée inique, l'opinion publique a exigé des remèdes. Ceux-ci furent fournis par les « *Equity courts* », les cours d'équité, organisées en Angleterre par le pouvoir royal, au xiv^e siècle, et qui avaient pour but de porter remède aux situations iniques qui pouvaient résulter de l'application rigide de la technique du précédent.

La conclusion que, dès à présent, nous tirerons de ce développement est que, quelle que soit la technique de raisonnement utilisée en droit, celui-ci ne peut pas se désintéresser de la réaction des consciences devant l'iniquité du résultat auquel ce raisonnement aboutirait. Au contraire, l'effort des juristes, à tous les niveaux et dans toute l'histoire du droit, a cherché à concilier les techniques du raisonnement juridique avec la justice, ou du moins l'acceptabilité sociale de la décision. Cette préoccupation suffit pour souligner l'insuffisance, en droit, d'un raisonnement purement formel qui se contenterait de contrôler la correction des inférences, sans porter de jugement sur la valeur de la conclusion. C'est quand le résultat est inadmissible, pour l'une ou l'autre raison, que le juriste est amené à introduire une distinction, qu'il a peut être omise en établissant

(17) Cf. Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1976 (troisième édition), p. 325.

les prémisses de son raisonnement, et à passer de l'argumentation *a simili* à l'argumentation *a contrario*.

8 bis. Les remarques qui précèdent suffisent pour faire comprendre comment la recherche de l'équité pouvait introduire dans le raisonnement juridique des éléments d'incertitude, difficilement acceptables par des esprits de tournure plus scientifique, et spécialement par des logiciens. Leur réaction, quoique ridiculisée par des juristes professionnels, s'est manifestée clairement dans les écrits d'un penseur qui n'avait jamais hésité à avancer, au nom de la logique, des thèses paradoxales, à savoir Pierre Abélard.

L'on sait que la tradition scolastique, celle qui a prévalu dans les écrits de Saint Thomas, opposait nettement, en suivant Aristote, les raisonnements dialectiques aux raisonnements analytiques. Pour Aristote, la prudence, vertu appliquant la raison pratique aux problèmes soumis à la délibération et à la controverse, « n'ayant pas d'essence par rapport à quoi se définir, ne peut que renvoyer à l'existence du prudent comme fondement de toute valeur. Ce n'est pas l'homme de bien qui a les yeux fixés sur les Idées, mais c'est nous qui avons les yeux fixés sur l'homme de bien » (18).

Si l'homme de bien avait été un être divin, dont l'opinion n'était jamais contredite par celle d'aucun autre homme de bien, le critère aristotélicien aurait pu suffire pour déterminer la solution de chaque cas soumis à délibération. Mais, devant les controverses suscitées par les désaccords entre juristes et moralistes, quant à la solution de problèmes de droit et de morale, P. Abélard a préféré voir dans la prudence une science, la science du bien et du mal, fondant le jugement moral sur l'intention dont procède l'action. Il prétendait que, après avoir trouvé une définition des vertus, et spécialement de la justice (« *Justitia itaque virtus est communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem* » (19)), il suffisait d'appliquer la définition à chaque cas particulier, pour tirer, par simple déduction, la conclusion qui s'imposait. Contrairement à la méthode scolastique, développée pendant les siècles qui ont suivi, nous trouvons déjà chez Abélard les prémices de cette science du juste, fournissant les principes d'une jurisprudence universelle, d'un droit naturel applicable dans tous les cas, qui se développera avec les progrès d'un rationalisme d'inspiration mathématique, et qui dominera les ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, par excellence ceux du triomphe de la « raison » en Occident.

9. Pendant des siècles, la justice primitive a été conditionnée par la conformité scrupuleuse à des formules sacrées — qu'il s'agisse

(18) Cf. P. AUBENQUE. *La prudence chez Aristote*, Paris, 1963, p. 44-45.

