

À quoi sert la “théorie” des principes généraux du droit ?

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. À quoi sert la “théorie” des principes généraux du droit ?. A quoi sert la théorie des principes généraux du droit, Dec 2007, France. pp.175-187. halshs-00323345

HAL Id: halshs-00323345

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00323345>

Submitted on 20 Sep 2008

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.

À QUOI SERT LA « THÉORIE » DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ?

Pierre Brunet

*Professeur à l'Université de Paris X
Centre de Théorie et d'Analyse du Droit UMR CNRS 7074*

Paru dans

S. Caudal (dir.), Les principes en droit, Economica, coll. Études juridiques, 2009, p. 175-187.

De toutes les théories que les juges inventent pour justifier leur pratique normative et donner une apparence de raison au chaos de leur jurisprudence, celle des principes généraux du droit occupe une place de choix. Elle a suscité un nombre inouï de commentaires et a même réussi à traverser les frontières de la discipline en se voyant qualifier d'« expérience foucauldienne »¹.

Traditionnellement, la question des principes généraux en droit administratif donne lieu à un exposé en trois temps : l'un consacré à leur origine, un autre à leur énumération et un dernier à leur valeur ou leur autorité, bref, leur place dans la hiérarchie des normes².

La question aujourd'hui est de savoir dans quelle mesure les principes généraux du droit sont encore un instrument utile pour le juge administratif et donc aussi pour le droit administratif. En un mot : pourquoi des principes en droit administratif plutôt que rien ?

Une première réponse, que formuleraient volontiers la dogmatique juridique, reviendrait à dire qu'il ne pourrait en être autrement. En effet, selon cette réponse, le droit positif ne saurait reposer sur l'arbitraire des caprices d'un jour sans déroger à l'idée même de droit telle qu'elle est enracinée dans la culture sinon dans la nature humaine. Mieux encore, il pourrait paraître aisé de montrer qu'en droit, toute norme juridique doit tirer sa validité de sa conformité à une norme antérieure, en sorte que le propre d'une norme juridique est de n'être jamais imputable à une volonté individuelle et psychologique mais à une autre norme. Dans ces conditions, la volonté humaine n'est que le moyen de poser une norme qui s'impose de toutes les façons à cette même volonté. Bref, le système juridique est un ensemble de normes qui ne sont pas le produit de l'arbitraire mais le produit d'une nécessité. Dès lors, les principes généraux du droit apparaissent comme une catégorie transcendantale contenant elles-mêmes un ensemble de préceptes aussi justes que nécessaires, fruit de la raison humaine qu'il suffit à l'observateur attentif et patient de cueillir sur l'arbre de la connaissance. Ces principes généraux seraient – comme leur nom l'indique avec évidence – les lois de toutes les lois, le fondement rationnel ultime dont procéderait nécessairement la loi humaine quand bien même celle-ci serait l'expression d'une volonté, fut-elle générale.

Quiconque se méfie de ces grands mots se méfiera donc aussitôt de cette réponse et en cherchera une autre.

Il commencera par rejeter l'idée que le droit pourrait dépendre de la Nature humaine ou, ce qui revient au même, de la Raison entendue comme un ensemble de vérités toutes faites, sorte de grand réservoir plein de préceptes justes que tout homme raisonnable ne peut pas ne pas reconnaître comme évident. Il remarquera que lorsqu'elle ne peut se vêtir des rigueurs de la logique, la vérité – tout autant que la justice – est plurielle et se réduit en définitive à ce que l'on en dit. S'il y a donc autant d'idées du juste ou du vrai que de personnes pour en parler,

¹ V. F. Ewald, « Une expérience foucauldienne : les principes généraux du droit », *Critique*, « Michel Foucault : du monde entier », 1986, p. 788-793.

² Qu'on se rassure, je ne reviendrai pas sur ce dernier point (v. *Mélanges Troper*).

notre sceptique conclura que ces mots servent à faire le contraire de ce qu'ils prétendent dire ou être, à savoir, dissimuler l'arbitraire de celui qui s'en empare ou s'en gargarise. Dans ces conditions, l'idée qu'il puisse exister des principes généraux du droit susceptibles de s'imposer à qui veut bien se donner la peine de les voir laisse dubitatif ; ces principes en question ne sont que le résultat du pouvoir de celui qui les énonce ; le juge administratif, comme tous les juges, aura recours aux principes afin de justifier voire de dissimuler son pouvoir de création normative lorsque, comme tous les autres juges, il voudra faire prévaloir sa volonté sur celle d'un autre, le législateur par exemple. Bref, si ce que l'on appelle communément l'ordre juridique est le produit d'un rapport de forces entre autorités, les principes sont une arme aussi puissante que la loi elle-même.

