

Principes, principes généraux du droit et créations jurisprudentielles

Michel LEROY

I. Naissance et prolifération des principes généraux du droit

La notion de principe général de droit, comme source de droit autonome, est apparue dans la jurisprudence du Conseil d'État français par trois arrêts du 26 octobre 1945¹. De dispositions qui prévoyaient que des fonctionnaires poursuivis disciplinairement devaient être entendus, et qui réglaient les modalités de cette audition, le Conseil d'État français a conclu «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».

Cet «acte de naissance» des principes généraux du droit recèle au moins deux paradoxes. D'abord, comme l'indique sa formulation, l'appel aux principes généraux n'était en l'occurrence pas nécessaire: des dispositions expresses exigeaient que les fonctionnaires poursuivis disciplinairement soient entendus. Ensuite, la règle qui impose d'entendre une personne à qui une sanction est infligée avait déjà été établie par la jurisprudence un an et demi plus tôt, sans qu'il ait alors paru nécessaire d'invoquer une source de droit jusque là inconnue².

Ce contexte pose d'emblée la question que je me propose d'examiner: les principes généraux du droit sont-ils une source de droit distincte de la jurisprudence ?

Dans le droit belge, la notion de principe général de droit est restée discrète jusqu'en 1970. Elle a connu depuis lors un engouement sans doute excessif. À l'origine de cette vogue figure un discours de rentrée prononcé le 1^{er} septembre 1970 par le prestigieux procureur général W.J. Ganshof van der Meersch. Ce discours, intitulé «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit» passe en revue une série de règles, relevant des différentes branches du droit, qui ont été qualifiées de «principes» ou de «principes généraux». Adressé principalement à la Cour de cassation, l'auteur s'appuie largement sur la jurisprudence de celle-ci; ceci n'est pas anodin quant à la nature de ces principes. Pour s'en tenir au droit public et administratif, le procureur général a notamment évoqué, comme principes généraux:

- la *permanence de l'État*, et sa conséquence qu'est la *continuité de la fonction et du service public*,
- la *situation statutaire* (et non contractuelle) *des agents des services publics*,
- l'*examen impartial de la contestation par le juge*,
- l'*indépendance du juge*,
- l'*obligation de motiver tout jugement*,
- les *droits de la défense*.

¹ *Aramu, Belloir et Mattei, Rec.* pp. 213 à 215

² Voir Conseil d'État fr., 5 mai 1944, *Trompier-Gravier, Rec.* p. 133:

«Considérant qu'il est constant que la décision attaquée, par laquelle le préfet de la Seine a retiré à la dame veuve Trompier-Gravier l'autorisation qui lui avait été accordée de vendre des journaux dans un kiosque sis boulevard Saint-Denis, à Paris, a eu pour motif une faute dont la requérante se serait rendue coupable;

Considérant qu'eu égard au caractère que présentait dans les circonstances susmentionnées le retrait de l'autorisation et à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que la dame veuve Trompier-Gravier eut été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle; que la requérante, n'ayant pas été préalablement invitée à présenter ses moyens de défense, est fondée à soutenir que la décision attaquée a été prise dans des conditions irrégulières par le préfet de la Seine et est, dès lors, entachée d'excès de pouvoir.»

Vingt-cinq ans plus tard, Jacques Jaumotte (aujourd'hui conseiller d'État) a tenté de dresser un catalogue des principes généraux reconnus par la jurisprudence du Conseil d'État³; il en a relevé une vingtaine⁴, auxquels il convient d'ajouter des «principes généraux de bonne administration», souvent appelés plus simplement «principes de bonne administration» inspirés de droit néerlandais; il en a dénombré une quinzaine d'applications⁵ dont certaines font double emploi avec des principes généraux précédemment identifiés.

