

Principes

András JAKAB

Investigador contratado M. García-Pelayo au Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid)

RESUME. — Cet article montre qu'une utilisation sophistiquée du paradigme traditionnel des règles (en particulier en matière de description de droits fondamentaux) rend le concept de principe logiquement distinct de règles qui seraient simplement superflues (au sens de Dworkin ou Alexy). Selon l'auteur, la désignation comme « principe » souligne une importance mais elle ne dit rien de la structure logique. Cela montré, l'article propose comme conclusion une description systématique des différentes fonctions des principes.

Mots-clés : Principe, Dworkin, Alexy

I. — QUE SONT LES PRINCIPES ?

Au cours des dernières décennies, différentes théories sont apparues, pour lesquelles les principes ont une structure logique distincte des règles.¹ Dans cet article, il importera d'exposer les plus importantes de ces théories et de les analyser de manière critique afin de présenter une nouvelle contribution au concept et à la fonction des principes.²

1 Je remercie, pour leurs indications utiles et leurs critiques Robert Alexy, Carsten Bäcker, Mátyás Bódig, Martin Borowski, Irène Couzigou, David Duarte, Arthur Dyèvre, Matthias Goldmann, Tamás Györfi, Stefan Häußler, Jan-Reinard Sieckmann et Grégoire Webber.

2 Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956 ; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977 ; Robert Alexy, « Zum Begriff des Rechtsprinzips » in *Rechtstheorie*, 1979, Beiheft 1, 59-87 ; *ibid.*, *Theorie der Grundrechte*, 1985 ; *ibid.*, « Zur Struktur der Rechtsprinzipien », in Bernd Schiller, Peter Koller, Bernd-Christian Funk, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, p. 31-52.

1.1 *Les principaux auteurs de la seconde moitié du XX^e siècle*

En langue allemande, l'un des livres faisant le plus autorité sur la problématique des principes est l'ouvrage de Joseph Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956).³ En guise de point de départ, il est intéressant d'opérer une comparaison entre ce livre et l'ouvrage faisant le plus autorité sur le sujet en langue anglaise, *Taking Rights Seriously* (1977) de Ronald Dworkin.

Les deux auteurs soulignent que, dans l'ordre juridique, les principes (*principles, Grundsätze*) présentent une structure logique distincte de celle des règles (*rules, Normen*), comprenant par là qu'il y a non pas seulement une distinction graduelle, mais une séparation radicale. Il y a cependant entre les deux auteurs des différences essentielles. 1. Premièrement, d'après Esser, le principe (*Grundsatz*) implique pour le juge une plus grande marge de manœuvre, puisque le juge doit donner forme à ces principes. Chez Dworkin en revanche, le principe sert au contraire précisément à restreindre la latitude d'action du juge.⁴ Chez Esser, le principe est une justification de la décision ; chez Dworkin, il est plutôt une consigne (une directive juridique obligatoire).⁵ 2. Deuxièmement, l'exclusion de la morale est caractéristique chez Esser.⁶ Chez Dworkin, toutefois, les principes sont des principes éthiques dont la présence dans l'ordre juridique prouve justement le caractère intenable d'une séparation positiviste du droit et de la morale. 3. Et troisièmement, les principes juridiques, chez Esser, ne prennent corps qu'au travers de leur utilisation par le juge dans sa décision.⁷ Chez Dworkin, au contraire, les principes juridiques ne valent que parce qu'ils sont justes (présupposant qu'ils sont cohérents avec l'ordre juridique auquel ils se rapportent).⁸

Déterminer qui, sur ces questions, a raison nous importe peu à ce stade. Ce qui importe bien plus, c'est ce qui rassemble les deux auteurs, c'est-à-dire la question de ce qu'est cette « différence de structure logique ». Qu'est donc d'après ces auteurs la différence entre les principes, d'un côté, et les règles ou les normes, de l'autre ? Il est impossible de trancher la différence de vue qui les

3 On peut citer comme prédécesseur d'Esser l'Autrichien Walter Wilburg : *Elemente des Schadensrechts*, 1941 ; *ibid.*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950 [Rektoratsrede]. Il conçoit sous le vocable « éléments » des principes fondamentaux d'un matériau juridique ou d'une institution de droit. Les « éléments » possèdent d'après lui une structure plus ou moins importante et ont un rôle de systématisation et d'orientation.

4 José Antonio Pascua, « Die Grundlage rechtlicher Geltung von Prinzipien – eine Gegenüberstellung von Dworkin und Esser », in Giuseppe Orsi (éd.), *Prinzipien des Rechts*, 1996, p. 24.

5 Cf. Esser (note 2), p. 51 et s.

6 Pascua (note 4), p. 22 note 31. C'est pourquoi on peut ranger Esser parmi les positivistes, voir Ewald Wiederin, « Regel – Prinzip – Norm. Zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser », in Stanley L. Paulson, Robert Walter (éd.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985-86*, 1986, p. 155. Sur les similarités entre Hart et Esser voir Pascua (note 4), p. 18.

7 Pascua (note 4), p. 19 et s.

8 Pascua (note 4), p. 28.

oppose sans répondre à cette question. Éclaircir la nature de cette différence est donc une question préalable à toutes les autres.

Pour répondre à cette importante question il nous faut nous tourner maintenant vers Robert Alexy. Partant de Dworkin, mais connaissant aussi la théorie de Esser,⁹ Alexy a travaillé sur cette différence de manière plus fine et détaillée que ces deux auteurs.

Alexy considère que le critère de distinction de Dworkin ne tient pas – selon ce dernier, les règles, par opposition aux principes, ont un caractère de tout-ou-rien et les exceptions doivent normalement pouvoir être énumérées. Pour les règles comme pour les principes, il s'agit en effet précisément d'exceptions qui ne peuvent être énumérées.¹⁰ Les règles n'ont un caractère de tout-ou-rien que dans le cas où l'on présuppose une clause de réserve selon laquelle les règles ne sont applicables qu'à partir du moment où « ce n'est pas par rapport à un principe que quelque chose d'autre est proposé juridiquement ». Le problème, cependant, c'est que dans ce sens même les principes ont un caractère de tout-ou-rien. Par conséquent, ce critère de différence doit être abandonné.

À la place, Alexy propose d'appliquer comme critère de distinction l'« optimisation » (« *Optimierung* »).¹¹ D'après celui-ci, les principes sont des ordres d'optimisation, c'est-à-dire des ordres auxquels on peut se conformer à différents degrés (thèse de l'optimisation). « En revanche les règles sont des normes auxquelles on ne peut que ou bien se conformer ou bien ne pas se conformer ». ¹² Elles sont donc des ordres définitifs. Grâce à cette formulation, Alexy a profondément reformulé le critère de Dworkin de telle sorte que l'argument ci-dessus, concernant la clause de réserve, ne peut plus être attaqué.