(19) P. ABÉLARD, *Dialogus inter philosophum, judaeum et christianum*, Patrologie latine, V. CLXXVIII, 1853, cité par A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 158.

de la sanctification d'une coutume ancestrale ou de formules révélées par les porte-parole d'une divinité. De même, pendant des siècles, pour la preuve des faits, le recours aux ordales, à toutes les épreuves dont seuls ceux dont la cause était juste devaient sortir victorieux grâce à l'intervention divine, témoignait clairement de ce que le juste, en droit, se confondait avec le pieux et le sacré.

Dans beaucoup de cultures, la séparation entre le droit, la morale et la religion ne s'est jamais complètement réalisée. Nous savons que l'autonomie du droit s'est produite progressivement, grâce à la désignation de magistrats laïcs, chargés, sinon de rendre la justice, du moins d'indiquer les actions et les formules, qui permettraient de recourir à la procédure judiciaire. A Rome, à l'époque de Cicéron, la classe des hommes les plus respectés était celle des « jurisprudents », de ceux qui, par leurs avis et leurs conseils, aidaient les préteurs dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. C'est l'ensemble des opinions, des formules, des adages et des règles, élaborés par ces juristes qui, plus que les formules du droit archaïque, plus que les lois votées par les assemblées politiques, a donné son armature au droit romain, considéré comme la *ratio scripta*, la raison écrite, qui a influencé à son tour le droit canon, formulé par l'Eglise romaine à l'usage de ceux qui dépendaient de sa juridiction.

Ce sont les catégories et les définitions élaborées par les juristes romains, leurs formules et leurs adages qui ont pénétré dans le droit des peuples chrétiens du continent européen (20), et ont permis d'accréditer l'idée qu'il y avait des principes de justice rationnels, auxquels devaient recourir tous ceux qui recherchaient une solution juste des litiges qui leur étaient soumis. Les progrès effectués, à partir du xvi^e siècle, par les mathématiques et leurs applications, l'idée, émise par Platon et reprise par le néoplatonisme chrétien, que le monde a été créé par Dieu en s'inspirant des mathématiques, ont soutenu les espoirs de tous ceux qui, aussi préoccupés de droit que de mathématiques et de philosophie, se sont proposé d'élaborer des systèmes de jurisprudence universelle. Ce sont ces penseurs qui, tout en étant chrétiens, ont cherché, dès le début du xvii^e siècle, à laïciser le droit naturel, en le concevant comme un système de droit purement rationnel. Cet idéal a été celui de Grotius et de Pufendorf, de Leibniz et de Christian Wolff.

10. L'idée d'un droit naturel, d'un système de justice valable partout et toujours, avait été formulée, bien auparavant, dans cette page célèbre de Cicéron : « Il est une loi véritable, droite raison conforme à la nature, présente en tous, immuable, éternelle ; elle appelle l'homme au bien par ses commandements et le détourne du

(20) Cf. Peter STEIN, *Regulae juris*, from juristic rules to legal maxims, University Press, Edinburgh, 1966.

mal par ses interdictions ; soit qu'elle ordonne ou qu'elle défende elle ne s'adresse pas en vain aux gens de bien, mais n'exerce aucune action sur les méchants. Il n'est pas permis de l'infirmier par d'autres lois, ni de déroger à l'un de ses préceptes ; il est impossible de l'abroger tout entière. Ni le sénat ni le peuple ne peuvent nous en libérer, et il ne faut pas chercher en dehors de nous quelqu'un pour l'expliquer et l'interpréter. Elle ne sera différente ni à Rome ni à Athènes, et elle ne sera pas dans l'avenir différente de ce qu'elle est aujourd'hui, mais une seule loi, éternelle et inaltérable, régira à la fois tous les peuples, dans tous les temps ; un seul dieu est, en effet, comme le maître et le chef de tous. C'est lui que est l'auteur de cette loi, qui l'a promulguée et la sanctionne. Celui qui ne lui obéit pas, se fuit soi-même, reniant sa nature humaine, et se réserve les plus grands châtiments, même s'il parvient à échapper aux autres supplices (ceux des hommes)» (21).