Depuis lors, les références aux «principes généraux» ou aux «principes généraux du droit» se sont multipliées, et la plupart des recours introduit devant le Conseil d'État y contiennent au moins une référence. La notion a aussi été dévalorisée. Quand on passe en revue les principes qu'évoquait en 1971 le procureur général Ganshof van der Meersch, il s'agissait toujours de règles importantes, fondamentales dans le secteur du droit qu'elles concernent, et d'application fort générale dans ce secteur. Quelques années plus tôt, Henri Buch avait écrit qu'«un principe est un commencement: mais plus spécialement un commencement dans l'ordre idéal, un commencement dans l'ordonnance des idées plutôt que dans l'enchaînement chronologique des faits»; «dans l'ordre juridique pris comme tel, les principes généraux sont donc des propositions fondamentales, qui, dans cette sphère, ne se déduisent d'aucune autre»⁶.

³ Jacques JAUMOTTE, «Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative» in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, édité par Bernard BLERO, Bruxelles Bruylant 1999, pp. 593 à 697.

⁴ À savoir:

- le principe général du droit de l'égalité devant la loi,
- le principe général du droit de la comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination ou à une promotion,
- le principe général du droit de la continuité du service public,
- le principe général du droit du changement ou de la mutabilité du service public,
- le principe général du droit de l'obligation de motivation matérielle,
- le principe général du droit de la non-rétroactivité,
- le principe général du droit «*patere legem quam ipse fecisti*»,
- le principe général du droit du retrait des actes administratifs,
- le principe général du droit de la procédure contradictoire: le droit de la défense □ et le droit d'être entendu,
- le principe général du droit du raisonnable et les principes généraux qui en sont dérivés: le principe du délai raisonnable et le principe de proportionnalité,
- le principe général du droit de l'impartialité,
- le principe général du droit «non bis in idem»,
- le principe général du droit «*fraus omnia corrumpit*»,
- les principes généraux du droit qui établissent la situation juridique du personnel dans les services publics.

S'y ajoute une rubrique «divers» qui compte sept points.

⁵ À savoir:

- le droit de la personne qui fait l'objet d'une mesure grave d'être préalablement entendue, même dans le cadre d'une mesure de police administrative,
- le caractère contradictoire de la procédure,
- le droit pour chacun, notamment en matière disciplinaire, à ce que son affaire soit traitée dans un délai raisonnable,
- le principe du raisonnable, à savoir l'obligation pour l'autorité de ne pas prendre une décision manifestement déraisonnable,
- le respect des règles suivantes en matière disciplinaire (598): les droits de la défense, les principes du raisonnable et du délai raisonnable, le principe non bis in idem, le principe de sécurité juridique,
- l'égal traitement des administrés,
- l'obligation de comparaison des titres et mérites respectifs des divers candidats à une fonction publique,
- les principes applicables au personnel des services publics en l'absence de règles statutaires,
- le principe de légitime confiance,
- le principe de prudence ou «devoir de minutie»,
- le principe du fair-play,
- le principe d'économie.

⁶ Henri BUCH, «La nature des principes généraux du droit», *Revue de droit international et de droit comparé*, 1962, pp. 54 et 58.

Aujourd'hui, la banalisation des principes généraux aboutit à ce qu'on en vient à qualifier ainsi toute règle qui n'est pas formellement inscrite dans une loi ou un règlement. Il y a quelque mois, la question a été examinée au Conseil d'État de savoir s'il existait un principe général de droit selon lequel un délai qui expire un samedi, un dimanche ou un jour férié est prolongé jusqu'au premier jour ouvrable⁷. En d'autres termes, la question a été évoquée à propos d'un problème strictement technique de computation d'un délai de procédure. On est loin du degré de généralité évoqué précédemment !

II. Contenu des principes généraux

Si l'on y regarde de près l'expression de « principes généraux de droit » recouvre plusieurs choses, et des choses d'une nature fort variable. La place manque pour les passer toutes en revue; quelques exemples suffiront à illustrer le propos.

