



HAL
open science

Droit et déterminisme

René de Quenaudon

► **To cite this version:**

| René de Quenaudon. Droit et déterminisme. 2019. hal-02410582

HAL Id: hal-02410582

<https://hal.science/hal-02410582v1>

Preprint submitted on 13 Dec 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'association de ces deux mots a de quoi irriter le juriste. Le droit peut-il être déterministe ? Ce « terrible » mot ne s'oppose-t-il pas à notre chère liberté ? La « liberté ou... faculté d'autodétermination de toute personne humaine [n'est-elle pas] le présupposé inévitable de tout ordre normatif »² ? Évoquer le déterminisme à propos du droit aurait donc de quoi fâcher ! Pourtant, tel n'est pas du tout mon but. Je vais essayer de le montrer en rappelant le contexte dans lequel se pose la question du déterminisme en droit.

Peu ou prou, le droit est fondé sur le même enchaînement de préoccupations que toutes les sciences. En quoi consiste cet enchaînement ? Voici ce qu'écrit le mathématicien Cédric Villani : « décrire le monde, comprendre le monde, agir sur le monde. Décrire, comprendre, agir : c'est la trilogie scientifique. En soi, cette trilogie ne suffit pas à caractériser la démarche scientifique [...]. Pour caractériser les sciences, il faut y ajouter [...] le scepticisme *a priori* : en science, on ne doit croire que si l'on a été convaincu par un argument. C'est un argument, logique, raisonné, qui nous amène à croire quelque chose et non la référence à une autorité supérieure, que ce soit une personne, un texte ou un ouvrage. [Il faut aussi ajouter] un autre principe fondateur de la science : le partage des informations et la validation par les pairs. Une chose n'est pas vraie parce qu'une autorité l'affirme, elle est vraie parce que les pairs l'ont validée en acceptant le raisonnement »³. En fait, il s'agit-là d'une description idéale, plus ou moins controuvée selon les disciplines. Ainsi, même en mathématiques, « on fait plus facilement confiance à un scientifique qui a été couronné qu'à un amateur inconnu »⁴. Et en droit, n'en parlons pas tant l'argument d'autorité⁵ est souvent sollicité !⁶ Ou encore, même en mathématiques qui est pourtant le domaine de connaissance le plus intransigeant, Cédric Villani reconnaît que la parfaite rigueur attendue est humainement inatteignable, car « toute

¹ Ce texte est en rapport avec ma contribution « Revisiter le droit avec Yuval Noah Harari » à paraître dans les *Mélanges en l'honneur de Patrice et Michel Storck*, Dalloz-Joly, 2020. J'invite également le lecteur à se reporter à mon article *Droit et génétique du XXI^e siècle* : HAL, 2019.

² Georges Vedel, in Paul Amselek, *Science et déterminisme. Ethique et liberté. Essai sur une fausse antinomie.*, PUF, 1988, 164 p., Avant-propos de Georges Vedel. Préface de Jean Hamburger, p. 5.

³ Cédric Villani, *Les mathématiques sont la poésie des sciences*, Flammarion, coll. Champs, 2018, 116 p., p. 10.

⁴ C. Villani, *op. cit.*, p. 11.

⁵ V. Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

⁶ V. Michel Virally, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 82, 1966, p. 5.

preuve comporte de petites ellipses de raisonnement »⁷ ; que l'on « s'autorise sans cesse à appliquer des énoncés qui ne sont pas rigoureusement démontrés [; que] les mathématiciens eux-mêmes sont souvent enclins à croire en une conjecture si elle est étayée par des indices qu'ils jugent suffisants [; que] si c'est bien le raisonnement déductif qui fait foi [...], on utilise sans cesse le raisonnement inductif »⁸.

