

# LES PROPRIÉTÉS INFÉRENTIELLES DES RAISONNEMENTS PAR CAS

---

## AU PRISME DE LEURS TENTATIVES DE FORMALISATION

Pierre LIVET

*Professeur émérite de Philosophie, Aix Marseille Univ, Centre Gaston Granger*

**Abstract:** *Most of the typologies of case reasonings do not specify what specific rules of inference are associated with each type. We present a review of the formalizations that might define such rules of inference (from probabilistic Bayesian reasoning to logics of exception – default reasoning). Such confrontation between case reasonings and attempts to formalize them show that unfortunately some informal solutions to the problem of ensuring the validity of case reasoning in the domain of law are illusory. Nevertheless, case reasoning is necessary, because intimately related with dynamics of revising norms. In the domain of law, in order to satisfy the need for continuity, it would be useful to distinguish two kinds of revision – with different speeds –, which suggests a distinction between two levels of norms, rules for applying norms, and principles, as revisions of rules are triggered by starting from cases and invoking principles, while principles are rarely revised, only when conflicting with other principles.*

### INTRODUCTION

Sous la dénomination de « raisonnement par cas » s’abrite en fait une grande variété de modes de raisonnement. Nous allons tenter de les distinguer, tout en nous intéressant à leurs liens avec des raisonnements utilisés dans le domaine du droit. La littérature de théorie de l’argumentation qui porte sur les raisonnements par cas tente des typologies – raisonnement sur un cas exemplaire, « *topos* », raisonnement par similarité, par analogie, par exception, etc. – mais qui n’indiquent pas spécifiquement les règles suivies par les processus de raisonnement. Toute mise en relation peut prétendre reposer sur une similarité ou une analogie. On trouve en revanche des formulations plus précises et systématiques dans diverses formalisations qui peuvent être interprétées comme des tentatives de fixer des règles applicables à ces types raisonnements, ou même qui se veulent des formalisations de raisonnements par cas, en particulier des raisonnements avec exceptions.

Nous laisserons de côté certaines théories qualitatives de l’argumentation (à la Van Eemeren<sup>1</sup>), qui mentionnent les raisonnements par cas, mais qui proposent surtout des normes de discussion argumentée. Elles ne sont pas, pour la plupart, nécessaires aux raisonnements utilisés par l’argumentation : ce sont des normes

---

<sup>1</sup> F. H. VAN EEMEREN et R. GROOTENDORST, *A systematic Theory of Argumentation*, Cambridge University Press, 2004.

déontiques, censées assurer de bonnes conditions inter-discursives de discussion, mais sans pouvoir garantir la validité ou même la fiabilité des raisonnements. Perelman<sup>2</sup> donne une liste de propriétés d'une bonne rhétorique, qui vise à convaincre – qui porte donc sur les croyances, non sur les connaissances ou le savoir, donc toujours sans assurance de validité – et Jensens et Toulmin combinent des considérations qualitatives sur l'argumentation et des principes de raisonnements dont nous verrons qu'ils se retrouvent ensuite dans des théories plus formalisées<sup>3</sup>. Walton<sup>4</sup> est plus complet, mais il ne se réfère pas non plus suffisamment aux méthodes qui tentent de définir de manière plus rigoureuse les raisonnements par cas.

En résumé, ces théories de l'argumentation ne nous disent pas quelles procédures d'inférence sont impliquées dans les différents exemples qu'elles cataloguent (analogie, cas exemplaire, exception, etc.). Elles se bornent, par exemple, à donner une description qualitative du point de départ d'un raisonnement par analogie, une autre de sa conclusion, et à nommer « analogie » la relation entre les deux. Mais du processus de raisonnement lui-même, on n'a au mieux qu'une idée vague.

Nous préférons donc nous borner, du moins dans une première partie, aux raisonnements pour lesquels existe une formalisation, qui peut soit viser explicitement ces types de raisonnement, soit permettre d'en élucider quelques aspects. Notre but sera d'abord, pour mieux distinguer les raisonnements par cas, de les différencier de raisonnements formels qui *ne sont pas* des raisonnements par cas, au premier rang desquels figurent les raisonnements de logique classique. Nous envisagerons ensuite des raisonnements qui, tout en étant formalisés, pourraient indiquer un horizon idéal de rigueur aux raisonnements par cas : les raisonnements probabilistes, quand on les combine avec la révision bayésienne. Enfin nous envisagerons des formalismes qui se rapprochent des raisonnements par cas, voire qui formalisent explicitement les raisonnements avec exception, et qui permettent de mieux évaluer les difficultés que présentent ces raisonnements.

<sup>2</sup> C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1988.

<sup>3</sup> S. E. TOULMIN, *Les usages de l'argumentation*, (trad. De Brabanter Puf, Paris, [1958] 1993), propose un raisonnement qui part d'un cas particulier qui doit être catégorisé (le fondement), invoque une garantie (*warrant*), basée sur des cas précédents similaires, mais qui les généralise, en tire une conclusion présumée, sauf si les circonstances induisent une exception. cf. p. 120 et suivantes. Le problème est qu'on peut avoir plusieurs « *warrants* », menant à différentes conclusions. Et A. R. Jonsen et S. E. Toulmin (*The Abuse of casuistry*, University of California Press, Berkeley, 1988) oublie aussi qu'il faut déterminer quel est le type de règle d'inférence non monotone, qui opère sur l'exception.

<sup>4</sup> D. N. WALTON, *Argumentative schemes for presumptive reasoning*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, New-Jersey, 1996.