L'autre différence apparaît – selon Alexy – dans le cas de collision. Dans les conflits entre règles, la collision est surmontée ou bien par des règles relatives aux collisions (par exemple, *lex posterior*), ou bien par le fait que l'une des règles est déclarée non valide. Les conflits entre principes sont au contraire résolus par le fait que les circonstances de l'espèce conduisent à établir une relation de « préséance » conditionnée entre les deux principes concernés (loi de collision),¹³ c'est-à-dire que les conséquences juridiques qu'elle génère

9 Alexy, *Zum Begriff* (note 2), p. 67 ; *ibid.*, *Zur Struktur* (note 2), p. 31.

10 Alexy, *Zum Begriff* (note 2), p. 68 et s.

11 Alexy, *Zum Begriff* (note 2), p. 79 et s. a encore évoqué la différence entre « le devoir-être idéal » (*ideales Sollen*) et « le devoir-être réel » (*reales Sollen*). Selon lui, « le devoir être idéal » est « tout devoir être qui n'implique pas que ce qui doit être est véritablement possible de manière pleine et entière en fait et en droit, mais requiert en revanche une réalisation la plus complète possible ou approximative », voir *ibid.*, p. 81. Les autres différences (la généralité ou la manière dont ils se comportent dans les cas de collision, voir *infra*) s'expliquent par cette différence. Dans son dernier résumé, *Zur Struktur* (note 2), p. 31 et s., Alexy n'a plus évoqué ce concept, et a parlé seulement de l'optimisation comme critère de distinction. C'est pourquoi nous ne traitons pas ici le critère complexe et vague du « devoir être idéal », mais nous abordons seulement la nouvelle formulation d'Alexy concernant le critère de distinction.

12 Alexy, *Zur Struktur* (note 2), p. 32.

13 *Ibid.*, p. 34.

s'appliquent. Les conflits opposant deux droits fondamentaux sont typiques de ces conflits entre principes.

Et la dernière différence réside selon Alexy dans le fait que les principes ont une formule de type plus-plus. Le libellé en est le suivant : « plus le degré de non-respect ou d'atteinte à l'un des principes est élevé, plus grande doit être l'importance que revêt le respect de l'autre principe ».¹⁴ Cela signifie que, dans ces cas, le juge n'a pas à subsumer (comme dans le cas des règles), mais au contraire à peser le pour et le contre (« loi de la mise en balance »). Il résulte de cette mise en balance que la théorie des principes implique le principe de proportionnalité et que celui-ci implique celle-là.¹⁵

Les objections dont ce concept peut faire l'objet seront étudiées ci-après.

1.2 *Objections*

1.2.1 *Mise en balance ?*

D'après l'objection soulevée par Jürgen Habermas, la mise en balance des principes n'est pas acceptable parce qu'alors les règles ne sont plus des atouts.¹⁶ C'est-à-dire qu'alors on peut poser des limites aux droits fondamentaux.

En fait, il est vrai que selon ce concept des principes (d'Alexy), les droits fondamentaux ne sont pas sans limitations. Mais ils ont un noyau solide, et plus l'atteinte est élevée, plus la protection du droit fondamental correspondant est forte. Les droits fondamentaux peuvent donc être délimités, mais seulement dans le respect du principe de proportionnalité.¹⁷ L'objection d'Habermas n'est donc pas convaincante.

1.2.2 *Optimisation ?*

D'autres objections sont émises à l'encontre de la nature « optimisante » des principes. L'une d'elle provient de Aulis Aarnio et de Jan-Reinard Sieckmann.¹⁸ Selon elle, les principes et les règles n'ont pas de caractère distinct parce que dans le cas de l'optimisation également « *either one does or does not optimize. For example in the case of conflict between two value principles, the principles must be brought together in the optimum manner, and only in the optimum manner* ».¹⁹ Les ordres d'optimisation ont pour cette raison la structure de règles.

¹⁴ *Ibid.*, p. 36.

¹⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁶ Jürgen Habermas, *Der Einbezug des anderen*, 1996, p. 368.

¹⁷ *Antwort von Alexy, Zur Struktur* (note 2), p. 50 et s.

¹⁸ Aulis Aarnio, Jan-Reinard Sieckmann, « Taking rules seriously », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1990, Beiheft 42, p. 187 ; Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990, p. 65.

¹⁹ Aarnio, Sieckmann (note 18), p. 187.

Le problème concernant cette objection est qu'elle mélange les niveaux méta et d'objet.²⁰ Un ordre optimisant ne doit en effet pas être mis au même niveau qu'un ordre d'optimiser. En tant qu'ordre d'optimisation, ils ne doivent pas être optimisés, mais être respectés en optimisant.

Une autre objection à l'encontre de l'optimisation est à rattacher au nom de Jürgen Habermas.²¹ Selon lui, les principes d'Alexy ont un caractère téléologique qui ne doit pas être lié au caractère binaire du droit (objection téléologique). Le droit signifie en effet ou bien oui, ou bien non (codification binaire de la revendication à la validité ; justesse sans équivoque).

En réponse à cette objection on peut dire qu'il y a en droit de très nombreuses situations qui ne peuvent pas être résolues de manière binaire.²² Par exemple, pour des demandes de dommages et intérêts il y a toujours une mise en balance.

Les réponses aux objections à l'encontre du caractère d'optimisation nous semblent être convaincantes.

1.2.3 Une structure des principes différente à l'appui de l'exemple des collisions ?

D'après une autre objection émise par Manuel Atienza et Juan Ruiz Manero, on pourrait transformer les principes par une reformulation en normes de type tout ou rien.²³ Chaque principe (en général un droit fondamental) peut en effet être assorti d'une clause générale de réserve du type « et à moins que quelque chose d'autre ne s'offre du seul fait de l'existence d'un principe courant d'un poids supérieur ». Ainsi, des principes deviennent aussi des normes de type tout ou rien.

Le problème, s'agissant de cette objection, c'est que le terme *poids supérieur* implique lui-même une mise en balance.²⁴ Ce qui en effet a un *poids plus élevé* est en soi une question de mise en balance. Ainsi la pesée du pour et du contre ne peut pas être évitée ; elle doit au contraire être explicitée dans la clause de réserve.

Une autre réponse pourrait être que certes les principes peuvent être transformés en un tout ou rien par le biais de la clause de réserve, mais cela ne va pas jusqu'à signifier qu'ils sont eux-mêmes des normes de type tout ou rien. Sinon on n'aurait pas besoin de la clause de réserve. Grâce à l'insertion de la clause de réserve, seul le méta-précepte d'optimisation est exprimé par le texte. Ainsi Ruiz Manero et Atienza commettent la même erreur, comme également Aarnio et Sieckmann (voir ci-dessus 1.2.2 Optimisation ?) qui mêlent, au niveau de l'objet, le caractère de tout ou rien du méta-précepte et le caractère de mise en balance des principes.