Cette page, et d'autres semblables, où Cicéron s'inspire des conceptions stoïciennes, renvoient à un droit idéal, qui n'est rien d'autre qu'un système de morale universelle (22). Celui-ci n'était pas destiné à se substituer au droit romain, mais à limiter, le cas échéant, les conséquences injustes de son application formaliste. Les théoriciens rationalistes du xvii^e et xviii^e siècles avaient d'autres ambitions. Ils voulaient élaborer un système de droit juste, une jurisprudence universelle, entièrement fondée sur des principes rationnels, indépendants dans leur formulation et dans leur validité du milieu, tant social que culturel, qui les a vu naître et de celui qu'ils devaient régir. C'est un tel système qu'il fallait enseigner dans les Facultés de Droit, dans l'espoir que ceux qui seraient chargés d'élaborer et de promulguer les lois positives s'écartent le moins possible du modèle idéal qui leur était enseigné. Il en résultait la faible importance accordée sur sur le continent européen, dans les Facultés de Droit de l'Ancien Régime, au droit positif, qui n'était, au mieux, qu'une imitation imparfaite du droit idéal, tout comme l'ombre du Juste, dans la caverne de Platon, ne pouvait être qu'une pâle et imparfaite imitation de l'idée de Justice elle-même. L'idée que le droit juste, comme les lois de la Nature, n'était que l'expression d'une raison universelle, reflet direct ou indirect (à travers la nature créée) de la raison divine, s'était développée dans deux traditions opposées, toutes deux d'origine religieuse, la tradition rationaliste et la tradition empiriste. Que l'on retrouve les lois naturelles et celles devant régir les rapports entre les hommes *a priori* ou *a posteriori*, grâce aux idées évidentes ou grâce à l'expérience, le rôle des hommes devait se borner à les déceler ou à les enregistrer, toute initiative humaine dans ce domaine ne pouvant mener qu'à l'erreur et à l'arbitraire. Que la principale

(21) CICÉRON, *De Republica*, L. III, XXII, 33.

(22) Cf. M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1957, p. 134-146 ; *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, n^{os} 38 s.

vertu du sage chrétien fût l'humilité, la soumission à la pensée et à la volonté divines, c'est une idée sur laquelle insistent tant Saint Augustin que le chancelier Francis Bacon.

A cet idéal de jurisprudence universelle, qu'il trouve son inspiration dans le droit romain, dans le droit canon, dans les constructions des philosophes rationalistes, ou dans la *common law*, élaborée par plusieurs générations de juristes, ont été opposées trois thèses, auxquelles sont attachés les noms de Hobbes, de Montesquieu et de Rousseau.

11. Pour Hobbes, dont les idées, à ce sujet, ont été le plus clairement exposées dans un dialogue inachevé *between a philosopher and a student of the Common Law of England* (23), le droit n'est pas l'expression de la raison, mais une manifestation de la volonté du Souverain. Il expose dans *Le Leviathan* (1651) que le droit naturel, c'est-à-dire le droit qui règne dans la nature, n'est que la loi de la jungle où la lutte pour la vie est permanente : ce sont toujours les grands poissons qui mangent les petits. Mais cet état de guerre de tous contre tous est insupportable, à la longue, pour des êtres humains qui, disposant d'une force plus ou moins égale, ne sont jamais sûrs qu'un autre homme ne sera pas capable de les tuer ou de les asservir. Pour éviter les inconvénients de la guerre permanente, ils conviennent de conclure un pacte par lequel ils décident, à la fois, de créer un Etat et de mettre leurs forces réunies à la disposition du Souverain, chargé de maintenir la paix entre citoyens et de les protéger contre les attaques de l'extérieur. Ils renoncent, par le fait même, à régler leurs différends par les armes et acceptent de se conformer aux lois que le Souverain établira et qu'il fera respecter par tous les moyens en son pouvoir.

