



Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes. L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Oct 2006, Paris, France. pp.207-221. halshs-00110303

HAL Id: halshs-00110303

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00110303>

Submitted on 27 Oct 2006

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

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

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ET LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Pierre Brunet

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

Centre de « Théorie et Analyse des Normes »

UMR CNRS 7074

Paru dans

L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper,

Études coord. Par D. de Béchillon, Pierre Brunet, V. Champeil-Desplats et E. Millard,
Paris, Economica, 2006, p. 207-221.

*La tranquillité de l'âme a deux ennemis :
l'inaptitude à rien changer et l'inaptitude à rien supporter*
Sénèque (trad. Paul Veyne)

« À quoi peut bien servir la théorie du droit ? » Quel juriste se piquant de théorie ne s'est jamais vu poser une telle question comme si elle appelait une réponse argumentée susceptible d'ouvrir une discussion entre deux universitaires ravis de perdre un peu de temps. Mais très vite, l'interrogé se rend compte que la question faussement ingénue masque en réalité le début d'un réquisitoire : on lui demande de prouver que la théorie du droit sert à quelque chose avec la forte présomption qu'elle ne sert à rien.

Et pourtant ! Combien de questions pourraient non pas être résolues mais tout simplement dissoutes si l'on prenait quelque peu en considération certains enseignements que procure la théorie du droit. On voudrait ici tenter, modestement, de déplacer un peu la perspective sur laquelle s'épuisent les juristes dès lors qu'il est question des principes généraux du droit. Que le lecteur toutefois se rassure : on ne l'ennuiera pas avec une démonstration académique sur le « pouvoir normatif des juges » et ce, parce qu'en réalité ce pouvoir est, à un degré ou à un autre, implicitement sinon explicitement admis par tous ceux qui ont à traiter des principes généraux du droit. Mais une autre question suscite bien des désaccords : comment situer les principes dans la hiérarchie des normes ?

La question a-t-elle seulement un sens ? On pourrait de prime abord en douter tant elle est rarement posée en théorie du droit. Paradoxalement, elle revient régulièrement dans la doctrine laquelle a produit plusieurs théories sur la question. Bizarrement enfin, cette question ne se pose dans le système juridique français que pour les principes dit généraux mais non pour les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹. On dispose ici d'une explication très pratique : ces derniers sont, dans l'ordre juridique français, nécessairement situés au rang constitutionnel parce que la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est elle-même une création de la Constitution de 1958 via le Préambule de 1946. Fort bien. Mais il demeure que si ces principes sont « reconnus » par des lois, on pourrait leur attribuer une valeur législative. On s'aperçoit ainsi qu'il n'y a là rien d'évident et on mesure combien l'explication rapportée – et largement partagée – traduit un ensemble de présupposés qu'il convient d'explicitier. Parmi eux, il en est un qui pèse plus lourd que d'autres : le droit ne saurait être réduit à un ensemble de normes arbitraires que les

¹ Sur ce point, il faut évidemment mentionner l'ouvrage de Véronique Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica-PUAM, 2001.

hommes se donnent ; s'ils se les donnent, c'est qu'elles correspondent à quelque chose qui se trouve au-delà de leur seule volonté, éventuellement capricieuse quand bien même elle serait générale, et dont la loi serait l'expression. Contrairement aux apparences, le formalisme n'est donc pour rien dans cette explication : il est mis au service d'un irréductible rationalisme fort rassurant, que l'on peut comprendre sans approuver.

C'est ce même rationalisme qui explique les dilemmes que rencontre la doctrine lorsqu'elle s'interroge sur la place des principes généraux du droit dans l'ordre juridique : si ces principes ont une valeur législative, cela signifie que le juge pourrait s'emparer du pouvoir législatif ; s'ils se situent au-dessus de la loi, cela signifie que le juge ordinaire pourrait contrôler cette dernière ; et s'ils se situent sous la loi, comment expliquer qu'ils puissent s'imposer à l'Administration ou aux sujets de droit ?

À chaque fois, bien sûr, surgit l'arrière-plan politique d'une question en apparence toute juridique car s'interroger sur la place des principes généraux dans l'ordre juridique revient à s'interroger sur la place des juges en démocratie. Or, comme on va le voir, aussi diverses soient-elles, les thèses doctrinales relatives à la place des principes généraux cherchent toutes à concilier le pouvoir créateur des juges avec le principe démocratique selon lequel les juges ne font pas la loi. Afin de gagner en clarté, on examinera les thèses les unes après les autres avant de proposer une autre façon de poser le problème.

1. Les principes ont une valeur infra-législative et supra-décrétale

Cette thèse fut défendue avec brio par René Chapus² et est aujourd'hui très largement répandue.

1.1. Présentation

Selon cette thèse, les principes n'ont d'autre valeur que celle que le juge peut leur donner. Dire cela ne revient pas à affirmer que le juge attribue lui-même telle ou telle valeur à un principe mais, au contraire, cela signifie que le juge ne peut pas donner aux principes une autre place que celle qu'il occupe lui-même dans la hiérarchie des organes : « Le niveau auquel se situe la valeur juridique des principes généraux du droit ne peut résulter que du rang de leur source formelle. En droit français, il est de principe que la valeur d'une norme juridique est en relation avec le rang de l'organe qui l'édicte (la hiérarchie des normes d'origine commune se déterminant d'après les formes et procédures d'édiction) »³.