Certains « principes généraux » sont des règles qu'il n'a jamais été jugé nécessaire de coucher par écrit, parce que, étant un présupposé de toute organisation politique, elles sont implicitement sous-entendues dans le système juridique⁸. Le principe de la permanence de l'État, en est une illustration. Là, effectivement, il est justifié d'y voir une règle première d'où dérivent de multiples conséquences. Les plus marquantes sont la reconnaissance des actes posés, dans les circonstances troublées des deux guerres mondiales, par des gouvernements en exil qui ont exercé tant le pouvoir exécutif que le pouvoir législatif en raison de l'impossibilité de réunir le parlement.

De ce principe dérive celui de la continuité des services publics, qui connaît diverses applications, notamment dans la limitation du droit de grève des agents publics. Mais si l'on s'en tenait à la conception d'Henri Buch, cette règle-ci n'est plus un « principe », puisqu'elle dérive d'une autre.

Parfois l'expression désigne une règle que la loi ou la réglementation formule en diverses circonstances qui présentent quelque analogie, de sorte que l'on peut en inférer l'existence d'une règle plus générale. La règle en ce cas, n'est pas préexistante à la décision juridictionnelle qui l'applique; elle est inscrite dans la loi et le juge procède à une forme de raisonnement par analogie. Des arrêts du Conseil d'État se sont ainsi référés aux principes généraux régissant l'organisation du personnel⁹, pour déterminer les règles applicables à des agents dont le statut n'avait pas encore été fixé par l'autorité compétente.

D'autres fois, le recours à l'expression de « principes généraux » n'est qu'une commodité de langage servant à désigner, plus simplement que par sa référence précise, une règle figurant dans des dispositions aisément identifiables. À tout prendre, il est plus commode de se référer au principe de l'égalité devant la loi que de mentionner tout à la fois les articles 10, 11 et 172 de la Constitution belge, l'article 14 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels... et probablement encore quelques autres dispositions du même genre.

Certaines règles parfois qualifiées de principes généraux sont, à bien considérer les circonstances de leur apparition, de pures créations jurisprudentielles. Les règles qui établissent dans quelles circonstances un acte administratif créateur de droit peut être retiré, c'est-à-dire supprimé rétroactivement, ont été établies par un arrêt célèbre du Conseil d'État français¹⁰ au terme d'un

⁷ Arrêt n° 216.966, 20 décembre 2011, *Dethier*; la question n'a pas été tranchée, car le Conseil d'État a estimé que la législation en cause ne prévoyait pas le report de l'échéance du délai au prochain jour ouvrable, mais il a interrogé la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de cette législation.

⁸ Cela apparaît clairement dans la motivation de l'arrêt n° 146.260, 20 juin 2005, *Gilbert* :

« Considérant que lorsque le juge affirme l'existence d'un principe général de droit, il se fonde sur la volonté implicite du constituant, du législateur ou de l'autorité réglementaire, induite tantôt de la lettre, tantôt de l'esprit d'un ou plusieurs textes régissant diverses circonstances présentant quelque analogie, en manière telle que ceux-ci ne constituent que des applications particulières d'une règle générale, préexistante mais non écrite ; que les principes généraux ainsi affirmés entraînent tant pour les autorités administratives que pour les administrés des droits et obligations qui en sont les corollaires ».

⁹ Arrêts n° 5867, 13 novembre 1957, *Féron* ; n° 13.711, 26 septembre 1969, *Dacosse et Hallet* ; n° 19.754, 13 juillet 1979, *Solon*.

¹⁰ Cons. Ét. fr. 3 novembre 1922, *Cachet*, R.D.P., 552, avec conclusions c. du g. RIVET:

raisonnement basé sur la limitation dans le temps (établie par la loi) de la possibilité d'introduire un recours en annulation de cet acte¹¹; elles ont ensuite été purement et simplement adoptées par le Conseil d'État belge¹², et un commentateur a observé «que le Conseil d'État n'a nullement entendu créer» cette règle, mais qu'il «a estimé que celle-ci doit être déduite de la disposition légale qui soumet à un délai l'introduction d'un recours en annulation»¹³. La jurisprudence a aussi conféré à ces règles un caractère d'ordre public¹⁴.

