

LE DROIT. MACHINE DE TURING, RAPPORT DE FORCES OU ÉQUILIBRE BAYESIEN ?¹

Bernardo BOLAÑOS
IHPST-Université de Paris I

1. LA MACHINE EN PANNE

On imagine parfois que les juristes sont des professionnels chargés de reconnaître la forme ou le genre d'un fait pour le « subsumer » dans sa norme correspondante. « Non, non, Monsieur, ceci s'appelle harcèlement sexuel et pas stupre ». Une métaphore qu'illustre la naïveté de cette description du raisonnement juridique est celle d'un enfant à la crèche qui ferait passer des cubes, triangles et polyèdres à travers les trous de formes correspondantes. Tout au long de cet article, nous allons défendre une description plus complexe du raisonnement juridique, compris comme pondération des attentes sociales. Sans prétendre rejeter en bloc l'emploi de la logique déductive dans le droit, nous voulons rendre compte de la structure probabiliste cachée des décisions juridiques non triviales.

Outre la reconnaissance d'un fait et d'une norme, la subsumption juridique n'est rien d'autre que de la déduction. Et l'approche déductiviste est celle de Montesquieu dans l'*Esprit des Lois* : « le juge ne doit jamais être que la bouche de la loi ». A partir de cette approche du droit comme système déductif, assimilable à une Machine de Turing² conçue en tant que telle par le législateur,

¹ Je remercie Robert Alexy, Samir Boukhris, Jean Delpuech, Guillaume Dupont, Pascal Houdart, Jean Mosconi, Wojciech Zaluski et Héctor Zenil qui m'ont fait part de leurs remarques.

² Une machine de Turing est un mécanisme abstrait, destiné à effectuer des calculs. Les fonctions calculables par une machine de Turing équivalraient aux fonctions récursives. D'après la thèse de Church-Turing, cet ensemble de

tout problème juridique est décidable et si jamais il n'est pas décidable, alors il n'est pas juridique.

Pour la théorie positiviste normativiste, le droit est un système normatif hiérarchisé, qui contient des normes produites selon des procédures déterminées par d'autres normes juridiques. Mais cette approche ne conçoit pas nécessairement le système juridique comme une machine aboutissant, chaque fois, à une seule solution correcte. Des facultés discrétionnaires peuvent être accordées à un agent par une norme supérieure valide. Otto Pfersmann offre la définition récursive suivante : « Un énoncé normatif E a pour signification une norme N_n^i appartenant au système S si et seulement s'il a été produit conformément à une norme N_n^{i-1} (l'indice inférieur indique le numéro d'ordre d'une norme dans une catégorie, l'indice supérieur, le degré hiérarchique). La norme qui règle la production d'une autre norme lui est en ce sens 'supérieure'. » (Pfersmann, 2001, p. 18).

Pfersmann et d'autres positivistes normativistes excluent l'existence de lacunes, et qualifient de non juridique toute norme qui ne découle pas des normes valides de manière déductive. Ces approches excluent « toute problématique de justice ou de moralité » et amènent à qualifier d'idéologique « tout argument théorique ou doctrinal externe à ces prémisses »³. La démarche positiviste vise à protéger la distinction stricte entre domaines différents (pour ne pas mélanger droit et morale, droit et politique). Le prix qu'elle doit payer est de faire l'équivalence entre raisonnements non déductifs et décisions discrétionnaires. Peser deux principes, pondérer, appliquer un principe de proportionnalité entre deux normes antinomiques est pour le positiviste normativiste, une opération arbitraire.

Au XX^e siècle, des juristes réputés (tel Kelsen) considéraient encore que les lacunes dans le droit étaient logiquement impossibles grâce au principe selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est permis. Force est de dire que ces théories n'ont jamais été de véritables aides à la décision des juristes. Leur définition de

fonctions contient toutes les fonctions effectivement calculables. On n'a pas encore trouvé d'algorithme qui ne remplisse pas ces conditions.

³ Pfersmann, O., 2001, pp. 12-17.

la « lacune juridique » est triviale, car lorsqu'un système juridique n'a pas de réponse à une question concrète, ces auteurs diront : « en l'occurrence, la réponse du système est qu'il n'y a pas de règles contraignantes, donc toutes les alternatives sont permises ». Cette solution est celle du Code napoléonien, qui rend compatible l'idéologie révolutionnaire du juge-machine avec la réalité de systèmes juridiques qui ne peuvent offrir une liste exhaustive de commandements à leurs machines.

« Ce que vous appelez 'lacune' n'est rien d'autre que l'ordre selon lequel il n'y a pas d'ordre », disent-ils. Mais, dans ce cas là, qu'on les appelle ou non « lacunes », il s'agit de facultés discrétionnaires des juges, voire d'un permis de décider arbitrairement. Par contre, si on considère que l'absence d'une obligation n'autorise pas le juge à décider arbitrairement, alors il est légitime de distinguer les « lacunes déductives » des « lacunes *stricto sensu* ». La plupart des positivistes normativistes ne peuvent pas établir cette distinction car, pour eux, le droit est une machine déductive, ou un système qui atteint sa complétude grâce aux décisions capricieuses du juge. Le droit ainsi défini ignore l'existence d'une rationalité juridique non déductiviste caractérisée par l'application du principe de proportionnalité des décisions. Nous devons abandonner, alors, l'idéologie de la complétude déductive. Nous gardons, cependant, l'idéal d'objectivité.

