



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE  
*SORBONNE LAW REVIEW*

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1  
**PANTHÉON SORBONNE**

## Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i> .....	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i> .....	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i> .....	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i> .....	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i> .....	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i> .....	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i> .....	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i> .....	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i> .....	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i> .....	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i> .....	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i> .....	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS .....	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i> .....	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i> .....	236
<i>Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i> .....	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i> .....	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021 .....	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

## Apréhender le droit à l'aune de la relation

*Séminaire de recherche IRJS*

*Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS  
et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon*

### ***I. – Autour de Jennifer Nedelsky***

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

### ***II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes***

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

### ***III. – Dossier de traductions inédites***

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

## **L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy**

**Romain GENIEZ**

*Professeur associé à l'Instituto Tecnológico Autónomo de México*

*« Les différents ordres de valeurs du monde  
sont engagés les uns avec les autres dans une  
lutte sans issue. »  
Max Weber<sup>1</sup>*

### **Introduction**

Un trait caractéristique des démocraties contemporaines est le « pluralisme axiologique » qui les traverse. Ce phénomène fut observé par Max Weber au cours du XIX<sup>e</sup> siècle et qualifié par ce dernier de « polythéisme des valeurs »<sup>2</sup>. Le polythéisme des valeurs présente trois aspects selon Jean-Hugues Déchaux : « l'incompatibilité des points de vue ultimes sur la vie ; l'impossibilité de mettre fin à leur lutte ; la nécessité de se décider pour l'un ou pour l'autre »<sup>3</sup>. Les démocraties modernes sont donc le théâtre d'une multiplicité de systèmes de valeurs et d'intérêts portés par des individus ou des groupements différents (partis politiques, syndicats, lobbys, etc.). Ces « points de vue », difficilement conciliables, s'opposent et sont départagés tant par l'élection de représentants dans l'enceinte parlementaire que par le biais du principe majoritaire suivant les négociations et compromis lors du processus législatif.

Le positivisme depuis Hobbes a renoncé à fonder la « vérité » des normes en substituant à la quête d'une doctrine vraie portant sur le devoir être l'autorité de l'organe chargé de créer les normes et de les interpréter. Il s'agit du vieil adage tiré du *Léviathan* « *auctoritas non veritas facit legem* »<sup>4</sup>. Le positivisme juridique contemporain a également renoncé à fonder la rationalité des normes juridiques en tant que, reprenant la fameuse distinction de Hume entre « l'être » et le « devoir

---

<sup>1</sup> M. WEBER, *Le savant et le politique*, tr. fr. par C. COLLIOT-THELENE, Paris, La Découverte, 2003, p. 97.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>3</sup> J.-H. DECHAUX, « Parenté, « polythéisme des valeurs » et délibération. Variations wébériennes », *Négociations*, num. 25, 2016, p. 26.

<sup>4</sup> T. HOBBS, *Leviathan*, édition, introduction et notes par J. C. A. GASKIN, New York, Oxford University Press, 1996, p. 183.

être »<sup>5</sup>, les normes sont le produit d'actes de volonté. Ces derniers sont distincts des actes cognitifs. C'est pourquoi Kelsen rejette vigoureusement l'idée même de raison pratique<sup>6</sup>. Ce faisant, les normes, qu'elles soient morales ou juridiques, ne portent aucune valeur de vérité<sup>7</sup>. Postuler l'inverse reviendrait à commettre « l'erreur naturaliste » décrite par Moore<sup>8</sup>. Au plan épistémologique, Weber a bien décrit que la science s'en tient à l'étude de l'être tandis que les questions relevant de la raison pratique ou portant sur les fins dernières sont laissées à la philosophie et à la religion<sup>9</sup>. À l'issue de cette reconstitution succincte, il apparaît clairement qu'aux yeux du positivisme juridique le divorce entre droit et vérité est consommé. C'est bien l'autorité et non la raison qui crée les normes juridiques, la légitimité ou la justice des normes juridiques est scientifiquement indémontrable.

En pratique, la création de normes telles que des lois suppose un ensemble d'interactions entre des groupes portant une vision du monde et des valeurs différentes. Ces groupes interagissent dans le cadre d'un environnement institutionnalisé par un ensemble de règles. L'organisation de leurs interactions afin de permettre la production d'une norme qui soit « correcte » en partant des prémisses normatives de chacun des participants au discours est précisément l'objet de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy. Ce dernier, à la suite d'Habermas, réinvestit la discussion sur le fondement de la légitimité des règles juridiques et morales. Sa contribution en matière d'argumentation juridique, développée dans sa thèse de doctorat *Theorie der juristischen Argumentation : Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*<sup>10</sup>, a fait de lui une des figures de proue de la théorie dite « standard » de l'argumentation

---

<sup>5</sup> D. HUME, *Traité de la nature humaine, livre 3. La morale*, trad. fr. P. SALTEL, Paris, Flammarion, 1997, p. 65.