Dans une deuxième partie, nous montrerons qu'analyser ces difficultés devrait nous permettre d'éviter quelques illusions qu'on peut avoir sur les performances qu'on peut attendre de ces raisonnements. Dans une troisième partie, nous tenterons de montrer que les raisonnements par cas ne peuvent pas à la fois déclencher des révisions nécessaires et garantir une continuité suffisante entre les applications des normes si l'on ne distingue pas au moins deux statuts différents de normes : des normes que l'on peut modifier, tout en respectant d'autres normes d'un statut plus élevé qui servent aux premières de référence et qu'on ne peut modifier qu'en dernier ressort.

## I. Raisonnements par cas et raisonnements logiques

Les raisonnements par cas se distinguent en particulier des raisonnements logiques classiques. On a tendance à supposer que ceux-ci partent de prémisses universelles et peuvent les appliquer à un « cas » plus particulier, comme le fait le trop célèbre syllogisme, qui utilise pour ce faire un « moyen terme », un concept qui peut être de portée plus restreinte que l'universel de départ.

Il faut cependant remarquer que cette version du raisonnement logique ne correspond au fond à aucune logique qui tienne compte de tous les éléments nécessaires pour raisonner. Les raisonnements d'Aristote présupposent en fait que les concepts utilisés ont été préalablement calibrés, pourrait-on dire, quant à leur portée d'universalité et leur compatibilité, leur intension et leur extension, par le travail d'exploration et de mise à l'épreuve opéré par sa dialectique. Les logiques formelles, à partir de Frege et Boole, ne « descendent » pas en fait du général au « particulier », au sens d'un cas qui serait mieux spécifié. Leurs règles d'inférence sont construites sur le principe que les prémisses doivent avoir plus – ou au pire autant – de force logique que les conclusions. Si vous partez d'une prémisses universelle (pour tout  $x$ ) et arrivez à une conclusion particulière, au sens d'une proposition qui inclut un quantificateur comme « pour quelque  $x$  », votre conclusion a moins de force logique, et donc est moins exigeante, moins restrictive, plus accommodante, donc en ce sens moins « particulière », moins spécifique que vos prémisses. C'est encore plus évident si vous partez d'une conjonction « A et B », qui n'est vraie que si ces deux conjoints sont vrais, et en arrivez à une disjonction « A ou B », où il suffit qu'un des disjoints soit vrai. La vérité de cette disjonction – pas celle de tel ou tel disjoints, qui n'est pas assurée – est donc une vérité plus « générale », moins spécifiée, puisqu'elle couvre les trois cas « A et B », « A et non B », « B et non A », et non pas plus « particulière », au sens de « plus spécifique ».

Il serait commode que les raisonnements par cas soient « remontants » par opposition à des raisonnements classiques supposés « descendants » – mais on vient de voir que pour ces derniers, c'est une vision discutable. Le type de raisonnement qui vient à l'esprit est alors le raisonnement inductif, censé partir de différents cas, qui finalement se révéleraient tous partager une même propriété. Le problème est bien sûr que rien ne garantit qu'un nouveau cas pourtant apparemment similaire aux précédents présente bien cette même propriété.

#### **A. *Raisonnement par cas et raisonnement probabiliste bayésien***

Cependant, si le domaine sur lequel on raisonne n'est pas trop irrégulier, plus nous aurons observé de cas présentant une même propriété, plus nous aurons de chances qu'un nouveau cas similaire la présente aussi. Davantage, si nous avons terminé un inventaire exhaustif des cas du domaine et des propriétés que chacun présente, nous pourrions, rétrospectivement, définir quelle est la probabilité qu'un tirage aléatoire d'un de ces cas nous donne telle propriété plutôt que telle autre. Cependant, les inférences probabilistes sont plus faibles que les inférences de logique classique. En particulier, en logique classique, quand on a pu démontrer une conclusion à partir de prémisses, en respectant les règles d'inférence, on peut « détacher » la conclusion, et donc la tenir pour vraie, indépendamment des prémisses. Mais le raisonnement probabiliste ne permet pas ce « détachement » : les conclusions d'une prévision météorologique, par exemple, restent dépendantes des incertitudes liées aux prémisses. Plus un raisonnement probabiliste développe de nouvelles étapes, plus ses conclusions sont incertaines (au sens probabiliste).

Or les conditions de ce raisonnement probabiliste strict ne sont pas satisfaites par ce qu'on appelle des « raisonnements par cas », dont les conditions sont plus proches d'une enquête qui n'est pas encore terminée, et même dont on ne pense pas qu'elle puisse se clore un jour. On pourrait donc vouloir les rapprocher d'un raisonnement qui utilise des probabilités dites « subjectives ». Il s'agit bien d'un raisonnement qui utilise des inférences probabilistes, mais il faut y ajouter une procédure de révision qui teste la validité de nos hypothèses<sup>5</sup>. On va donc traiter un raisonnement par cas comme la combinaison d'observations de cas et d'hypothèses sur la signification de ces cas. On part des probabilités initiales des hypothèses, et la procédure révisé cette validité en fonction d'observations sur un ensemble de cas plus large – c'est la révision bayésienne. Elle fait dépendre le degré de certitude de sa conclusion – ou, inversement, son degré d'incertitude – d'abord du rapport entre les cas qui concordent avec l'hypothèse probabiliste et ceux qui ne lui sont pas compatibles, mais aussi des probabilités initiales qu'il y

---

<sup>5</sup> Pour une introduction éclairante, voir I. HACKING, *An Introduction to Probability and Inductive Logic*, Cambridge University Press, 2001.

ait concordance (probabilités fixées en fonction du savoir sur la base duquel on a fait l'hypothèse). Du coup, il faut poursuivre les observations assez loin pour que, si ces probabilités initiales étaient fausses, on arrive à les corriger. En revanche, si on peut poursuivre suffisamment loin, on est certain de se rapprocher d'une valeur de probabilité correcte – du moins si les conditions des phénomènes à prévoir ne changent pas au cours de la succession des expériences.