2. AU-DELÀ DE LA MACHINE DÉDUCTIVE ET DÉTERMINISTE, LA PROBABILITÉ ?

Même une thèse faible à propos du rôle de la déduction dans le droit est soumise à plusieurs problèmes. Dans son article *Recht und Logik*, de 1965, Hans Kelsen répond négativement à la question de l'application dans le droit des principes logiques en général, et en particulier de la « règle d'inférence ». Le syllogisme : « Tous les voleurs doivent être sanctionnés, Schulze est un voleur, alors Schulze doit être sanctionné » serait invalide pour les raisons suivantes : une norme juridique est toujours une norme juridique « positive », posée, c'est-à-dire une norme en vigueur, qui a été décidée par une autorité compétente. Or, l'acte de volonté d'une

autorité n'est pas seulement une opération intellectuelle (*Denkoperation*), mais un fait objectif. Par conséquent, pour que la norme individuelle « Schulze doit être sanctionné » soit valable, il est nécessaire qu'elle soit dictée par une autorité compétente. Rien n'empêche que la volonté de celle-ci soit « Schulze ne doit pas être sanctionné ». Tandis que les « syllogismes descriptifs » font référence au sens implicite dans une assertion, les « syllogismes normatifs » eux, se rapportent aux décisions réelles des juges et des autorités compétentes.

D'importants philosophes analytiques du droit ont reconnu la nécessité d'orienter la théorie du droit vers les comportements réels des hommes devant les normes. Ainsi, dans la préface à son œuvre maîtresse *The Concept of Law*, Herbert L. Hart assure que malgré son caractère analytique, celui-ci est aussi « un essai de sociologie descriptive ». Le fait décisif qui marque le clivage entre les approches purement linguistiques et les approches sociologiques est qu'elles sont souvent contradictoires. A la question de « Comment le vol est-il puni au Mexique ? » on peut répondre en lisant les articles correspondants du code pénal. Ceux-ci peuvent être formalisés à l'aide d'une quantification universelle : Toute action qui a la propriété d'être un vol, doit être punie par... Le sociologue du droit, d'autre part, répondra d'après la lecture des annuaires statistiques que, par exemple, dans les faits presque 96 % des vols dénoncés ne sont pas sanctionnés, les auteurs restant inconnus. Les deux réponses peuvent être interprétées comme étant contradictoires car la première affirme que « tous les vols doivent être punis » tandis que la deuxième constate que « presque aucun vol n'est puni ». Néanmoins, elles peuvent être interprétées toutes les deux comme étant vraies. La première est juridiquement vraie et la seconde est vraie dans les faits (Ferrajoli, 1983, p. 88).

On peut certainement étendre la portée de la sémantique juridique aux attentes ou aux espérances des hommes, et –comme nous allons le montrer– cette extension nous conduit vers une sémantique probabiliste. G. H. Von Wright, au milieu des années soixante, a étendu la sémantique du droit aux actions (Von Wright, 1963), mais il n'a jamais pu développer son intuition selon laquelle « la théorie des probabilités [qui] peut être considérée comme une

extension métrique de cette nouvelle logique modale [la logique des modalités relatives...] a des applications intéressantes dans le champ de l'axiologie et de la déontologie, que j'envisage d'étudier dans de futures publications. » (Wright, G. H., 1957, p. viii). Même si l'objet des théories sémantiques ordinaires est le « sens », cet objet peut être étendu aux « références » des énoncés, c'est-à-dire à toutes sortes d'objets du monde. Nous nous intéresserons à un objet en particulier qui a été étudié par Niklas Luhmann et Luigi Ferrajoli : les attentes ou les espérances des individus concernant les obligations juridiques. Les attentes sont des degrés de croyance, et elles peuvent servir de termes primitifs dans une axiomatisation de la théorie subjectiviste des probabilités.

Dans *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*, ouvrage pas encore publié en entier, l'italien Luigi Ferrajoli développe une théorie formelle du droit et de la démocratie d'une portée considérable du point de vue philosophique. Ferrajoli choisit, parmi les termes primitifs de son système : *attente*, *permission*, *modalité* et *sujet*. A partir de ceux-ci, il en définit d'autres : *garantie*, *relation déontique*, *titulaire*. La notion primitive d'« espérance », d'« attente », joue un rôle central. Souvent employé en sociologie mais étrangère au lexique courant des juristes, le concept d'attente est, selon Ferrajoli, central pour l'analyse logique de la notion de « droits subjectifs ». Il se rencontre en particulier chez Niklas Luhmann, qui définit la norme comme une attente stabilisée contrefactuellement et le droit comme la structure d'un système social qui repose sur la généralisation des attentes normatives de comportement (Luhmann, N., 1974, 1993). Soit les attentes sont des probabilités, soit les probabilités sont des attentes : tout dépend si l'interprétation probabiliste repose sur une théorie objectiviste ou subjectiviste de la probabilité. Le rapport entre les attentes rationnelles des hommes et la théorie des probabilités est une relation structurelle. Le raisonnement qui évalue le poids d'une attente n'est pas un raisonnement déductif. Les premiers probabilistes (particulièrement Christiaan Huygens et Jacques Bernoulli) ont placé l'espérance (*expectatio*) parmi les termes primitifs de la théorie mathématique des probabilités. Ils ont vu que son étude serait une source de progrès dans les sciences

humaines. Malheureusement, les barrières institutionnelles entre les disciplines et l'état précaire de maturation des sciences humaines et de la théorie des probabilités ont retardé la reconnaissance de ce lien fondamental.