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Théorie Pure du Droit*, trad. fr. C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 259.

<sup>7</sup> Pour une explication de la psychologie humienne on se référera utilement à M. SMITH, *The moral problem*, Oxford, Blackwell Publishing, (1994) 2014, pp. 7-10.

<sup>8</sup> G. E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, édition révisée 1993, p. 62.

<sup>9</sup> M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit., p. 94. Sur le mouvement historique ayant conduit au divorce entre les faits et les valeurs ainsi qu'à la distinction des disciplines visant à les étudier, on se référera avec intérêt aux deux écrits suivants : G. H. VON WRIGHT, « Images of Science and Forms of Rationality », *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leyde, E. J. BRILL, 1993, pp. 172-192 ; « Science, Reason and Value », *The Tree of Knowledge and Other Essays*, op. cit., pp. 229-248.

<sup>10</sup> R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1978, trad. ang. R. ADLER, N. MACCORMICK, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

juridique<sup>11</sup> aux côtés Aleksander Peczenik<sup>12</sup>, Neil MacCormick<sup>13</sup>, Aulis Aarnio<sup>14</sup> ou Jerzy Wróblewski<sup>15</sup>.

La présente étude ne peut prétendre reconstituer la théorie de l'argumentation juridique d'Alexy dans sa totalité. Elle se propose, plus humblement, d'exposer le système d'interactions entre les individus réels participant collectivement à l'élaboration des règles qui découlent de la théorie du discours pratique général. Le discours pratique général est le discours qui a lieu de manière non institutionnalisée à savoir, hors d'un cadre normatif qui l'établit et l'encadre. Le discours juridique, institutionnalisé en tant qu'il est encadré par un ensemble de règles ne pouvant faire l'objet d'une discussion, est un « cas spécial » du discours pratique général (*Sonderfallthese*<sup>16</sup>). Il s'inscrit dans la continuation du discours pratique général dans la mesure où il traite de questions pratiques, parce que les réponses apportées à ces questions portent une « prétention de correction »<sup>17</sup> (*Anspruch auf Richtigkeit*) et parce qu'il se développe dans le cadre de contraintes juridiques (structurelles et de prémisses) qui lui sont imposées<sup>18</sup>. Le discours pratique juridique ne fera pas l'objet d'une analyse au cours de ce travail.

L'organisation de l'ensemble de ces interactions par le biais d'un ensemble de règles permet la production d'une norme qui soit « correcte » en tant qu'elle est le produit d'une procédure garantissant la participation libre et rationnelle des individus.

<sup>11</sup> Sur la « théorie standard de l'argumentation juridique », on se référera notamment à M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Autónoma de México, première édition 1991, 2005, pp. 6-7.

<sup>12</sup> A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, Springer, 1989.

<sup>13</sup> Voir notamment N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, nouvelle édition 2003 ainsi que *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>14</sup> Voir notamment : A. AARNIO, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987. L'ouvrage a fait l'objet d'une traduction française : *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, trad. fr. G. WARLAND, Paris, L.G.D.J., 1992.

<sup>15</sup> J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Springer, 1992.

<sup>16</sup> R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., p. 263.

<sup>17</sup> Dans le cadre du présent travail l'expression « *Richtigkeit* » sera traduite par « correction ». Ce choix de traduction repose sur le fait qu'il est l'exact équivalent en français de la traduction choisie en italien (« *pretesa di correttezza* »), espagnol (« *pretensión de corrección* »), portugais (« *pretensão de correção* ») et anglais (« *claim to correctness* »). Elle présente donc l'intérêt d'être en harmonie avec la littérature théorique internationale. Il convient cependant de noter que l'unique traduction française d'un travail d'Alexy, ainsi qu'un article portant sur sa théorie de l'argumentation (tous deux du même auteur), traduisent ladite expression par « exactitude » : R. ALEXI, « Idée et structure d'un système du droit rationnel », trad. fr. I. DWARS, *Archives de philosophie du droit, la philosophie du droit aujourd'hui*, t. 33, 1988, pp. 23-38 ; I. DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », *Archives de philosophie du droit, le droit international*, t. 32, 1987, pp. 291-304. Cette expression, pour des raisons qui ne peuvent être développées dans le présent travail, n'est pas retenue. Pour une exposition détaillée de la « prétention de correction », on se référera notamment à R. ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, Fribourg et Munich, Verlag Herder GmbH, 1992 et à sa traduction anglaise *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. ang. B. LITSCHIEWSKI PAULSON et S. L. PAULSON, Oxford, Oxford University Press, (2002), 2010, pp. 35-40.

<sup>18</sup> R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., p. 263.