C'est maintenant que la difficulté commence. À la réflexion, une telle réponse pourrait apparaître comme une clef de lecture un peu grossière, une sorte de passe-partout forçant nombre de serrures sans grande distinction. Elle repose en effet sur l'idée non vérifiée que le juge administratif est un juge comme les autres ou mieux que les principes du juge administratif sont identiques à ceux des autres juges. Cette idée mérite d'être examinée sinon renversée pour au moins trois raisons.

D'une part, le juge peut aussi bien dissimuler son pouvoir, sans recourir aux principes. En effet, plus qu'aucun autre juge dans le système juridique français, le Conseil d'État a toujours joui d'une grande latitude. Contrairement au juge judiciaire, il n'a jamais été lié par un code et n'était donc pas contraint de motiver ses créations jurisprudentielles en référence à des textes. Certes, on pourrait objecter que sa compétence dépendait toutefois de la loi. On pourrait même citer la loi des 16 et 24 août 1790, la loi du 28 pluviôse an VIII, la loi du 24 mai 1872 (art. 9), l'ordonnance du 31 juillet 1945 (art. 32). Mais le juge administratif a su en tirer un large pouvoir d'appréciation afin de construire de toute pièce sa sphère de compétence. Il est à peine besoin d'insister. Disons, pour faire bref, que nombre d'arrêts dits de principe – à commencer par l'arrêt *Blanco* – n'ont pas eu besoin de sonner le tocsin des principes généraux pour imposer de nouvelles normes dont nul ne pouvait *a priori* prédire qu'elles s'imposeraient à l'administration. C'est encore sans l'autorité des principes que le juge administratif a pu soustraire de son contrôle nombre d'actes émanant de l'administration mais dont le Conseil d'État ne voulait pas connaître afin de ménager les susceptibilités de tel ou tel organe d'État. On pense bien évidemment aux fameuses catégories des actes parlementaires et des actes de gouvernement : pures créations du juge administratif, elles n'ont rien de principielle. On pourrait ajouter, pour en finir, que le Conseil d'État n'a pas eu non plus besoin de principes pour les vider de leur contenu. L'histoire enseigne que l'on s'est donc très vite habitué à ce que le juge administratif justifie ces décisions à l'aide de catégories juridiques très générales qu'il forgeait lui-même.

D'autre part, en affirmant – comme il lui est arrivé de le faire – que les principes s'imposent même sans texte, le juge administratif ne dissimule nullement son pouvoir créateur mais, au contraire, l'affirme haut et fort. C'est d'ailleurs ce qui explique que l'arrêt *Aramu* ait pu évoquer des « principes applicables en l'absence de texte » sans que l'histoire ne garde la trace d'une énième remise en cause de l'existence de la justice administrative. Si par la suite il n'a pas systématiquement réitéré cette affirmation, il a consacré nombre de principes sans se fonder sur un texte (*Lamotte, L'Aurore, Barel*). En outre, notons d'emblée que si c'est bien l'autorité du principe qui est détachée d'un texte quelconque, cela vaut pour la catégorie des principes et non pour tel ou tel principe pris *ut singuli*. Peu importe donc qu'ensuite la jurisprudence du Conseil d'État fasse statistiquement peu usage de la formule. Seul compte le fait que le Conseil d'État n'est jamais revenu sur cette affirmation.

Enfin, l'idée que les principes généraux du droit « dégagés » par le juge administratif lui serviraient – comme à n'importe quel juge – à dissimuler son pouvoir de création néglige le fait que, à la différence des autres juges, le juge administratif ou plus largement encore les membres de la juridiction administrative ont contribué à forger cette doctrine des principes généraux du droit en tant que doctrine ou, comme on dit, de « théorie ».

Or, c'est justement là que réside l'originalité de cette catégorie de normes que sont les « principes généraux du droit » en droit administratif français : avant de constituer un ensemble rationnel ou cohérent, cette notion désigne une doctrine elle-même constitutive non seulement de la place singulière qu'occupe le juge administratif dans le système juridique français mais encore du droit administratif français en général.

Pour comprendre cela il convient de revenir sur les origines et le contenu de cette théorie, son usage et son avenir.

1. ORIGINES ET CONTENU DE LA THÉORIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

Comme on le sait, cette « théorie » provient du Conseil d'État lui-même. Les *Études et documents* de 1947 contiennent trois articles portant sur la question de « la continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution ». De même, on sait l'importance des conclusions Letourneur³ sur l'arrêt *Société du Journal l'Aurore*⁴, lequel n'hésitait pas à ranger le principe de non-rétroactivité parmi les « principes fondamentaux du droit moderne ».