Les droits subjectifs sont des prérogatives qui appartiennent à un individu pour défendre sa personne et ses biens. Traditionnellement, ils sont associés au pouvoir d'exiger quelque chose devant les tribunaux. Mais pour Ferrajoli, un droit subjectif est plus largement l'attente d'une conduite humaine obligatoire en faveur d'un sujet (Ferrajoli, L., 1999, pp. 37-72). Le terme *attente* est employé comme prédicat à un ou deux arguments. Par exemple, $ATTy x$ & $OBLx$ (y est une attente de x et x est obligatoire). « Pierre a le droit subjectif de recevoir son salaire » signifie que Pierre attend de recevoir son salaire car il existe une modalité déontique d'après laquelle il est obligatoire que son patron lui verse sa paie.

Ferrajoli avance trois postulats :

P1 *Quel que soit l'argument, soit il est permis de le réaliser, soit il est permis de ne pas le réaliser :*

$(x) (PERx \vee PER\neg x)$

P2 *Quel que soit l'argument, l'attente de sa réalisation est valide si et seulement s'il existe aussi une modalité corrélative, d'après laquelle son abstention n'est pas permise :*

$(x) ((\exists y') ATTy'x \equiv (\exists y'') (MODy''x \wedge \neg PER\neg x))$

P3 *Quelle que soit la modalité et pour toute attente, il existe quelqu'un qui est son sujet :*

$(y) ((MODy \vee ATTy) \rightarrow (\exists z) SUJzy)$

Supposons qu'il existe deux attentes valides dans le système : celle de ne pas se faire voler, et celle de ne pas se faire punir pénalement en étant mineur. Toutes les deux sont reconnues par le système (d'une part, un droit subjectif à la sécurité publique, d'autre part, un droit subjectif des mineurs à l'immunité en matière pénale), mais il reste encore à savoir laquelle l'emportera au cas où elles s'opposent dans une affaire concrète. Il nous faudrait alors disposer des notions de hiérarchie ou de poids des attentes, capables d'exprimer le degré d'importance que possède, pour le système, la

satisfaction d'une attente. Par exemple, la première attente augmente-t-elle si une sanction pénale est imposée aux mineurs voleurs ? La décision sur cette question devrait être possible en comparant des énoncés valides dans le système de Ferrajoli, car toutes les formules bien formées du système parlent d'*attentes* (droits subjectifs), de *modalités déontiques* (*permissions*), de *sujets* ou des notions plus complexes formées à partir de ces termes primitifs. Malheureusement, comme nous le verrons, cette axiomatique ne permet pas de représenter les poids et les rapports entre des attentes normatives incompatibles.

Dans la pratique du droit, si les droits subjectifs sont identifiables dans chaque système juridique concret (s'il suffit de connaître en profondeur la constitution, les codes, les règlements, et la jurisprudence d'un état), la décision juridique consiste alors à les identifier et, en cas de conflit entre droits subjectifs, à les ordonner. Une tâche du législateur consisterait à savoir comment mieux garantir ces droits ; ce qui peut se reformuler ainsi : comment choisir les sanctions et les incitations qui optimisent les attentes ? On pourra se demander si la fonction d'un gouvernement est de réduire les probabilités objectives qu'un habitant se fasse voler (réduire les fréquences), ou si son devoir est de réduire les craintes subjectives (améliorer la perception que les gens ont de la justice). Nous n'analyserons pas ici ces interprétations politiques alternatives de la probabilité déontique (interprétation objectiviste et épistémique, respectivement). Par contre, nous aborderons plus en détail le problème des contradictions normatives, compris comme un problème de collision des attentes.

3. LOGIQUE DES ATTENTES NORMATIVES

Comment Ferrajoli procède-t-il face au problème des contradictions normatives ? Il reconnaît qu'il est possible que, dans les faits, un système de droit positif présente des « antinomies ». Par exemple, quand ce système énonce et la liberté d'expression, et l'interdiction de diffamer. En ces circonstances, Ferrajoli voit l'existence d'un conflit de normes, puisque le même comportement est permis et interdit. Mais il pense que le principe de non