Cela fixe des limites de validité aux raisonnements par cas, de quelque type qu'ils soient : ces raisonnements ne peuvent valoir que si les relations dans le domaine considéré ne changent pas trop vite. Cela pose évidemment un problème dans le domaine juridique, quand le législateur ajoute sans cesse de nouvelles lois, ce qui a des chances non nulles de changer les rapports entre les domaines de validité des lois précédentes. Les raisonnements qui s'appuient sur les précédents des jugements rendus dans un cadre juridique plus ancien sont alors fragilisés.

La révision bayésienne exige le cadre strict des probabilités, mais son processus n'est pas réductible au raisonnement syllogistique, ou à un mode de raisonner logique qui serait « descendant », partant de l'universel pour se rapprocher de plus en plus du particulier. Le processus bayésien implique aussi un mouvement ascendant : en partant d'un ensemble d'observations particulières, on imagine une régularité probabiliste. Ensuite on en tire – en descendant – des conséquences, que l'on confronte aux données d'expérience, et la révision bayésienne nous dit comment modifier notre hypothèse probabiliste, dans une nouvelle remontée, et ainsi de suite. Il faut donc au moins une montée, une descente, et une remontée.

### ***B. Formalisations plus proches des raisonnements par cas***

Il est d'autres formalisations qui prétendent parfois rendre compte des raisonnements par cas, et qui ne se réduisent encore moins à une simple dualité entre démarche descendante et démarche remontante. Le raisonnement qu'on dit « abductif » ne se borne ni à induire en cumulant les cas, ni à déduire à partir d'une proposition. Il part d'un cas qui ne semble pas déductible par des règles formelles existantes, et il propose une nouvelle règle qui pourrait en rendre compte - une règle qui n'entre pas en conflit avec les règles de base. C'est seulement ensuite que l'abduction met cette hypothèse à l'épreuve d'autres cas similaires. Le problème est qu'il n'existe pas de procédure qui assure de trouver à partir de ce cas séminal cette nouvelle règle qui explique ses propriétés. Autrement dit, pour faire une abduction, on doit trouver une formulation du cas qui permette d'appliquer des règles d'inférence déjà disponibles, mais pour trouver cette formulation, il faut disposer d'autres procédures d'inférence, par exemple des analogies entre structures ou entre processus, qui vont au-delà des règles de base, et dont on ne peut assurer qu'elles vont finir par donner cette formulation à la fois féconde et

rigoureuse. Ce que l'abduction met ainsi bien en évidence, c'est que ce qui est en jeu dans tout raisonnement, y compris les raisonnements par cas, ce ne sont pas seulement les prémisses d'une part et les conclusions de l'autre, mais ce sont aussi et surtout les procédures d'inférence.

Au cœur de l'abduction, nous avons évoqué le mode d'inférence de l'analogie. On considère souvent l'analogie, et plus généralement les similarités, comme un mode d'inférence constitutif des raisonnements entre cas. Le problème est que pour préciser ce qu'est une analogie, il faut disposer sinon d'une métrique – qui permet des analogies de proportion – du moins de notions du genre « plus similaire à... que... », et qu'il faut en plus organiser ces similarités entre elles. Par exemple Aristote fait une analogie entre le soir d'une journée et le soir d'une vie (la vieillesse). Mais pour que l'analogie tienne, il faut pouvoir établir des correspondances non seulement entre un jour et une vie, mais entre le matin et la jeunesse, etc. Une analogie féconde est donc une analogie qui permet de découvrir des correspondances de structure plus fines. Elle peut aussi amener à décrire au moins un des termes de l'analogie selon un découpage qui diffère de ses articulations initiales. Il faut pouvoir alors justifier ce changement de structure. Or il n'est pas assuré qu'il soit lui-même stable, quand on utilisera un des cas de la première analogie pour des analogies différentes. Ainsi on pourra utiliser la progression de la vie humaine pour une analogie avec une découverte, sa mise au point, puis la consommation des produits qui en découlent, la mode de consommation en question pouvant finir par décliner. Mais le jour solaire, lui, n'implique pas de relation entre invention, mise au point, et consommation.

On peut aussi « raisonner par cas » en partant de ce qui est au cœur des analogies, à savoir des structures, et les procédures qui permettent de les transformer de manière réglée. Il en est ainsi des raisonnements qui partent de « prototypes »<sup>6</sup>. Prenons le domaine des espèces d'oiseaux. Mettons que le prototype, pour un européen continental et urbain, soit le moineau. On suppose que ce prototype est au centre d'un espace multidimensionnel, les dimensions étant liées à diverses propriétés – avoir des ailes ou pas, se nourrir de graines ou d'autres sources de nourriture, voler ou planer, être ou non migrateur, etc. On peut être un oiseau tout en étant plus éloigné sur certaines dimensions du prototype. On peut donner des pondérations différentes aux différentes dimensions – cela revient à une déformation de l'espace multidimensionnel. Si la dimension « voler » a un poids très fort, un pingouin sera très éloigné du prototype. L'essentiel est qu'en sachant seulement que cet individu-ci est un oiseau, l'on puisse lui supposer les propriétés qui correspondent aux dimensions de plus grand poids (avoir des ailes, pondre des œufs, voler, manger des graines) avec une forte probabilité.