20 Réponse par Alexy, *Zur Struktur* (note 2), p. 38 et s.

21 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. 1994, p. 310 et s.

22 Réponse par Alexy, *Zur Struktur* (note 2), p. 47 et s.

23 Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, 1998, p. 9 et s.

24 Réponse par Alexy, *Zur Struktur* (note 2), p. 45.

1.2.4 Plus-plus ?

D'après une critique émise par Ota Weinberger en partie à l'encontre du concept d'Alexy développé ci-dessus, les principes n'ont pas de caractère du type plus-plus.²⁵ Un bon contre-exemple est le *ne bis idem* qui est le principe de base en droit pénal dans la plupart des ordres juridiques contemporains, et qui pourtant n'a apparemment pas de caractère de type plus-plus.

Le concept d'Alexy est donc – selon Weinberger – à modifier en ce que les principes sont certes des ordres d'optimisation, mais sans que cela signifie pour autant qu'ils ont un caractère de type plus-plus.²⁶ Jusqu'à quel point les ordres d'optimisation sont possibles sans avoir un caractère de type plus-plus, on ne l'examinera pas ici, et justement parce qu'une objection bien plus convaincante [1.2.5 Un concept superflu] rend cette différence logique de Weinberger superflue.

1.2.5 Un concept superflu

1.2.5.1 L'argument

D'après la dernière objection – décisive –, le concept de « principes logiquement distincts des règles » est simplement superflu.²⁷

Pour comprendre pleinement cette objection, nous avons besoin de faire une petite parenthèse sur la nature des concepts de la théorie du droit.²⁸ Les concepts de la théorie du droit servent à décrire les mécanismes de fonctionnement et les structures de l'ordre juridique.²⁹ La définition d'un concept de la théorie du droit n'est pas « fausse » ou « vraie », mais elle est conforme à un but. Concernant la définition d'un concept de droit positif, on peut dire si c'est vrai ou faux. Par exemple le § 13 du Code civil allemand détermine la définition du consommateur dans le code. Celui qui utilise dans le contexte du code une définition qui contredit celle-ci, utilise une fausse définition. Mais les concepts de la théorie du droit sont à ce sujet bien plus compliqués : en ces cas, il n'existe pas de référentiel direct.³⁰ La seule chose qui compte, c'est la

25 Ota Weinberger, « Revision des traditionellen Rechtssatzkonzeptes », in Bernd Schiller, Peter Koller, Bernd-Christian Funk, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, p. 64 ; cf. l'opinion adverse d'Alexy, *Zur Struktur* (note 2), p. 36.

26 Weinberger (note 25), p. 64 ; il reconnaissait certes la forme logiquement spéciale des principes, mais non pas comme une norme de type « plus x, plus y ».

27 András Jakab, « A magyar jogrendszer alapelemei », in *Jogelméleti Szemle* <http://jesz.ajk.elte.hu/> 2003/1, 2.4.

28 Voir de manière plus détaillée, notre point de vue dans : András Jakab, *A jogszabálytan főbb kérdéseiről*, 2003, p. 19 et s.

29 Friedrich Koja, Walter Antonioli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1996, p. 2. De même (avec une autre terminologie) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, p. 15 : notions du droit et notions de la science juridique.

30 À moins qu'il ne s'agisse d'une définition telle que « le concept du principe chez Alexy, c'est que... » ou « par le terme de principe on comprend le plus souvent... ». Dans ces cas, on peut naturellement dire que la définition est vraie ou fausse. Ceux-ci n'étaient que des termes de théories du droit secondaires, où il ne s'agissait que de savoir ce que d'autres pensaient sur le

conformité au but, et le but des concepts de la théorie du droit est l'explication. Alors on doit préférer le système des concepts de la théorie du droit qui a le plus de force explicative, c'est-à-dire qui peut expliquer 1. la plupart des apparitions juridiques 2. libres de toute contradiction et 3. le plus simplement qui soit. (4. Parfois les facteurs politiques et idéologiques jouent aussi un rôle.)³¹

Il résulte de tout cela une autre différence importante entre les concepts du droit positif et ceux de la théorie du droit. Lorsqu'il s'agit d'un concept du droit positif, on ne peut pas simplement « oublier » ce concept. On peut se disputer au sujet des différentes définitions, on peut même argumenter en faveur de définitions (semblant) *contra legem*. Seulement il y a une chose qu'on ne peut pas : rejeter le concept comme superflu. Cela on peut le faire seulement dans le cas d'un concept de théorie du droit. Et ce, lorsqu'ils ont une plus mauvaise force explicative que d'autres concepts de la théorie du droit (qui entrent en concurrence). Si, donc, on peut mieux parvenir à expliquer l'ordre juridique avec un nouveau concept, alors nous pouvons jeter l'ancien concept à la poubelle.

Notre thèse s'énonce ainsi : le concept de la théorie du droit, dit « des principes logiquement et structurellement distincts des règles », est simplement superflu. Les mêmes apparitions juridiques qu'il explique peuvent aussi s'expliquer sans lui. Il est donc superflu d'introduire encore un concept, car par là l'explication devient plus complexe. La présence de plusieurs concepts de la théorie du droit suppose en effet une explication plus complexe.

Qu'explique le concept de principes logiquement distincts des règles ? L'application du droit. La question est donc de savoir si une explication aussi plausible mais plus simple (plus économe de concepts) est également possible sans ce concept. Nous pensons que c'est possible. Les « principes logiquement distincts des règles » sont en effet concevables également en tant que règles indéterminées, abstraites et à concrétiser par l'application du droit.

À titre d'exemple, on examinera ici l'arrêt *Lebach* de la Cour constitutionnelle fédérale, qu'Alexy a également analysé.³² C'est justement pour cela qu'on analysera cet arrêt, pour que « le bon exemple » d'Alexy puisse être ainsi nié.

En l'espèce, il s'agissait du fait que la chaîne ZDF voulait diffuser une émission sur un assassinat commis à Lebach, et voulait y faire figurer le nom du complice. Le tribunal a rejeté la requête du complice d'une ordonnance pro-

droit. Dans le cas d'une définition primaire, où nous cherchons nous-mêmes une explication d'apparitions juridiques déterminées, ce n'est pas le cas.

