

Membre de l'université Paris Lumières

VAZQUEZ Gonzalo Javier

Principios jurídicos y pluralidad de racionalidades

Thèse présentée et soutenue publiquement le **12/07/2022**
en vue de l'obtention du doctorat de **Droit public** de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme. Véronique Champeil-Desplats (Université Paris
Nanterre)
et de M. Juan Pablo Alonso (Université de Buenos Aires)

Jury * :

Co-directrice :	Mme. Véronique Champeil-Desplats	Professeure, Université Paris Nanterre
Co-directeur :	M. Juan Pablo Alonso	Professeur, Université de Buenos Aires
Membre du jury :	M. Éric Millard	Professeur, Université Paris Nanterre
Rapporteur :	M. Carlos Herrera	Professeur, Université Cergy Paris
Rapporteuse :	Mme. Josefa Ruíz	Professeure, Université de Granada

* Vous pouvez rajouter ou enlever des lignes au tableau, ou modifier les fonctions (remplacer Membre du jury par Rapporteur-e par exemple).
N'oubliez pas de supprimer ces deux lignes de texte à la fin de votre rédaction.

PRINCIPES JURIDIQUES ET PLURALITÉ DES RATIONALITÉS

L'analyse concernant la rationalité du phénomène juridique — en tant qu'élément de légitimation et de justification des systèmes juridiques, et de correction des décisions juridiques — s'articule autour de deux axes. D'un côté, la « rationalité du droit » — cohérence et plénitude, justification des normes, etc. —, de l'autre, « la rationalité des décisions juridiques » — interprétation du droit, justification et contrôle de la décision, etc. —. Cependant, les problèmes présents sur le premier plan — le plan théorique— entraîneront inévitablement des répercussions sur le second — le plan théorique/pratique —.

Par conséquent, le présent travail propose un parcours invitant à la réflexion autour de deux plans indissociables — le plan théorique et le plan pratique — permettant ainsi, d'une part, l'étude des « rationalités des théories des principes » — analyse et typologie des grands auteurs de la Théorie du droit —, et d'autre part, des « rationalités des principes » — analyse des rationalités mise en œuvre dans les décisions juridictionnelles faisant appel à des principes juridiques—. Cette analyse permettra de mettre en évidence la grande diversité existant autour de la notion de « rationalité » — dans son utilisation et ses définitions — présente au moment d'aborder les principes juridiques, tant sur le plan théorique que dans sa mise en application pratique.

Dans ce contexte, l'emploi des principes juridiques comme fondement des décisions des tribunaux a été toujours critiqué, notamment, à cause de l'absence de rationalité. Les principes juridiques sont généralement considérés comme l'expression de valeurs, ou bien le reflet de la morale dans l'ordre juridique. Pour cette raison, les règles positives occupent une place de privilège au moment de la justification juridique, c'est-à-dire, elles sont considérées comme rationnelles pour le seul motif d'être codifiées. Néanmoins, les principes juridiques sont aussi rationnels que les règles positives, si l'on considère l'existence d'une pluralité de rationalités – juridique, politique, sociale, économique, etc. –, et non l'idée d'une rationalité unique, *id est*, « la » rationalité formelle-déductive. Par ailleurs, il existe des cas juridiques –*structurals, very hard cases*– qui ont besoin d'une justification fondée pas seulement sur des règles positives, mais aussi sur des

principes juridiques, parce que la règle ne permet pas de résoudre le problème *correctement, avec justesse*.

Or, il est important de signaler qu'il n'est pas nécessaire d'opposer ni les règles aux principes ni la *subsomption* à la *pondération*. Les deux paires peuvent coexister dans le même système normatif et les « conflits » et « collisions » entre eux peuvent être résolues indistinctement. Pourvu que les normes – règles et principes – soient considérées comme des outils à disposition des magistrats pour la résolution d'un conflit, aucun obstacle n'empêchera qu'ils puissent les utiliser sans devoir s'interroger sur leur « validité » ou « hiérarchie ».

Sans même développer cette idée, on peut prévoir que le *positivisme juridique* (au moins le formalisme et normativisme) serait en désaccord avec elle pour des raisons diverses. Ce courant remettrait en cause principalement la validité des *principes* et la manière dont ils peuvent être utilisés dans un raisonnement logico-juridique. Mais ces remises en cause sont concevables depuis la théorie du droit proposée d'une manière générale par ce type de positivisme. En effet, l'inclusion des principes et de la pondération dans la structure rationnelle positiviste provoquerait l'effondrement de ses fondations et, par conséquent, on ne pourrait plus parler de positivisme juridique – on entrerait dans le domaine de la valorisation, la morale, etc.

Les idées reçues enracinées dans un domaine du savoir et dans sa mise en application ne sont généralement pas faciles à remettre en cause. Il est cependant essentiel de les soumettre à un examen détaillé afin de vérifier leur bien-fondé et, éventuellement, de les mettre à jour, de les adapter ou de les modifier. Le formalisme juridique a imposé une certaine cosmovision du droit, tant au niveau de son approche théorique et conceptuelle qu'au niveau de sa mise en pratique. Certains de ces postulats, telles que par exemple la complétude du système juridique ou la notion de législateur rationnel ont été considérés par certains juristes en tant que dogmes et idéaux. Le droit se présente ainsi comme une structure rigide et ritualiste, dépendant du succès performatif de toute une série de fictions sur lesquelles il repose. D'un point de vue formaliste, on considère généralement que toutes les approches prenant en compte des éléments extérieurs au système juridique ne correspondent pas à un schéma rationnel, car elles font souvent appel à des valorations dont les

possibilités de contrôle dépendent de critères subjectifs, émotifs, en d'autres termes, irrationnels. En contrepartie, le formalisme prétend se présenter comme une alternative rationnelle.