L'activité doctrinale du juge administratif n'est en rien exceptionnelle. Le Conseil d'État a toujours cultivé un goût prononcé pour l'auto-analyse laquelle consiste certes en une justification de son activité, une rationalisation de ces choix jurisprudentiels, on dirait aujourd'hui, une politique de communication. Mais dire cela ne consiste pas à agiter le chiffon rouge du soupçon ni brandir le spectre de l'idéologie : il y a des justifications sincères.

Quant à la doctrine, c'est peu dire qu'elle a pris au sérieux cette « théorie ». Si elle n'a donné lieu, à ma connaissance, qu'à deux thèses universitaires (abouties), elle en a suscité bien d'autres. Dans la mesure où chaque nouveau principe a donné lieu à quantité de commentaires, et que certains principes fort obscurs ont eux aussi donné lieu à de nombreux travaux, il faut bien reconnaître que l'ensemble n'a cessé de conforter la présence de cette « théorie » dans le droit positif.

Le contenu de la théorie paraît *a priori* très simple à exposer : elle consiste en la reconnaissance de règles juridiques non écrites dont le juge constate l'existence et dont il impose le respect à l'administration. Ainsi, dans une allocution prononcée à l'occasion du cent-cinquantième du Conseil d'État, le Président Bouffandeau semble tout dire :

« Je tiens à signaler les applications faites récemment par la jurisprudence du Conseil d'État d'une théorie particulièrement hardie dans un régime de droit écrit comme le nôtre : la théorie des principes généraux du droit. Nous estimons qu'il existe des règles de droit non écrites, ayant valeur législative et qui, par suite, s'imposent au pouvoir réglementaire et à l'autorité administrative, tant qu'elles n'ont pas été contredites par une disposition de loi positive (...) mais ces règles ne peuvent pas être regardées comme faisant partie d'un droit public coutumier, car, pour la plupart, la constatation de leur existence par le juge administratif est relativement récente. En réalité, il s'agit d'une

³ *Sirey*, 1948.3.69.

⁴ CE, 25 juin 1948, Lebon, 249.

œuvre constructive de la jurisprudence réalisée, pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens »⁵.

La fermeté du propos masque mal une certaine ambivalence : d'un côté, il affirme que les règles existent et l'on suppose que cette existence est pensée comme objective, de l'autre, il reconnaît que cette théorie est une « œuvre constructive » de la jurisprudence. Sans doute cherchait-il à exprimer ainsi l'idée que ce qui est construit l'est avec des matériaux existant ou consiste en une reconstruction rationnelle. Mais on peut aussi tenter d'y voir une façon habile de rendre compte de la part de liberté dont dispose le juge administratif de l'époque qui jouit, de fait, d'une latitude d'autant plus grande que les textes applicables n'existent quasiment pas⁶.

L'affirmation la plus claire de ce que « la reconnaissance par le juge administratif d'un principe général représente de sa part une œuvre créatrice »⁷ est venue plus tard. Elle s'est accompagnée de l'affirmation selon laquelle cette création n'a rien d'arbitraire. Le meilleur représentant de cette thèse est incontestablement Bruno Genevois pour qui :

« L'application faite par le juge administratif des principes généraux du droit n'est cependant pas le fruit d'une démarche arbitraire de sa part (...). Le Conseil d'État s'inspire en effet de l'esprit des lois en vigueur et de l'opinion générale. Il a le souci de ne faire application d'un principe général que pour autant que son existence peut se déduire de la législation existante et repose sur un large consensus »⁸

ou encore :

« la notion de principe général du droit est, dans la jurisprudence administrative, inséparable de celle de source non écrite de la légalité. C'est là que réside son originalité profonde (...). Ce caractère doit cependant se concilier avec le fait que le principe général du droit est déduit par le juge du droit existant »⁹.

Bruno Genevois appuie son propos sur celui également fameux du Doyen Vedel :

« Les principes généraux sont dans une certaine mesure l'oeuvre du juge qui les dégage de la gangue du milieu juridique ; ils ne sont pas une œuvre arbitraire car ils sont extraits du droit positif existant à un moment donné¹⁰ ».

Ces propos semblent permettre deux interprétations très différentes.