## I.- Le discours pratique général comme activité dialogique menée par des êtres réels

Un premier trait saillant de l'élaboration théorique proposée par le maître de l'école de Kiel est qu'il entend organiser normativement l'interaction dialogique entre des êtres « réels » et non « idéalisés ». À l'inverse des êtres « idéaux » tels qu'ils ont été décrits par Roderick Firth au cours de ses recherches sur « l'absolutisme éthique »<sup>19</sup>, le participant au discours est un être produit au cours d'une époque déterminée et qui dispose d'une certaine expérience. Ainsi, les participants au discours ont des convictions sur « le juste », « le bien », des intérêts afférents à leur position sociale et un certain niveau de connaissance empirique qui constituent l'ensemble des prémisses à partir desquelles le discours se développe. En d'autres termes, tout discours pratique présente une historicité qui rend ses résultats relatifs à une question ressortissant de la raison pratique irrémédiablement liés à une époque et à un lieu. Par ailleurs, Alexy souligne que la théorie du discours pratique général tel qu'il la conçoit permet aux participants, tout au long de la discussion, de faire évoluer leurs convictions (empiriques et normatives) en fonction de la qualité des arguments proposés pour fonder une conviction spécifique. La possibilité offerte aux participants de faire évoluer leurs convictions normatives et empiriques distingue ses travaux d'une théorie qu'il qualifie de « décisive » et qu'il prête à Rawls<sup>20</sup>. Selon le philosophe américain, les principes de justice sont élaborés par les participants placés dans une « position originelle »<sup>21</sup> sous un « voile d'ignorance »<sup>22</sup>. Les principes considérés comme justes sont alors ceux choisis par chaque participant pour lui-même et pour la société tout en ignorant quelle place il occupera au sein de ladite société. En somme, les principes de justice sont élaborés à partir d'une certaine configuration du débat, en l'occurrence dans un état d'ignorance empirique, par des prémisses qui ne peuvent évoluer. Chez Alexy, les principes de justice sont non seulement le produit d'un processus permettant l'évolution des convictions empiriques et normatives, mais également le produit d'un processus qui suppose la meilleure information empirique possible des participants quant à leur position sociale et les intérêts qui y sont associés<sup>23</sup>. De la sorte, Alexy propose un système qui présente d'emblée une dimension pratique qui le distingue d'une théorie normative, abstraite et hypothétique du raisonnement intégrant des participants « non idéalisés ».

Le second trait saillant de la théorie d'Alexy est son caractère « dialogique ». Les solutions aux problèmes de la raison pratique sont élaborées par le biais d'un

<sup>19</sup> R. FIRTH, « Ethical Absolutism and the Ideal Observer », *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 12, n° 3, 1952, pp. 320-321.

<sup>20</sup> R. ALEXY, « Problems of Discourse Theory », *Crítica*, vol. 20, n° 3, 1988, pp. 45-46.

<sup>21</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, pp. 17-22.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 136-142.

<sup>23</sup> R. ALEXY, « Justicia como corrección », trad. esp. A. I. AQUIN, *Doxa*, n° 26, 2003, p. 166.

dialogue débouchant sur la création d'un consensus. Il s'agit de l'idée même de l'éthique discursive telle qu'elle a été élaborée par Habermas et qu'Alexy prolonge. L'éthique discursive repose sur deux prémisses selon Habermas : 1) « les exigences normatives de validité ont un sens cognitif et peuvent être traitées comme des exigences de vérité » ; 2) « il est requis de mener une discussion réelle pour fonder en raison normes et commandements »<sup>24</sup>. La dimension « dialogique »<sup>25</sup> de l'éthique de la discussion exprimée par la seconde hypothèse susmentionnée amène Habermas à formuler deux principes (D) et (U), principes qu'Alexy reprend à son compte comme il le sera exposé plus bas :

(D) « Une norme ne peut prétendre à la validité que si toutes les personnes qui peuvent être concernées sont d'accord (ou pourraient l'être) en tant que participants à une discussion pratique sur la validité de cette norme »<sup>26</sup>.

(U) « Au lieu d'imposer à tous les autres une maxime dont je veux qu'elle soit une loi universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité. Ainsi s'opère un glissement : le centre de gravité ne réside plus dans ce que chacun souhaite faire valoir, sans être contredit, comme étant une loi universelle, mais dans ce que tous peuvent unanimement reconnaître comme une norme universelle »<sup>27</sup>.

L'éthique discursive suppose donc une relation dialogique mais également un système qui promeut la rationalité et qui substitue à l'autorité, ou à la négociation entre des intérêts a priori irréconciliables, le consensus et la liberté pour élaborer des solutions aux problèmes de la raison pratique. Ainsi, la vision de la démocratie libérale portée par Alexy se distingue radicalement de celle portée par Kelsen qui identifie le compromis comme le mode privilégié d'élaboration de la décision politique<sup>28</sup> qui, en dernière analyse, est adoptée sur la base du principe majoritaire. Ledit principe, comme le note Kelsen, implique une privation de la liberté de la minorité par la majorité.