31 Par exemple, concernant l'arrière-plan idéologique qui préside à la répartition de l'ordre juridique en un droit privé et un droit public, voir l'essai de Robert Walter *in Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung. Gespräch über Wege zur Vermeidung der Zersplitterung des Privatrechts und zur Überwindung des Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht in Strobl am Wolfgangsee am 6. und 7. Juni 1969*, s. d., p. 49 et s., spéc. p. 50 et s. Concernant l'arrière plan idéologique de la doctrine de la hiérarchie des normes, voir Theo Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, 1975, p. 32 et s.

32 BVerfGE 35, 202.

visoire qui aurait interdit la diffusion. Le complice a interjeté appel contre ce rejet devant la Cour constitutionnelle fédérale.

La problématique *expliquée par les principes* (au sens d'Alexy), se présente de la façon suivante:³³ le principe de la protection d'une personne (art. 1 paragraphe 1 de la Loi fondamentale) et le principe de la liberté d'information par l'audiovisuel (article 5 paragraphe 1 phrase 2 de la Loi fondamentale) entrent ici en collision. Selon Alexy, savoir à quel principe on doit ici donner la préséance dépend de la mise en balance des *conditions concrètes* de l'espèce. C'est sur la base de cette mise en balance que la Cour constitutionnelle fédérale a finalement, dans ce cas, donné la priorité à la liberté d'information.

Mais nous pouvons arriver au même résultat juridique à l'aide d'une *explication par les règles* (d'Alexy). Les deux règles (article 1 paragraphe 1 de la Loi fondamentale et article 5 paragraphe 1 phrase 2 de la Loi fondamentale) sont des règles très générales qui doivent être interprétées dans le cas concret de l'espèce. La Cour constitutionnelle fédérale a ici considéré que la règle sur la protection de la personne (article 1 paragraphe 1 de la Loi fondamentale) n'était pas applicable (elle a interprété la disposition de la Loi fondamentale de telle manière que le cas concret de l'espèce n'y était pas subordonné). Pour soutenir cette interprétation, elle a utilisé la règle de la liberté d'information par l'audiovisuel (article 5 paragraphe 1 phrase 2 de la Loi fondamentale). D'un autre côté, la Cour constitutionnelle fédérale a considéré que l'article 5 paragraphe 1 phrase 2 de la Loi fondamentale était applicable. Non parce que « l'un des principes s'imposait par la voie de la mise en balance », mais parce que « les règles pertinentes ont été interprétées de telle manière que seule l'une d'elles permettait de subsumer le cas de l'espèce. » Une mise en balance n'a donc lieu que dans la mesure où c'est le cas aussi dans toutes les interprétations téléologiques.

Nous pouvons donc constater que le concept des « principes logiquement distincts des règles » est simplement superflu, car même sans lui les problèmes liés à l'application du droit dont il rend compte peuvent s'expliquer.

1.2.5.1 Contre-objections possibles à un modèle exclusivement fondé sur le concept de règle

(1) Une objection à la position que nous venons d'exposer s'appuie sur la distinction entre application *prima facie* et application toutes choses bien considérées : il arrive que des normes qualifient des faits, *prima facie*, de violation de la loi, bien que par la suite, une fois considérées toutes les circonstances pertinentes, cette qualification puisse être écartée. C'est le cas, par exemple, des normes formulant des droits fondamentaux. Un acte peut être perçu comme introduisant une restriction de la liberté d'expression. Mais, une fois tous les éléments pris en compte (notamment la nécessité de préserver un autre droit fondamental), on conclura qu'il n'y a pas violation de la liberté d'expression.

33 Alexy, *Theorie* (note 2), p. 84 et s.

D'autres normes, en revanche, ignorent cette application en deux étapes où la qualification *prima facie* et la qualification toutes choses bien considérées sont susceptibles de diverger. Les délais d'action en procédure civile constituent un exemple de norme ignorant cette distinction. L'objection consiste précisément à dire que ces deux types de normes correspondent à la distinction d'Alexy : les premières constituent des principes, les secondes des règles.

Cette objection est cependant erronée, car elle opère une confusion entre la restriction et la violation d'un droit fondamental. Les dispositions constitutionnelles protégeant des droits fondamentaux (nous prendrons, ici encore, l'exemple de la liberté d'expression) n'interdisent pas leur restriction (telle que celle qui résulte, par exemple, de la possibilité d'agir en diffamation), mais seulement leur violation. Le contenu de la liberté d'expression n'est pas « il est interdit de restreindre la liberté d'expression », mais « il est interdit de violer la liberté d'expression ». Ici « violation » signifie restriction sans justification appropriée. Par conséquent, il est faux de dire qu'un droit fondamental interdit une restriction donnée *prima facie*. En vérité, il n'interdit que les restrictions qui s'avèrent injustifiées à l'examen des raisons présentées à leur appui. Il n'y a pas *prima facie* interdiction des restrictions mais interdiction de violer le droit fondamental. Même si la conclusion résulte d'une analyse doctrinale, il convient néanmoins de distinguer rigoureusement cette conclusion (violation ou non du droit fondamental) des étapes du raisonnement qui y mènent (caractère de la restriction et examen des justifications présentées). Pour en revenir à notre exemple : la norme garantissant la liberté d'expression n'a pas le sens de « il est interdit de restreindre la liberté d'expression » mais le sens de « il est interdit de restreindre la liberté d'expression sans justification appropriée ». Contrairement à ce que suggère le concept de principe développé par Alexy, l'alternative est ici binaire. Une norme d'interdiction ne peut que prohiber ou ne pas prohiber un acte donné : ou celui-ci entre dans le champ d'application de l'interdiction, ou il n'y entre pas – *tertium non datur*. Il n'y a pas d'actes « moins interdits » ou « plus interdits ». Il n'y a que des actes interdits et des actes non interdits (dans les termes de la logique formelle, il s'agit d'une disjonction exclusive).³⁴

(2) Une autre objection est qu'un modèle fondé exclusivement sur le concept de règle est incapable d'expliquer comment les principes sont mis en balance et pourquoi il est donné prééminence à un principe par rapport à un autre.

Il est vrai que la position défendue dans le présent article n'offre pas d'explication au problème de la mise en balance (*Abwägung*). Toutefois, ce problème constitue un objet distinct qui relève, en théorie du droit, de

³⁴ La même conclusion vaut pour les normes d'obligation – c'est-à-dire les normes qui prescrivent un certain comportement. Ici aussi l'alternative est purement binaire : ou l'acte en cause est obligatoire, ou il ne l'est pas. Cette observation vaut encore pour les normes d'habilitation (les normes conférant des compétences à un organe).

l'interprétation et non de la structure des normes. Lorsque deux principes sont mis en balance, l'un est interprété à la lumière de l'autre et *vice versa*. De cette façon, le champ d'application de chaque principe est déterminé à la lumière de l'autre. On peut bien sûr se demander comment il est procédé à cette mise en balance et pourquoi une interprétation donnée est préférée à une autre. Il n'en demeure pas moins que ces questions relèvent de la problématique générale de l'interprétation et non de celle de la structure logique des normes.