Le parallèle entre la méthode décrite par le mathématicien et celle suivie par le juriste est frappant. Comme tout scientifique, le juriste décrit l'objet qu'il voit (une règle de droit, une situation de fait...), essaie de comprendre ce qu'il voit (en analysant la règle, en qualifiant les faits...) et agit sur le monde (en développant une argumentation). Par ailleurs, le juriste se doit d'être sceptique dans sa démarche et de chercher la confirmation de son résultat par une autorité (ses pairs s'il est chercheur, le juge s'il est avocat...). Tout semble donc en place pour que le juriste emboîte le pas des mathématiciens et de ceux qui s'occupent des sciences de la nature. C'est cette démarche qui le conduit au positivisme juridique⁹ et l'invite à s'interroger sur le déterminisme en droit.

L'idée du déterminisme est apparue dans le contexte des sciences de la nature¹⁰. La définition qui en est habituellement donnée est la suivante : c'est le principe « scientifique d'après lequel tout phénomène est régi par une (ou plusieurs) loi(s) nécessaire(s) telle(s) que les mêmes causes entraînent dans les mêmes conditions ou circonstances, les mêmes effets »¹¹. C'est à Pierre-Simon Laplace que l'on doit ce concept, même si c'est Claude Bernard qui lui a donné son nom. P.-S. Laplace écrit en 1825 : « Nous devons donc envisager l'état présent de l'Univers comme l'effet de son état antérieur, et comme cause de celui qui va suivre. Une intelligence qui pour un instant donné connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée et la situation respective des êtres qui la composent, si d'ailleurs elle était assez vaste pour soumettre ses

⁷ C. Villani, *op. cit.*, p. 12.

⁸ C. Villani, *op. cit.*, p. 13.

⁹ Cep. v., par exemple, Patrick Wachsmann, Le kelsenisme est-il en crise ? : *Droits* 1986, n°4, p. 60 : « La recherche d'objectivité, constante chez Kelsen, ramène simplement à la conviction, parfaitement subjective, que la science expérimentale est préférable à la métaphysique ».- Alain Supiot, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2006.

¹⁰ Bertrand Monthubert, Exposé prononcé au séminaire Philosophie et Mathématiques le 22 mai 1995, in *Où en est-on du déterminisme*, Séminaire Philosophie et Sciences, p. 7 : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwihm87t_6jmAhWGyYUKHYo0AaEQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.math.univ-toulouse.fr%2F~monthube%2Farticles%2Fdetermin.pdf&usg=AOvVaw0Upcy_2NExYQ4vYA3wco_

¹¹ CNRTL, V° Déterminisme, B.

données à l'analyse, embrasserait dans la même formule les mouvements des plus grands corps de l'Univers et ceux du plus léger atome : rien ne serait incertain pour elle, et l'avenir, comme par le passé, serait présent à ses yeux »¹². Une quarantaine d'années plus tard, Claude Bernard pose les bases du déterminisme physico-chimique du vivant. Il écrit : « Il faut admettre comme un axiome expérimental que *chez les êtres vivants aussi bien que dans les corps bruts les conditions d'existence de tout phénomène sont déterminées d'une manière absolue.* [...] Tous les phénomènes, de quelque ordre qu'ils soient, existent virtuellement dans les lois immuables de la nature, et ils ne se manifestent que lorsque leurs conditions d'existence sont réalisées »¹³. Cent vingt ans après Claude Bernard, un jeune juriste, Michel Storck, entend appliquer la méthode expérimentale à un objet juridique, la représentation¹⁴. En effet, en 1982, dans sa thèse de doctorat, il écrit : « Une théorie, en effet, ne consiste pas seulement en la contemplation de ce qui existe, elle est aussi une construction intellectuelle méthodique et organisée. Aussi résulte-t-il de ces observations que la représentation doit notamment consister non pas à opposer, mais à concilier l'abstraction et l'expérimentation, l'étude d'hypothèses particulières et la synthèse. Or Claude Bernard, en décrivant la méthode expérimentale, a proposé un mode de raisonnement correspondant à cet objectif : l'étude de cas particuliers permet d'émettre une hypothèse qui est analysée par regroupement de ce qui a été dissocié. C'est ce type de démonstration que nous suivrons pour bâtir une théorie de la représentation [...]. La première étape de la démonstration a pour objet de définir l'hypothèse, qui est une idée anticipée, probable, mais non certaine : elle se déduit de l'expérience et de l'observation de quelques phénomènes ; c'est cette proposition éventuelle qui sera analysée »¹⁵.