De ce point de vue, assumer une posture formaliste par rapport au droit nous amène donc à considérer que la rationalité juridique est celle qui répond à ses présupposés et elle est également celle qui, dans ce travail, est appelée rationalité formelle-déductive. La conception formaliste du droit et sa rationalité formelle-déductive se présenterait comme étant la seule manière d'atteindre l'une des principales valeurs des systèmes juridiques, à savoir la sécurité juridique.

Dans cette perspective, la sécurité juridique équivaldrait à une connaissance préalable et totale des normes contenues dans le système juridique qui, en plus de devoir être objectives et claires, ne pourraient être altérées que par les procédures préalablement établies à cet effet. Par conséquent, tout ce qui va à cet encontre serait considéré par le droit comme un problème, car si les composantes du système juridique ne sont pas parfaitement connues, ne sont pas claires *a priori* et/ou dépendent de l'intermédiation de la personne devant appliquer les normes, alors l'objectivité n'est plus garantie, et par ricochet, la sécurité juridique non plus.

Au vu des éléments ci-dessus exposés, on peut remarquer qu'il existe au moins deux éléments qui, dans la perspective formaliste, sont problématiques : le manque de précision normative et le fait de savoir qui doit mettre les normes en application. Le formalisme cherche à prendre en compte ces deux questions, d'une part en niant — ou du moins en sous-estimant — les problèmes provenant de la *texture ouverte* du droit, d'autre part, bien que cela ait un rapport avec ce qui vient d'être exposé, en limitant le champ d'action des juges. De cette manière, si on considère que les normes juridiques n'ont pas de *zone d'ombre*, les juges n'ont alors plus qu'à appliquer le droit en vigueur qui fournira toujours une réponse claire pour chaque cas. C'est cependant là que naît le débat de savoir si les principes juridiques peuvent être considérés ou non comme étant des normes à part entière d'un système juridique.

En ce sens, la présence de principes en tant que normes intégrant expressément ou implicitement les réglementations juridiques est indiscutable. Il suffit d'observer les législations pour trouver des principes juridiques qui sont en interaction avec les règles dans le système et qui, par conséquent, ne doivent pas être laissés de côté au moment de prendre des décisions les concernant. Les long débats centrés sur les principes juridiques qui, entre autres aspects, remettent en question son caractère normatif illustrent une certaine prise de position concernant la préférence d'un certain type de norme par rapport à une autre. D'ailleurs, les règles positives peuvent être considérées comme étant pour le formalisme l'élément juridique par excellence, leur structure et leur caractère prescriptif répondant aux postulats exposés ci-dessus. En d'autres termes, les règles permettent *prima facie* de garantir l'objectivité et la clarté si chère au formalisme tout en limitant l'intervention des juges dont la seule mission est de découvrir la règle applicable dans chaque cas et de prévoir la conséquence normative prévue, par le biais de la subsomption ou de la déduction. Au contraire, dans le cas des principes juridiques, il arrive généralement que l'un des éléments de sa structure — antécédent ou conséquent — ou même les deux, ne soit pas entièrement déterminé et qu'il ne s'agisse pas non plus d'une norme prescriptive, c'est-à-dire qu'elle ne prévoit aucune conséquence juridique précise. Par conséquent, les principes sont des normes intégrant les systèmes juridiques au même titre que les règles positives, même s'il existe des différences entre les deux, relatives à leur structure logique et à leur mise en application. Cela revient à dire que règle et principe sont deux types appartenant au genre norme juridique.

Toutefois, il ne faut pas rester sur un simple problème d'appellations. L'important est de remarquer que les règles positives ne permettent pas toujours aux magistrats de résoudre un conflit. Ce n'est pas seulement à cause des difficultés propres au langage — imprécision, ambiguïté, etc. — ou de l'existence des problèmes logiques -la présence d'un type de lacune normative, axiologique, etc. ; ou antinomies—, mais parce que certains cas présentent des caractéristiques excédant les problèmes logiques et du langage mentionnés ci-dessus.

Dans ce sens, il serait convenable de proposer une nouvelle catégorie de « cas ». On fait généralement référence aux « cas simples », « cas

intermédiaires » et « cas difficiles ». Bien qu'ils puissent exister d'autres catégories, celles-ci s'avèrent suffisantes pour le développement de cette étude. Ce sont les « cas difficiles » qui présentent les problèmes logiques mentionnés dans le paragraphe précédent – imprécision, ambiguïté, etc. Or, pour résoudre ce genre de cas, les magistrats peuvent suivre le chemin du positivisme (formalisme, normativisme), car bien qu'ils réalisent une sorte d'interprétation ou d'argumentation pour surmonter ces difficultés, c'est finalement la norme positive qui résout le cas. Les lacunes normatives pourraient être l'objet d'une réflexion supplémentaire car ce qu'elles montrent justement c'est le manque d'une norme positive permettant de résoudre le cas. Quoique le magistrat soit obligé de se prononcer, ne pouvant pas s'abstenir sous prétexte de vide réglementaire, on peut se demander si, « remplissant » cette lacune, il ne réalise pas une sorte d'exercice intellectuel de type évaluatif en employant au maximum son pouvoir discrétionnaire. En définitive, ce qu'il fait c'est créer une norme générale dont découle une norme particulière ou individuelle qui résoudra le cas. Cette dernière partie du raisonnement positiviste n'appelle pas d'autres discussions mais le moment de création de la norme positive est un point qui devrait être interrogé davantage.