## **II.- L'intérêt du discours pratique général : organiser l'interaction libre et rationnelle des participants par le biais d'un système de règles**

Le discours pratique général se compose d'une série de vingt-huit règles et formes d'arguments<sup>29</sup>. Ces règles portent sur des objets divers tels que le comportement des acteurs du discours pratique, d'autres portent sur les

---

<sup>24</sup> J. HABERMAS, *Morale et Communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, trad. fr. et introduction par C. BOUCHINDHOMME, Paris, Flammarion, 2012. p. 89.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 88-89.

<sup>28</sup> H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa Valeur*, trad. fr. C. EISENMANN, Paris, Economica, 1988, pp. 26-28.

<sup>29</sup> Chacune des règles mentionnées en langue française procèdent d'une traduction de la part de l'auteur.

arguments et sur la détermination de la charge argumentative, certaines sont d'observations strictes tandis que d'autres énoncent des objectifs ne pouvant qu'être partiellement réalisés. Ce système de règles, qui identifie et régit le discours pratique rationnel, garantit à la norme produite à l'issue de ce processus un caractère « rationnel ». Une présentation complète de l'ensemble de ces règles ne constitue pas l'objet du présent travail<sup>30</sup>. Nous nous focaliserons sur celles qui participent directement à la détermination de l'interaction entre les participants et qui permettent de la qualifier de la manière suivante : la participation, dans le cadre du discours pratique général, est cohérente, sincère, rationnelle, universelle et libre.

### A.- Une interaction placée sous le signe de la cohérence et de la sincérité des participants

Alexy élabore quatre règles « de base » qu'il considère comme étant des préconditions nécessaires à toute communication linguistique placée sous le signe de la correction :

(I.1) Aucun participant<sup>31</sup> ne peut se contredire.

(I.2) Tout participant ne peut affirmer ou proposer que ce qu'il croit.

(I.3) Tout participant qui applique un prédicat F à un objet A doit être disposé à appliquer F à tous les objets qui sont similaires à A dans tous les aspects jugés pertinents.

---

<sup>30</sup> Pour un exposé exhaustif du système de règles, on pourra se référer à *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, pp. 177-208. Il est également possible de se référer à divers écrits ultérieurs du philosophe allemand dans lesquels il expose de manière synthétique ou complète sa théorie du discours pratique général. Parmi ceux-ci, on peut mentionner les articles suivants : « A Theory of Practical Discourse », S. BENABIB et F. DALLMAYR (éditeurs), *The Communicative Ethics Controversy*, Cambridge, The MIT Press, 1990, pp. 151-190. Cet article est un condensé des travaux d'Alexy sur la question du discours pratique rationnel dans lequel il expose de manière synthétique les principaux acquis théoriques de sa thèse doctorale en la matière. De même, on peut se référer à l'article suivant : « Idée et structure d'un système de droit rationnel », *op. cit.*, pp. 23-38. Enfin, on peut se référer partiellement à « A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason », *Ratio Juris*, vol. 5, n° 3, 1992, pp. 231-251. Eu égard à la littérature secondaire proposant une reconstruction de cet aspect, on se référera avec intérêt aux travaux suivants : M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 154-164 ; D. SOBREVILLA, *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista. Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe*, México, Fontanamara, 2008, pp. 25-42 ; A. NAVA TOVAR, *La institucionalización de la razón : La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Barcelona, Anthropos Editorial, México, Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 55-76 ; V. ROJAS AMANDI, *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 147-250 ; E. FETERIS, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Springer, 2<sup>e</sup> édition, 2017, pp. 117-128.

<sup>31</sup> Le terme « participant » est ici privilégié dans la mesure où le terme « speaker », qu'il serait possible de traduire par le terme de « locuteur » (terme choisi par Ingrid Dwars dans la traduction française d'un article précité), ne capture pas assez précisément l'idée de participation à une activité identifiée et régie par des règles. Il convient de noter qu'Alexy semble utiliser dans ses divers écrits les deux termes de manière indifférenciée.

(I.3') Tout participant ne peut formuler que les jugements de valeur et les jugements d'obligation dans un cas concret qu'il est disposé à formuler dans les mêmes termes pour tous les cas similaires selon tous les aspects jugés pertinents.

(I.4) Différents participants ne peuvent utiliser une expression donnée dans des sens différents.

La première de ces règles implique l'intégration des règles de la logique, incluant celles de la logique déontique. Alexy note que la seconde règle exprime l'impératif de sincérité qui pèse sur les participants au discours et qui est constitutive de toute forme de communication linguistique<sup>32</sup>. En effet, Alexy avance qu'en l'absence de cette règle, il serait impossible de concevoir l'idée même de mensonge dans la mesure où celui-ci se trouve constitué par la violation d'une règle prescrivant de dire ce que l'on croit comme étant vrai. Les règles (I.3), (I.3') et (I.4) se réfèrent à l'usage du langage par les participants, que ce soit par un participant donné ou par des participants différents et exigent un usage cohérent du langage. La règle (I.3') s'applique spécifiquement aux expressions évaluatives et normatives. Comme le note Alexy, cette règle exprime le principe « d'universalité » tel que formulé par Hare<sup>33</sup>.