Il reste donc à déterminer à quel rang le juge est situé dans la hiérarchie des sources formelles du droit. Pour ce faire, « il n'est d'autre méthode que de rechercher auxquelles des normes soumises à son jugement il est supérieur, et auxquelles de ces normes il est inférieur »⁴.

Faut-il pour autant se situer sur les deux plans de l'activité du juge administratif, à savoir, celui de l'interprétation et celui de l'appréciation de la validité des normes ? Non, répond-on car dans le contentieux de l'interprétation des actes « le juge est de plain-pied avec toute norme qu'il interprète » et cela parce que « interpréter » c'est, nous dit-on, rien d'autre que « définir et faire connaître ce qu'est le contenu d'une norme édictée par une autre autorité ».

² Dans deux articles qui comptent aujourd'hui parmi les classiques du droit administratif : R. Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz*, 1960, chr.119 ; et « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », *Dalloz*, 1966, chr.99, désormais repris dans *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 93 s. et p. 112 s. Les citations renvoient à cette édition. V. aussi *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, t. 1, 11^e éd., n°106.

³ R. Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *cit.*, p. 105.

⁴ *Ibid.*, p. 106 pour toutes les citations.

Autrement dit, « le juge explicite ce qu'a voulu l'auteur de la norme et c'est ce dernier qui s'exprime par la voix du juge »⁵.

L'interprétation est donc une explicitation du sens objectif de la loi, de sorte que « l'interprétation se confond avec la norme interprétée : elle représente le contenu même de l'acte en cause. De ce fait, elle s'imposera avec la valeur qui est celle de la norme à laquelle elle s'applique et dont elle ne se détache pas ». D'où une conclusion : il est impossible de déterminer le rang du juge si l'on s'en tient au niveau des normes qu'il peut interpréter. Ce serait même à la réflexion inutile : dès l'instant que l'on a admis que l'interprétation n'est pas un acte de volonté mais de connaissance, le produit de cet acte n'est pas une norme imputable au juge mais à l'auteur de la norme-objet de l'interprétation.

En revanche, les choses changent du tout au tout quand on se place sur le plan de « l'appréciation de la validité des normes juridiques » car là « des rapports de supériorité et d'infériorité se manifestent » puisque le juge peut invalider certaines normes, lesquelles sont elles-mêmes inférieures à d'autres dont le juge ne peut ou ne doit pas examiner la validité.

Dès lors, on s'aperçoit que, dans le cadre du contrôle de la légalité des actes administratifs, le juge n'est plus un « traducteur » mais un « serviteur des lois » et un « censeur des décrets ». Dans ces conditions, sa place se situe « entre celle de l'organe législatif et celle de l'autorité administrative ». Les principes généraux du droit du juge administratif sont donc dotés d'une valeur infra-législative et supra-décrétale : « L'œuvre du juge administratif, en tant qu'il s'exprime lui-même (et non comme interprète du droit écrit), ne peut se situer qu'au niveau qui est le sien dans le domaine des sources formelles du droit. Pour le connaître, un constatation suffit : le juge administratif est soumis à la loi dont il ne peut pas apprécier la validité ; il est au contraire en mesure d'invalider les actes des titulaires du pouvoir réglementaire »⁶.

1.2. Examen critique

Cette thèse est justiciable d'une première objection : elle repose sur une pétition de principe selon laquelle le juge est *soumis* à la loi. Or, encore faut-il s'entendre sur ce que « être soumis à la loi » veut dire. Pour René Chapus, cela signifie que le juge ne dispose pas du pouvoir de la rendre invalide. Mais si l'on demandait pourquoi, on se verrait répondre que le juge ne dispose pas de ce pouvoir parce qu'il est un juge et qu'un juge est soumis à la loi. Cette thèse se fonde donc sur la définition « officielle » de l'office du juge et reprend l'antienne du positivisme le plus classique : le juge est toujours subordonné à la loi soit parce que son action suit la loi, soit parce que la solution du litige se trouve dans la loi. Et comme pour le positivisme le plus classique, on observe une confusion entre les sources « officielles » et les sources « réelles ». Mais si cette soumission était à ce point évidente, si les sources officielles étaient à ce point réelles, pourquoi le juge devrait-il recourir à des principes ? Or c'est précisément lorsque ces lois n'existent pas ou lorsque le juge veut y déroger qu'il en vient à utiliser des principes. Il n'est alors plus subordonné à la loi ni à quelque norme que ce soit sinon celles qu'il invoque lui-même. On mesure ainsi que le juge n'est pas soumis à la loi : il s'y soumet volontairement. Ce qui revient à dire qu'il peut aussi s'en affranchir. Ainsi, faire dépendre la valeur d'un principe général du droit de la place que le juge occupe dans la hiérarchie des organes en ayant préalablement – et implicitement – admis que le juge ne peut remettre en cause la loi et donc qu'il ne saurait le faire, c'est résoudre la question avant de l'avoir posée et affirmer ce que l'on doit prouver car, en réalité, le problème n'est pas de

⁵ *Ibid.* Comme on l'aura compris, ici « interpréter » c'est connaître.

⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, *ibid.*

savoir si le juge aura le pouvoir de remettre en cause la loi à l'aide d'un principe qu'il aura créé mais s'il l'a remis effectivement en cause à l'aide du principe qu'il a créé.

De là une seconde objection qui tient à une contradiction propre à la thèse examinée. En effet, parce que René Chapus entend se fonder sur un critère organique et formel pour analyser la situation du juge au regard de la loi, il subordonne celui-ci au législateur lorsqu'il cherche à décrire la place qu'occupe le juge dans la hiérarchie des organes. C'est encore ce que traduit l'idée – assez confuse au premier abord – selon laquelle, lorsque le juge administratif utilise un principe général du droit, il « s'exprime lui-même » et non en tant qu'interprète du droit écrit. Il faut cependant lever une équivoque : ce faisant, René Chapus entend reprendre la distinction entre les deux types de contentieux, celui de l'interprétation et celui de l'annulation des actes administratifs et, comme on l'a compris, le juge s'exprime lui-même seulement dans le second cas⁷. Notons, pour ne plus y revenir, que la signification de l'expression « s'exprimer soi-même » est loin d'être claire lorsqu'elle est employée non pas à propos d'un être réel, d'une personne physique faite de chair et d'os mais d'un organe juridique dont la volonté n'a que la consistance des actes qu'on lui impute. Par ailleurs, à moins de voir dans le juge un César en puissance, la proposition selon laquelle « le juge s'exprime lui-même » paraît maladroite car on voit mal en quoi pourrait consister le lien de subordination du juge à la loi si l'on reconnaît, à ce même juge et dans le même temps, la faculté de s'exprimer lui-même : il serait donc l'auteur de la norme et non plus l'« interprète » de la loi ? Enfin, et surtout, en admettant que le juge n'est plus un interprète du droit écrit mais qu'il « s'exprime lui-même » lorsqu'il utilise un principe général, peut-on encore affirmer qu'il est subordonné à la loi et, mieux encore, peut-on le faire en prétendant se fonder sur un critère organique et formel ? La réponse ne peut qu'être négative. En effet, si une analyse organique et formelle permet peut-être de concevoir le juge comme subordonné au législateur tant que le juge fait usage de la loi et fonde sur elle sa décision, elle atteint ses limites lorsqu'il s'agit de rendre compte de cette situation spécifique dans laquelle la décision du juge n'est précisément plus fondée sur une loi mais sur un principe. On pourrait chercher à expliquer que, si le juge n'est certes pas un interprète des dispositions matérielles de loi, c'est encore en vertu de la loi qu'il dispose du pouvoir de créer des principes généraux du droit ou, autre variante, que la loi l'habilitant à exercer un contrôle de la légalité des actes lui conférerait également le pouvoir de créer les normes au regard desquelles la légalité de ces actes sera contrôlée. Une telle solution devrait pourtant être écartée car, en réalité, l'habilitation est dépourvue de la moindre sanction. Dans ces conditions, on doit reconnaître que le juge est souverain en vertu de la loi comme l'est le peuple en vertu de la Constitution : l'organe qui a le pouvoir légal de tout faire dispose d'un pouvoir supérieur à celui de tous les autres organes. Afin d'éviter une telle conclusion, on pourrait vouloir décrire les « principes » comme des réalités objectives. Mais ce serait tomber de Charybde en Scylla : si les principes *existaient* réellement, la question de leur place ne saurait être résolue à l'aide du critère tiré de leur « source formelle ».

Il semble en définitive que cette thèse confonde deux formes de soumission du juge à la loi : une soumission juridique et une soumission politique voire idéologique. Juridiquement, le juge est certes soumis à la loi en tant qu'elle lui attribue une compétence d'application (dont il faut aussitôt dire que, parce qu'elle reste formelle, il en est le maître). De là, on peut être tenté de considérer que le juge est tenu de *toujours* respecter la lettre de la loi ou du moins son esprit et poser qu'il y est donc *toujours* soumis. Mais une telle déduction relève de la morale et non du droit objectif : en posant qu'il est *toujours* soumis à la loi, on ne décrit pas un fait,

⁷ Autrement dit, la théorie de l'interprétation mobilisée rendrait compte du contentieux de l'interprétation, non de l'annulation.

on prescrit un comportement déterminé voire une certaine manière de rendre compte de son action.

2. Les principes ont une valeur législative

Cette thèse a été défendue selon deux points de vue assez différents. On distinguera donc, pour les besoins de l'exposé deux variantes : l'une prétendument positiviste et l'autre prétendument réaliste.