Le Souverain chargera les prêtres et les éducateurs d'enseigner le respect des lois qu'il aura promulguées et, si l'éducation religieuse et morale ne suffit pas, des tribunaux seront chargés de dire la justice, de sanctionner la violation éventuelle des lois, aidés, en cas de besoin, par des forces armées mises à leur disposition. Le Souverain, disposant à l'égard de ses sujets d'un pouvoir presque absolu, sera libre d'élaborer ses lois comme bon lui semble, à condition de ne pas attenter, sans raison valable, à la vie de ses sujets, car c'est la crainte de la mort qui est la raison même du pacte social constitutif de l'Etat. Comme, selon Hobbes, l'intérêt du Souverain coïncide avec celui de ses sujets, les lois devront veiller à la protection de la vie et des biens de tous les habitants de l'Etat, ceux-ci pouvant vaquer tranquillement à leurs occupations privées.

La théorie de Hobbes, combinant d'une façon ingénieuse deux thèses, déjà exposées par Platon, dans son dialogue la *République*,

(23) Edition posthume de 1681, rééditée par T. ASCARELLI, avec des notes de G. BERNINI (Giuffrè, Milan, 1960).

celle de Thrasymaque (338 et s.) et celle de Glaucon (358 et s.), fait du Léviathan, cet être suprahumain créé par la volonté des hommes, un Dieu terrestre, dont la toute-puissance, du moins dans les limites territoriales qui sont les siennes, ne donne lieu à aucun abus : c'est lui qui décide du juste et de l'injuste, et ceci dans l'intérêt de ses sujets. Il s'efforce de les éduquer grâce à une propagande idéologique permanente, de façon qu'ils ne puissent concevoir la justice que comme la conformité aux lois qu'il aura édictées. C'est seulement grâce au droit positif, qui détermine les droits et les obligations de chacun, que l'idée de justice acquiert un sens précis. Avant l'état de société, l'idée de justice n'avait pas de contenu, car dans l'état de nature chacun était libre de faire ce qu'il était capable d'imposer par la force. Ce n'est qu'avec la création de l'État que naît le droit, et que la justice peut être définie comme conformité à la volonté du Souverain, telle qu'elle s'est manifestée par les lois et les règlements.

La philosophie politique de Hobbes, glorification du pouvoir absolu du Souverain s'est imposée en France, plus d'un siècle plus tard, mais sous forme amendée, car, comme on le sait, les révolutions de 1648 et de 1688 ont marqué, toutes les deux, des défaites retentissantes du pouvoir royal, obligé de transiger avec le Parlement (23 bis).

12. Le deuxième auteur qui, par un autre biais, a battu en brèche l'idée d'une jurisprudence universelle, valable partout et toujours, fut Montesquieu, dont le monumental ouvrage De l'esprit des lois (1748) bénéficia immédiatement d'une vogue générale.

Pourtant il ne rejette pas l'idée d'une justice objective. Celle-ci est non seulement définie, dans la célèbre lettre à Rhédi, comme « un rapport de convenance, qui se trouve réellement entre deux choses » (24), mais est reprise, plus de vingt-cinq ans plus tard, au début de l'*Esprit des lois* : « Dire qu'il n'y a rien de juste ou d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux. Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit » (25).

Le rôle du législateur serait de rendre positifs en les promulguant, les rapports de justice que la raison de chacun ne pourrait manquer de percevoir, n'étaient les intérêts particuliers susceptibles de brouiller cette perception. Rien de plus dangereux, dans cette perspective, que la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul, car il risque d'imposer des lois qui viseraient essentiellement,

(23 bis) Cf. S. GOYARD-FABRE, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, 1975.

(24) MONTESQUIEU, *Lettres persanes* (1721), *Œuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, t. 1, p. 256.

(25) *De l'esprit des lois*, 1^{re} partie, Liv. 1, Chap. 1, Bibliothèque de la Pléiade, t. 2, p. 233.

non pas à proclamer ce qui est juste, mais à considérer comme légal ce qui favorise son propre intérêt, ce qui renforce son propre pouvoir. C'est pour éviter de tels abus, que Montesquieu préconise, en tant qu'idéal politique, la doctrine de la *séparation des pouvoirs*, le pouvoir législatif n'étant accordé ni au pouvoir exécutif, qui pourrait en profiter pour brimer ses adversaires, ni aux juges, qui risquent de formuler des réglemens, à l'occasion des litiges, favorisant, pour des raisons souvent inavouables, l'une ou l'autre partie.