<sup>6</sup> E. ROSCH, « Cognitive reference points », *Cognitive Psychology* 7, p. 532-547, 1975.

L'intérêt de cette approche est de n'être ni ascendante ni descendante, mais de combiner une multi-dimensionnalité et des notions variables de distances sur chaque dimension – ces distances pouvant n'être pas métriques, mais impliquer seulement des degrés, des manières d'ordonner les différents oiseaux sur telle ou telle dimension. Cela montre que les raisonnements par cas peuvent impliquer des structures à la fois plus riches (parce que multi-dimensionnelles) mais aussi formellement moins exigeantes (parce qu'il s'agit de relations ordinales et non cardinales).

Malheureusement, nos représentations des prototypes sont variables: si nous venons de voir une volière de rapaces, le prototype de l'oiseau pourra être un aigle, et si nous venons de parcourir des étangs, un canard<sup>7</sup>. Si on transpose cela aux raisonnements juridiques, et si l'on accepte une analogie entre un prototype et un précédent – qui est un jugement sélectionné parmi la masse immense des jugements parce qu'il présente quelque saillance, et donc que l'on pourrait dire « prototypique » – cela voudrait dire que nous pourrions être très sensibles, voire trop sensibles à la sélection de précédents que nous avons en tête. Par ailleurs, dans le domaine des raisonnements par prototypes, il existe non seulement de multiples dimensions, mais de multiples pondérations de ces dimensions les unes par rapport aux autres – avoir des serres et se nourrir de mammifères ou de poissons est essentiel pour un aigle, pas pour un moineau.

On peut alors vouloir en revenir à des raisonnements qui n'exigent pas de disposer d'autant d'informations sur les structures, sur des dimensions, sur des pondérations. On peut par exemple affaiblir la structure formelle des probabilités. Au lieu de pouvoir assigner à tout événement un nombre qui est sa probabilité d'occurrence, on peut adopter le point de vue des logiques « possibilistes » (Dubois et Prade<sup>8</sup>). Elles sont moins exigeantes que ce qu'on appelle les « logiques floues » (Zadeh<sup>9</sup>) qui prétendent assigner un intervalle de variation aux bornes précises à chaque type d'événement. Dubois et Prade parlent de valeur de Possibilité et de valeur de Nécessité. Si on peut avoir deux événements, A ou B, la valeur de Possibilité de leur disjonction, « A ou B » sera la valeur maximale assignée à un élément de leur couple (une valeur entre 0 et 1, 0 étant une valeur, mais minimale, et 1 la valeur maximale). La valeur de Nécessité de leur conjonction « A et B » sera la valeur minimale assignée à un élément du couple.

On comprend que si l'on considère la simple possibilité, une disjonction prenne la valeur de l'élément qui est « le plus possible » des deux. Le terme de « Nécessité » semble moins adapté: la nécessité, en principe, n'admet pas de degré. Les choses sont plus compréhensibles si on remplace « Nécessité » par une notion

<sup>7</sup> L. W. BARSALOU *Ad hoc categories, Memory and cognition*, 11: 211-277, 1983.

<sup>8</sup> D. DUBOIS et H. PRADE, *Théorie des possibilités*, Masson, Paris, 1985.

<sup>9</sup> L. A. ZADEH, « Fuzzy sets », *Information and Control*, 8 (1965) p. 338-353.

du genre « robustesse du fondement », et du coup celle de « possibilité » par « préférable de ne pas exclure » (dont le degré est 0 quand justement il faut l'exclure).

Si on dispose du témoignage d'une observation d'un cas, on dispose déjà d'un fondement robuste, et il est impossible d'exclure ce cas – le degré de possibilité est de 1. Il faudra cependant, pour que ce fondement devienne encore plus robuste, que d'autres témoins aient observé le même cas. Avant même d'avoir une observation du cas, on peut cependant trouver déraisonnable d'exclure l'existence d'une telle observation, si bien que le degré de possibilité dépasse 0, alors que pourtant, son degré de robustesse (de « Nécessité ») est encore à son minimum, 0.

Ainsi on peut imaginer des cas où tel jugement serait rendu avec quelque raison, alors qu'aucun juge n'a jamais rendu un tel jugement. Le degré de possibilité ne serait pas nul, puisqu'on ne peut exclure un tel jugement, mais son degré de robustesse le serait. Un juge peut aussi avoir effectivement rendu un jugement – ici le cas n'est pas imaginé, mais observé, ce qui lui donne une valeur de possibilité de 1. Cependant toutes les autres autorités judiciaires contestent ce jugement – sa robustesse serait alors de 0. En revanche, si ce jugement est confirmé jusque devant les plus hautes cours, on peut dire que sa robustesse (sa « Nécessité ») est de 1.

On peut encore affaiblir les exigences logiques en passant aux logiques dites « non monotones »<sup>10</sup>. Il s'agit de logiques qui admettent qu'une inférence puisse avoir une conclusion qui est valide « sauf exception », donc qui, si on se trouvait dans un contexte « exceptionnel », pourrait être invalide. On dit encore que la conclusion est valide « par défaut », voire « normalement ». Un tel raisonnement est sensible au contexte – si on ajoute une prémisse aux antécédents du raisonnement, il se peut que cette prémisse ait un effet contextuel sur les autres prémisses : celui de bloquer la conclusion qui s'en déduisait sans cette prémisse.