2.1. Variante prétendument positiviste

2.1.1. Exposé

Selon une autre thèse, elle aussi largement répandue, les principes généraux du droit « ne sont pas autre chose qu'une synthèse constructive accomplie par le juge à partir des données juridiques que lui fournit un milieu donné »⁸. Ainsi, la valeur des principes généraux du droit dépend de la place à laquelle se situent les données juridiques dont le juge opère la synthèse. Une longue citation permet de comprendre comment s'articule cette thèse tout entière fondée sur l'idée que l'activité créatrice du juge reste définitivement subordonnée au droit : « ce serait une erreur de voir dans la création du droit par le juge administratif une opération purement arbitraire. Le juge "découvre" le droit plus qu'il ne l'"invente". D'autre part, il ne s'agit pas davantage pour lui de mettre en formules un droit naturel éternel ou en tout cas préexistant. Le juge administratif, dans cette œuvre de découverte ou de construction du droit, a deux guides : tout d'abord, *en certains cas, le juge administratif a un guide dans le fait que, si le législateur n'a pas expressément tranché la question même soumise au juge, il a, de façon concordante, donné une solution dans des cas plus ou moins analogues. Ainsi, en remontant au principe dont les textes spéciaux sont des applications, le juge découvre une règle générale susceptible de s'appliquer à un ensemble de situations non prévues par les textes, mais que l'on peut résoudre en s'inspirant de ceux-ci.* Les "principes généraux du droit", au sens de cette expression dans la jurisprudence du Conseil d'État, sont une mise en œuvre de cette méthode d'interprétation constructive. *Il peut se faire que la question posée ne reçoive aucune solution sûre par cette première voie (...) en ce cas le juge administratif se fait vraiment législateur. Mais il ne traduit pas dans sa jurisprudence un état d'âme subjectif : il s'inspire des nécessités propres à l'Administration, du respect des droits des citoyens, de l'état des croyances juridiques du moment, etc.* »⁹.

Puis, cette doctrine distingue trois grandes catégories de principes : au niveau le plus bas se trouvent les principes qui ont une valeur supplétive et qui s'appliquent à défaut de texte contraire ; au niveau intermédiaire se trouvent les principes qui ont une valeur législative : ils s'imposent à l'Administration ; ce sont des lois générales que la loi écrite applique mais le législateur peut « valablement » y déroger ; enfin, au niveau supérieur se trouvent les principes à valeur constitutionnelle : ils s'imposent au législateur et peuvent être modifiés par le seul constituant. Ainsi, cette thèse prétend-elle se fonder sur la nécessaire unité de l'ordre

⁸ G. Vedel, *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952, p. 167. Cette conception a été développée par la suite dans le manuel de droit administratif du Doyen Vedel repris par le Professeur Delvolvé, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, PUF, coll. Thémis, 12^e éd., 1992, p. 473 et s. V. aussi, B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1954, p. 240 s. qui parle d'un pouvoir « quasi-législatif » du juge.

⁹ *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 488.

juridique national qui serait une donnée majeure du droit positif français en ce qu'elle traduirait l'unité de l'État¹⁰.

Dans ces conditions, la place des principes dans la hiérarchie des normes ou des sources s'impose au juge qui ne dispose d'aucune liberté en la matière. Une telle conception revient à présenter la hiérarchie des sources comme un ensemble formel révélant des valeurs substantielles : les principes seraient cette substance nécessaire que révèlent certains textes formels contingents¹¹.

2.1.2. Examen critique

Cette variante appelle toutefois deux observations critiques.

D'une part, cette thèse emploie l'expression « principes généraux du droit » en deux sens différents : tantôt pour désigner la catégorie de principes que seul le juge administratif utilise, tantôt pour désigner les principes qu'utilisent tous les juges y compris le juge administratif. En jouant de la sorte sur l'ambiguïté de l'expression, elle présuppose la « nécessaire unité » de l'ordre juridique mais ne la démontre pas et le problème reste entier ou, si l'on préfère, la question résolue avant d'avoir été posée¹².

D'autre part, elle se fonde sur un présupposé éthique cognitiviste dont on prend la mesure dès lors qu'on s'interroge sur les critères permettant d'identifier la valeur de ces principes. Comme on l'aura remarqué, ces principes généraux couvrent toute l'échelle des sources du droit, de la Constitution au règlement en passant par la loi ou les conventions internationales. Cette coïncidence ne résulte pas d'une éventuelle correspondance entre la hiérarchie des normes et celle des organes. Elle procède, là encore, de cette croyance en une rationalité du droit où ce dernier est conçu comme un ensemble de normes fondées sur des valeurs objectives que l'on peut connaître et transcrire, en droit positif, par le biais des principes. Au fond, les principes s'imposent aux juges parce qu'ils ne sont que la formalisation de valeurs extérieures à eux.

Dans ces conditions, et contrairement aux apparences ou aux croyances de ceux qui la défendent, cette thèse n'est pas positiviste car le présupposé qui la fonde conduit à considérer que le droit ne se réduit pas au produit de l'activité volontaire des hommes, mais qu'il consiste en un ensemble de normes qui existeraient par elles-mêmes indépendamment de la volonté humaine. En d'autres termes, les principes créés par les juges traduiraient la rationalité profonde de l'ensemble des normes que le législateur est parvenu à exprimer. C'est encore parce qu'ils sont conformes à cette rationalité que les principes ne sauraient être considérés comme une pure création des juges : ils répondent à des valeurs que l'on conçoit comme objectives et donc extérieures à ceux qui les énoncent lesquels, en dernière analyse, se conforment à ce que le droit exige d'eux. Les principes révéleraient les valeurs auxquelles le droit positif doit correspondre et qu'il doit exprimer parce que, loin de n'être qu'un ensemble de prescriptions, il est un ensemble de valeurs que la société se donne à elle-même. Or, le présupposé initial qui veut que l'on puisse connaître des valeurs se heurte à une objection

¹⁰ *Ibid.*, p. 482.