## **B.- Une interaction rationnelle, universelle et libre de toute contrainte**

Le discours pratique se compose d'une multiplicité d'assertions visant à justifier des propositions normatives. Ces assertions, lorsque formulées au sein d'un discours, portent la prétention implicite de pouvoir être justifiées et ce, qu'il s'agisse d'assertions normatives ou non. En outre, ces assertions donnent systématiquement lieu à une « prétention de justifiabilité ». Une telle prétention ne signifie pas que le participant doive systématiquement justifier chacune des assertions qu'il formule. Elle signifie seulement que le participant puisse la justifier si cela lui est demandé par un autre participant au discours. De plus, Alexy ajoute que la « prétention de justifiabilité » n'implique pas nécessairement que le participant soit capable de produire une argumentation personnelle au soutien de

---

<sup>32</sup> La sincérité est généralement considérée dans la théorie des actes de langage comme une condition nécessaire de leur félicité. On se référera sur ce point à J. L. AUSTIN, *How to do things with words*, Cambridge, Harvard University Press, 2<sup>e</sup> édition, 1975, pp. 132 et suivant ainsi qu'à T. WILLIAMSON, *Knowledge and Its Limits*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 241 et suivant. Dans le contexte de la discussion, Grice notait qu'il existe un ensemble d'éléments nécessairement connectés à l'activité discursive dans la mesure où cette activité s'apparente à une forme « d'effort coopératif ». Il nomme ces éléments « implications conversationnelles » (*conversational implicatures*) et les rassemble sous le « principe coopératif ». Il avance que ce principe comprend une « super-maxime » qu'il formule ainsi : « Try to make your contribution one that is true ». Elle se décompose en deux maximes : 1) « Do not say what you believe to be false » ; 2) « Do not say that for which you lack adequate evidence ». P. GRICE, « Logic and Conversation », *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, pp. 26-27.

<sup>33</sup> R. M. HARE, *Freedom and Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 10.

son assertion. Il peut s'en remettre à l'expertise ou à l'autorité d'une autre personne afin de la justifier. Bien qu'Alexy ne mentionne pas d'exemples particuliers afin d'illustrer le recours aux propos d'une personne tierce pour produire une justification, on peut aisément imaginer des hypothèses dans lesquelles la justification d'une assertion suppose le recours à une connaissance scientifique précise que les locuteurs ne maîtrisent pas. Il note cependant que dans le cadre d'un recours aux propos d'une personne tierce, l'autorité de la personne dont les propos sont utilisés comme justification peut être objet de questionnement et d'argumentation. Les considérations antérieures amènent Alexy à formuler la « règle de justification générale » de la manière qui suit :

(2) Tout participant doit donner des raisons pour ce qu'il affirme quand on le lui demande, à moins qu'il puisse avancer des raisons afin de justifier son refus de fournir ladite justification.

Le groupe de règles suivant fait référence non pas à la qualité matérielle des arguments produits mais bien plutôt aux droits des participants. Ces règles expriment la nécessité de préserver la possibilité de chaque personne de prendre part au discours et d'assurer leur capacité d'exprimer librement leurs points de vue. Elles impliquent de considérer chaque participant au discours comme un « égal » ainsi que comme un être autonome et se trouvent formalisées par Alexy comme une version faible de la condition idéale de discours élaborée par Habermas<sup>34</sup> sous la forme suivante :

(2.1) Toute personne capable de parler peut prendre part au discours.

(2.2) (a) Tout participant peut problématiser n'importe quelle assertion.

(b) Tout participant peut introduire une assertion au sein du discours.

(c) Tout participant peut exprimer ses points de vue, souhaits et besoins.

(2.3) Aucun participant ne peut se voir dénier le droit d'user des droits formulés dans les règles (2.1) et (2.2) par une quelconque coercition, qu'elle soit interne ou externe au discours.

Alexy note que ces règles assument quatre fonctions distinctes : 1) elles constituent un « critère négatif hypothétique » de la correction des énoncés normatifs dans la mesure où des arguments justificatifs d'une proposition normative (pouvant être acceptée dans les faits) qui ne seraient pas, ou probablement pas, acceptés dans l'hypothèse où les règles susmentionnées seraient réalisées ne peuvent être considérés comme valides. 2) Au-delà de ce rôle « négatif », ces règles constituent un « instrument de critique » des limitations injustifiables apportées aux droits et opportunités des participants au discours. 3) Elles définissent un « idéal » qui peut être approché en pratique à l'aune

---

<sup>34</sup> J. HABERMAS, « Wahrheitstheorien », *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Francfort, Suhrkamp, 1989, pp. 127-183.

d'arrangements institutionnels. 4) Elles assument une fonction « explicative » à l'endroit de la prétention de correction ou de vérité.