(3) Une troisième objection est fondée sur le problème de l'optimisation. En bref, un modèle fondé exclusivement sur le concept de règle ne permet pas d'expliquer le caractère de normes d'optimisation des principes.

Toutefois, cette objection ne tient pas suffisamment compte de la nécessité de distinguer le discours des acteurs du droit et notamment des organes juridictionnels de sa reconstruction conceptuelle par le théoricien. Il se peut que les juges emploient le terme « optimisation » dans les motifs de leurs décisions ou, du moins, que sans utiliser le terme ils fassent référence au concept. Pour autant, cela ne veut pas dire que le théoricien doit les suivre et adopter leurs explications quand il analyse leurs décisions. Rien n'empêche le théoricien de recourir à une autre grille conceptuelle si celle-ci est adaptée. Or, le concept d'optimisation constitue un élément fondamental de la théorie des principes, mais il est parfaitement superflu dans le cadre d'un modèle fondé sur la seule notion de règle. En fait, comme nous l'avons illustré, plus haut, à l'aide de l'arrêt *Lebach*, le concept d'optimisation est tout aussi superflu que la théorie des principes d'Alexy quand il s'agit d'expliquer ce que font les juges.

(4) Enfin, une dernière objection a trait à la façon dont notre position explique les restrictions des droits fondamentaux. Elle met notamment en question la possibilité de traiter les différentes étapes de l'examen d'une restriction comme des règles distinctes.

De manière analogue à l'objection (1), cette objection postule que les normes protégeant des droits fondamentaux ont le sens d'interdiction d'introduire des restrictions à ces droits. Mais, comme nous l'avons démontré *supra*, ce postulat est incorrect. Si les droits fondamentaux étaient des normes interdisant purement et simplement des restrictions, nous aurions en effet quelques difficultés à en expliquer l'application dans le cadre d'un modèle fondé exclusivement sur le concept de règle. Mais tel n'est pas le cas en l'occurrence : les normes formulant des droits fondamentaux interdisent leur violation, c'est-à-dire leur restriction sans justification appropriée. Une fois encore, cette objection nous fait glisser de la question de la structure logique des normes à la question de l'interprétation (il s'agit, en l'occurrence, de déterminer le champ d'application de l'interdiction). Aussi répéterons-nous que la mise en balance n'est rien d'autre que l'interprétation plus ou moins restrictive d'une règle à la lumière d'une autre.

La décomposition classique du principe de proportionnalité en un test comprenant 3 étapes (1. lien fin/moyens, 2. nécessité, 3. proportionnalité au sens strict) correspond dans notre modèle aux trois questions suivantes : 1. Peut-on interpréter la règle A restrictivement à la lumière de la règle B ? Est-ce que la règle B constitue une raison plausible d'interpréter la règle A restrictivement ? (lien fin/moyens) 2. Doit-on nécessairement procéder ainsi afin de faire prévaloir B ? Est-ce que l'interprétation restrictive de la règle A est nécessaire en vue d'appliquer notre interprétation extensive de B ? (nécessité) 3. Est-ce que l'interprétation restrictive de A n'est pas trop radicale par rapport à l'intérêt d'interpréter B extensivement ? Autrement dit, est-ce que le résultat ne serait pas plus satisfaisant si, au lieu d'interpréter A restrictivement en raison de B, on interprétait B restrictivement à la lumière de A ? Ou encore : convient-il d'interpréter chaque règle de façon modérément restrictive ? (proportionnalité au sens strict).

1.3 *Que sont alors les principes ?*

Les principes ne sont donc pas, logiquement et structurellement, distincts des règles.³⁵ Les principes sont des règles générales très importantes (ou fondamentales). Cette importance apparaît dans l'appellation « principe ». Savoir si on appelle une règle générale un principe est seulement une figure de rhétorique. Cette figure de rhétorique n'est, du reste, utilisée que dans le cas des règles très générales. Pour une règle minutieuse, il n'est en effet pas concevable de parler d'importance fondamentale.³⁶

Cette nature rhétorique des principes ne doit toutefois pas être comprise dans un sens péjoratif. Elle signifie seulement que la différence entre les principes et les autres règles générales ne relève pas de la théorie des normes.³⁷

À la question pourquoi les principes du moment ont de l'importance, il n'y a pas de réponse unique.³⁸ Certains mettent en avant le caractère explicite de la teneur des jugements de valeur,³⁹ leur rapport à l'idée de droit⁴⁰ ou à une loi plus élevée qui régirait le droit,⁴¹ leur signification pour l'ordre juridique,⁴² la

35 Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, 3^e éd. 1999, 91 (« c'est la généralité... »).

36 L'expression « principe général » (*general principle*, *allgemeiner Rechtsgrundsatz*) a une consonance rhétorique encore plus forte. Lorsque l'on conçoit les principes comme des normes « très importantes », l'expression « principe général » doit alors être décodée comme une norme « très très importante ».

37 Pour mieux le dire : ce n'est qu'en ce sens que la signification théorique d'une norme peut avoir l'appellation de principe ; ce n'est qu'ainsi que peut être justifié le jugement du législateur sur l'importance d'une règle, qu'ainsi (conformément à l'interprétation historique ou subjectivement téléologique) que, entre deux interprétations possibles, peut être donné la préséance à celle qui est conforme aux principes.

38 L'aperçu qui suit est fondé sur Alexy, *Zum Begriff* (note 2), p. 65 et s.

39 Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, p. 50.

40 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1979, 207, p. 410.

41 Hans Julius Wolff, « Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen », in Otto Bachoff (éd.), *FS für Walter Jellinek*, 1955, p. 37 et s.

sécurité que procure leur reconnaissance ou leur valeur générale. D'autres discutent de leur fonction méta-normative spécifique. Nous développerons plus ce point ci-dessous (3.3 fonctions méta-normatives).

L'endroit ici est approprié pour prendre position sur la différence de vues, citée ci-dessus et laissée sans réponse, entre Esser et Dworkin.