Que penser de cette transposition du déterminisme laplacien, élaboré dans le cadre de la cosmologie, au domaine du vivant et, via celui-ci, dans le champ du droit ? En d'autres termes, existe-t-il un modèle commun au déterminisme que se partagerait l'ensemble des

¹² Pierre-Simon Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, Bachelier, 1825, 276 p., p. 2 s.

¹³ Claude Bernard, *Introduction à l'étude de la méthode expérimentale*, Baillière & Fils, 1865, 382 p., p. 80 et 97.

¹⁴ Concernant l'application de la méthode expérimentale en droit, v. également, Henri de Page, *Droit naturel et Positivisme juridique*, Bruylant, 1939, p. 32 s.- Michel Virally, *La pensée juridique*, 1960, *Théorie générale du droit*, coll. Les introuvables, Editions Panthéon Assas, 1998, p. X, XV, XXIII, XXV, XXXIX, XLI.- Christian Gamaleu Kameni, Réflexions sur la méthode expérimentale dans la recherche juridique, *Revue libre de Droit*, 2015, p. 12 s.- Yannick Gabuthy et Nicolas Jacquemet, *Analyse économique du droit et méthode expérimentale* (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00746617/file/EcoPrev-XpeDroit.pdf>).

¹⁵ Michel Storck, *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préface de Danièle Huet-Weiler, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1982, p. 13, n° VII et VIII et note 24.

connaissances ? Concernant la première transposition, il convient de répondre par la négative¹⁶. Le déterminisme laplacien et le déterminisme bernardien ne dérivent pas l'un de l'autre, mais « révèlent dès le XIX^e siècle la pluralité des cadres pour penser et pratiquer les sciences »¹⁷. Plus précisément, le déterminisme laplacien est absolu, lié à une prédictibilité totale de l'univers, inaccessible à notre intelligence. C'est pourquoi la réflexion de P.-S. Laplace vient en introduction d'un essai sur les probabilités. En somme, l'Homme ne peut s'appuyer pour prédire que sur les probabilités¹⁸. Il serait même plus exact de dire que ce qui est du ressort de l'Homme c'est de prévoir, car prédire un événement est du seul ressort de Dieu¹⁹. Le déterminisme bernardien est différent. Sans entrer dans les controverses d'interprétation le concernant, il est généralement admis que C. Bernard visait le déterminisme *d'un phénomène*. Il entendait par-là sa condition déterminante ou, plus précisément, sa condition *nécessaire*. Connaître cette condition permet au médecin d'empêcher l'apparition d'un phénomène indésirable. En somme, le déterminisme bernardien c'est ce qu'on appelle aujourd'hui le déterminisme génétique *de tel ou tel caractère*²⁰, à savoir que le gène est une condition nécessaire, *mais non suffisante* à l'apparition du caractère et cela en raison de l'intervention, également nécessaire, de facteurs environnementaux²¹.

¹⁶ V. Jean Gayon et Victor Petit, *La connaissance de la vie aujourd'hui*, Iste éditions, 2018.

¹⁷ François Pépin, Claude Bernard et Laplace : d'un déterminisme physique vers un déterminisme proprement biologique ? in *Le déterminisme entre sciences et philosophie* (dir. Pascal Charbonnat et François Pépin) coll. Sciences & philosophie, Éditions Matériologiques, 2012, 422 p., p. 38 s.- Adde René Thom, La méthode expérimentale : Un mythe des épistémologues (et des savants ?) : *Le Débat* 1985/2 (n° 34), pp 11 à 20, <https://www.cairn.info/revue-le-debat-1985-2-page-11.htm#>.

¹⁸ V. Jean Gayon et Victor Petit, *op. cit.*, p. 346.-

¹⁹ V., CNRTL, V° Prédiction : « Action d'annoncer à l'avance un événement par inspiration surnaturelle, par voyance ou prémonition ».- Adde, par exemple, Bible de Jérusalem, Jean 2-19 à 2-22.