### **C.- Une interaction proscrivant les interventions abusives et identifiant les titulaires de la charge argumentative**

Les règles visant à distribuer la charge argumentative, à savoir déterminer qui est soumis à l'obligation d'argumenter et dans quelles hypothèses, visent à contrebalancer de potentiels comportements contre-productifs auxquels la règle (2.2.a) peut donner lieu. En effet, si tout un chacun peut problématiser de manière discrétionnaire quelque assertion d'un participant au discours, l'abus de ce droit conféré peut donner lieu à des comportements que l'on pourrait qualifier d'obstructifs. Un tel comportement se traduirait par le fait qu'un locuteur pose systématiquement la question « pourquoi » face à toutes les assertions proposées par un autre participant. Les règles précédentes se focalisent sur l'obligation du participant à justifier une assertion si une telle justification lui est demandée mais ne disent rien quant à la formulation de questions et l'expression de doutes. C'est à cet inconvénient que les règles suivantes visent à remédier.

Alexy appréhende la question à travers du principe de « d'universabilité » (*universalizability*) formulé par le philosophe américain Singer<sup>35</sup> mais également par Hare et par Habermas<sup>36</sup>. Ce principe exige que lorsque quelqu'un souhaite traiter une autre personne de manière différente à une autre, elle doit avancer des raisons au soutien de cette différence. Ce principe se trouve substantiellement formulé dans la règle (I.3') et implique une justification de la part de celui qui propose la différence. Cela donne lieu à la formulation de la règle suivante :

(3.1) Quand quelqu'un propose de traiter une personne A différemment d'une personne B, cette personne doit fournir une justification de son action.

Une autre limitation pesant sur les participants repose dans le « principe d'inertie » formulé par Perelman<sup>37</sup>. Dans le cadre d'une discussion ayant lieu dans une communauté déterminée, un énoncé ou une norme qui y est généralement considéré comme valide (même s'il n'est pas expressément formulé dans le cadre de la discussion en cours) ne peut se voir mis en doute ou discuté que suite à la formulation de raisons pour le faire. Cela donne lieu à l'élaboration de la règle suivante :

(3.2) Quand une personne attaque un énoncé ou une norme qui ne constitue pas le sujet de la discussion, elle doit avancer des raisons pour le justifier.

<sup>35</sup> M. SINGER, *Generalization in Ethics – An Essay in the Logic of Ethics, with the Rudiments of a System of Moral Philosophy*, New York, Alfred A. Knopf, 1961, p. 65.

<sup>36</sup> R. M. HARE, *Freedom and Reason*, *op. cit.*, p. 10 ; J. HABERMAS, *Morale et Communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, *op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>37</sup> C. PERELMAN ET L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1958, nouvelle édition 2009, p. 142.

Alexy note qu'un participant ne peut produire une quantité infinie de raisons afin de fonder les assertions et les normes qu'il formule (cela reviendrait à s'engager dans une régression à l'infinie). Ainsi, afin de limiter l'excès d'un participant exigeant sans cesse de nouvelles justifications, Alexy formule la règle selon laquelle une fois qu'un participant a formulé une raison au soutien de son assertion, il ne peut être tenu à en formuler d'autres que dans l'hypothèse où il se verrait opposer des contre-arguments :

(3.3) Un participant qui avance un argument est seulement obligé de produire d'autres arguments dans l'hypothèse où on lui oppose des contre-arguments.

Au cours de la discussion, il est possible que les participants formulent des assertions mondaines ne visant pas à faire avancer la réflexion autour du sujet en question. Elles peuvent porter sur divers sujets : climat, qualité de la nourriture si la discussion a lieu autour d'un repas, etc. Alexy note qu'il n'est pas nécessaire de formuler une règle visant à en interdire radicalement leur formulation dans la mesure où, si elles ne sont introduites que ponctuellement, elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la discussion. Leur opportunité ou inopportunité est donc laissée à l'appréciation des participants au discours, ce qui amène Alexy à formuler la règle suivante :

(3.4) Lorsqu'un participant introduit une assertion à propos de son état d'esprit, souhaits ou désirs dans le cadre d'un discours et que cette assertion ne peut s'analyser comme un argument au soutien d'une assertion formulée antérieurement, il doit justifier cette interjection quand cela lui est demandé.

#### **D.- L'élimination des solutions injustifiables comme limite matérielle pesant sur le produit de l'interaction**

L'intérêt de ce système de règle, au-delà d'organiser l'interaction entre les participants, est qu'il introduit une limitation matérielle portant sur le produit du processus argumentatif. Il permet tout d'abord d'exclure un certain nombre de jugements de valeurs et de règles qui ne peuvent se voir justifiés au travers de cette procédure. Alexy qualifie ce premier groupe de normes comme étant « discursivement impossibles » (*discursive impossibility*). Alexy mentionne notamment l'exemple d'une règle rétablissant le statut d'esclave et conduisant à l'exclusion pure et simple d'une partie de la population du discours pratique<sup>38</sup>. Tout comme la formule de Radbruch<sup>39</sup>, la théorie du discours établit une limite au contenu des normes juridiques afin qu'elles puissent être considérées comme valides. Si une norme présente un contenu qui peut être jugé comme étant « extrêmement injuste », celle-ci ne peut être considérée comme valide. Par conséquent, on peut dire que les règles du discours pratique général, à l'aune de la

<sup>38</sup> R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, op. cit., p. 207.