contradiction dans le droit ou l' « interdiction d'antinomies » est un principe normatif. Il ne *devrait* pas y avoir ces oppositions et elles *doivent* être éliminées, pense-t-il, malgré le fait qu'il en existe et que souvent elles sont inéliminables. Par exemple, si le critère de Ferrajoli était appliqué, les règles sur les délits d'opinion seraient soumises à invalidation, même si elles continuent à exister ou sont en vigueur jusqu'au moment où elles sont annulées par la Cour constitutionnelle. Ainsi, le principe de non contradiction dans le droit commanderait de résoudre les conflits entre des règles. Cette résolution peut consister dans une démarche émotionnelle (la décision intuitive en faveur d'une règle) ou dans une démarche inspirée de la théorie. Dans ce dernier cas, par exemple, si la machine déductive a encore quelque chose à dire, la solution consiste dans le recours à une règle supérieure. Mais le recours *ad hoc* et *a posteriori* à une règle supérieure nous place bien loin de la logique standard où d'une contradiction quelconque il est possible de déduire n'importe quelle proposition. Ferrajoli propose, de manière heuristique, une méthode falsificationniste dans laquelle la proposition juridique « les délits d'opinion sont inconstitutionnels » fait face aux tentatives de réfutation contraires en faisant recours à une prémisse encore plus générale : « Tous les hommes ont le droit de s'exprimer librement ». La contestation de cette dernière règle nous amènerait à une règle encore plus fondamentale. Même si des juristes tels que Kelsen ou Ferrajoli ne croient pas à l'existence réelle d'une Norme Fondamentale et à l'édifice normatif parfait au-dessous de celle-ci, elle est présupposée en tant qu'hypothèse transcendantale. Certes, on ne peut pas atteindre l'utopie, paraît nous dire Ferrajoli, mais elle sert à nous faire marcher. A notre avis, cette démarche est, néanmoins, dangereuse parce que la « réfutation » d'une norme au profit d'une autre norme amènerait à l'affirmation radicale d'une certaine attente sociale et au refus d'autres attentes) d'autres attentes. Ferrajoli identifie l'universalité des droits fondamentaux à l'universalité dans le sens de la logique des prédicats. Les droits fondamentaux sont, pour Ferrajoli, des attentes normatives ($ATTx$) quantifiées universellement ($\forall x$). Cette universalité est relative à l'extension de la variable quantifiée universellement ($ATTx$). Autrement dit, le « tout » qui dans de tels

droits permet de prêcher l'égalité fait référence à des classes de sujets spécifiques (par exemple, tous les êtres humains qui ont moins de dix huit ans dans le cas des droits des enfants, toutes les victimes potentielles d'une agression dans le cas du droit à la sécurité publique, toutes les personnes soumises à procès pénal dans le cas du droit à la défense ou à la présomption d'innocence). Cette logique des attentes normatives ne peut pas rendre compte des conflits vis-à-vis d'autres quantifications universelles dont les conséquences seraient incompatibles (des affaires concernant, par exemple, des enfants agresseurs et leurs victimes, des personnes dont la vie privée est affectée par la liberté de la presse, etc.). A mettre ainsi l'accent sur le rôle du quantificateur universel, le risque est d'assimiler la dynamique du droit à la fabrication toujours recommencée de généralisations. Les « anciens » droits fondamentaux ne seraient alors jamais respectés. Est-ce que le droit fondamental à l'intimité doit être réfuté au nom du droit fondamental à la liberté de la presse ? Est-ce que le droit fondamental à l'égalité doit l'emporter face au droit fondamental à la liberté ? Nous croyons que non. Les droits fondamentaux en collision doivent être respectés proportionnellement à leur importance dans le cas concret. Le respect des droits fondamentaux n'exige pas de s'interdire les quantifications existentielles. Si les droits fondamentaux correspondent à des principes et à des valeurs suprêmes, alors une méthode falsificationniste ne serait pas respectueuse des droits fondamentaux.

Ronald Dworkin a introduit dans le débat contemporain l'argument selon lequel le droit n'est pas qu'un ensemble de règles⁴. Les règles sont « définitives » tandis que les principes seraient « *prima facie* »⁵. En acceptant la notion de poids, ou de degré

⁴ Dworkin fait remarquer la différence entre les « règles » et les « standards ». Un standard se divise en « principes » (*principles*) d'une part et « politiques » (*policies*) d'autre part. L'application des « standards » n'est pas mécanique, ce n'est pas une affaire de « tout ou rien ». Les standards impriment une direction à la décision juridique : Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 22-24.

⁵ Plus particulièrement, tous les principes seraient des obligations d'optimisation, raison pour laquelle Alexy ne considère pas nécessaire de distinguer, comme Dworkin, les « politiques » des « principes stricto sensu ».

d'applicabilité, déterminée par des possibilités juridiques, Robert Alexy, à la suite de Dworkin, s'éloigne de la logique déductive standard. L'applicabilité des principes ne dépend pas seulement des possibilités réelles, mais aussi des possibilités juridiques, c'est-à-dire des contraintes normatives imposées par les autres règles et principes (Alexy, 1997, p. 86). Notre hypothèse est qu'il s'agit d'un raisonnement probabiliste⁶.

La critique d'une logique déductive appuyée exclusivement sur des règles constituant le fondement d'un système normatif a été anticipée dans la théorie économique, en tant que celle-ci s'intéresse à la formalisation d'ensembles de préférences individuelles et collectives. La manière dont les agents économiques rationnels résolvent leurs conflits de préférences serait toute autre que la méthode falsificationniste envisagée par Ferrajoli pour résoudre les antinomies dévoilées par sa logique des attentes normatives. Au lieu d'une régression vers des préférences fondamentales, les agents économiques optimisent proportionnellement leurs préférences d'après leurs niveaux d'utilité et leurs probabilités respectives.