²⁰ V. Jean Gayon et Victor Petit, *op. cit.*, p. 347 s.

²¹ V. Agence de la biomédecine : « La mucoviscidose est une maladie autosomique récessive, donc transmise par les deux parents à la fois. Elle est causée par une mutation des deux copies du gène CFTR, situé sur le chromosome 7. Les parents d'un enfant atteint sont porteurs d'une seule mutation, sans conséquence pour leur propre santé. Mais chacun de leurs enfants a une probabilité de 1 sur 4 d'hériter des deux mutations parentales et donc d'être atteint de la maladie [...]. La neurofibromatose est une maladie autosomique dominante, ce qui signifie que même si un seul des deux allèles du gène est muté, la personne est malade. Le risque pour une personne de transmettre la maladie à son enfant est de 1 sur 2. [Dans le cas de l'hémophilie,] une femme conductrice peut transmettre son anomalie génétique avec une probabilité de 1 sur 2 à chacun de ses enfants : un garçon sur deux sera atteint, une fille sur deux sera conductrice » (<https://genetique-medicale.fr/la-genetique-l-essentiel/les-maladies-genetiques-les-plus-courantes-decryptees/article/six-exemples-de-maladies-genetiques-et-leurs-origines>).- Même lorsqu'il s'agit de la couleur de peau, les généticiens ne peuvent (pour l'instant ?) annoncer aux parents, avec une certitude *absolue*, la couleur de peau de leur futur enfant. V., Marion Joseph, La naissance d'un bébé blanc surprend ses parents noirs : *Le Figaro* du 22 juillet 2010.

Le déterminisme bernardien, dont certains juristes pensent pouvoir s'inspirer²², est-il transposable en droit ? Oui, si ce faisant on s'exprime de manière métaphorique. Car force est de reconnaître qu'un abîme sépare la démarche du juriste de celle du généticien. Les généticiens travaillent sur un « donné », c'est-à-dire sur quelque chose qui a une existence en soi²³ – le vivant²⁴ ; le langage mathématique leur est indispensable. Les juristes travaillent sur un « construit »²⁵ – sur quelque chose qui n'existe que dans l'imaginaire intersubjectif²⁶, c'est-à-dire que partage une société d'hommes. Enfin, à ce jour, dans leur immense majorité, les juristes, à la différence des biologistes²⁷, peuvent exercer leur métier sans avoir recours aux mathématiques²⁸. Alors qu'est-ce qui explique cette extrapolation méthodologique ? La réponse tient sans doute, comme je l'ai déjà relevé, au prestige des sciences de la nature dans le milieu universitaire et auprès du grand public, mais aussi au fait que, avec raison, les juristes tiennent le droit pour quelque chose de prévisible, *mutatis mutandis* comme le physicien ou le généticien dans sa discipline. On impute cette prévisibilité à la logique juridique, à l'analyse rigoureuse d'un ensemble de contraintes²⁹. Mais l'explication de cette prévisibilité pourrait être plus prosaïque, tenir aussi au fait que... le juge a une propension naturelle à couper la poire en deux³⁰.

²² V. *supra* notes 14 et 15.

²³ Même si la notion de gène prête à discussion (v. Michel Morange, *Déconstruction de la notion de gène* : http://ipubli-inserm.inist.fr/bitstream/handle/10608/5298/MS_2004_10_835.html), on ne voit pas comment contester que ce à quoi on l'associe désigne la « matière ».

²⁴ V., par exemple, Bernard Prum, *Des mathématiques dans nos cellules ?* 14 sept. 2009 (<https://images.math.cnrs.fr/Des-mathematiques-dans-nos.html>) et 28 oct. 2009 (<https://images.math.cnrs.fr/Des-mathematiques-dans-nos,406.html>).- Aurélie Labbé, *De la statistique à la génétique, en passant par les mathématiques : identifier les gènes responsables de maladies complexes* (<http://ism.uqam.ca/~ism/pdf/Labbe.pdf>).