¹¹ V. B. Genevois, v° « Principes généraux du droit », *Encyclopédie Dalloz* ; J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, p. 77 : « lorsqu'un principe général puise sa source dans l'interprétation d'un texte, sa valeur juridique est similaire à celle du texte interprété » et p. 85 s.

¹² Sur cette question, v. J. Meunier, « Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative. éléments de cartographie », in *Mélanges Raymond Goy, Du droit interne au droit international*, Presses Universitaires de Rouen, 1998, p. 119 s.

sceptique bien connue : quand bien même on admettrait que le droit vise à réaliser la justice, il y a autant de conceptions de la justice qu'il y a de personnes pour en parler.

2.2. Variante prétendument réaliste

De son côté, Alain-Serge Mescheriakoff a fort habilement cherché à montrer qu'il n'y a pas de rapport hiérarchique entre la loi et les principes mais une relation matérielle où la loi en tant qu'acte du Parlement est une loi spéciale qui peut déroger à la loi générale que serait le principe¹³.

2.2.1. Exposé

Reprochant à René Chapus de considérer « les rapports qu'entretiennent les principes généraux du droit avec les lois et avec les règlements comme de même nature, *ce que ne confirme pas le droit positif* », il entreprend de définir la « supériorité » d'une norme sur une autre à partir de l'analyse de Kelsen et retient qu'« une norme est supérieure à une autre si le fondement de validité de la seconde se trouve dans la première ». Il ajoute : « en d'autres termes, une norme est inférieure à une autre si pour être valide elle doit être conforme aux dispositions de cette autre la concernant. Par suite, si une règle de droit est posée en contradiction avec une norme juridique supérieure, elle doit être annulable, soit empêchée d'être définitive. Le raisonnement juridictionnel donne une excellente illustration de cette relation de supériorité, lorsque le juge contrôle la conformité d'une règle à une autre ; la norme supérieure constitue alors la prémisse majeure du syllogisme. La supériorité d'une norme sur une autre est donc garantie par l'existence d'un contrôle de la seconde par rapport à la première »¹⁴. De là, il conclut que si les principes généraux du droit sont supérieurs au règlement, ils ne peuvent être considérés comme « inférieurs » à la loi ni elle « supérieure » à eux : la relation entre les principes généraux du droit et la loi n'est pas hiérarchique parce que « le Conseil d'État n'utilise la notion de principes généraux du droit qu'à défaut de loi applicable en la matière et que si le règlement administratif contesté n'a pas empiété sur le domaine législatif défini par la Constitution. La jurisprudence le confirme »¹⁵.

Ainsi, il n'y aurait pas de relation hiérarchique entre la loi et les principes généraux du droit parce qu'il n'existe aucun conflit possible entre eux : ce sont des sources de droit complémentaires l'une de l'autre. Dans ces conditions, il ne fait aucun doute que les principes consacrés par le juge administratif ont une valeur législative. Pour autant, ces principes juridiques ne s'imposent pas au législateur car la loi écrite peut y déroger¹⁶ : les principes sont des lois générales, le législateur peut y déroger par une loi spéciale.

¹³ A. -S. Mescheriakoff, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA* 1976, p. 596 s. not. p. 606 s.

¹⁴ *Ibid.*, p. 605.

¹⁵ *Ibid.*, p. 606. Il ajoute : « ainsi, pour le Conseil d'État, l'existence d'une loi applicable exclut celle des principes généraux du droit. Ceux-ci suppléent à l'absence de celle-là. On ne peut que constater que du point de vue fonctionnel les deux catégories de normes jouent le même rôle ». Je souligne.

¹⁶ Ainsi, par ex. J. -D. Combrexelle, concl. sur CE, Ass., 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, RFDA 2000, p. 582 : « La règle proposée (selon laquelle le rapporteur qui, pour le compte d'une autorité administrative indépendante, a instruit le dossier d'une sanction ne peut participer à la séance au cours de laquelle est prise la sanction) a valeur de principe général du droit auquel la loi pourrait, le cas échéant, déroger dans les limites définies par le Conseil constitutionnel ». Cette règle est elle-même justifiée par J.-D. Combrexelle au nom du principe d'impartialité.

2.2.2. Examen critique

Nonobstant son incontestable mérite, cette thèse appelle deux objections. D'une part, elle repose elle aussi sur une pétition de principe. Certes, aujourd'hui comme hier, une analyse du droit positif permettrait probablement de constater que les lois et les principes n'entrent jamais en conflit. Mais est-ce vraiment parce que « le Conseil d'État n'utilise la notion de principes généraux du droit qu'à défaut de loi applicable », autrement dit parce qu'il y a une lacune ? Et en quel sens entend-on le terme de « lacune » ? Dès lors, la question qui se pose est de savoir si le juge est tenu de n'utiliser la notion de principe général du droit qu'en cas de lacune, ou s'il est le maître de l'identification d'une lacune législative. Inférer la valeur des principes sans avoir pris la peine de répondre à cette question revient à tenir pour acquis ce qu'il fallait démontrer. Or, il y a de très nombreux cas pour lesquels on peut sérieusement douter du défaut de loi applicable.