1. À la question de savoir si la présence de principes dans un ordre juridique contredit la distinction positiviste entre le droit et la morale, on doit répondre par un non affirmatif. Même si nous reconnaissons les principes structurellement différents, cela ne voudrait pas nécessairement dire qu'il s'agit de la fin de la distinction positiviste entre le droit et la morale.⁴³ On a de toute façon nié la différence logique dans cet article. 2. La réponse à la question sur la validité des principes est qu'il n'y a pas de raison contraignante d'accepter un type de validité (non-positiviste) distinct des (autres) règles.⁴⁴ 3. Et, pour finir, la question de savoir si un principe signifie pour le juge une plus grande ou une plus petite marge de manœuvre dépend du moment de l'analyse et des conditions positives. (a) S'il s'agit d'un principe positif – si donc le principe est posé dans un texte normatif (par exemple une loi) –, le moment de l'analyse ne joue aucun rôle. La marge de manœuvre laissée à l'interprétation est en tous les cas plus grande que pour une règle car le plus haut degré de généralité laisse davantage de marge de manœuvre à l'interprétation.⁴⁵ Mais il est naturellement plus petit que pour une règle discrétionnaire. (b) S'il s'agit en revanche d'un principe que la pratique du juge a inventé, alors la marge de manœuvre évoquée s'en trouve réduite. Cela ne vaut cependant que pour l'espace de temps où le principe est déjà vraiment obligatoire. Donc non pas au début, pas au moment où le principe a, par exemple dans un arrêt, été formulé pour la première fois. L'effet réducteur est bien sûr à observer seulement dans le cas des arrêts pris ultérieurement.⁴⁶

42 Larenz (note 40), p. 464 ; Aleksander Peczenik, « Principles of Law. The Search for Legal Theory », in *Rechtstheorie* 1971, p. 30.

43 Joseph Raz, « Legal Principles and the Limits of Law », in *The Yale Law Journal*, 1972, p. 851 et s.

44 Pour arriver au même résultat : Raz (note 43), p. 852.

45 Cf. Raz (note 43), p. 846.

46 C'est dans ce sens qu'il faut également comprendre le rôle de positivation des principes, quelle conséquence il a sur la séparation des pouvoirs. 1. Le judiciaire a une plus grande marge de manœuvre lorsque le législateur n'a prescrit ni réglementations concrètes ni principes. Ce fait est toutefois sans signification dans la pratique parce que, dans ce cas, aucune compétence décisionnelle n'est donnée au judiciaire (sans au moins des prescriptions de principes, l'habilitation ne pourrait de toute façon être qu'une décision arbitraire). 2. Mais du fait que le législateur n'édicte aucune réglementation détaillée (mais seulement *un principe*), il est laissé au judiciaire une plus grande marge de manœuvre qu'avec les règles concrètes.

II. — COMMENT DÉTERMINER (RECONNAÎTRE) LES PRINCIPES ?

La question suivante concernant les principes peut être libellée de la manière suivante : Comment peut-on les déterminer ou les reconnaître dans un ordre juridique particulier ? Cette question n'est certes pas si décisive que la question de la différence de structure logique, mais on ne peut pas non plus éviter de se la poser.

1. Le premier cas, c'est lorsque le principe est explicitement ancré dans un texte de loi.⁴⁷ 1/A. Il peut alors arriver que le texte de loi lui-même énonce une règle comme « principe ». 1/B. Dans d'autres cas, seule une règle générale est inscrite, mais elle n'est pas désignée comme un principe par le texte de loi lui-même. Cette désignation provient alors, la plupart du temps, de la jurisprudence ou de la doctrine. Dans ces cas, on peut plutôt parler d'une *reconnaissance* des principes.

2. Un autre groupe de cas se rencontre lorsque le principe est établi (ou créé) à l'analyse du droit positif.⁴⁸ Cette analyse peut être générée par l'abstraction,⁴⁹ à partir de règles concrètes, ou par l'étude du contexte politico-moral. Vient en premier la méthode traditionnelle, en dernier celle utilisée par Dworkin. D'après lui, les principes de la morale politique d'une communauté d'un moment donné se manifestent dans la Constitution, dans les lois et dans les actes de la jurisprudence.⁵⁰ Pour que la cristallisation véritable d'un principe se manifeste à partir du droit positif, on doit donc conserver sous ses yeux la morale politique. Ce n'est que de cette manière que l'on peut en effet justifier et fonder un système juridique.⁵¹

3. Pour finir, les principes peuvent être nouvellement introduits par la pratique judiciaire ou par la doctrine juridique.⁵² Il est cependant rare, et ce pour prévenir des contestations, que ces introductions soient arbitraires. Dans ces cas-là, le manque de fondements issus du droit positif est étayé⁵³ par des arguments moraux (ou bien de droit naturel).

4. Et finalement, une combinaison des méthodes ci-dessus est bien sûr possible. Lorsque par exemple une règle générale est dans un texte de loi et

47 Weinberger (note 25), p. 60.

48 *Ibid.* ; sur ce rôle des tribunaux en Angleterre et en France voir Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, p. 1257 et s. et 1273 et s.

49 Cf. l'essai de Pütter chez Sigrid Jacoby, *Allgemeine Rechtsgrundsätze*, 1997, p. 38 et s. L'introduction d'un principe du droit par le législatif n'est pas ici examinée, car il est posé comme point de départ de l'analyse *une* législation en vigueur.

50 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 66, 126.

51 Pour une analyse comparable voir Johann Friedrich Reitemeier (1755-1839), qui voulait extraire les principes généraux du droit de chaque pays de la Constitution, des coutumes et de la religion de chaque communauté. V. Jacoby (note 49), p. 45.

52 Weinberger (note 25), p. 60.

53 Giorgio del Vecchio, « Les principes généraux du droit », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1934, p. 73 et s., pour qui les principes ne peuvent être induits à partir des règles.

également mise en forme par maintes règles de détail, alors il y a une grande chance qu'elle soit érigée au rang de « principe » par la doctrine juridique ou par la pratique judiciaire.

III. — QUELLE EST LA FONCTION DES PRINCIPES ?

Qu'est donc la fonction de ces normes générales très importantes ? Elles peuvent bien sûr avoir la fonction normative habituelle : elles peuvent être des règles de comportement.⁵⁴ Cela implique à vrai dire, du fait de la nature le plus souvent très générale, une direction du comportement non pas directe mais bien indirecte (c'est-à-dire agissant par l'intermédiaire d'une interprétation des règles concrètes). À cette occasion, la direction directe du comportement n'est pas non plus exclue,⁵⁵ en tout cas théoriquement. Mais ce qui nous intéresse, ce sont les fonctions particulières qu'ont les principes : celles, donc, qui ne caractérisent pas les autres normes. Examinons les donc !