<sup>39</sup> G. RADBRUCH, « Introduction à "Injustice légale et droit supralégal" », *Archives de philosophie du droit*, trad. fr. M. WALZ, 1995, t. 39, p. 315-316. ; R. ALEXY, *The Argument from Injustice : A Reply to Legal Positivism*, op. cit., pp. 28-31.

notion « d'impossibilité discursive », assument une première fonction « négative » consistant à identifier une limite à l'extension de ce qui peut être considéré comme matériellement « correct » ou « justifié ». Sans qu'il soit possible de le développer ici, il convient de noter que les droits de l'homme constituent un ensemble de concepts sous-jacents à la pratique discursive qu'Alexy considère comme étant « nécessairement valides », sur un mode « pragmatico-transcendental », dès lors que le discours a lieu<sup>40</sup>. En somme, les solutions « discursivement impossibles » sont celles qui impliqueraient une négation de ces droits. Cela découle également du fait que l'éthique discursive n'est pas un concept « axiologiquement neutre »<sup>41</sup>, il suppose l'existence d'un ensemble de valeurs dont l'autonomie qu'Alexy considère comme la matrice des droits de l'homme<sup>42</sup>. En tant que les droits de l'homme constituent un système de concepts sous-jacents et valides au cours de la pratique discursive, les normes qui en sont le produit ne peuvent les nier.

Le discours pratique général permet également d'identifier, dans des hypothèses cependant restreintes, des solutions qu'Alexy qualifie de « discursivement nécessaires ». Bien qu'il ne fournisse pas de nombreux détails à l'endroit de ces normes, il note laconiquement qu'elles peuvent se voir identifiées négativement comme prescrivant le contraire des normes qualifiées de « discursivement impossibles »<sup>43</sup>. Il est donc possible d'avancer que seraient discursivement nécessaires les normes exprimant les droits de l'homme.

Enfin, la catégorie de résultats la plus vaste est constituée par les normes dites « discursivement possibles ». Cette catégorie désigne l'ensemble des normes « correctes » dans un cas donné en tant qu'elles sont le produit du processus discursif. Celles-ci peuvent être mutuellement incompatibles entre elles. En vertu des limitations antérieurement exposées, l'hypothèse de l'existence d'une multiplicité de normes possibles dans un cas donné est la plus fréquente. Cette hypothèse, comme le note Alexy, peut à son tour être soumise au discours pratique rationnel afin d'identifier et de justifier des règles permettant de procéder à un choix entre plusieurs normes possibles et mutuellement incompatibles.

### **III.- Les limites inhérentes au discours pratique rationnel et la nécessité du droit pour y remédier**

#### **A.- Un accord incertain et une décision réversible**

Le discours pratique général présente un ensemble de limites. Alexy en évoque un ensemble dans sa thèse de doctorat ainsi que dans des articles ultérieurs<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> R. ALEXY, « Law, Morality, and The Existence of Human Rights », *Ratio Juris*, vol. 25, n° 1, 2012, p. 11.

<sup>41</sup> R. ALEXY, « Problems of Discourse Theory », *op. cit.*, p. 47.

<sup>42</sup> R. ALEXY, « Discourse Theory and Human Rights », *Ratio Juris*, vol. 9, n° 3, 1996, pp. 222-226.

<sup>43</sup> R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>44</sup> R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, pp. 206-208 ; « Problems of Discourse Theory », *op. cit.*, pp. 43-65 ; « A Theory of Practical Discourse », *op. cit.*, pp. 180-183.

Parmi celles-ci, la première limitation est sans doute la plus fondamentale : malgré l'élaboration de ce système de règles identifiant une procédure argumentative permettant la production de décisions qualifiables de « correctes », ce processus ne permet pas, d'une part, de garantir qu'un accord entre les participants puisse être atteint sur tous les sujets et, d'autre part, que l'accord obtenu soit à la fois « final » et « irréversible ».

Cette première limitation est elle-même le produit de trois raisons : 1) Les règles de rationalité (2.1) à (2.3) sont des règles idéales qui ne peuvent qu'être partiellement respectées. En ce sens, elles peuvent s'interpréter comme des idéaux régulateurs. 2) Toutes les étapes de l'argumentation ne sont pas fixées de sorte que des variations procédurales peuvent se produire dans le cadre du discours réel. 3) Tous les discours réels prennent comme point de départ les convictions normatives qui sont celles des participants au moment de la production du discours. Dans la mesure où ces convictions sont contingentes, le discours développé sur des fondements variables peut donner lieu à des résultats différents. Eu égard à cette limitation fondamentale portant sur les normes produites par le discours pratique général, Alexy avance qu'il est important que celles-ci puissent faire l'objet d'une révision après leur adoption si les circonstances le nécessitent.