Selon la première, la thèse avancée contiendrait deux affirmations distinctes : a) les principes sont une œuvre créatrice du juge ; b) cette création est conforme au droit positif. En vérité, une telle interprétation conduit à se demander si ces deux affirmations ne sont pas purement et simplement contradictoires car, de deux choses l'une : ou bien les principes sont créés par les juges mais alors ils ne peuvent entretenir avec le droit positif d'autre relation de conformité que formelle ; ou bien les principes sont matériellement conformes au droit positif mais alors à quoi sert de dire qu'ils sont créés par les juges : autant dire que les juges les appliquent

⁵ « Les progrès de la jurisprudence du Conseil d'État », juin 1950.

⁶ Cf. B. Genevois : « La marge de manoeuvre qu'il se reconnaît ainsi dans l'élaboration du droit positif est d'autant plus grande que les textes, par leurs silences sur les notions de base du droit administratif, lui ont laissé une grande latitude », *Répertoire Cont. Adm. Dalloz*, V° *Principes généraux du droit*, oct. 2004, §31.

⁷ *Ibid.*, §26.

⁸ *Ibid.*, §32. C'est moi qui souligne.

⁹ *Ibid.*, §36.

¹⁰ G. Vedel, note sous CE, Ass., 4 avril 1952, *Synd. régional des quotidiens d'Algérie*, JCP 1952. II. 7138, cité par B. Genevois, *art. cit.*, §32.

comme ils sont censés appliquer la loi selon le bon vieux schéma mécaniste et aussi faux que rassurant du juge bouche de la loi. Notons que le choix de la première branche de l'alternative – dire que le juge est habilité par le droit positif à créer des principes – n'est pas sans poser quelques difficultés : d'une part, l'affirmation n'est guère vérifiable et d'autre part, quand bien même on la vérifierait, elle serait moins fausse que peu instructive : quiconque apprendrait que le juge administratif est certes un créateur mais néanmoins habilité n'aurait fait que la moitié du chemin, l'autre consistant à se demander ce qui garantit qu'il ne puisse faire un usage « non conforme » de son pouvoir.

Une seconde interprétation est également envisageable, selon laquelle, tel un archéologue, le juge dégagerait des principes au terme d'une patiente observation du droit et des mœurs et, pourrait-on ajouter, en faisant usage de sa raison ineffable. Une telle interprétation n'est cependant plus guère compatible avec l'idée d'« œuvre créatrice » de la part de la jurisprudence et cette description, comme la métaphore qui l'exprime, n'est à dire vrai pas non plus nouvelle. Sans doute l'originalité de cette description tient-elle au contexte dans lequel elle est présentée : dans un pays de droit coutumier ou non codifié, elle n'aurait rien que de très banale.

Quelle que soit l'interprétation retenue, on bute sur une même difficulté : qu'il soient créés par la jurisprudence ou qu'ils soient découverts par les juges, les principes sont censés être « extraits » ou encore « déduits » du « droit positif ». Or, que peut désigner cette dernière expression ? Recouvre-t-elle un ensemble de textes, un ensemble de normes tirées des textes, un ensemble de valeurs qui s'imposeraient à chacun, un ensemble de faits sociaux ?

S'il est bien difficile de trancher avec certitude cette question de la définition de l'expression « droit positif », au moins peut-on tenter quelques clarifications. Pour qu'on puisse en dégager des principes, ce « droit positif » ne saurait être réduit à un ensemble de textes ou de faits sociaux, sauf à admettre que des textes – c'est-à-dire des énoncés linguistiques – ou des faits sociaux puissent à leur tour, et par eux-mêmes, fonder des normes, sauf à croire, donc, que des régularités suffisent à produire des règles.

Ce droit positif ne peut donc être compris que comme un ensemble de normes. Là encore une alternative doit être tranchée : ces normes sont-elles juridiques, positives ou découlent-elles de la nature des choses ? La seconde branche de cette alternative doit sans doute être écartée : en affirmant que les principes sont extraits du droit positif, la théorie des principes tend à affirmer leur caractère positif et non pas naturel. Il ne reste donc plus que la première branche : le droit positif dont sont extraits les principes est un ensemble de normes elles-mêmes tirées des textes positifs voire d'autres normes identifiées comme juridiques. Ainsi, les principes sont-ils des normes tirées d'autres normes. Sans doute ne peut-on s'arrêter là. Car lorsqu'on dit que les principes sont extraits du « droit positif », on prend le droit positif comme une totalité métaphorique valant pour l'ensemble des normes constituant ce même « droit positif ». Dès lors, le propos n'est plus à proprement parler juridique : dire que les principes sont extraits du droit positif ou qu'ils en sont déduits ne signifie pas que ces principes seraient l'application de ce même droit positif mais cela revient à dire qu'ils fondent eux-mêmes ce droit positif (voire se confondent avec lui) ; ils en émanent comme l'essence du pétrole sous l'effet de la flamme, autrement dit, et contrairement à ce que l'on pouvait spontanément penser, ces principes ne sont susceptibles d'être extraits du droit positif que parce qu'ils le constituent ; ils correspondent aux valeurs qui régissent le droit positif. On comprend mieux pourquoi Letourneur voyait dans la consécration du principe de non-rétroactivité en 1948 « un acte de foi dans la suprématie du droit »¹¹.