De là, également, une contradiction : on ne peut à la fois soutenir que le juge est le créateur des principes généraux en se fondant sur une théorie réaliste de l'interprétation et considérer comme une évidence qu'il crée ces principes à défaut de loi applicable. Le réalisme impose de distinguer au moins deux types de lacunes : celles logiques ou techniques et celles idéologiques ou axiologiques¹⁷. Or, si les premières sont extérieures aux juges, les secondes sont le pur produit de leur volonté. On peut éclairer cela d'un exemple bien connu : lorsqu'en 1973, le Conseil d'État décide de faire de l'article du Code du travail selon lequel « aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse » un principe général du droit qui « s'applique aux femmes employées dans les services publics », il ne le fait pas à défaut d'une loi applicable *pour des raisons techniques* mais en se fondant sur un jugement de valeur selon lequel ce qui est bon pour les salariées du privé doit l'être également pour celles du public. Une loi applicable ? Il y en avait une. Mais elle ne permettait pas de parvenir aux mêmes fins.

Enfin, si l'on admet que le juge s'impose à lui-même de ne jamais opposer ses propres normes à celles du législateur, on doit reconnaître qu'il établit bien une hiérarchie entre les unes et les autres. Certes, cette hiérarchie n'est pas « juridique » au sens où la norme créée par le juge ne doit pas être conforme à celle créée par le législateur mais elle est au moins axiologique : la norme créée par le juge ne saurait valoir autant que celle créée par le législateur¹⁸.

On mesure ainsi le caractère insatisfaisant de chacune des solutions proposées en doctrine. C'est que toutes reposent sur le présupposé erroné que la hiérarchie des normes s'impose aux interprètes parce que cette hiérarchie est considérée, aurait dit Kelsen, comme statique, au repos, donnée une fois pour toutes, en sorte qu'il suffirait de la constater. Or, une analyse réaliste permet de comprendre que ce sont les interprètes qui « font » la hiérarchie des normes.

3. Dissolution du problème

Disons-le brutalement : les principes ne viennent pas s'insérer dans une hiérarchie de normes qui serait posée une fois pour toutes mais la hiérarchie résulte de l'activité même de production du droit, ou encore, il n'y a pas de hiérarchie mais une hiérarchisation des normes par ceux qui les produisent. Le dédicataire de ces lignes a d'ailleurs admirablement su dire

¹⁷ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto* (1960), Turin, Giappichelli, rééd. 1993, p. 237 s. ; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 1998, Milano, Giuffrè, p. 244 s.

¹⁸ Sur la distinction entre hiérarchie juridique, logique et axiologique, v. R. Guastini. *Teoria e dogmatica delle fonti*, 1998, Milano, Giuffrè, p. 124.

pourquoi l'expression « hiérarchie des normes » était « trompeuse » : c'est qu'elle laisse penser que les normes occupent une place ou un rang indépendamment de la hiérarchie, comme si elles pouvaient exister juridiquement avant d'être insérées dans une hiérarchie. Or, « les normes n'existent pas en dehors de la hiérarchie et l'on ne peut pas dire qu'elles sont hiérarchisées. C'est seulement le système juridique – autrement dit, le droit – qui l'est »¹⁹. C'est pourquoi Kelsen expliquait de son côté que le système juridique précède la norme et non l'inverse : une norme ne peut pas exister juridiquement si elle n'appartient pas au système juridique. C'est ce que signifie la formule certes quelque peu étrange selon laquelle la validité est le « mode d'existence spécifique »²⁰ des normes : ce mode est spécifique parce qu'une norme n'existe jamais seule. Cela conduisait Kelsen à affirmer qu'une norme est dite supérieure à une autre si elle détermine le mode de production de cette norme. Le propos souffre toutefois d'un excès de formalisme auquel les réalistes ont su remédier en insistant sur la volonté de l'interprète dans le choix de la norme susceptible de prévaloir sur l'autre en cas de conflit entre les deux (mais il est inutile d'insister sur ce point).

En effet, si c'est bien l'interprète qui identifie le « rang » auquel se situent les normes, on ne peut pas reconnaître l'invalidité d'une norme à partir de son rang inférieur, préalablement identifié, pas plus qu'on ne peut reconnaître la validité d'une norme à partir de son rang supérieur : une norme ne prévaut pas sur une autre parce qu'elle *est* supérieure mais elle est *dite* supérieure parce que l'organe qui en fait application l'impose à une autre. Ainsi, est supérieure la norme que le juge tient pour telle. La maxime *lex superior* dont on croit qu'elle vient résoudre une antinomie entre deux normes ne décrit donc pas un fait – la supériorité d'une norme sur une autre – mais constitue une justification de la solution de l'antinomie préalablement identifiée²¹. On en veut pour preuve la jurisprudence tant de la Cour de Cassation que du Conseil d'État par laquelle les juges ont fini par faire prévaloir la norme européenne même antérieure sur la loi nationale postérieure en reconnaissant à cette norme européenne une supériorité qu'ils lui avait jusque-là refusée²² (il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples). Encore faut-il ajouter que le juge est seul maître du choix de la maxime de résolution de l'antinomie et que ce qui vaut pour la maxime *lex superior* vaut tout autant pour la maxime, ô combien ambiguë, dite *lex specialis*. Certes, ce critère de spécialité est conçu comme ne devant pas laisser place aux préférences personnelles parce que, lorsqu'il établit qu'une règle est générale, le juge est censé n'avoir recours qu'à un jugement de fait concernant l'étendue des dispositions normatives (validité matérielle, personnelle)²³. Cela étant, son pouvoir d'appréciation ne souffre aucune limite : est donc générale la norme que le juge tient pour telle.