²⁵ Cela ne signifie évidemment pas que le droit n'a pas d'effets dans la réalité objective. Au contraire ! Bien qu'il soit une réalité imaginaire, il détermine une partie de notre environnement physique, c'est-à-dire la réalité objective dans laquelle nous évoluons.

²⁶ V. Yuval Noah Harari, *Sapiens, Une brève histoire de l'humanité*, trad. de l'anglais par P.-E. Dauzat, Albin Michel, 2015, 501 p., p. 135 s.

²⁷ Il suffit de songer à la place qu'occupent aujourd'hui les biomathématiques, discipline qui permet d'étudier et de modéliser les phénomènes et processus biologiques.

²⁸ Il est vrai que les choses vont peut-être changer comme le montre la création de nouveaux cursus universitaires associant les mathématiques et le droit. V., par exemple, la double Licence Droit et Sciences, délivrée par Sorbonne Université pour les Sciences et par l'Université Panthéon-Assas pour le Droit.

²⁹ V., par exemple, Michel Troper, La liberté d'interprétation du juge constitutionnel, in *Interprétation et droit* (dir. Paul Amselek), Bruylant - Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 241.- Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, coll. La pensée juridique, Bruylant L.G.D.J., 2005.- Frédéric Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, 2009, not. t. 1, vol. 2, n° 300.

³⁰ V. Thomas Cassuto, *La justice à l'épreuve de sa prédictibilité*, *AJ Pénal* 2017 p. 334, citant Jean Carbonnier.

Il est possible cependant que, demain, la prévisibilité dont le juriste fait preuve ou pense pouvoir faire preuve ait une assise plus mathématique qu'intuitive. Grâce aux algorithmes numériques³¹, comme le physicien et le généticien, il bénéficie dès aujourd'hui d'une augmentation de ses capacités dans la recherche de l'information³². La question est de savoir si l'apport de l'informatique ira plus loin et, avec ce que l'on appelle, à tort ou à raison, l'intelligence artificielle³³, apparaîtra, un véritable déterminisme juridique.

³¹ V. *Ibid.* : « Dans le domaine de la justice, depuis quelques années, des entreprises ont développé des outils de prédiction des décisions. Ces instruments, mis à la disposition de professionnels du droit et des citoyens, portent l'ambition de prédire la solution d'un litige civil ou d'une affaire pénale. [...] La prédiction [se] définit comme une modélisation du droit, du processus judiciaire et de la jurisprudence pour accompagner la décision et automatiser la production d'actes en fonction des décisions probables. Elle s'appuie sur les progrès du *deep learning* adossés à l'accès au big data de la jurisprudence ».

³² Le juriste augmenté existe déjà. En raison de sa plasticité, son cerveau s'est adapté au travail avec les moteurs de recherche et à l'utilisation des bases de données. Bref, il s'est « googlisé ». - Rapp. Lionel Naccache et Karine Naccache, *Parlez-vous cerveau ?*, Odile Jacob, 2018.

³³ Hormis l'automatisation des procédures, les juristes semblent osciller entre la prudence et l'hostilité envers les algorithmes numériques dédiés à la justice. Comp. Marc Clément, *Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ?*, AJDA 2017, p. 2453 s.- Louis Larret-Chahine (Predictice) : « Il ne s'agit en aucun cas d'automatiser le rendu de la justice » (http://www.magazine-decideurs.com/news/louis-larret-chahine-predictice-il-ne-s-agit-en-aucun-cas-d-automatiser-le-rendu-de-la-justice?utm_campaign=2164874&utm_content=13947956340&utm_medium=email&utm_source=Emailvision) .- Xavier Ronsin, L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes : *Dalloz Actualité* du 16 octobre 2017.- Jean-Baptiste Prévost, Justice prédictive et dommage corporel : perspectives critiques : *Gazette du Palais/Gazette spécialisée : droit du dommage corporel* du 30 janv. 2018. Adde Isabelle Paré, *Intelligence artificielle : déclaré coupable par un logiciel ? : Le Devoir* du 18 nov. 2017.- Yves Eudes, Des « juges virtuels » pour désengorger les tribunaux : *Le Monde* du 1^{er} janv. 2018.