Amartya Sen a développé une intéressante classification des systèmes normatifs. Il distingue des systèmes normatifs qui admettent des compromis ou des compensations (*trade-offs*) entre normes, et ceux qui n'en admettent pas. Les systèmes normatifs qui admettent des compromis se divisent entre ceux qui ont ou n'ont pas d'index exhaustifs (*comprehensive index*) de « *trade-offs* » (Sen, A., 2002, p. 630)⁷. Un exemple de système normatif sans la notion de « *trade-off* » est la méthode falsificationniste de Ferrajoli ou le libéralisme libertaire de Nozick (pour qui le droit de propriété serait suprême). En contraste, la logique de la pondération de principes d'Alexy et l'utilitarisme permettent de maximiser les

⁶ Alexy pense que « la pondération n'est pas un raisonnement probabiliste classique » (Alexy, message privé adressé à l'auteur, 10 septembre 2003).

⁷ Ce que Sen appelle le « langage des *trade-off* » est difficilement traduisible en français par un seul concept. La traduction immédiate par « différence », « compensation », « compromis », « ajustement » ou « optimisation » ne marche pas toujours. L'idée est pourtant simple : on accepte une diminution dans un secteur, en recevant comme compensation une augmentation dans un autre secteur.

attentes légitimes en collision. Les utilitaristes, par exemple, sont contraints de faire des *trade-offs* pour calculer l'utilité.

La pondération des principes juridiques d'Alexy est, aussi, une forme de *trade-off*: « On a gagné pas mal de sécurité publique à un prix moyen en perte de libertés » ; « On ne peut pas sacrifier tant d'intimité des personnes pour satisfaire un peu plus les droits de la presse ». Ces derniers énoncés sont souvent considérés comme déplaisants parce qu'ils présupposent une quantification artificielle des attentes sociales. Ainsi, plutôt que de rejeter tout *trade-off* normatif, nous devons essayer de mieux représenter nos hésitations intimes (faire une sorte de « méta-*trade-off* » entre une précision maximale et un flou dicté par notre bon sens). Si Sen soutient la légitimité de faire des *trade-offs*, par contre, il nie la nécessité de trouver un index exhaustif de ces derniers. Parfois il est préférable de faire des *trade-offs* partiels et des classements partiels. C'est le cas lorsqu'on se met d'accord sur les minima et les maxima d'une politique de sécurité publique, même si les termes finaux d'une telle politique restent indéterminés. Enfin, même si chaque personne avait un ordre total de ses préférences, plusieurs individus pourraient ne pas arriver à se mettre d'accord sur l'ordre total commun (de Condorcet jusqu'à Kenneth Arrow et Amartya Sen, il a été démontré que les problèmes de choix social sont, dans certaines conditions, indécidables) (Picavet, E., 1996). Dans ces conditions, il est utile de s'accorder sur une base commune ou sur une partie de l'ordre commun. Une telle base commune est elle-même un ordre partiel qui ferait ressortir l'intersection des classements individuels divergents (Sen, 2002, p. 631). Les Constitutions politiques, avec des catalogues de règles et de principes ayant la même hiérarchie, ne sont-elles pas des bases communes de ce genre ?

4. RAPPORTS DE FORCES ET ÉQUILIBRES BAYESIENS

Ainsi les ajustements entre normes soulèvent d'intéressantes questions logiques et juridiques. Tout d'abord la question de savoir s'ils peuvent être formalisés et, ensuite, si de telles optimisations

font partie du droit ou, tout simplement, de la politique et de l'économie. Pour répondre à cette question, nous nous demanderons s'il est possible de mettre en parallèle les concepts de *trade-off*, celui de « compromis » en théorie des jeux coopératifs et, enfin, la notion de « pondération » dans le droit. Dans cette section nous analyserons la notion de « compromis », pour montrer ses limites par rapport au concept de « pondération ». La notion de compromis *stricto sensu* évoque l'existence d'un conflit entre au moins deux parties et l'existence d'une négociation qui aboutit à un équilibre. Le compromis est, ainsi, un résultat qui ne représente pas le triomphe absolu d'une des parties.

Un compromis qui forme la solution finale d'une négociation peut être calculé de manière probabiliste à partir de la connaissance des ressources des négociateurs et de leurs stratégies probables. L'analyse du droit en termes de la théorie des jeux et de la négociation permet de conforter une approche procédurale, interactive, probabiliste et dynamique de ce dernier. Comme l'écrit A. Sen, « au niveau de la *spécification de la forme* qui caractérise plusieurs types de droit, les formulations en termes de jeux offrent des avantages clairs... ils se concentrent sur ce que les individus sont libres de faire (y compris la permission et la capacité de faire certaines choses), plutôt que sur l'examen des résultats que les gens concernés peuvent réellement atteindre » (Sen, A., 2002, p. 643). Dans cette perspective, le droit comme jeu ne serait qu'une affaire de procédures, jamais de résultats de procédures⁸. Il serait le produit des interactions humaines et, même, des collisions et des conflits d'intention. Notre hypothèse est qu'il ne porterait pas à proprement parler sur des rapports de forces réels, mais sur des équilibres d'attentes concernant les actions, la force des autres individus (des stratégies dominantes et dominées) et leurs modalités déontiques. Enfin, il serait dynamique dans le sens où les attentes des joueurs s'actualiseraient à partir des preuves de la conduite des autres. Le droit ne serait pas, à proprement parler, de la force actuelle mais surtout de l'anticipation constante de la force. Non pas la paix perpétuelle mais la prévention permanente de la guerre. Le jeu du