3.1 *Fonction heuristique*

Les principes constatés à partir de l'analyse du droit positif ont souvent une fonction heuristique. Avec leur aide le matériau juridique peut être clairement structuré et systématisé.⁵⁶ Cette utilisation des principes était par exemple caractéristique des germanistes (juristes s'occupant du droit non-romain au XIX^e siècle en Allemagne) à qui se posait le problème d'avoir affaire à une foule de normes non claires et contradictoires. C'est pourquoi ils ont essayé d'imputer aux dits « principes directeurs » des droits particuliers et coutumiers, pour ainsi créer une structuration claire du tissu juridique.⁵⁷

La structuration et la clarté du droit sont aussi nécessaires⁵⁸ pour la sécurité juridique, et la sécurité juridique est aussi indispensable pour un fonctionnement efficace d'une société. Il faut aussi remarquer ici qu'une structuration qui sert un objectif relevant de l'épistémologie peut aussi produire un

54 Irrig Hyman Gross : « Standards as Law », in *Annual Survey of American Law*, 1968-69, p. 575-580, spéc. 578, pour qui les principes sont seulement des règles pour l'argumentation (à l'opposé des règles qui sont des règles de comportement). C'est, il est vrai, une de leurs fonctions, mais non la seule. Également à tort : Torstein Eckhoff, « Guiding Standards in Legal Reasoning », in *Current Legal Problems*, 1976, p. 205-219, spéc. 207.

55 Raz (note 43), p. 841 « Principles as the sole ground for action in particular cases ».

56 Cf. la conception de Betti sur les principes comme images générales de doctrine, voir Pascua (note 4), p. 8.

57 Jacoby (note 49), p. 139 et s. Une fonction comparable est évoquée dans l'ouvrage fameux de Konrad Hesse sur le droit constitutionnel allemand à propos des principes démocratiques, d'État de droit et d'État fédéral : Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, p. 55 et s. De même, dans l'ouvrage de droit constitutionnel hongrois de József Petrétei, *Magyar alkotmányjog I*, 2002, p. 83 et s.

58 Cf. Armin v. Bogdandy, « Europäische Prinzipienlehre », in *ibid.* (éd.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 152 et s.

effet normatif. En effet par le fait que nous décrivons le droit et que cela soit largement cru, nous changeons aussi le droit.⁵⁹

3.2 Fonctions juridiques pratiques pour l'application du droit

Les principes ont toutefois aussi des fonctions juridiques pratiques pour l'application du droit.

(1) Les principes jouent un rôle important dans l'argumentation juridique. En ce sens, les principes sont des règles pour l'argumentation.⁶⁰

(1/1) La plus apparente est la fonction d'*interprétation*.⁶¹ Les règles particulières doivent être interprétées en conformité avec la règle générale.⁶² S'il y a donc deux interprétations possibles d'une loi, alors c'est celle qui est compatible avec les principes du droit qui prévaut.⁶³ Mais face à un énoncé clair, on ne peut pas appliquer cette méthode. Des exceptions existent toutefois presque partout, qui apparaissent sans logique sous-jacente.⁶⁴ Les règles juridiques qui cantonnent les principes doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive.⁶⁵

(1/2) Les principes peuvent aussi être utilisés comme des correctifs et comme des aides à l'argumentation en vue de parvenir au résultat désiré, alors que les règles concrètes ne conduiraient pas (ou pas de manière univoque) à ce résultat.⁶⁶ Cette méthode est utilisée en particulier dans l'application du droit, lorsque la méthode d'application du droit est immanente au système, c'est-à-dire lorsque l'on ne peut que renvoyer au droit positif en vigueur comme c'est le cas par exemple des romanistes (juristes de droit romain) de l'école historique allemande au XIX^e siècle.⁶⁷ Alors il ne s'agissait pas ici d'un autre niveau de normes. Les romanistes ont utilisé ces principes du droit comme correctif et comme aide à l'argumentation en vue de parvenir au résultat désiré, quand le droit positif n'aurait pas conduit (ou pas de manière univoque) à ce résultat.

Il faut ranger ici également les cas américains que Dworkin a rendus célèbres.⁶⁸ Dans un des cas (*Riggs v. Palmer*),⁶⁹ l'héritage dû au petit-fils par

59 András Sajó, *Kritikai értekezés a jogtudományról*, 1983, p. 25 et s. et 108 et s.; Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1913, p. 50; N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, 1999, p. 113.

60 Torstein Eckhoff, « Guiding Standards in Legal Reasoning », in *Current Legal Problems* 1976, p. 205-219, spéc. 207, Hyman Gross, « Standards as Law », in *Annual Survey of American Law*, 1968-69, p. 575-580, en particulier 578.

61 John A. Usher, *General principles of EC law*, 1998, p. 122 et s.

62 Raz (note 43), p. 839 « Principles as grounds for interpreting laws ».

63 Vogenauer (note 48), p. 1274.

64 *Ibid.*

65 Vogenauer (note 48), p. 1275.

66 Raz (note 43), p. 840 « Principles as grounds for particular exceptions to laws ».

67 Jacoby (note 49), p. 115 et s.

68 Dworkin (note 2), p. 23 et s.

application des réglementations concrètes lui a été refusé parce qu'il avait tué son grand-père. Le tribunal a mis en évidence une exception aux réglementations concrètes, et ce au nom du principe selon lequel « personne ne doit tirer un avantage de son propre comportement contraire au droit ». Dans un autre cas (*Henningsen v. Bloomfield Motors Inc*),⁷⁰ le jugement a donné raison au simple consommateur et à l'encontre des dispositions contractuelles de l'espèce, et ce au nom du principe de justice et d'équité.

(1/3) Double soutien du résultat : En Autriche le §7 du Code civil autrichien a souvent été appliqué mais seulement comme soutien supplémentaire à l'argumentation et au résultat, lequel avait déjà été extrait du droit positif concret.⁷¹

(2) Grâce au caractère abstrait d'un principe, il devient possible d'appliquer de manière formelle dans l'ordre juridique en vigueur des normes qui ne sont pas en vigueur.

(2/1) Porte ouverte à des normes juridiques qui formellement *ne sont plus en vigueur*. Ainsi en France, par exemple, après l'entrée en vigueur du Code civil, le droit romain, à vrai dire déjà dérogé, a pu continuer à produire ses effets grâce aux « principes généraux ».⁷² Les « principes généraux du droit » ont une fonction comparable dans l'art. 7 du Code civil autrichien (1811, Autriche).⁷³ Cela signifiait à vrai dire qu'ils étaient des « principes du droit commun ou romain ». Les dispositions correspondantes du Codex Maximilianeus Bavarica Civilis (Bavière, 1756), du Code général prussien et du Droit de Bade (1810, Bade) sont à interpréter dans le même sens.⁷⁴

Une autre question est toutefois de savoir comment ces dispositions ont été appliquées dans la pratique. Les deux extrêmes sont la Prusse et la France. En Prusse, une application du droit sur la base juridique de l'article 49 de l'introduction du Code général prussien n'a pratiquement jamais eu lieu.⁷⁵ En France, les principes généraux constituaient, en revanche, vraiment un fondement normatif à la décision comme la base nécessaire pour une application des règles issues du droit romain (qui formellement n'étaient plus en vigueur).⁷⁶