Il est possible d'affirmer que dans cette situation le magistrat est en train de « valoriser » des principes, et pourquoi pas de les « pondérer », pour en tirer la norme positive générale qui intégrera le système. C'est-à-dire, la rationalité positiviste et la subsomption s'appliquent au moment de la résolution du cas mais pas dans la tâche de solution des problèmes propres aux cas difficiles, pas très clairement au moins face aux « lacunes ». Mais même en laissant de côté cette difficulté, il est intéressant d'analyser les manières de résoudre, depuis les normes positives et la subsomption, ce qu'on appelle les « cas très difficiles ». Quelques juristes les appellent « cas structuraux » – cf. Pr. Mariela Puga – et d'autres, « cas tragiques » – cf. Pr. Manuel Atienza –. Ce qui est important, au-delà de leur dénomination, c'est qu'ils apparaissent comme un type de cas différent aux « cas difficiles ». Ces « cas très difficiles » (p. ex. cas « *Mendoza* », « *Verbitsky* », « *Muiña* » en Argentine, entre autres) présentent des caractéristiques spécifiques qui les rendent encore plus difficiles que les « cas difficiles ». Il ne s'agit plus des problèmes liés au langage ou à l'existence de

lacunes ou antinomies, mais d'autres types d'inconvénients, tels que la pluralité de demandeurs et défendeurs, de normes positives applicables, d'intérêts, etc. C'est-à-dire, ce sont des cas qui ne peuvent pas être résolus par la simple subsomption du fait à la norme positive. Et ceci n'est pas dû à l'existence d'une lacune mais à ce qui suit : soit il y a plus d'une norme pouvant être appliquée au cas sans qu'il existe entre elles une hypothèse de contradiction ou d'antinomie, soit il y a une norme applicable mais elle ne permet pas de résoudre le conflit *correctement*. Cette circonstance est le résultat de la complexité inhérente à ces cas qui défient la logique juridique et argumentative.

Il est important de signaler que ce type de cas implique un changement de paradigme casuistique mais aussi pragmatique, surtout concernant les compétences des magistrats. Dans ce sens, on peut parler du passage d'un « juge Jupiter » à un « juge Hermès » – d'après la terminologie de F. Ost. Les rapports à l'intérieur des sociétés et les conflits qui en découlent évoluent au même titre que ces sociétés. Les magistrats doivent gérer pas seulement les normes nationales mais également les normes internationales, qu'ils doivent tenir de plus en plus en compte. Les conflits soumis par les individus aux tribunaux sont de plus en plus complexes – différents pays, participation des ONG, utilisation de technologie, etc. Face à ces cas, la norme positive se heurte à un nombre croissant de difficultés, car elle ne peut pas par elle-même donner la solution adéquate.

De ce point de vue, le rapport entretenu par les juges avec les règles ne sont pas les mêmes que ceux qu'ils entretiennent avec les principes, bien qu'il s'agisse dans les deux cas d'un lien avec les normes juridiques. Face aux principes juridiques, l'intervention des juges en tant qu'interprètes est inévitable, car ces normes ont besoin d'être déterminées. Plus précisément, si l'on adopte une posture réaliste de l'interprétation, les juges devraient interpréter toutes les normes, y compris les règles, puisque les normes sont toujours des énoncés interprétés. En d'autres termes, les normes n'acquièrent un sens qu'au moment de leur interprétation, ce qui est un acte de volonté et non de savoir. Que l'on adhère ou non à cette posture théorique, il est indéniable, sous n'importe quel point de vue, que les juges ne peuvent appliquer les principes juridiques de la même manière qu'ils appliquent les règles. Et ceci renvoie à la polémique

concernant la pondération en tant que manière d'appliquer les principes, qui peut entrer en conflit avec la subsomption ou, selon certains juristes, la compléter.

Il s'agit de mettre en évidence une problématique théorique et pratique qui trouve son origine dans la reconnaissance des principes juridiques en tant que normes faisant partie des ordonnancements juridiques et qui peuvent par conséquent intégrer les arguments déployés lors de l'adoption d'une décision judiciaire. Dans ce contexte, il est indiscutable que les juges aient à interpréter les principes juridiques afin de déterminer leurs champs d'application factuel et normatif ainsi que la façon dont ils entrent en rapport avec les règles dans un schéma argumentatif. Cette activité est considérée par certains juristes comme étant arbitraire ou discrétionnaire, car les juges doivent avoir recours à des arguments différents de ceux prévus par la norme elle-même, dans le but de définir la portée des principes et de résoudre les conflits pouvant survenir avec d'autres principes au moment de leur mise en application.