Il reste que le choix du critère matériel comme critère de résolution d'éventuels conflits entre les principes et la loi présente un double avantage : celui de faire coexister la loi et le principe et de prévenir d'éventuels conflits entre eux.

Pour le comprendre, il faut suivre l'analyse lumineuse que Riccardo Guastini a proposée des trois sens différents dans lesquels le verbe « déroger » est employé par les maximes contenant les prétendus critères de résolution des antinomies (*lex posterior*, *lex superior*, *lex specialis*). En effet, lorsqu'on dit d'une loi postérieure qu'elle « déroge » à une loi antérieure, on veut en

¹⁹ M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je, p. 77-78.

²⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris Dalloz, 1962, p. 13 s.

²¹ R. Guastini, *ibid.* ; M. Troper, *ibid.*

²² On pense évidemment aux arrêts *Sté Jacques Vabre* (1975) et *Nicolo* (1989) tous deux fondés sur la supériorité des traités sur les lois tirée de l'article 55 de la Constitution.

²³ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, op. cit, p. 209-217 et *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Paris, LGDJ-Bruylant, chap. 6, p. 89 s.

réalité dire qu'elle l'abroge. Lorsqu'on dit d'une loi supérieure qu'elle « déroge » à une loi inférieure, on veut en réalité dire qu'elle la prive de toute validité. Il n'y a donc de dérogation proprement dite que lorsqu'on dit d'une loi spéciale qu'elle « déroge » à une loi générale²⁴. Dès lors, l'utilisation de chacune de ces maximes ou critères de résolution d'une antinomie entre le principe et la loi ne produit pas les mêmes conséquences. Les maximes *lex posterior* et *lex superior* conduisent inévitablement à faire prévaloir l'une des deux normes sur l'autre : l'antinomie est certes résolue mais c'est toujours au détriment de l'une des normes en cause. L'arrêt *Koné* vient ici confirmer l'analyse²⁵ : en consacrant l'existence d'un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » que le Conseil constitutionnel n'avait jusque-là jamais identifié, le Conseil d'État prouve deux choses : l'une, qu'il peut fabriquer une norme supérieure à la loi quand cela lui semble nécessaire (c'est-à-dire « juste ») ; l'autre, qu'il lui paraît préférable d'habiller cette norme d'une supériorité « objective » à laquelle il ne peut se soustraire : d'où la qualification retenue qui a suscité tant de commentaires²⁶.

Il existe toutefois un moyen de faire coexister le principe et la loi : admettre que la loi formelle est une loi spéciale qui, sans pour autant l'abroger ni l'invalider, ne se conforme pas à un principe lui-même entendu comme loi générale. Elle est l'exception à la règle qui, comme le veut le proverbe, confirme la règle. Ainsi, ce critère ne sert-il pas à résoudre une antinomie mais à la dissoudre²⁷ et le juge qui le met en œuvre fait d'une pierre deux coups : en même temps qu'il préserve la liberté voire la souveraineté du législateur, il s'affranchit d'une étroite subordination à la loi.

Cette justification en produit d'ailleurs d'autres : une fois posé que les principes sont des normes matériellement plus générales que les lois, il reste à justifier qu'elles ne sont pas le fruit de la volonté du juge. Et, là encore, les solutions envisageables ne sont guère nombreuses : la plus pacifique d'entre elles consiste à affirmer que ces normes ne résultent d'aucune volonté imputable à quiconque mais qu'elles sont l'expression d'une conscience. Ainsi n'est-il pas rare de lire chez certains membres des juridictions que « l'affirmation d'un nouveau principe général du droit est moins la création *ex nihilo* d'une règle vraiment nouvelle que la reconnaissance et la consécration d'une norme jusqu'alors inexprimée mais néanmoins sous-jacente »²⁸, ce qui est une autre manière de dire que les principes sont des normes implicites « dans la société »²⁹. Il ne faut ici jamais oublier que si l'on cherchait la norme justifiant la validité de ces principes, on aurait bien du mal à la trouver : hormis une habilitation purement formelle, les principes n'ont matériellement aucune autre justification que la « justice ». Ce point n'est pas le moins important. En effet, au-delà des faux-semblants sur le pouvoir créateur ou normatif des juges lorsqu'ils créent, dégagent ou identifient des principes, une question cruciale demeure : pourquoi les juges éprouvent-ils le besoin de consacrer un principe plutôt que de tirer une norme nouvelle d'une loi existante (fait dont le juge administratif est devenu coutumier comme chacun sait) ? Bref : pourquoi des principes plutôt que rien, ou inversement, pourquoi rien plutôt que des principes ?