Puisqu'on peut avoir des inférences qui, si elles étaient valides au moment et dans le contexte où on les avaient faites, ne le sont plus dans le contexte actuel, il faut pouvoir réviser les présupposés initiaux qui ne prenaient pas compte de ce contexte. Cependant, il n'est pas raisonnable d'abandonner tous ces présupposés, s'il suffit d'abandonner l'un quelconque d'entre eux pour dénouer le conflit. Mais lequel choisir d'abandonner ? Il faut pour ce choix disposer de repères. L'idée est de donner une certaine priorité à certains présupposés, et de considérer d'autres comme plus superficiels. S'il suffit d'abandonner un présupposé superficiel pour retrouver des inférences valides dans le nouveau contexte, on aura trouvé la solution la plus commode. Évidemment, le problème est de déterminer ce qui est plus superficiel et ce qui est plus enraciné. Certes, nous avons tendance à penser

<sup>10</sup> Par analogie avec une courbe dite « monotone », dont l'inclinaison n'est jamais inversée. Ici au contraire, la conclusion peut être inversée, ou plus exactement, invalidée. cf. K. SCHELCHTA, *Coherent Systems*, coll. *Studies in Logic and practical reasoning*, Elsevier, Amsterdam, 2004.

que ce qui n'a pas été mis en question jusque-là est plus enraciné, mais cela peut tenir à ce que nous n'avions pas exploré jusque-là le nouveau contexte dans lequel nous entrons.

Là encore, nous retrouvons une tendance des raisonnements juridiques, la préférence pour changer le moins possible les modes d'inférence qui n'ont pas rencontré d'obstacles dans le passé. Mais raisonner sur des cas, c'est aussi devoir raisonner sur de nouveaux cas, difficiles à réduire aux précédents. Les raisonnements juridiques rencontrent assez bien, sur ce point, les logiques non monotones – et ils rencontrent aussi leurs problèmes, qui est que non seulement elles ne peuvent pas assurer une validité absolue à leurs conclusions – ce qu'elles assument, puisqu'elles sont ouvertes aux contextes – mais encore qu'elles ne savent pas comment assurer de trouver la hiérarchie des présupposés qui soit la plus robuste par rapport aux révisions imposées par les changements de contexte.

Terminons cette revue par une approche des raisonnements par cas qui sans être informelle, ne propose pas de formalisme précis. C'est une tentative proche des raisonnements par défaut des logiques non monotones. Elle a été proposée par Toulmin<sup>11</sup>, dans une version du raisonnement par cas non formalisée. Il se trouve de plus qu'elle combine l'idée de ce type de raisonnement avec une démarche qui combine raisonnement remontant et raisonnement descendant.

Le processus de raisonnement part d'un cas observé, que Toulmin prend pour « ground », pour base. Il cherche alors une « garantie » (*warrant*), qui est en fait une norme à laquelle le cas serait soumis. C'est donc un mouvement ascendant. De ce que le cas est censé obéir à cette norme, on peut en déduire, dans un mouvement descendant, des conséquences qui devraient être valides. Mais il peut y avoir des exceptions à cette relation entre norme et conséquence, et il faudra alors trouver d'autres normes qui pourront s'appliquer à cette exception, ou bien il faudra même accepter qu'on ne sache pas assigner de « garantie », de norme à ce cas. Ce mode de raisonnement est donc valide, mais seulement « par défaut », c'est-à-dire si on n'est pas dans un cas d'exception.

## II. Les limitations des raisonnements par cas

Ces approches en termes de raisonnement par défaut ont un recto et un verso. Le recto est qu'elles décrivent assez bien en quoi les raisonnements par cas sont plus souples et surtout plus évolutifs que des raisonnements plus contraignants. Le verso est que la validité de leurs conclusions est forcément plus faible et plus temporaire.

<sup>11</sup> S. E. TOULMIN, *Les usages de l'argumentation*, trad. De Brabanter Puf, Paris, (1958) 1993.

### A. *Perspective statique*

On pourrait cependant penser qu'il est possible de contourner ce problème. Le domaine juridique semble avoir déjà mis au point un moyen pour cela : déterminer une liste finie d'exceptions. Dans les codes juridiques, on va assez souvent énoncer une règle générale, puis indiquer des exceptions. Ainsi le droit des obligations prévoit des situations où l'un des contractants n'a pas eu connaissance de certains vices de construction d'un bien pour lequel il a signé un contrat d'achat, ce qui fait exception à la validité du contrat. En ce sens, le raisonnement juridique opère « par défaut ». Mais la norme juridique explicite l'exception, et spécifie quelle conséquence elle a. On peut donc déterminer comment on arrive à une conclusion : la norme générale n'est pas applicable, mais la norme d'exception l'est. Le domaine des exceptions est donc clos.

On pourrait de plus envisager non pas seulement de procéder à une telle clôture du domaine des normes, clôture qui est simplement stipulée, mais de fonder cette clôture sur la structure de ce domaine. Certes, il est déjà structuré plus ou moins hiérarchiquement. Mais on pourrait aller plus loin. En visant un espace multidimensionnel – nous en avons rencontré un avec les prototypes – on pourrait partir des cas saillants disponibles dans les jugements précédents, cas dont la saillance tient à ce qu'ils donnent en quelque sorte des repères d'exceptionnalité, ce qui baliserait les limites du domaine. Au lieu de définir un point central d'origine des différentes dimensions, on définirait l'espace des cas juridiques par ses limites saillantes, un peu comme on utilise les points cardinaux pour se repérer.