En conséquence, il faut reconnaître aux juges une marge de manœuvre, de discrétionnarité, *tacite* dans ces cas selon H.L.A. Hart, mais surtout vérifiable, c'est à dire, passible d'être contrôlée inter-subjectivement à partir des divers cadres théorique-conceptuels dérivés d'une pluralité des rationalités –sociale, politique, économique, etc.-. Si un cas ne peut pas être réduit à l'exercice intellectuel de *subsumption et déduction*, les magistrats doivent pouvoir compter avec un autre outil pour accomplir le devoir de se prononcer afin d'éviter la sanction prévue dans l'article 4 du Code civil français : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

L'une des principales critiques faites à la discrétionnarité est l'impossibilité d'établir des limites claires et, par conséquent, sa similitude avec l'exercice d'un pouvoir arbitraire. Néanmoins, c'est important de remarquer qu'il existe une différence conceptuelle entre discrétionnaire et arbitraire et qu'il faut les distinguer. Le premier concept exige la présence des arguments quoiqu'ils soient (juridiques ou extra-juridiques mais juridiquement pertinents), de justification. Le deuxième concept implique justement l'absence totale des arguments et, pour cette raison, l'impossibilité de soumettre une telle décision au contrôle.

D'un autre côté, ces critiques se basent sur le fait que, dans l'exercice de la discrétionnarité, il ne s'agit pas d'être régit par des lois préalables, objectives et claires, puisque les juges détiendraient un pouvoir supérieur, dans la mesure où ils déterminent le sens des normes lors de chaque interprétation et mise en application, échappant ainsi à n'importe quel type de contrôle rationnel. Il ne s'agit cependant pas là d'un véritable problème, car il est inexact que les arguments employés par les juges lors de l'interprétation et de la mise en application des principes ne peuvent être rationnellement contrôlés. Ils ne peuvent probablement pas l'être dans la mesure où l'on considère que la seule rationalité juridique possible est la rationalité formelle-déductive. Mais si on accepte l'existence d'une pluralité de rationalités faisant partie du droit, on peut alors considérer que chacune d'entre elles fournit des cadres théorico-conceptuels différents, parmi lesquels l'argumentation peut être soumise à un contrôle intersubjectif. De cette façon, dans la mesure où cela se reflète dans l'argumentation, il serait excessif de considérer qu'il s'agit d'un procédé arbitraire, même s'il est vrai qu'il sera discrétionnaire.

Il est important de remarquer que cette proposition n'implique pas qu'il faille toujours exercer la discrétionnarité. Tous les cas qui se présentent ne seront pas toujours difficiles ou structurelles, ce qui détermine en outre, qu'il ne sera pas toujours nécessaire d'y appliquer des principes juridiques. Cela revient à dire qu'il existe des cas qui sont clairs, faciles et que pour la décision les concernant, la rationalité formelle-déductive peut être suffisante pour contrôler les agissements des juges, qui n'ont plus qu'à mettre en application la norme correspondante par le biais de la subsumption et de la déduction.

Bien qu'une grande partie de la présente analyse se soit penchée sur l'approche d'un positivisme formaliste, il ne faudrait pas oublier que la vision du réalisme extrême qui considère que tous les cas sont obscurs, difficiles et que les normes juridiques ne sont que des fioritures, n'en est pas moins faussée. En d'autres termes, que ce soit le formalisme ou le réalisme extrême, ils présentent tous deux une vision du droit idéalisée — dans ses aspects théoriques et pratiques — faisant ressortir certains aspects, mais toujours au détriment des autres.

Il n'est donc pas nécessaire de justifier le fait que les juges doivent intervenir dans la décision judiciaire — ils le font d'ailleurs — en interprétant les normes et

en reniant ainsi leur importance, tout comme il est inutile de créer un enchaînement de présupposés idéalisés qui entrent constamment en conflit avec la pratique, afin de s'assurer que les normes soient au-dessus de ceux qui les mettent en application. Les deux cas de figure existent dans le droit, c'est-à-dire qu'il existe des cas qui sont claires et d'autres obscures, et les juges doivent toujours pouvoir disposer, en premier lieu, d'une marge de manœuvre afin de pouvoir agir dans l'une ou l'autre cas, et par ailleurs, des outils nécessaires — théories, concepts, méthodes, etc. — afin de faire face à toutes les situations, puisqu'elles présentent toutes des caractéristiques différentes et exigent de la part des décideurs des aptitudes intellectuelles — logiques, argumentatives, etc. — différenciées.

Or, ce qui importe ce n'est pas de trouver une manière de justifier seulement que la discrétionnarité peut être exercée rationnellement mais de montrer que, dans certains cas, elle est une exigence nécessaire. C'est vrai que le magistrat qui décide de façon discrétionnaire doit réaliser un effort argumentatif supplémentaire pour éviter de tomber dans une valorisation arbitraire, mais ceci n'implique pas le discrédit de cette manière de raisonner, car il faut avoir toujours à l'esprit la différence entre « rationnel » et « raisonnable ».

On peut faire quelques réflexions autour de la distinction présentée ci-dessus. Elle est liée à un autre débat qui concerne la nécessité de considérer soit *une (seule) méthode rationnelle* pour la résolution d'un conflit – correspondant au système : norme, fait et subsomption –, soit la possibilité d'une *pluralité de rationalités* – tel qu'il est posé par Véronique Champeil-Desplats – qui existent en fonction de divers aspects tels que le contexte judiciaire de la décision, facteurs sociaux, politiques, etc., qui demande *une pluralité des méthodes*. C'est la première proposition qui est exigée, spécialement aux opérateurs juridiques, par le positivisme formaliste et normativiste, c'est-à-dire, la résolution d'un cas via un mode (méthode) rationnel – dans ce cas, il faudrait définir cette *rationalité*. Mais la *pluralité de rationalités* dépasse l'exigence demandée aux magistrats, car elle implique la reconnaissance des éléments différents du « cas » et de la « norme positive » significatifs pour la résolution d'un cas. Ainsi, si on accepte qu'il ne faut pas parler de *la* rationalité mais d'une *pluralité*, cette analyse peut-elle être menée au-delà d'un cas concret et centré sur la figure du magistrat

comme entité abstraite décidant toujours d'une manière rationnelle et ayant les mêmes préoccupations.