²⁴ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 1998, Milano, Giuffrè, p. 232.

²⁵ CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. 255.

²⁶ Pour une démonstration s'attachant aux « contraintes juridiques » pesant sur le Conseil d'État dans l'affaire, v. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 188-189 et « L'arrêt *Koné*, produit et source de contraintes », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et Ch. Gregorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, p. 53-61.

²⁷ R. Guastini, *ibid.*

²⁸ D. Labetoulle, concl. sur CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, Rec. 395.

²⁹ R. Guastini, *ibid.*, p. 283.

Nul doute qu'une telle question appellerait quantité de réponses différentes procédant elles-mêmes d'analyses diverses. Dans l'espace qui nous est ici offert, retenons-en une seule : les juges ne créent pas des principes parce que l'ordre juridique souffre d'une lacune à combler – les principes généraux ne sauraient être confondus avec de vulgaires règles techniques. Invoquer des principes c'est, au contraire, faire un choix de valeurs qui ne peut lui-même être justifié que par d'autres valeurs. Cela ne signifie pas que les principes sont imposés par la « justice » mais, si l'on se veut plus réaliste, que les juges – quoi qu'ils en disent – se sentent autorisés à juger la loi. Et ajoutons, pour éviter toute méprise, que ces principes que consacrent les juges nous informent beaucoup sur les juges et fort peu sur la justice en tant que telle car il n'existe pas de justice en dehors de l'opinion que s'en font les juges. On tient alors un élément de réponse à une autre question souvent posée : pourquoi si peu de principes ? Précisément parce qu'ils ne peuvent être justifiés que par référence à la « justice », laquelle est chose trop labile pour être utilisée à tout bout de champ par les juges³⁰. Et tout est là : la parcimonie reste, pour les juges, le meilleur moyen de concilier les principes de leur raison juridique avec les exigences de la volonté démocratique. Aucune norme morale ici, mais une nécessité stratégique voire politique : de même qu'il vaut mieux prévenir un conflit, mieux vaut éviter d'avoir à qualifier la loi formelle de loi spéciale dérogeant à la loi générale, au risque de paraître usurper un pouvoir qui n'est pas le sien³¹.

La question de la place des principes dans la hiérarchie des normes présente ainsi le mérite de nous faire toucher du doigt la pertinence d'une théorie réaliste de l'interprétation désormais familière. Elle permet également de comprendre que la « hiérarchie des normes » dont parlent les juges ne consiste guère en la description du mode de production du droit au sens où l'entendait Kelsen mais en une donnée objective, qui existe indépendamment d'eux et à laquelle ils ne peuvent se soustraire, une hiérarchie, en un mot, naturalisée³². Or, et le paradoxe n'est qu'apparent, cette naturalisation de la hiérarchie des normes remplit une fonction non négligeable dans le discours judiciaire sinon juridique car elle constitue une excellente garantie que les décisions des juges n'excéderont pas les limites du cadre que cette hiérarchie impose ; elle fournit à ceux qui une justification du pouvoir normatif qu'ils se reconnaissent ; elle contribue, en un mot, à l'objectivation du droit.

Si la théorie du droit ne dispose certes pas d'une réponse toute faite aux questions des juristes, du moins peut-elle servir à deux usages : poser les questions autrement, poser d'autres questions.

³⁰ C'est peut-être pour la même raison que tous les « principes » utilisés par le juge administratif français ne sont pas systématiquement rattachés à la catégorie des « principes généraux du droit » ; le terme semble parfois ne dénoter rien d'autre qu'une norme générale dont le fondement de validité se trouverait dans une autre norme positive ; on pense, par exemple, au « principe de transparence » appliqué à la passation des contrats et imposé par les sources européennes (v. P. Brunet, « L'empire du principe de transparence ou le côté obscur de la force », *Revue des Contrats*, 2006-2, p. 487-495).

³¹ Rien d'étonnant, dès lors, à ce que les membres des juridictions en viennent parfois à faire l'apologie de l'autolimitation des juges (v. M. Ameller, « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel » (OCDE, Istanbul, mai 1998 disponible à l'adresse Internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/princint.htm>)). Certes, raisonner ainsi n'est pas banal : c'est, dans le même temps, avouer sa puissance et craindre ses effets. On peut cependant rester sceptique quant à l'idée que les « techniques d'interprétation » garantissent l'autolimitation car cela ne revient qu'à déplacer le problème et continuer à se bercer de l'illusion que les auteurs des normes se soumettent aux normes qu'ils créent. N'est pas Ulysse qui veut...

³² Naturalisation qui prend parfois la forme des « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes », expression dont le Conseil d'État est devenu très friand après son arrêt *Nicolo* (sauf erreur, depuis l'arrêt du 18 juin 1993, *Institut français d'opinion*, Rec. 178) et qu'il semble employer pour désigner toutes les normes qu'il fera prévaloir, le cas échéant, sur la loi nationale ou une interprétation de cette dernière qu'une autorité administrative produirait dans une circulaire.