¹¹ Concl. précitées.

On mesure alors que la « théorie » des principes généraux tente d'articuler dans le même temps deux modalités du discours : un discours descriptif selon lequel les principes sont produits par les juges avec une assez grande liberté ; un autre prescriptif selon lequel les principes sont légitimes c'est-à-dire qu'ils doivent être considérés comme objectivement obligatoires et ne relèvent ni du droit naturel ni des caprices des juges.

Ainsi cette théorie sert-elle à deux usages et constitue un mythe à l'état pur : elle peut d'un même geste rendre compte de la liberté des juges et démentir qu'ils seraient libres d'agir à leur guise ; elle parvient même à donner l'illusion que ce qui est correspond à ce qui doit être puisque l'on retrouve dans ce qui est posé ces principes qui devaient l'être.

Au fond, cette « théorie » n'en est pas une : elle ne décrit rien mais cherche à justifier la liberté que le juge se reconnaît non seulement de créer des normes mais des normes justes. Elle consiste elle-même en un « discours » (au sens foucauldien) selon lequel le juge dispose du pouvoir de créer certaines normes dès lors qu'elles sont justes et elles sont justes parce qu'elles sont conformes à un idéal commun du droit dont on postule l'existence objective. En définitive, loin d'être une théorie d'inspiration positiviste, la théorie des principes généraux du droit est sans aucun doute le dernier avatar d'une conception jusnaturaliste selon laquelle le droit n'est un ordre normatif que s'il est effectivement régi par certaines valeurs morales intrinsèques. Dans ces conditions, elle permet de dissimuler non pas tant l'œuvre créatrice des juges mais les jugements de valeur que les juges portent sur le droit en vigueur. Elle est une rationalisation de leur pouvoir par des juges conscients de l'exercer.

Mais elle est aussi une moralisation du droit positif.

2. USAGE DE LA THÉORIE : UNE MORALISATION DU DROIT POSITIF

L'ambivalence de la place des principes à l'égard du « droit positif » se retrouve également sous une autre forme. Il n'est en effet pas rare de lire que la théorie des principes généraux sert à trancher des questions d'interprétation.

Ainsi, comme l'explique Bruno Genevois :

« La notion de principe général du droit est également utilisée par le juge administratif comme un mode d'interprétation des lois et règlements. Dans l'interprétation des textes, le juge s'attache à rechercher quelle a été l'intention du ou de ses auteurs. Selon le cas, cette volonté s'est clairement manifestée (l'analyse littérale du texte suffit à en déterminer le sens), indirectement exprimée (par le biais des rapports et débats qui ont accompagné l'adoption du texte) ou peut être déduite du souci de l'auteur du texte de se conformer à la cohérence d'ensemble de notre droit positif. C'est à ce dernier titre qu'est susceptible d'intervenir la théorie des principes généraux du droit. Pour le juge administratif, le législateur est, sauf volonté formelle contraire (V. CE, ass., 11 janv. 1963, *Synd. national des administrateurs de la France d'outre-mer*, Rec. CE, p. 16, AJDA 1963.289, note A. Homont), réputé vouloir se conformer aux principes généraux du droit. Lorsqu'un texte est susceptible de plusieurs sens, la préférence doit être donnée à l'interprétation qui permet d'assurer le respect des principes généraux du droit »¹².

Cette thèse mérite examen en tant que telle car, à bien y regarder, elle articule également deux modalités de discours, l'une descriptive quant à la conception de l'interprétation – interpréter revient à rechercher le sens d'un texte, sens qui est lui-même confondu avec l'intention de

¹² V° *Principes généraux du droit*, §40.

l'auteur du texte – l'autre prescriptive quant à la résolution d'un conflit entre deux interprétations possibles au profit de la cohérence de l'ordre juridique.

À dire vrai, si la conception même de l'interprétation ici évoquée semble très banale et en parfaite adéquation avec la fonction de juger telle qu'on se la représente habituellement – dès lors que des textes ont été produits, comment le juge pourrait ne pas tenir compte de l'intention de ceux qui en sont les auteurs au sens purement formel du terme ? – il convient de remarquer qu'elle repose sur une pure fiction que véhicule encore une fois la métaphore de l'« auteur » du texte. Une fois dissipée cette intention de l'auteur que reste-t-il, sinon l'interprète, le texte et les finalités que ce dernier est censé servir mais qui toutes dépendent des appréciations et jugements de valeur de l'interprète lui-même ?