Cependant, c'est là raisonner dans une perspective statique. Or toutes les formalisations qui se rapprochaient des raisonnements par cas nous ont montré clairement que les exceptions ne peuvent définir un domaine clos, que les cas constituent un domaine ouvert à des variations de contexte. Il faut donc passer d'une perspective statique à une perspective dynamique : les raisonnements par cas obligent à ne jamais cesser d'envisager la nécessité de réviser les relations entre normes de base et exceptions. Cette ouverture ne constitue pas nécessairement une supériorité des raisonnements informels, supposés plus souples que les raisonnements formels. Elle constitue surtout un problème pour ces raisonnements informels, puisqu'ils ne sauront pas déterminer comment les incohérences qu'ils vont inévitablement présenter entre eux pourraient se régler. Ce problème est surtout crucial dans le domaine juridique, où nous ne pouvons pas nous satisfaire simplement de constater que si deux raisonnements mènent à des conclusions contradictoires, la meilleure chose à faire est de n'en admettre aucune, bref de conclure que ces raisonnements par cas – ou encore par défaut – ne sont tout simplement pas concluants.

On pourrait croire que pour répondre à la diversité des cas, il puisse suffire de multiplier non pas seulement les exceptions, mais aussi les règles d'inférence, en en associant à la limite une à chaque exception. Le problème est que lorsque des conflits interviennent entre différentes parties, plus ces normes d'exception sont nombreuses, plus chaque partie aura des chances de dénicher une telle norme d'exception qui lui fournisse une règle d'inférence qui conduise à justifier sa position, et plus les jugements deviendront délicats à rendre et pourront varier entre des situations que l'on pourrait penser assez similaires. Cela augmentera l'incertitude juridique.

Il faut bien se rendre compte que si les logiques ne peuvent pas surmonter cette difficulté de manière valide, nos raisonnements informels ne peuvent pas non plus prétendre le faire de manière valide. En effet, pour se rapprocher de plus en plus des raisonnements par cas développés dans le langage ordinaire, les logiques sont contraintes d'affaiblir les contraintes qui régissent leurs démonstrations, ce qui montre que la force logique de ces raisonnements était plus faible. On pourrait objecter que raisonner par cas amène à recourir à des données contextuelles plus précises, ce qui augmente la force logique. Mais cela n'est vrai que pour chaque cas pris en particulier, et ne permet donc pas de transférer cette force logique à un autre cas voisin, ce que les raisonnements par cas souhaitent faire. On risque donc d'avoir à réviser les conclusions du premier cas en abordant le second. Même en se bornant à un seul cas, il peut se présenter plusieurs manières de définir le contexte, et notre conclusion dépendra de la version choisie, sans pouvoir être valide pour les autres versions.

L'avertissement concernant cette validité fragile que nous donnent les logiques qui tentent de réguler les raisonnements par cas a un versant positif : ceux qui reprochent aux raisonnements juridiques leur prudence excessive montrent qu'ils n'ont pas pris eux-mêmes la mesure du problème.

### **B. Dworkin et Alexy**

Certains théoriciens du droit ont cependant bien pris conscience d'une partie de ce problème. Nous pensons ici à Dworkin<sup>12</sup> et à Alexy<sup>13</sup>. Dworkin suppose que le juge peut fonder sa décision sur une analyse des précédents (donc des cas saillants), en justifiant son choix de de tel ou tel précédent par la cohérence des précédents choisis d'une part avec le cas et d'autre part et surtout avec des principes plus généraux, qui sont d'un tout autre niveau. Nous allons revenir sur ce problème, car notre revue des formalisations nous laisse supposer, comme d'ailleurs le reconnaît Dworkin, que son juge est confronté par là à une tâche

<sup>12</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

<sup>13</sup> R. ALEXY, *A Theory of constitutional Rights*, OUP, 2002.

herculéenne – en fait même une divinité juridique ne pourrait la résoudre, puisqu'on ne dispose pas logiquement de solution qui domine toutes les autres.

La perspective d'Alexy nous intéresse surtout par sa prise en compte du fait que des processus de raisonnement qui doivent envisager de comporter des étapes de raisonnement par cas exigent d'adopter une perspective dynamique. Alexy part d'une structure hiérarchique des normes juridiques, et des processus de remontée et de redescente en ce domaine. Pour justifier sa décision sur un cas, le juge remonte de son jugement sur ce cas à un principe. Mais quand d'autres juges prétendent redescendre de ce seul principe pour l'appliquer à de nouveaux cas, il se pourrait que cette nouvelle application ait des conséquences qui, combinées avec les autres circonstances du nouveau cas, ne soient pas souhaitables. Ce qui nous fera découvrir qu'elles ne le sont pas, c'est qu'en partant de ces conséquences, nous serons conduits à remonter à un autre principe, et qu'ensuite notre redescente conduira à une décision en contradiction avec la première. Nous serons alors tentés de réviser non pas nos principes, mais les manières de nous y rapporter – nous envisagerons de déterminer comment dans un domaine donné de cas ce sera tel principe qui aura la priorité sur tel autre, cette priorité pouvant changer en passant à un autre domaine.