⁸ De manière erronée, car il existe des droits pour certains résultats (le droit à l'éducation obligatoire, à l'alimentation, etc.).

chat et de la souris sans le moment décevant où la souris finit par être mangée. La loi de la jungle en minimisant rationnellement la violence physique grâce à la connaissance par tous les animaux des axiomes du joueur rationnel. Le droit serait, en bref, un équilibre bayésien.⁹

Dans la perspective du droit comme un simple jeu, ces compromis imaginaires et anticipés (ou équilibres bayésiens) auxquels aboutissent les individus par l'effet de leurs conjectures réciproques dans l'interaction sociale seraient l'essence du droit aussi bien d'un point de vue descriptif que normatif (comme réalité et comme idéal). Ces équilibres doivent-ils être des idéaux ? Mais en quel sens la notion d'équilibre est-elle normative ? Elle pourrait être normative dans un sens utilitariste, car un équilibre est « un point pour lequel il n'y a pas d'échanges qui puissent augmenter la satisfaction probable des intérêts des acteurs. A ce point, chaque acteur aura maximisé son espoir de satisfaction d'intérêts, au degré que lui permettent les ressources avec lesquelles il a commencé » (Coleman, J., 1990, p. 38-39).

Cette dernière précision (« les ressources avec lesquelles il a commencé ») est fondamentale pour comprendre un paradoxe de la notion d'équilibre, de *trade-off*, et de compromis dans la négociation. Nous pouvons l'appeler le « problème du point de départ » : les échanges sont effectués à partir de la distribution des ressources initiales des « joueurs » et, par conséquent, chaque équilibre dans un jeu sera relatif au point de départ. Dans une société profondément inégale, par exemple, même le point d'équilibre d'un jeu idéal reflétera ce point de départ. « De la même manière que dans le cas de l'efficacité économique, ce qui est optimal socialement est défini de manière relative à une distribution existante de droits et de ressources... Si cette distribution est très inégale, cela suppose que les intérêts de quelques acteurs comptent beaucoup plus que les intérêts des autres. Ces acteurs-là qui ont du pouvoir seront capables d'imposer des normes disjonctives [normes dont les bénéficiaires ne sont pas ceux qui obéissent à la norme] pour régir la conduite de ceux qui ont moins de pouvoir et en même

⁹ Pour une description moins imagée de la notion d'équilibre bayésien dans le droit, cf. Baird, G., *et al.*, 1994, pp. 206-208.

temps ces mêmes acteurs seront capables de faire face de manière effective aux normes imposées pour régir leurs actions propres et résisteront aux sanctions appliquées pour garantir ces normes » (Coleman, J., 262-264). Coleman reconnaît les implications « non évidentes », paradoxales, de cette description de l'équilibre. En particulier, que si la distribution existant au point de départ est une prémisse nécessaire du calcul de l'équilibre (du compromis donc) au désavantage des participants moins robustes, alors les équilibres et compromis dont parlent les théoriciens des jeux peuvent même signifier des situations instables, de déséquilibre. Si un équilibre est un point où aucune action « permise » n'aboutit à une plus grande satisfaction des intérêts des acteurs, il se peut que certains acteurs préfèrent courir le risque de ne plus respecter les règles du jeu. Ne plus respecter les règles du jeu n'a pas de sens dans la théorie des jeux, à moins qu'il s'agisse du passage à un autre jeu, avec de nouvelles règles de choix permettant de nouvelles stratégies ; mais dans ce cas, ces règles doivent exister explicitement dès le départ. Or, dans le droit, très souvent elles n'existent pas. Par conséquent, si comme nous avons argumenté au début de cet article il y a bien des lacunes dans le droit, la théorie des jeux est insuffisante pour l'analyse du droit. Coleman suggère que les individus insatisfaits et rationnels ne chercheront pas obligatoirement à produire l'équilibre, car le rechercher ne serait pas forcément rationnel. Coleman explique de cette manière le surgissement des mouvements de protestation et des révolutions (ils rompent avec les règles du jeu à cause des règles du jeu).

Lorsque nous essayons de fonder les normes juridiques sur la notion de compromis dans la négociation, elles reproduisent des situations de fait qui peuvent être contraires aux normes juridiques positives, telles que, par exemple, un salaire minimum obligatoire, le respect de la liberté religieuse ou l'interdiction de l'esclavage « volontaire ». Dans une société majoritairement catholique ou musulmane régie uniquement par la négociation, il y aurait une faible probabilité d'arriver à des principes fondamentaux comme la laïcité (car ils entraînent une restriction à la liberté religieuse de la majorité). Mais au-delà du fait qu'elle soit fautive comme description du droit réel, l'approche en termes de jeux entraîne le

paradoxe du « point de départ » : si ce qui est optimal socialement est fonction d'une distribution non optimale de droits et de ressources au départ, alors il ne sera pas optimal. Pour être un véritable mécanisme de résolution des controverses, le droit doit incorporer d'autres variables qui permettent de calculer des équilibres actuels. Ce n'est pas le « compromis » dans la négociation, mais un concept plus puissant qui est nécessaire, celui d'une suite ouverte à l'avenir d'équilibres toujours renouvelés avec laquelle il ne soit pas rationnel de rompre.