Mais, et c'est ici que se marque l'originalité de Montesquieu, l'indépendance du pouvoir législatif ne signifie pas, pour cela, que les lois positives qu'il adoptera seront d'une application et d'une justice universelles. Car, comme l'indique le sous-titre de son ouvrage fondamental *De l'esprit des lois*, celui-ci traitera du « rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc... ».

Cette relativité des lois à leur milieu et à leur époque, leur dépendance des conditions politiques, sociales et culturelles de leur élaboration, exclut la réalisation d'une jurisprudence universelle, non seulement en fait, à cause de l'imperfection des législateurs, mais même en droit, puisque les lois devront s'adapter aux sociétés qu'elles ont à régir. Pourtant, dans la conception de Montesquieu, fortement marquée par le rationalisme de son temps, les lois seront plus l'expression de la raison que d'une volonté souveraine et arbitraire. Tout en reconnaissant le rôle des facteurs qui conditionnent l'adaptation des lois aux diverses sociétés, ces lois, pour être justes, devront respecter les rapports d'équité qui préexistent objectivement à l'élaboration des lois positives.

Quant aux juges, ils ne seront « que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (26). C'est la condition de la sécurité juridique, car, écrit-il « si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte » (27).

13. Le succès des idées de J.-J. Rousseau, telles qu'elles ont été développées dans son écrit *Du contrat social* (1762), est dû au fait que, tout en s'inspirant de Hobbes, pour qui le droit n'est que l'expression de la volonté du Souverain, il n'a pas identifié le souverain avec un monarque tout-puissant, mais avec la nation, la société politique organisée, dont la volonté générale, opposée aux volontés particulières des citoyens, décide du juste ou de l'injuste, promulgue des

(26) *Ibid.*, 1^{re} partie, Liv. I, Chap. II, 6, p. 404.

(27) *Ibid.*, p. 399.

lois de l'Etat, et désigne ceux qui, conformément à ces lois, exécuteront les volontés de la nation, administreront l'Etat et rendront la justice. Les pouvoirs de la nation souveraine, qui exprime la volonté du peuple, n'ont pas à être limités, car la voix du peuple est la voix de Dieu, mais ceci à une double condition : 1° « qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'Etat et que chaque citoyen n'opine que d'après lui » (28) et 2° que cette volonté ne concerne pas des intérêts particuliers, mais qu'elle soit mue par l'intérêt général : « accord admirable de l'intérêt et de la justice qui donne aux délibérations communes un caractère d'équité qu'on voit s'évanouir dans la discussion de toute affaire particulière, faute d'un intérêt commun qui unisse et identifie la règle du juge avec celle de la partie » (29). C'est à ces conditions qu'il pourra affirmer que « la volonté générale est toujours droite » (30) et que la loi sera l'expression de la justice.

14. C'est en combinant ces diverses idéologies, que la Révolution française en arrivera à identifier le droit avec l'ensemble des lois, expression de la souveraineté nationale, le rôle des juges étant réduit au minimum, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. Le pouvoir de juger ne sera que celui d'appliquer le texte de la loi aux situations particulières grâce à une déduction correcte, et sans recourir à des interprétations qui risqueraient de déformer la volonté du législateur.

Pour les rares cas où ce texte ne serait pas clair ou suffisant, la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire a institué un référé de caractère général à l'intention de l'ensemble des tribunaux. Son article 12 dispose, en effet : « Ils (les tribunaux) ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle » (31). En outre on imposait l'obligation de motiver les jugements, et était institué un tribunal de cassation, chargé de veiller à ce que les juges ne violent pas la loi qu'ils sont censés appliquer. Le tribunal de cassation était considéré comme le policier, désigné par le pouvoir législatif pour surveiller le judiciaire, et auquel il devait rendre compte périodiquement de la manière dont il accomplissait sa mission.