Dans ce contexte, les principes juridiques –soient explicites ou implicites- jouent un rôle fondamental parce que, en tant que normes, ils reflètent clairement ces différentes rationalités et ils permettent d'exercer une interprétation normative qui prend en considération des éléments de nature divers, pas seulement normatifs, à savoir, sociaux, politiques, économiques, etc. Cette interprétation peut être exercée seulement avec la reconnaissance de la marge de manœuvre créée par l'exercice d'une discrétionnarité contrôlée.

Une fois ces réflexions faites, on peut conclure qu'il n'est peut-être pas nécessaire de chercher la justification dans le domaine du rationnel car le raisonnable peut remplacer dans de nombreux cas cette exigence, ou bien on peut faire appel à l'acceptation de l'existence de multiples rationalités. Le cadre de la discrétionnarité se trouve justement dans le terrain de la pluralité de rationalités. Si ce n'était pas le cas, le juge ne devrait qu'appliquer la norme qui résout le cas ou bien, par contre, tomber dans l'arbitraire. Mais si le magistrat décide discrétionnairement il/elle se met dans l'obligation d'argumenter, de fonder sa position.

L'apparence de rationalité et d'objectivité exigée par le positivisme formaliste et normativiste – d'où proviennent la plupart des critiques à la discrétionnarité – cache à plusieurs reprises l'exercice de la valorisation, bien qu'elle ne soit pas reconnue comme telle. L'obligation du juge de se prononcer conformément au droit, en appliquant une normative positive valide et en vigueur, a plus d'objectivité que l'obligation du juge de trouver une solution quand, dans le cadre du même système normatif, il ne peut pas résoudre le conflit. Pourtant, ceci n'empêche pas que le magistrat rationnel doive occasionnellement exercer son raisonnement à travers une autre forme – en faisant appel à l'analyse d'une pluralité de rationalités. Au fond, ce n'est que différentes « méthodes » pour arriver à la résolution d'un cas.

Tout ceci implique que le droit soit reconnu comme étant un domaine indéterminé, et également d'accepter que cela n'est pas aussi grave que certaines approches voudraient le faire croire. Au lieu de nier cette

indétermination, négation conduisant à une vision déformée du droit, il serait préférable de proposer des outils permettant de l'aborder et contribuant à l'établissement de critères rationnels à partir desquels le droit pourrait se développer plus amplement. Il s'agit justement là de l'un des principaux objectifs de ce travail de recherche, c'est-à-dire d'apporter différentes typologies de rationalités en interaction avec le droit et à partir desquelles il serait possible d'élaborer des cadres théorico-conceptuels dans le but de développer son champ d'argumentation. Toutes ces rationalités ne cessent d'interagir avec la rationalité formelle-déductive en la complétant.

Il est une fois de plus nécessaire de remarquer que cette rationalité offre une analyse du droit pertinente et en permet une mise en application basée sur des procédures dont la possibilité de correction est très élevée et qui peut être considérée comme *hard logic*. Ainsi, le contrôle des arguments juridiques pouvant naître des rationalités sociales, politiques ou économiques, et même d'arguments non-juridiques mais juridiquement pertinents, est soumis à l'acceptabilité intersubjective de chacune de ces rationalités à partir des cadres théorico-conceptuels qui en découlent. En ce sens, ces rationalités se développent dans un domaine que l'on peut considérer comme étant *soft logic* qui, au-delà du nom que l'on voudra bien lui donner pour le différencier de la *hard logic*, d'une façon ou d'une autre implique qu'il soit en dehors du domaine rationnel. Il ne s'est jamais agi ici d'un problème binaire, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'échanger une rationalité contre une autre ou d'opter pour une approche qui serait rationnelle et l'autre non.

Tous les schémas disposent donc ainsi d'un critère de rationalité et il n'est pas nécessaire d'affirmer que certains sont plus rationnels que d'autres, tout du moins de manière abstraite et absolue, c'est-à-dire, de faire cette allégation sans s'appuyer sur des critères et de manière indiscutable. Ce travail ne cherche pas à balayer l'approche formelle-déductive, très utile pour expliquer certains aspects du droit et pour sa mise en application dans certains cas. Il s'attache au contraire à remettre en question le postulat, l'affirmation dogmatique selon laquelle la rationalité formelle-déductive constitue la seule rationalité du droit. En ce sens, la notion de pluralité des rationalités en tant qu'approche alternative permet d'étendre les limites du droit vers d'autres rationalités dont il peut se prévaloir afin

d'être compris et appliqué d'une manière plus large. Et passer d'une approche à l'autre n'implique pas forcément de passer de la rationalité à l'irrationalité.