De même, la règle habituellement désignée par l'adage latin *Patere legem quam ipse fecisti*, en application de laquelle les actes administratifs posés par une autorité doivent respecter les règlements qui émanent de la même autorité, n'était pas admise avant que la jurisprudence ne l'établisse. Au contraire, un des juristes le mieux au fait de la question, et qui allait devenir le premier président du Conseil d'État, soutenait expressément le contraire¹⁵. Il a été contredit par une jurisprudence constante issue d'un des premiers arrêts du Conseil d'État¹⁶.

Plus simplement, quelques règles de simple bon sens ont parfois été qualifiées de principes généraux ; tel est le cas de la règle qui impose à l'administration d'avoir une connaissance exacte des situations qu'elle est appelée à régler avant de prendre une décision¹⁷. On invoque souvent à ce propos un principe (ou une « obligation », ou un « devoir ») « de minutie »¹⁸ qui impose notamment de procéder à un examen particulier de chaque cas d'espèce, de même qu'à un examen complet des circonstances de chaque cas d'espèce. On peut certes admettre qu'un défaut d'examen minutieux d'un dossier constitue une défaillance de l'administration, une faute même du point de vue de la responsabilité civile, mais la violation de ce «devoir de minutie» n'est pas une illégalité en soi; ce qui est vrai, c'est qu'elle amène fréquemment à commettre des irrégularités. Ce sont alors ces irrégularités qui pourront entraîner l'annulation. Il ne sert à rien d'inventer une règle relative à la manière dont le dossier est traité si, en l'absence d'une autre illégalité, sa violation est sans incidence ; et s'il y a une autre illégalité, cette règle est inutile. Quelques arrêts du Conseil d'État l'on noté¹⁹.

Le « principe de bonne administration », importé du droit hollandais, a une portée particulièrement imprécise. C'est le genre de notion à laquelle il est difficile de donner un contenu positif, mais qui se prête bien à recevoir des applications négatives. Autrement dit, il est ardu de déterminer ce qu'impose ce principe, mais il est aisé de saisir ce qu'il interdit. Il permet surtout de

«Considérant que, d'une manière générale, s'il appartient aux ministres, lorsqu'une décision administrative ayant créé des droits est entachée d'une illégalité de nature à en entraîner l'annulation par la voie contentieuse, de prononcer eux-mêmes d'office cette annulation, ils ne peuvent le faire que tant que les délais du recours contentieux ne sont pas expirés; que, dans le cas où un recours contentieux a été formé, le ministre peut encore, même après l'expiration de ces délais et tant que le Conseil d'État n'a pas statué, annuler lui-même l'acte attaqué dans la mesure où il a fait l'objet dudit recours, et en vue d'y donner satisfaction, mais qu'il ne saurait le faire que dans les limites où l'annulation a été demandée par le requérant et sans pouvoir porter atteinte aux droits définitivement acquis par la partie de la décision qui n'a dans les délais été ni attaquée ni rapportée».

¹¹ Et les règles établies par cet arrêt ont été qualifiées par l'arrêt lui-même de «principes généraux», sans que personne ne prête alors attention à cette expression...

¹² Voir notamment les arrêts n° 679, 8 janvier 1951, *Van Rie*; n° 1134, 6 novembre 1951, *Van Landeghem*; n° 1339 et 1340, 3 mars 1952, *De Troyer*; n° 1578, 20 mai 1952, *Maes*; n° 2206, 13 février 1953, *de Zurpele*; n° 8167, 21 octobre 1960, *Peeters et Bruggemans*; n° 8284, 20 décembre 1960, *Dilien*.

¹³ Charles HUBERLANT, avis avant l'arrêt n° 13.614, 6 juin 1969, *de Lannoy*, R.J.D.A. 1970, p. 149.

¹⁴ Arrêt n° 42.603, 28 avril 1993, *Malpas*.