Mais l'institution du référé de caractère général « s'était, dans la pratique, révélée malheureuse. Les juges avaient usé avec excès de la faculté qui leur avait été ouverte de s'adresser au Corps législatif. Ils

(28) ROUSSEAU, *Du contrat social*, Liv. II, Chap. III, *Œuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, t. 3, p. 372.

(29) *Ibid.*, Liv. II, Chap. IV, p. 374.

(30) *Ibid.*, Liv. II, Chap. VI, p. 373, 380.

(31) Cf. Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *Le problème des lacunes en droit*, publié par Ch. PERELMAN, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 47-48.

avaient parfois compris dans un sens trop restrictif de leur pouvoir, les règles établies par la loi des 16-24 août 1790... La trop grande fréquence du référé vint de la sorte aggraver les inconvénients inhérents au procédé» (32). En effet, non seulement le recours fréquent au référé entravait la bonne marche de la justice, mais cet appel au législatif violait, en même temps, la sacro-sainte doctrine de la séparation des pouvoirs : en interprétant la loi d'une façon plutôt que d'une autre, le législateur tranchait, en faveur de l'une des parties, le litige en cours.

Lors de la rédaction du Code Napoléon, le référé législatif fut remplacé par le célèbre article 4 qui proclame : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Le juge, devant les difficultés que présente la loi, se trouve placé dans l'obligation de juger.

Dans le *Discours préliminaire*, qui introduit le projet du Code Napoléon, Portalis s'explique longuement sur la portée de l'article 4 et indique les raisons qui militent en sa faveur, même si, par son interprétation, le juge est amené à contribuer à l'élaboration de la loi et à violer, d'une certaine façon, le principe de la séparation des pouvoirs.

Portalis admettait que, en matière criminelle, en l'absence d'une loi qui justifie la condamnation, le juge doit acquitter le prévenu (*Nulla poena sine lege*). Mais il n'en est nullement de même en matière civile : « Il est impossible au législateur de pourvoir à tout... Une foule de choses sont... nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges... à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi... Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel... Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives » (33).

Le seul référé maintenu, après la promulgation du Code Napoléon, fut le *référé de caractère spécial*, créé par la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 instituant un tribunal de cassation. Aux termes de l'article 21 de la loi, « lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux précédents, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation qu'elle n'ait été soumise au corps

(32) *Ibid.*, p. 52.

(33) *Ibid.*, p. 53-54, citant LOCRÉ, *Discours préliminaire du projet de Code civil*, t. 1, p. 156-159.

législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi : et lorsque ce décret aura été sanctionné par le Roi, le tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement » (34).

Ce référé spécial a été aboli en France par la loi du 1^{er} avril 1837 ; en Belgique, le référé spécial, établi en 1832, fut aboli par la loi du 7 juillet 1865. Le troisième tribunal, saisi après deux cassations, est dorénavant obligé de se soumettre à l'arrêt de la Cour de cassation, pris toutes chambres réunies : cette solution consacre l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir législatif, pour tout ce qui concerne l'application de la loi à des cas d'espèce (35).

L'étude de la logique juridique suppose que soit d'abord retracée l'évolution historique récente de la pensée juridique depuis le début du xix^e siècle (1^{re} partie) avant de présenter, d'une façon systématique, les techniques de raisonnement de la nouvelle rhétorique et la mise en œuvre de l'argumentation en droit (2^e partie).

(34) *Ibid.*, p. 48.

(35) Le problème du référé s'est posé, à nouveau, tout récemment, quand l'article 177 du Traité de Rome a attribué compétence, pour son interprétation, à la Cour de justice des Communautés européennes. Ce référé n'est pas inspiré par la méfiance du législateur à l'égard des juges, mais par le désir d'uniformiser l'interprétation du Traité de Rome par les tribunaux de tous les Etats contractants.