Alexy s'attaque donc au problème le plus difficile et le plus central : comment, mis en face d'un cas difficile, c'est-à-dire d'un cas où un juge raisonnable aurait tendance à prendre une décision qui irait à l'encontre d'un principe admis, peut-on justifier une révision – au moins locale – de la priorité de ce principe – ou plus précisément, des priorités qu'il impose ? Il propose de ne le faire que si trois critères sont réunis. D'une part (1) la mesure ou décision qui va à l'encontre de la priorité de ce principe (et de ses priorités) doit être adaptée à son but – on peut utiliser la théorie de la décision et son raisonnement bayésien pour cela. D'autre part (2) il faut que ce déni local de priorité du principe n'entraîne pas une trop grande dégradation de sa priorité initiale. Enfin (3) il faut comparer les conséquences qui tiennent à ce qu'on a fait passer en premier la satisfaction de certaines priorités d'un des principes, et les conséquences qui tiennent à ce que du coup on ne peut plus satisfaire certaines priorités de l'autre principe.

Il se trouve que la satisfaction du deuxième critère implique de résoudre ce qu'on appelle dans le domaine des logiques non monotones le problème de la fusion (*merging*<sup>14</sup>) : fusion entre deux ordres de priorités, chaque ordre étant conforme à un principe. Cette fusion consiste à intercaler entre les rangs des priorités d'un des principes les rangs des priorités de l'autre, en minimisant les écarts entre les rangs des priorités initiales et ceux des priorités révisées. Or les théorèmes des travaux sur cette fusion montrent que pour qu'une solution intéressante soit possible la

<sup>14</sup> S. KONIECZNY, R. P. PEREZ, « Merging information under constraints : a logical framework », *Journal of Logic and computation*, 2002.

fusion doit concerner à la fois tous les rangs de priorité de chaque principe, en les comparant tous ensemble entre eux – on ne peut pas raisonner en comparant simplement un rang d'un principe et un rang de l'autre, deux à deux, puis en sommant les conclusions de ces comparaisons binaires. La comparaison globale est en effet la seule qui tient compte, pour définir le bon changement de rang d'une priorité, de ses répercussions sur toutes les autres permutations de priorités. Par ailleurs, pour satisfaire la troisième exigence d'Alexy, il faudrait disposer d'un ordre unique sur toutes les conséquences – or les évaluations de ces conséquences, ou plutôt de leurs poids respectifs, varient aussi en fonction de nos priorités.

Certes, on n'a pas démontré l'impossibilité de l'existence d'une solution commune à ces deux problèmes. Mais pour y parvenir, il faudrait évaluer les effets de chaque révision possible d'un rang d'une priorité sur l'ensemble des autres priorités. Or chacune de ces révisions qui part d'un point de vue local pour envisager l'effet global peut être considérée elle-même comme un « cas » problématique. En passant à la révision qui part du point de vue d'une autre priorité, nous passons à un nouveau problème, un nouveau cas difficile. L'ordre dans lequel nous passons de point de vue en point de vue et de cas difficile en cas difficile n'est pas indifférent. Les résultats pourront changer selon cet ordre (deux procédures qui suivent un ordre différent ne sont pas commutatives). La conclusion de la confrontation des conditions qu'Alexy prétend satisfaire et des résultats des formalismes est claire : dans les limites de nos capacités de raisonnement, sa procédure n'est pas effectuable.

### ***C. Raisonnements par cas et différences de statut entre normes***

Cette conclusion négative tient à ce que nous voulions fusionner l'ensemble des rangs de chaque ordre de priorité – un ordre de priorité étant supposé lié à un principe. Mais c'était raisonner comme si le principe pouvait se réduire à l'ordre de priorités qu'il impose. Il serait peut-être préférable de distinguer au moins deux types de normes : des normes hiérarchiquement très élevées, comme la norme d'équité, la norme de proportionnalité, ou encore les normes constitutionnelles (le sujet d'Alexy), par exemple celles qui énoncent des droits de l'homme, et des normes plus « terre à terre » comme celles qui, par exemple, nous disent qu'un bruit de voisinage qui dépasse 25 décibels peut donner lieu à plainte devant la juridiction et enquête policière.

Désignons ces normes élevées comme des « principes ». On doit les respecter, mais ils ne nous disent pas comment le faire. Désignons notre norme plus terre à terre et ses semblables par le terme de « règles ». Elles déterminent un seuil de déclenchement d'une procédure. Certes, cela ne suffit pas à totalement déterminer comment appliquer une règle. Wittgenstein nous a rappelé que pour

cela il faudrait avoir une règle pour savoir quelle règle appliquer (et ainsi de suite, ce qui est impossible). Il aussi montré que pour savoir en quoi consisterait l'application d'une règle dans le futur, nous ne pouvons nous borner à constater les processus effectivement suivis par le passé et qui satisfaisaient cette règle. Mais ce genre de règle nous permet au moins déclencher la procédure, même si nous ne pouvons définir d'avance ce qu'en seront toutes les étapes futures.

Les juristes n'utilisent pas cette différence entre règles et principes. Pourtant, elle est assez claire, du moins pour notre problème des raisonnements par cas : une règle définit au moins quelques conditions d'applications, un principe (par exemple d'équité) ne dit pas comment on doit l'appliquer. Les règles peuvent invoquer des principes. Les principes n'invoquent pas de règles. Les principes guident les juriconsultes dans leur estimation de la validité de telle ou telle règle. Si les applications d'une règle créent régulièrement des problèmes et que ceux qui souffrent de ces problèmes peuvent protester en faisant appel à des principes, un législateur raisonnable sera incité à modifier cette règle. Si, à la suite de l'invocation d'un principe, on a créé des règles dont l'application semble violer dans certains cas un autre principe (par exemple il se peut que des règles d'application du droit à la propriété violent le droit au respect de la dignité de la personne), cela incitera notre législateur ou évaluateur à demander la modification de ces règles. En revanche, ce conflit n'amènera pas à disqualifier un des principes. Enfin, il est difficile de parler d'exceptions pour un principe - ce qui pose des problèmes pour le droit de la guerre qui est pensé comme un droit d'exception, mais il obéit justement à ce principe qu'on doit dans ce cas limiter autant qu'il est possible les exceptions. En revanche, les règles peuvent, on l'a vu, avoir des exceptions.