Dans ces conditions, que recouvre cette « cohérence d'ensemble » du droit positif ? Si on admet que cette dernière expression est une métaphore pour désigner un ensemble de valeurs transcendantales intrinsèques au droit positif, la thèse que les principes doivent servir à trancher des conflits d'interprétation change quelque peu de sens : c'est moins l'absence de volonté expresse du législateur de déroger aux principes qui justifie l'usage de ces derniers que la volonté des juges de tempérer les effets de lois ou de règlements iniques à leurs yeux car par trop dérogatoires aux principes intrinsèques du droit positif tels qu'ils résultent en dernier ressort de l'appréciation des juges. Autrement dit, il n'y a de cohérence d'ensemble que reconstruite par ceux-là mêmes qui prétendent la contempler dans le ciel du droit positif.

Les exemples jurisprudentiels les plus connus sont ceux des jurisprudences *Aramu* et *Lamotte*. Dans la première affaire, les textes applicables aux commissions d'épuration prévoyaient certaines procédures mais semblaient bel et bien avoir omis de conférer aux intéressés un droit à présenter leur défense : négligence ou refus ? Négligence, selon le Conseil d'État qui, par la vertu des principes généraux, a pu introduire ce droit tout en conservant la cohérence d'ensemble des dispositions en cause¹³. Dans la seconde affaire (CE, ass., 17 févr. 1950, *Min. Agriculture c/ Dame Lamotte*, Lebon, p. 110), l'article 4 d'une loi du 23 mai 1943 semblait bel et bien soustraire un acte administratif de tout recours en affirmant que cet acte (l'octroi d'une concession de terre abandonnée ou inculte) « ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ». Mais le Conseil d'État a jugé que ce texte « n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». Dans les deux cas, on mesure ce que l'idée d'un sens littéral des textes juridiques a de fragile sinon de tout à fait circonstanciel : n'est littéral, en droit, que le sens que l'on tient pour convenable une fois évacués les autres sens possibles.

Ajoutons, pour finir, que la théorie des principes généraux ne permet pas de rétablir une interprétation empreinte d'idée de justice seulement en cas de conflits entre plusieurs sens possibles d'un texte. Cette théorie permet également d'étendre le champ d'application d'une norme. Le droit du travail fournit de nombreux exemples dans lesquels le juge administratif a érigé en principe une disposition positive afin de lui faire produire des effets en dehors de son champ d'application initial et attribuer ainsi des droits subjectifs au profit de salariés qui en

¹³ Cf. CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, Lebon, p. 213 : « aux termes de l'art. 2, alin. 5, de cette ordonnance, la commission d'épuration "entend les personnes qui lui sont déférées", qu'elle peut du reste "valablement déléguer à cet effet ses pouvoirs à l'un de ses membres, ou donner commission rogatoire à des officiers de police judiciaire ou à des magistrats choisis sur une liste dressée par arrêté du commissaire à la Justice" ; que "ces magistrats, ainsi que les membres de la commission, peuvent être assistés de greffiers désignés de la même façon" ; qu'il résulte de ces prescriptions, ainsi d'ailleurs que des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut à ce titre être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense ».

étaient jusque-là dépourvus. Sans doute l'auteur du texte aura-t-il été heureux d'apprendre qu'il avait énoncé un principe général du droit, comme d'autres font de la prose, *sans le savoir*¹⁴. Il arrive cependant que la formulation se fasse moins péremptoire et qu'au lieu d'affirmer que le législateur a énoncé un principe en édictant telle disposition, le Conseil d'État préfère évoquer le principe « dont s'inspire » telle disposition écrite¹⁵. On pourrait être tenté de voir dans ces deux formulations la trace d'une conception très différente de l'origine des principes et le signe d'une volonté du Conseil d'État de rattacher les principes au « droit positif ». Mais aussi défendable soit-elle dans ses intentions, cette subtilité semble bien inutile à qui accepte de reconnaître le fait que la volonté du législateur est un masque élégant pour qui s'en fait l'interprète.

Mais quel est l'avenir de cette théorie ?

3. AVENIR DE LA « THÉORIE » DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

Rien ne sert de jouer les Cassandre : cette construction jurisprudentielle qu'est la théorie des principes généraux du droit continuera de remplir la fonction de justification qui est la sienne et pour laquelle elle a été élaborée tant que la nécessité s'en fera sentir. En revanche, compte tenu du mouvement d'intégration ou d'interpénétration des ordres juridiques, on peut douter que la catégorie des principes qu'a créée le juge administratif français puisse ne pas s'ouvrir aux principes consacrés par les juridictions supranationales.