5. LA PONDÉRATION

Qu'en est-il alors de la « pondération juridique » ? Ce terme est employé dans la philosophie du droit contemporaine pour parler des raisonnements qui mènent aux optimisations normatives (« *weighing* » ou « *balancing* » en anglais). La principale différence entre la pondération juridique et le calcul d'un équilibre bayésien en théorie des jeux est que la première est un jugement au sujet du poids des normes (règles et principes d'un système normatif) alors que le second porte sur le poids des intérêts des acteurs (équilibre des préférences et des probabilités subjectives). On peut objecter qu'il n'existe pas quelque chose comme un poids des normes détaché des intérêts des individus. Mais la réponse à cette objection est que le poids des normes n'est pas une *simple* fonction d'agrégation des intérêts. La règle de la majorité des intérêts n'est pas suffisante et, parfois même pas nécessaire, pour expliquer le droit. L'intérêt d'un seul individu à ne pas être guillotiné en France pesait plus en 1981 que la conviction majoritaire, à l'époque, en faveur de la peine de mort. Et pourtant, la majorité pouvait saisir le poids des arguments abolitionnistes. Le poids des normes fait appel aux attentes *normatives* des individus (équivalentes à des modalités déontiques selon le deuxième postulat de Ferrajoli), et non pas uniquement aux attentes *actuelles*.

Une théorie de la pondération juridique pourrait s'inspirer avec profit de la tradition probabiliste qui remonte à Pascal, à Huygens et à Bayes, et qui se prolonge au XX^e siècle avec Ramsey et de Finetti. Ces auteurs ont employé comme termes primitifs

l'espérance et le degré de croyance plutôt que la probabilité d'un événement. Il est possible de mesurer le poids des attentes juridiques si nous les comparons selon la relation d'ordre, « d'être égal ou supérieur à... » (représentée avec le symbole \geq). Cette approche servira alors de fondement au raisonnement par pondération.

Mais la pondération juridique ne consiste pas à calculer un équilibre bayésien ordinaire. Elle n'est ni un raisonnement probabiliste classique (tel que l'on pourrait l'appliquer à l'analyse de la stratégie politique), ni une version de la règle de la majorité. Elle n'est pas, non plus, un syllogisme juridique. L'objectif de la méthode que nous qualifions de « pondération juridique » est le suivant : il s'agit de calculer des équilibres entre attentes normatives. L'application du contenu du système juridique (comme ensemble incomplet de normes souvent en conflit) est le cadre de la pondération. L'inconsistance logique du système exige que nous trouvions des compromis entre les normes antinomiques. L'incomplétude suppose d'élargir par analogie l'application des normes existantes.

Si nous admettons la pondération comme relation d'ordre entre les normes, une étape supplémentaire consiste à graduer cette relation. Une pondération est un quotient entre deux normes, lequel, à son tour, peut être appliqué comme norme plus spécifique que la précédente. Voici la formule de la pondération de Robert Alexy¹⁰ :

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Elle est composée de quatre types de variables. I_i et I_j , *variables contextuelles*, qui représentent l'importance qu'acquiert chacun des principes en collision et le degré d'interférence dont ils sont l'objet, dans le contexte d'une affaire concrète ; importance qui est évaluée grâce à une interprétation juridique *ad hoc* en

¹⁰ La première version de la formule est apparue dans le chapitre additionnel ou « postscript » d'Alexy à la traduction anglaise de sa *Theorie der Grundrechte* (*Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002). Puis dans Alexy, 2003.

prenant en compte les circonstances spécifiques du cas. W_i et W_j , *variables abstraites*, représentent la hiérarchie de chaque principe dans l'ordre juridique indépendamment du cas concret. R_i et R_j , *variables épistémiques*, représentent le degré de preuve, de confiance empirique ou de fiabilité des raisonnements au sujet du poids des principes. Enfin W_{ij} est la mesure du poids d'une norme vis-à-vis d'une autre.

Ainsi, la pondération du principe juridique i étant donné le principe juridique j (ce qui s'écrit $W_{i,j}$) est un quotient de valeurs qui, jusqu'à maintenant, exprimaient des perspectives rivales du droit (le contextualisme, et le normativisme juridiques). Par exemple, la pondération du principe de sécurité intérieure aux Etats Unis, étant donné le principe des libertés individuelles, est une fonction de la hiérarchie de la sécurité intérieure comme principe général dans le système juridique américain, ainsi que du poids de ce principe dans le cas concret (par exemple au lendemain des attentats du 11 septembre), du poids abstrait du principe de liberté aux Etats Unis, du poids concret de ce principe dans les circonstances concrètes, et du degré de confiance des estimations au sujet de l'affectation de la liberté individuelle et de la fiabilité des mesures proposées pour augmenter la sécurité intérieure.