Et, de ce point de vue, les principes juridiques deviennent pertinents, car ces normes — à la différence des règles — reflètent la pluralité des rationalités interagissant dans le droit. Ainsi, les principes mettent indubitablement en exergue un contenu juridique, mais qui est également en rapport, selon les cas, avec un contenu social, politique, économique, etc. En ce sens, il existe des cas pour lesquels les principes juridiques disposent d'éléments normatifs — concepts — qui font explicitement référence à ces contenus, mais il existe d'autres cas où l'indétermination caractéristique de ces normes permet d'introduire dans le discours juridique des éléments pouvant être considérés comme non-juridiques ou extra-normatifs, mais juridiquement pertinents pour l'argumentation. C'est donc à travers les principes juridiques que l'on peut observer clairement la pluralité de rationalités qui interagissent dans le droit et qui offrent également un support normatif à partir duquel il est possible d'extraire des arguments de natures diverses.

Mais, à partir de la pluralité de rationalités, il est par ailleurs possible d'interpréter un même principe juridique de différentes manières et il peut par conséquent acquérir plusieurs sens selon la posture idéologique ou philosophique adoptée. Selon le point de vue choisi dans ce travail concernant la théorie réaliste de l'interprétation, l'interprétation sera toujours nécessaire, et par conséquent, il sera impossible de fixer par avance le sens d'un principe quel qu'il soit. Ainsi, chacune des rationalités intégrant le droit — sociale, politique, économique, etc. — permettra une approche différente qui amplifiera le champ d'interprétation, tout en offrant un cadre argumentatif approprié pour justifier rationnellement ces interprétations qui dépasseront souvent la sphère strictement normative. Il est donc de nouveau nécessaire de revenir sur la problématique initiale de cette analyse à la lumière de ces réflexions, c'est-à-dire que si l'on accepte l'existence de diverses formes d'interprétation d'une norme à partir de la présence de différentes rationalités, alors comment est-il possible de soutenir la thèse de l'existence d'une seule rationalité du droit ? Tout comme nous venons de le justifier : cette thèse ne peut être soutenue, elle doit être justifiée. Cependant, au-delà du succès de cette entreprise, en toute rigueur, le champ de possibilités

fourni par les multiples rationalités conformant le droit en enrichit l'analyse, la théorisation et la mise en application.

En ce sens, et en rapport avec le développement concernant la discrétionnarité, une des typologies de rationalité proposées, à savoir, la rationalité juridico-stratégiques basée sur la *Théorie des contraintes juridiques*, permet de montrer qu'il est possible d'identifier au sein des systèmes juridiques des facteurs faisant peser des contraintes sur les opérateurs juridiques devant interpréter les énoncés d'une certaine façon plutôt que d'une autre, et choisir une certaine manière de procéder parmi le large éventail offert par les règles. Par conséquent, la possibilité d'identifier cette rationalité permet de poser, dans le domaine juridique lui-même, l'existence d'une dimension d'analyse concernant l'application du droit échappant à l'approche proposée par la rationalité formelle-déductive et prenant toute son importance dans la mise en application des principes juridiques pour laquelle la marge d'interprétation est nettement supérieure.

Donc, l'idée innovante du projet est d'étudier le concept de principe juridique sous l'angle de la pluralité des rationalités avec lesquelles les mobilisent les acteurs juridiques. En effet jusqu'à présent, les analyses des principes se sont effectuées en présupposant l'existence d'une seule rationalité, à savoir, une rationalité – selon les auteurs – soit juridique, soit morale, sans d'ailleurs que tous ne définissent très précisément ces dimensions. L'hypothèse du projet de thèse est, en se fondant notamment sur les analyses de la philosophie politique et de la sociologie pragmatique -mais aussi de l'analyse économique du droit-, que les divers acteurs qui produisent des normes juridiques et les juges eux-mêmes fondent leurs décisions sur des principes en les mobilisant dans une pluralité d'ordres de rationalité dont il s'agira notamment de dresser une typologie. Il n'y aurait donc pas une rationalité juridique mais plusieurs, ou alors l'unicité est à démontrer, non à postuler.

Le projet s'inscrit dans les réflexions générales actuelles de la théorie et du droit, mais aussi dans celles qui ont pu naître sur la pluralité des mondes ou des ordres de rationalité au sein de la philosophie politique (Walzer, Kymlicka) et de la sociologie pragmatique (Boltanski, Thévenot, Heinich).

Dans cette optique, les auteurs retenus pour réaliser cette étude sont ceux dont les propositions offrent un cadre d'analyse propice à une *approche pluraliste*. Dans le cas de Walzer, cela est indubitable puisqu'il est l'un des représentants du pluralisme au sein de la philosophie politique et que par conséquent, son travail concernant les *sphères de la justice* permet de concevoir et de justifier la pluralité des rationalités dans le droit. Les différentes propositions de dynamiques entre les biens sociaux, leurs critères respectifs ou principes de distribution et leurs répercussions sur la possibilité de penser une société plus juste, offrent des champs d'analyse différenciés donnant naissance à des débats autour de divers contextes argumentatifs.