Cela étant, l'identité de mots n'implique pas nécessairement une identité de sens. À cet égard, le cas du principe de sécurité juridique semble assez exemplaire¹⁶.

On a fait remarquer à quel point la signification de l'expression « sécurité juridique » ressemblait, sous la plume du Conseil d'État, davantage à celle que la CJCE donne au principe dit de « confiance légitime » qu'à celui de « sécurité juridique » qu'utilise également la Cour.

¹⁴ Cf. CE, Ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, N°66405, Lebon, p. 268 : « aux termes de l'article L.122-42 du code du travail, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 4 août 1982 : "Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite" ; qu'en édictant cette interdiction, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public confiée à la Société nationale des chemins de fer français ». Ou encore : CE, 27 mars 2000, *Mme Brodbeck*, N°155831, Lebon, p. 129 : « aux termes de l'article L. 123-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 : "(...) Nul ne peut b) (...) résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe ou de la situation de famille ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille" ; qu'en édictant cette interdiction, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux établissements publics dont le personnel de droit privé est doté d'un statut réglementaire, dans la mesure où il n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public confiée à l'établissement ».

¹⁵ Ainsi, pour un exemple bien connu : CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, Lebon, p. 406 : « le principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre 1^{er} du Code du Travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose ». Et plus récemment : CE, 2 octobre 2002, N° 227868, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, AJDA 2002.1294, concl. Piveteau et note M.-C. de Montecler : « Considérant qu'il résulte du principe général du droit dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi que les règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires, que, lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement ».

¹⁶ Cf. CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, *KPMG et autres*, Rec., p. 154 ; AJDA 2006. 1028, chron. Landais et Lenica ; RFDA 2006. 463. concl. Aguila.

En effet, selon cette dernière, le principe de sécurité juridique impose la clarté et la précision des règles de droit et des actes individuels qui constituent à un certain moment le cadre juridique dans lequel les autorités exercent leurs compétences et les particuliers leurs activités. La Cour a jugé à plusieurs reprises non seulement que le « principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation communautaire permette aux intéressés de connaître avec exactitude l'étendue des obligations qu'elle leur impose »¹⁷, mais aussi que les « justiciables doivent [...] pouvoir connaître sans ambiguïté leurs droits et obligations et prendre leurs dispositions en conséquence »¹⁸. Elle a également précisé les relations entre ce principe de sécurité juridique et son corollaire, celui de confiance légitime¹⁹. C'est ce dernier qui impose à l'autorité publique une exigence de prévisibilité en ce qui concerne la modification de la réglementation. Pour autant, tel qu'appliqué par la CJCE, ce principe n'a jamais servi de fondement à un droit subjectif au profit d'un opérateur économique qui « ne saurait (...) faire valoir un droit acquis ou même une confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des actes pris par les institutions communautaires dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation »²⁰.

Ainsi est-il assez clair qu'il s'agit, tant pour le Conseil d'État avec le principe de « sécurité juridique », que pour la CJCE avec celui de « confiance légitime », de mettre en balance la stabilité des situations juridiques constituées et la mutabilité d'une réglementation nécessairement évolutive puis d'imposer des mesures transitoires que justifieraient des perturbations excessives des premières par la seconde.

Que le Conseil d'État n'ait manifestement pas voulu utiliser l'expression de « confiance légitime » n'est donc pas contestable (et quelles que soient les raisons de ce refus). On peut de là conclure que « peu importe le mot pourvu qu'on ait la chose »²¹. Mais c'est peut-être trahir le présupposé que la valeur ultime à l'aune de laquelle on évalue les décisions des juges réside dans leur aptitude à réaliser la cohérence et la complétude du système juridique, condition *sine qua non* d'un droit digne de ce nom : prévisible, stable, sûr. Ne peut-on pas se passer d'une telle évaluation et s'intéresser à ce que fait le Conseil d'État plutôt qu'à ce qu'il devrait faire ? Or, en adoptant un concept de sécurité juridique plus extensif que celui de la CJCE, le Conseil d'État se dote d'un concept autonome et se donne les moyens de ne plus faire application d'un principe de confiance légitime dont il pourra, à l'avenir, toujours dire qu'il demeure « applicable uniquement dans le champ du droit communautaire »²², en sachant que cela ne mange pas de pain.