Bien sûr, le lecteur se demande comment on décide de l'assignation du poids à chaque variable, et avec quelle échelle de valeurs. L'assignation d'une valeur est faite à travers l'argumentation juridique classique, mais elle est soumise à certaines contraintes, comme celle d'une même échelle de valeurs. Alexy propose un « modèle triadique double », caractérisé par les termes « léger », « modéré » et « sérieux » et 9 niveaux : (1) ll, (2) lm, (3) ls, (4) ml, (5) mm, (6) ms, (7) sl, (8) sm, (9) ss. Les neuf niveaux du modèle sont, d'après Alexy, adaptés à la pratique du raisonnement légal. Ensuite, pour obtenir la valeur de la pondération, chaque niveau est traduit en un nombre selon une échelle numérique déterminée (Alexy en indique deux : une arithmétique de 0 à 9, ou une géométrique de 1 à 256). Finalement, le coefficient est calculé. S'il est supérieur à 1, la pondération est en faveur du principe i (sécurité). S'il est inférieur à 1, la pondération est favorable au principe j (liberté).

Pourquoi formaliser si on en revient à l'intuition, au sens commun, notamment en ce qui concerne l'assignation de valeurs aux variables contextuelles ? Parce que cela montre la structure du raisonnement juridique ordinaire, d'une complexité combinatoire supérieure à celle de la subsomption déductive. Ce raisonnement est subjectif du fait de l'attribution d'un poids probable aux circonstances nouvelles (à travers les variables contextuelles), mais cette attribution est restreinte et soumise à la discussion rationnelle. Il n'est pas possible d'évaluer ici en détail la formule de la pondération proposée par Alexy. Elle s'inscrit dans le cadre d'un projet qui n'est pas entièrement accompli. Il suffit d'observer que la variable que représente la valeur de la pondération $W_{i,j}$ est assimilable à une probabilité conditionnelle. Les variables contextuelles I sont des opérateurs déontiques pour les probabilités de R .

Pour éclairer les potentialités d'une telle démarche, nous pouvons faire un rapprochement avec la logique déontique déductive. Dans son texte fondateur de 1951, Von Wright explorait une espèce particulière de modalités logiques : les modalités déontiques. « Ce sont des concepts tels que l'obligatoire (ce que nous devons faire), le permis (ce qui nous est permis de faire), et l'interdit (ce que nous ne devons pas faire) ». Nous soutenons que les probabilités peuvent être également affectées par des modalités déontiques. La « formule de la pondération » proposée par Alexy montre qu'un concept probabiliste (R) peut être affecté par des modalités normatives (W et I). La « pondération juridique » vise à établir une proportionnalité entre des jugements probabilistes, des modalités normatives contextuelles et des modalités normatives abstraites. Avec la probabilité déontique nous sommes sortis du cadre de la logique déductive. La logique déductive reste nécessaire pour estimer la valeur des variables abstraites W . La probabilité peut servir à calculer les variables R . La variable I est laissée au bon sens (ou préférence subjective) du juge face au cas concret. La formule d'Alexy permet de reconsidérer l'architecture de l'ordre juridique à la lumière de preuves nouvelles (reflétées dans le poids des variables R), et de changements normatifs dans les variables W . Le droit, alors, peut être pensé, comme un équilibre bayésien

particulier, plus complexe ; un équilibre d'attentes normatives soumises à une révision permanente. D'après Oliver Wendell Holmes, la seule question de l'avocat est la question descriptive : « Comment les juges résoudreont-ils cette affaire ? ». Mais le droit est l'équilibre de toutes les réponses apportées par l'ensemble des jurislatoeurs à la question normative suivante : « Comment *dois-je* résoudre cette affaire ? ».

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

ALEXY, Robert

1986 *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, Frankfurt. Trad. espagnole : Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Anglaise : Oxford U.P, 2002.

2003 « On balancing and subsumption. A structural comparison », *Ratio Juris*, septembre.

BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal,

1994 *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

COLEMAN, James,

1990 *Foundations of Social Theory*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., p. 38-39.

DWORKIN, Ronald

1978 *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

FERRAJOLI, Luigi

1983 *La semantica della teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano.

1999 « Aspettative e Garanzie. Prime tesi di una teoria assiomaticizzata del diritto », dans *Logos dell'essere, logos della norma* (Lombardi, L. éditeur), Adriatica Editrice, Bari.

1999 *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, Espagne.

LUHMANN, Niklas

1974 *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Trad. espagnole: *Sistema juridico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983;

1993 *Das Recht der Gesellschaft*, Trad. espagnole: *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, Mexique, 2002.

PFERSMANN, Otto

2001 “Arguments ontologiques et argumentation juridique”, dans (Pfersmann, O. et Timsit, G.) *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, France.

PICAVET, Emmanuel

1996 *Choix rationnel et vie publique*, PUF, Paris, France.

SEN, Amartya

2002 « Processes, liberty and rights », *Rationality and Freedom*, Belknap-Harvard, Cambridge, Mass.

WRIGHT, G.H von,

1957 *Logical Studies*, Routledge and Kegan Paul, Londres.

1963 *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, Londres.