Pour leur part, dans le domaine de la sociologie pragmatique, Boltanski et Thévenot présentent également des développements orientés vers la pluralité. En ce sens, Boltanski a tout d'abord proposé une étude des *comportements situés* qui ont amené à faire référence à divers *régimes d'action* — l'amour, la justice, la routine et la violence — qui, lorsqu'on aborde le rapport des personnes entre elles, ou celui qu'elles entretiennent avec les objets, permet de mettre en place différents *schémas grammaticaux* qui sont justement pluriels et en interaction — il existe en effet la possibilité de passer d'un régime d'action à l'autre —. Pour sa part, Thévenot a également développé une analyse reposant sur divers *régimes d'action* — de proximité, du plan, de ce qui est public (de la justification) —. En ce sens, dans le cadre du développement concernant la dynamique au sein du régime de la justice — commun aux développements de ces deux penseurs —, Boltanski et Thévenot proposent une pluralité de *schémas argumentatifs* — les *mondes* et les *villes* — constituant divers *ordres de légitimité morale (ordres de grandeur)* au sein desquels se déroulent les disputes publiques concernant le bien commun. Chacun de ces schémas fait référence à différents *principes de justice* permettant ainsi de penser des théories de la justice différenciées ou une théorie d'*ensembles*, telle qu'elle est proposée par Will Kymlicka. Ce dernier contribue également à établir un rapport entre l'approche pluraliste et le *multiculturalisme* permettant ainsi une analyse juridique des *minorités nationales* ou *groupes ethniques* basée sur des concepts telle que la *citoyenneté différenciée* dans le cadre d'États multinationaux ou polyethniques.

Finalement, Il ne faudrait pas oublier de mentionner les apports de Heinich qui, dans le contexte ci-dessus exposé, ont permis d'offrir une analyse basée sur une *sociologie des valeurs*. En ce sens, cette auteure fournit un outil très pertinent : une *grammaire axiologique* servant à analyser les discussions autour des valeurs impliquées dans divers *registres* au sein desquels on retrouve le juridique. Pour sa part, Heinich met également l'accent sur l'existence d'une *pluralité de valeurs* et considère que le *pluralisme* s'adapte mieux que le monisme aux choses humaines.

Il est donc possible de comprendre pourquoi le choix de ces auteurs revêt une grande importance dans ce travail de recherche. Bien que leurs théories intègrent d'autres domaines d'étude, l'approche pluraliste en est le facteur commun et, c'est la raison pour laquelle leurs analyses reposent sur des propositions s'éloignant des visions universalistes qui limiteraient le champ de leurs objets d'étude. Pour ce qui est du domaine juridique, il n'est pas tellement éloigné de ces développements et cela permet de tirer des conclusions qui, bien qu'elles émanent de la philosophie politique et de la sociologie pragmatique peuvent servir pour le droit.

C'est à partir de ces propositions que l'on peut poser les typologies de rationalité sociale et de rationalité politique qui, au sens strict, ne sont pas non plus les seules rationalités existantes, chacune d'entre elles impliquant à son tour une pluralité de rationalités. Et, à partir de ces rationalités, il devient possible d'obtenir des cadres théorico-conceptuels d'où sont extraits des arguments pertinents servant à l'analyse et à la mise en application du droit.

En ce qui concerne la/les rationalité(s) sociale(s), il est nécessaire de mentionner que si une norme est une prescription, un impératif d'action — ou d'omission —, elle est soutenue par une valeur susceptible de la justifier, ces valeurs sont souvent implicites, mais cela ne signifie pas qu'elles n'existent pas. Ces valeurs deviennent explicites dans le cas où il existe des controverses — des *disputes en justice* (tels que l'expriment Boltanski et Thévenot), des tensions normatives. Cela revient à dire que les valeurs deviennent explicites au moment de la critique ou de la justification. Par le biais du développement de cette rationalité socio-axiologique, on cherche à mettre en évidence, entre autres, le niveau axiologique sous-jacent au niveau normatif — et même parfois présent sur le plan normatif

et/ou pendant le processus d'interprétation et d'application du droit — qui devient juridiquement pertinent au moment de la décision dans des cas où il est nécessaire d'avoir recours à des arguments de type social.

Par ailleurs, si l'on a choisi d'incorporer cette approche sociale dans ce travail, c'est parce qu'elle présente la possibilité d'ajouter de l'objectivité aux références valoratives dans l'analyse du droit. Il ne s'agit pas ici de dépasser les positions concernant le rôle des valeurs dans le droit, mais plutôt de chercher à contribuer à positionner le débat axiologique dans un cadre d'objectivité permettant d'éviter de laisser de côté les réflexions valoratives pouvant se révéler juridiquement pertinentes par le fait d'être considérées comme étant irrationnelles. La présence d'arguments valoratifs dans le processus de justification des décisions judiciaires est indiscutable, au-delà des points de vue théoriques dont on se réclame concernant la présence et le rôle des valeurs dans le droit. Et tout comme cela vient d'être dit, toutes les références axiologiques ne font pas appel à des valeurs absolues et universelles, mais il existe au contraire différents contextes et registres dans lesquels il est possible d'observer une dynamique argumentative particulière renvoyant à l'idée de valeurs pouvant être justifiées — des valeurs fondamentales — et à partir desquelles il est possible d'extraire des arguments juridiquement pertinents et utiles pour la décision dans certains cas présentant des difficultés particulières. En ce sens, la principale contribution de la sociologie axiologique de Heinich pour l'analyse juridique est d'avoir proposé un outil d'analyse et de justification pour les discussions valoratives pouvant avoir lieu — et ayant effectivement lieu— dans le domaine du droit, tout en mettant en exergue l'existence d'une pluralité de valeurs qui s'articulent dans des contextes différents au sein desquels se forment des cadres argumentatifs pertinents pour la justification juridique.