### B.- La nécessité du droit et du discours juridique

Les limitations antérieurement mentionnées et le caractère non institutionnalisé du discours pratique général donnent lieu à deux difficultés d'un point de vue pratique : 1) si l'accord entre les participants est incertain, la création du « devoir être » est incertaine. De plus, les résultats discursivement possibles constituent la classe de solutions à laquelle le discours pratique donne le plus fréquemment lieu. Le discours pratique général donne donc d'abord lieu à un problème épistémologique qu'Alexy désigne comme « le problème de la raison pratique »<sup>45</sup>. 2) D'autre part, même si l'on parvient à un accord permettant d'élaborer des normes, rien ne garantit que les individus qui ont participé à leur élaboration (qui ont donc exprimé leur consentement à leur endroit) vont respecter leur parole. Le second problème est donc un problème d'efficacité<sup>46</sup>.

Ces deux problèmes se trouvent résolus par l'institution du droit, dans la « positivité » comme le note Alexy<sup>47</sup>, ainsi que par le discours juridique qui permettent de formuler des solutions définitives dont l'efficacité est assurée par un

<sup>45</sup> R. ALEXY, « Inclusive Non-Positivism », *Joaçaba*, vol. 16, n° 2, 2015, p. 288.

<sup>46</sup> Il s'agit d'une difficulté très régulièrement mentionnée par les philosophes politiques notamment contractualistes tels que Hobbes ou Locke ou Kant. Sur ce point, Alexy se réfère essentiellement à Kant : E. KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. fr. J. BARNI, Paris, Auguste Durand, 1853, pp. 166-167. On peut également noter que Radbruch, dont la pensée a eu une influence profonde sur le développement de celle d'Alexy, défendait la même idée : K. WILK, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Cambridge, Harvard University Press, 1950, p. 108.

<sup>47</sup> R. ALEXY, « Inclusive Non-Positivism », *op. cit.*, p. 288.

appareil coercitif<sup>48</sup>. En somme, du point de vue de la raison pratique et de la coordination, l'existence du droit est nécessaire selon Alexy en vertu même des limitations insurmontables du discours pratique général<sup>49</sup>. C'est pourquoi l'existence du droit, permettant d'éviter l'anarchie et la violence, constitue non seulement une nécessité pratique, mais se trouve également soutenue par des arguments proprement moraux fondés sur l'assomption selon laquelle la sécurité constitue une valeur<sup>50</sup>.

Le discours juridique se distingue essentiellement du discours pratique général dans la mesure où il est produit dans le cadre d'un système juridique particulier afin de répondre à une question juridique spécifique. Ainsi, il se trouve limité par un ensemble de procédures légalement instituées qui assurent la production d'une décision. De même, il est limité par l'ensemble des prémisses juridiques constituées par le droit en vigueur qui doit être pris en compte afin d'élaborer et argumenter la décision (loi, règlement, jurisprudence, droit international, etc.).

## Conclusion

Le système d'argumentation pratique élaboré par Alexy constitue une théorie prescriptive de l'argumentation qui permet d'organiser les interactions entre membres d'une même communauté politique. La force de cette théorie réside dans sa prétention à organiser les interactions entre des participants « réels » en ce sens qu'ils sont le produit d'une certaine histoire et sont porteurs de convictions morales, d'une certaine idée du bien et de la justice, qu'ils souhaitent voir réalisées dans le champ politique par le biais de l'élaboration de normes. Le système de règles qui organise le discours pratique permet aux participants d'exposer librement leurs convictions normatives, d'exposer les raisons qui les soutiennent, de les confronter à celles des autres participants et de les faire évoluer au cours de la discussion à l'aune des arguments produits. Ainsi, l'argumentation produite dans un contexte où la liberté et l'autonomie de chacun des participants sont assurées permet de produire des normes « correctes » en tant qu'elles sont le produit de cette activité coopérative qui se traduit par la sélection des meilleurs arguments en réintégrant sur un pied d'égalité l'ensemble des valeurs et intérêts opposés.

Alexy propose donc une théorie qui fournit une réponse alternative au problème du « polythéisme des valeurs » et de la « guerre des dieux ». S'éloignant du principe majoritaire qui implique, comme l'a bien montré Kelsen, une privation de la liberté de la minorité au profit de celle de la majorité, ainsi que la négociation et le compromis entre des groupes opposés, Alexy propose un système visant à

---

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>50</sup> R. Alexy, « Inclusive Non-Positivism », *op. cit.*, p. 288.

permettre la possibilité de construire un consensus entre des personnes et groupes a priori distincts dans un système politique libéral.