Cette différence entre principes et règles n'exclut pas totalement de réviser les principes eux-mêmes. Les principes ne sont pas tous intangibles. En particulier le principe du droit à la propriété a pu être formulé de manière très différente, en passant par exemple d'une propriété privée à une propriété collective. Le principe de « libre concurrence » a été limité par d'autres principes, puis étendu, etc. Cependant de telles réformes sont rares, voire très rares. Et l'on pourrait d'ailleurs soutenir qu'en l'occurrence, on n'a pas changé de principe, mais de règle, en précisant les conditions d'application du principe de propriété, ou celle du principe de libre concurrence.

Cette différence se vérifie essentiellement par une différence dans la vitesse de déclenchement d'une révision – puis une différence de vitesse de la révision elle-même. Autrement dit, un « cas », lorsqu'il entre en contradiction avec une règle mais permet en même temps d'invoquer le même principe que cette règle, devrait déclencher rapidement une révision de la règle. Quand il entre simplement en contradiction avec une règle, et invoque un autre principe, la révision est plus difficile, puisqu'elle engage une discussion concernant la priorité de tel

principe sur tel autre. Pour limiter cette discussion, on ne considère cette priorité que dans le contexte du cas, ce qui fait que la révision portera là encore sur les conditions d'application. Il est encore plus rare que l'on parte d'un ensemble de cas pour abolir un principe, par exemple le principe selon lequel les membres des tribus africaines ou indiennes n'avaient pas d'âme. Mais cela s'est pourtant produit, même si la reconnaissance de ces âmes n'a pas supprimé le « principe » du droit du conquérant à l'esclavage des âmes conquises. Si ce dernier principe a été finalement aboli, c'est en partie parce qu'on s'est aperçu que ses conséquences sur la productivité des travailleurs étaient négatives, mais il a aussi fallu invoquer des conflits avec d'autres principes. Il semble que plus il existe dans une société de règles qui renvoient à un même principe, moins il ait de chances d'être révisé.

## CONCLUSION

Nous avons donc montré que les raisonnements par cas peuvent donner lieu à différentes formalisations, qui impliquent soit simplement des relations d'ordre, soit des constructions de relations de proportion (fondement des analogies) et des constitutions d'espaces (prototypes), tout en étant moins exigeantes que le recours à des probabilités au sens strict. Ces confrontations des raisonnements par cas avec les formalismes qui les côtoient nous ont montré la situation paradoxale de ces raisonnements. Ils tentent de répondre à des problèmes de sensibilité à la variation des contextes, alors qu'ils ne peuvent disposer que de procédures moins précises que les raisonnements formels classiques, logiques et mathématiques. On invoque souvent la souplesse des raisonnements par cas et leur capacité de s'ajuster à différents contextes, mais on pourrait tout autant les considérer comme simplificateurs, et se plaindre de ce qu'ils contraignent à changer de mode d'inférence et de conclusion d'un contexte à l'autre, sans nous indiquer de guide pour le faire. Ce qui est certain, c'est que les raisonnements par cas ne peuvent survivre qu'en acceptant de se transformer d'un contexte à un autre. Leur existence est donc seulement dynamique, et cette dynamique est une dynamique de révision.

Cela pose évidemment des problèmes dans le domaine du droit, qui est contraint – par les justiciables et par leurs représentants qui légifèrent – de voir ses normes sans cesse révisées, mais qui doit en même temps minimiser l'incertitude juridique. Ce sont des raisonnements par cas qui déclenchent ces révisions, mais ils le font en appelant à des principes, qu'ils présupposent donc admis, si bien que les révisions déclenchées peuvent pour la plupart se borner à une révision des règles qui sont nécessaires pour formuler une version applicable des principes.

Il reste que le travail du juriste est un travail de Sisyphe, puisqu'il doit sans cesse reconstruire les liens entre règles et principes – c'est sans doute pour se faciliter ce travail qu'il ne fait pas un usage explicite de cette distinction. Il doit aussi scruter les précédents, ces cas supposés réglés par des jugements, mais qui eux aussi répondaient à des difficultés qui pourraient à présent inciter à des révisions. La double fonction des précédents est en effet de fournir d'une part des cas qui rendent explicite la validité des règles, d'autre part des cas qui comportaient des incitations à des révisions, et que l'on a réussi à régler, donc des cas qui rendent manifeste l'habileté des hommes de droit à accommoder les cas, les règles, et les principes, alors même qu'on semblait se trouver dans une impasse.

Il reste pourtant vrai que les tentatives de formalisation nous montrent que les raisonnements par cas ne sont pas plus valides parce qu'ils seraient plus près du contexte, qu'ils ont une puissance de justification plus faible, et que prétendre s'appuyer sur une série routinière de tels raisonnements amènera tôt ou tard à tomber dans des incohérences. Les raisonnements par cas ne peuvent échapper à ce destin qu'en s'engageant dans des dynamiques de révision. Si nous avons tendance à faire passer l'évolution des raisonnements par cas pour de simples ajustements, les juristes lucides, qui disposent des références des codes et des jurisprudences, peuvent mieux mesurer l'ampleur des problèmes et pourront détecter dans ces accommodements supposés les prémices de révisions futures.