¹⁷ CJCE, 1^{er} octobre 1998, *Royaume-Uni/Commission*, C-209/96, Rec. p. I-5655, §35 ; CJCE, 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita*, C-108/01, Rec. p. I-5121, §89 ; CJCE, 21 février 2006, *Halifax e.a.*, C-255/02, Rec. p. I-1609, §72 ou encore CJCE, 21 juin 2007, *Stichting ROM-projecten*, C-158/06, Rec. 2007 p. I-5103, §25.

¹⁸ CJCE, 13 février 1996, *Van Es Douane Agenten*, C-143/93, Rec. p. I-431, §27 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, Rec. p. I-10211, §79.

¹⁹ CJCE, 15 février 1996, *Fintan Duff et autres contre Minister for Agriculture and Food et Attorney General*, Aff. C-63/93, Rec. 1996 page I-00569 et concl. Cosmas : « Ce principe [de confiance légitime], qui fait partie de l'ordre juridique communautaire, est le corollaire du principe de sécurité juridique qui exige que les règles de droit soient claires et précises, et vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire ».

²⁰ CJCE, 28 octobre 1982, *Faust/Commission*, C-52/81, Rec. p. 3745, §27 et CJCE 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health et autres c/ Secretary of State for Health*, n° C-154/04 et C-155/04, §128.

²¹ D. Simon, *Europe* n°5, Mai 2006, comm. 142.

²² Par exemple : CE, Ass., 11 juillet 2001, *FNSEA*, RFDA 2002.33 concl. Sénens, note Dubouis.

Gageons que le Conseil d'État aura d'autres occasions de réinterpréter ou redéfinir (ou s'approprié ?) un principe communautaire en lui donnant un nom propre. Certes, dans ce cas comme dans les autres, il s'agit de compléter le droit positif en y introduisant des normes de justice qui lui manquaient. Il convient toutefois de souligner que la création (ou la reconnaissance) de ces principes ne répond désormais plus exactement aux mêmes nécessités : les carences ou les incertitudes du législateur d'hier ont cédé le pas aux contraintes de l'intégration des ordres juridiques.

Cette intégration se fait elle-même sous le contrôle des juges et grâce à la théorie des principes. Sans doute ne faut-il pas exagérer le fait que certains principes récemment consacrés ne soient plus expressément qualifiés de « généraux du droit » par le juge administratif mais qu'il les présente comme des principes *tout court*. Notons que, de son côté, la CJCE utilise l'expression de « principes généraux du droit » sans chercher à restreindre ce « droit » au « droit communautaire »²³. On mesure ainsi la force rhétorique, sinon pragmatique, de cette catégorie de normes que sont les principes et mieux encore du discours qui les portent : en qualifiant certaines normes de principes ou encore de principes généraux sans les rattacher à un ordre juridique spécifique on donne toujours plus de chair à cette autre métaphore dite du « dialogue des juges » qui a désormais investi le discours des juges et que d'aucuns finissent par prendre pour une réalité. D'un œcuménisme rassurant, elle sert elle aussi autant à décrire ce qui est – ces échanges et jeux d'influence entre les cours nationales et supranationales – qu'à prescrire ce qui doit être – l'intégration des normes communautaires dans les ordres nationaux, autrement dit, la conformité de ces ordres aux normes matérielles du droit européen en général²⁴. Le fait est que les principes contribuent utilement à produire l'illusion d'une cohérence voire d'une cohésion des ordres juridiques qui résulterait du droit positif lui-même, comme si ce dernier existait indépendamment de ceux qui le déchiffrent. Cela correspond assez bien à la situation juridique contemporaine des États européens qui hésitent entre ordre juridique national et supranational mais laissent perdurer cette idée que ces ordres juridiques ne sont jamais le résultat des caprices des juges : quelle qu'en soit leur complexité, ils continueront d'être présentés comme fondés sur des principes. La « théorie des principes généraux du droit » aura, quant à elle, fait son temps et son œuvre.

²³ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, Rec. 2002 p. I-6677, §§ 38 et 39 ou CJCE, 21 février 2008, *Commission / France*, aff. C-201/06.

²⁴ Qu'il me soit permis de renvoyer à « Humpty Dumpty à Babel ? Les juges et le vocabulaire juridique européen », CHRONIQUE DE DROIT EUROPÉEN & COMPARÉ N°17 (CEJEC, Paris X), sous la dir. de J.-S. Bergé et I. Omarjee, *Les Petites affiches*, 2008 (*à paraître*) et la réponse de O. Dubos, « L'Empire de la Cour de justice sur le vocabulaire juridique européen : le combat de la chèvre contre le chou ou de l'art d'être mi-chèvre, mi-chou » (*ibid.*)