(2/2) Porte ouverte à des normes issues d'autres ordres juridiques, ou une fonction de corrélation entre *différents ordres juridiques*. On peut trouver grâce à ces principes les points communs qui unissent plusieurs cultures juridiques. Cette fonction est particulièrement importante, là où les représentants de plusieurs cultures juridiques participent en même temps au processus de

69 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

70 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

71 Jacoby (note 49), p. 89 et s.

72 Jacoby (note 49), p. 75 et s.

73 Jacoby (note 49), p. 63 et s.

74 Jacoby (note 49), p. 57 et s. et 81 et s.

75 Jacoby (note 49), p. 100 et s.

76 Jacoby (note 49), p. 104 et s. L'Autriche avait une position entre des deux extrêmes que l'on a déjà mentionnée (comme *double soutien au résultat*).

découverte du droit (droit communautaire, droit international),⁷⁷ et là où n'existe aucune réglementation détaillée. Dans ces cas, ce sont les solutions juridiques des législations étatiques qui s'appliquent. C'est pourquoi, les principes du droit jouent un rôle très important, en particulier dans les deux ordres juridiques qui viennent d'être évoqués.

(2/3) La porte est ouverte à des idées *morales* (politiques et sociales). Il est intéressant de constater que cette fonction des principes a été soulignée aussi bien par les positivistes (Kelsen, Merkl) que par le juriste du droit naturel Giorgio del Vecchio. Les premiers ont toujours vu dans les règles très générales une possibilité d'appréciation (*Ermessen*).⁷⁸ Et « l'appréciation est, dans la maison du droit, le pilier qui permet aux motivations extra-juridiques de pénétrer. »⁷⁹ Par motivations extra-juridiques on entend, aux yeux de ces deux auteurs, par exemple les idées morales. Et le juriste du droit naturel Giorgio del Vecchio est arrivé au même résultat en partant d'un tout autre point de départ. Selon lui, la présence des principes dans différents codes est le signe que même le législateur l'a compris : aucun code ne peut fonctionner sans ces règles morales.⁸⁰ D'après Vecchio les principes ne sont donc pas des portes ouvertes à n'importe quelle idée morale bien appréciée (comme chez Kelsen ou Merkl), mais ils constituent eux-mêmes le droit naturel positif.⁸¹ Si nous poursuivons donc la métaphore de la porte, nous pourrions dire qu'alors les portes ont été créées pour des idées morales du droit naturel bien déterminées.

(3) Enfin, il faut évoquer une fonction qui découle directement des fonctions juridiques pratiques que nous avons nommées jusqu'alors : le développement du droit.⁸² Une nouveauté décisive de la théorie d'Esser était précisément – et à l'opposé de la doctrine traditionnelle de l'application de droit pour lequel les principes ont été seulement « découverts » par le juge – de mettre en avant la fonction de développement du droit par les principes.⁸³ Dans la jurisprudence, cette fonction est particulièrement présente là où l'ordre juridique a, à certains égards, été moins travaillé, et pour cette raison contraint d'adopter des solutions juridiques issues d'autres ordres juridiques (droit international, droit communautaire).⁸⁴

77 En guise d'exemple en droit international voir Jacoby (note 49), p. 184 et s. En droit communautaire, l'exemple de l'art. 215 § 2 TCEE (aujourd'hui art. 288 § 2 TCE) proposé par Jacoby (note 49), p. 210 et s.

78 Kelsen est plutôt sceptique à l'égard des principes de développement du droit par le juge, voir Wiederin (note 6), p. 146, Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, p. 97.

79 Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, p. 152.

80 Vecchio (note 53), p. 78 et s.

81 Vecchio (note 53), p. 82.

82 Raz (note 43), p. 841 « Principles as grounds for making new rules ».

83 Wiederin (note 6), p. 139 ; Esser (note 2), p. 83. Cette fonction de développement du droit a été mise en évidence également par Génny, voir François Génny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. 1919, vol. I, p. 41 suiv. ; Bergel (note 35), p. 98.

84 Jacoby (note 49), p.170 et s. et 209 et s.

3.3 Fonctions méta-normatives

Mais les principes peuvent aussi avoir des fonctions méta-normatives. C'est le cas *ex ante* (une fonction de programmation, par ex. pour la législation)⁸⁵ mais aussi *ex post* (justification des normes).⁸⁶

Dans la doctrine, la fonction de justification est particulièrement soulignée. Cette justification peut avoir trait à tout l'ordre juridique (fonction idéologique de justification)⁸⁷ ou elle peut plutôt se rapporter qu'à un groupe concret de normes et d'institutions. Une autre question est de savoir si, ensuite, ces principes – qui jouent un rôle de justification – sont eux-mêmes applicables.⁸⁸

De notre point de vue, les principes sont eux-mêmes applicables, une fois reconnu le fait qu'ils sont positifs, c'est-à-dire lorsqu'ils existent ou bien au sein d'une norme, ou bien dans la pratique judiciaire. Le seul fait qu'ils légitiment les autres normes ne les rend bien sûr pas directement applicables.

3.4 Fonctions sociales

Il faut évoquer du point de vue de leur fonction sociale leur (1) fonction de dissolution des conflits, et (2) leur fonction rhétorique.

La première implique le fait que grâce à leur caractère général les conflits sociaux qui ne peuvent pas être régis (réglés) par les règles concrètes peuvent l'être. Ainsi les conflits peuvent être résolus dans un cadre juridique. Cette fonction est toutefois typique d'une réglementation très générale.

La seconde signifie qu'à son seul énoncé « principe », son importance est soulignée. Cela rend possible la mise en évidence et la clarification des valeurs d'une communauté, et cela pousse ainsi à l'intégration.⁸⁹ Ce qu'il importe en effet de souligner comme « important », c'est-à-dire à quelle règle générale il peut être donné le titre noble de « principe », est en soi une question de valeur.

jakabandr@googlemail.com

85 Voir chez Pascua (note 4), p. 10 sur la fonction programmatrice ou dirigeante ; Raz (note 43), p. 840 : « Principles as grounds for changing the laws ».

86 Principes comme valeurs en droit, voir Raz (note 43), p. 839 ; Neil MacCormick, « Principles of Law », *Juridical Review*, Bd. 19, p. 224 : « underlying reasons and values ».

87 Dworkin (note 2), p. 105.

88 Le nient Larenz (note 40), p. 207, 410 et Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1991, p. 132 et s. L'approuve Bergel (note 35), p. 97.

89 Concernant le devoir de formation identitaire d'une doctrine européenne des principes, voir Bogdandy (note 58), p. 154.