Pour leur part, en ce qui concerne la/les rationalité(s) politique(s), il est nécessaire de mentionner que le rapport entre l'analyse juridique et la science et la philosophie politique est complexe au niveau de ses fondements et diverse en ce qui concerne ses points de contact. Cependant, ce rapport a permis de grandes avancées dans le droit, dans la mesure où il contribue à l'intégration dans l'analyse juridique d'une approche complexe et dynamique de certains concepts, établissements et institutions pertinents pour le droit, mais qui sont

également étudiées dans la perspective de la science et de la philosophie politique — État, division des pouvoirs, légitimité, contrainte, etc. — permettant l'incorporation d'une dimension d'analyse élargissant le champ d'étude du droit, celui-ci se limitant généralement à un aspect formel — normatif —. Elles contribuent non seulement à cet élargissement, mais elles donnent également du dynamisme à cette analyse. Dans cette optique, à partir des rationalités politiques proposées, il est indispensable d'analyser les dynamiques internes au sein des différents contextes sociopolitiques afin de comprendre les rapports déterminant la pertinence de certains biens sociaux ainsi que leurs critères de distribution, ce qui implique de faire référence à la notion de justice. Ainsi, en évitant de se référer à des propositions abstraites et universelles, nous sommes invités à penser de manière plus locale, c'est-à-dire, à un niveau culturel, là où il est possible d'observer différents ensembles de significations ainsi que diverses valeurs permettant la description et la compréhension, d'une part des différentes dynamiques d'organisation politique et sociale relatives à chaque groupe et d'autre part, la manière de comprendre la valeur justice et le rapport qu'elles entretiennent avec elle. Par conséquent, c'est la possibilité d'analyser le droit dans une optique pluraliste, impliquant à son tour des considérations appartenant à la philosophie politique et ayant une dimension morale, culturelle et institutionnelle, qui rend judicieux le fait d'aborder cette thématique par le biais d'auteurs tels que Walzer et Kymlicka. Il est alors possible d'observer dans les deux cas, le rapport complexe existant entre le droit et la politique — ainsi que ses multiples représentations — et ils offrent par ailleurs des cadres théorico-conceptuels pertinents dans le développement de la pluralité des rationalités dans le droit.

Finalement, en ce qui concerne la rationalité économique, il est d'une importance capitale d'incorporer l'analyse économique au droit, afin de pouvoir disposer d'un ensemble de notions qui, en se fusionnant, finissent par former un outil essentiel pour aborder certaines décisions juridiques spécifiques. Il est nécessaire que les opérateurs juridiques intègrent certaines notions relatives à cette approche afin de pouvoir justifier leurs décisions par l'intégration du plus grand nombre possible de circonstances touchant au cas dont il est question — théorie de jeux, théorie de prix, d'équilibre, d'efficacité, etc. —. Dans les cas qui impliqueraient une

dimension économique — budgétaire, fiscale, contractuelle, etc.— la possibilité de pouvoir s'appuyer sur un cadre théorico-conceptuel et sur un discours permettant le dialogue avec la sphère normative du droit, devient essentiel. Et ceci dans la mesure où l'on prétend résoudre un cas en termes de justesse, c'est-à-dire, en ajustant la décision à chaque cas en particulier, mais pas seulement en ce qui concerne la norme sur laquelle reposerait la solution normative, mais également en prenant en compte une autre dimension du droit qui se révèle essentielle dans sa compréhension en tant que phénomène complexe, telle que la dimension économique. Il est ainsi possible de penser différentes manières à travers lesquelles interagissent les normes avec la rationalité économique dans le cadre d'un raisonnement juridique bien déterminé. L'enjeu en est une fois de plus, la combinaison de deux domaines du savoir, de deux discours et de deux méthodes différentes.

Par conséquent, l'intention de cette étude est de repenser la Théorie du Droit à partir d'une pluralité de rationalités complémentaires, ce qui permettrait, d'une part, d'élargir l'éventail de l'analyse du droit en tant que phénomène complexe, c'est-à-dire, en le considérant comme plus qu'un ensemble de normes positives ; et, d'une autre, de transposer cet élargissement dans la pratique des opérateurs juridiques, de telle sorte que des multiples rationalités analysées puissent découler différents registres discursifs —le social, le politique, le économique, etc.— pour justifier les décisions judiciaires, entre autres.

Dans cette perspective, l'approche offerte par la pluralité de rationalités devient le point de départ pour penser les théories, les concepts et les institutions juridiques qui ont longtemps été au cœur du droit. Cette approche permet également d'aborder les phénomènes juridiques dans toute leur amplitude sans qu'ils soient limités par leur aspect normatif. Les normes juridiques trouvent leur origine dans différents événements, problèmes, besoins et réclamations surgissant sur le plan social, politique et économique. Le droit cherche à y apporter des réponses, mais il ne faudrait jamais oublier d'où elles tirent leur origine, puisqu'en définitive, les normes juridiques sont justement conformées par ces problèmes, ces besoins, etc. Les normes juridiques, au moment d'être sanctionnées ne devraient pas devenir hermétiques et imperméables aux influences du contexte.

Le droit est un outil essentiel dans la cohabitation sociale et dans la coordination des liens existant entre la société et l'État et entre les États entre eux. Tous ces liens reposent sur des circonstances qui ont besoin de normes, mais ils exigent également, et de manière de plus en plus pressante et fréquente, de prendre du sens, d'être compris et qu'on y soit sensible. Et ces niveaux d'analyse ne peuvent exister qu'au niveau social, politique et économique. Ainsi, parier sur la pluralité de rationalités, c'est parier sur une ouverture du droit vers des horizons oubliés et sur le rétablissement de son rapport avec le contexte, et plus particulièrement, avec la dimension humaine qui sont trop souvent délaissés — ou cachés — par l'objectivité et la clarté des textes de loi.