¹⁵ Henri VELGE, *La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1947, n° 124, p. 173

¹⁶ Arrêt n° 115, 26 août 1949, *François*.

¹⁷ Arrêt n° 19.218, 27 octobre 1978, *Schmitz*.

¹⁸ Il semble qu'il ait fait son apparition en jurisprudence francophone du Conseil d'État belge dans l'arrêt n° 77.829, 23 décembre 1998, XXX. En flamand, on le trouve déjà dans l'arrêt n° 41.292, 7 décembre 1992, *Belgische Beroepsvereniging der Geneesheren- specialisten in de Medische Biologie*.

¹⁹ Voy. en ce sens l'arrêt n° 195.980, 11 septembre 2009, *a.s.b.l. Fedis et crts* :

« Considérant que le «principe de bonne administration de la préparation avec soin des décisions administratives» ne constitue pas une règle de droit, une décision en tout point légale ne pouvant être annulée au motif que son élaboration aurait été bâclée ; que le manque de soin dans la préparation d'une décision est seulement de nature à engendrer des illégalités, qui, elles, pourraient justifier l'annulation d'une décision ».

sanctionner des administrations qui adoptent un comportement peu cohérent ou peu respectueux des attentes des administrés²⁰. Son champ d'application recouvre partiellement celui de la faute civile, et en cela, il est un des moyens de traiter d'illégal et d'annuler un acte qui pourrait par ailleurs être regardé comme fautif au contentieux de la responsabilité civile. Mais souvent il fait double emploi avec d'autres illégalités, telles que l'appréciation inexacte des faits, leur mauvaise qualification, une motivation déficiente ou le principe de proportionnalité.

III. Les principes généraux du droit, source de droit autonome ?

On a soutenu que les principes généraux étaient une source de droit autonome, que le juge ne les créait pas, qu'il en constatait simplement l'existence. Ganshof van der Meersch l'a énoncé de manière particulièrement explicite:

«Les principes généraux qui sont “applicables même en l'absence de texte” ne sont pas une création jurisprudentielle et ne sauraient se confondre avec de simples considérations d'équité. Ce ne sont pas non plus des règles coutumières: le juge, en les appliquant ou en contrôlant l'application, ne se réfère pas à la constance de l'application. Ils ont valeur de droit positif; leur autorité et leur force ne se rattachent pas à une source écrite; ils existent en dehors de la forme que leur donne le texte lorsque celui-ci s'y réfère; le juge les *déclare*; il en *constate l'existence*... Ils se forment en dehors du juge mais, une fois formés, ils s'imposent à lui. Le juge est *tenu* d'en assurer le respect»²¹.

C'est, à notre avis, confondre les sources formelles et les sources réelles de droit, et perdre de vue qu'une règle traitée de principe général n'est jamais considérée comme reçue en droit positif qu'après que les juridictions l'ont reconnue. C'est aussi sous-estimer le rôle créateur de droit que l'agencement des institutions donne au juge.

Les *sources réelles* de droit, ce sont les conceptions de philosophie politique qui fondent le système juridique. C'est la tradition libérale dans les régimes démocratiques, le marxisme-léninisme dans les États communistes, les règles religieuses dans les États théocratiques, *etc.* Ce sont aussi les enseignements de l'histoire, les valeurs socio-économiques dominantes.

Les sources formelles sont, quant à elles, les lieux où les règles de droit sont consignées. La Constitution, la loi, le règlement, les traités internationaux sont les principales sources normatives. La jurisprudence y tient sa place, on y reviendra. La coutume également formule des règles obligatoires quoiqu'elle ne figurent pas, formellement dans un texte normatif²².

IV. La création jurisprudentielle

Saisi d'un litige, le juge doit le trancher. Selon l'article 258 du Code pénal belge, «Tout juge, tout administrateur ou membre d'un corps administratif, qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, sera puni d'une amende de deux cents francs à cinq cents francs, et pourra être condamné à l'interdiction du droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics».

Loi obscure, muette, contradictoire, peu importe, le juge doit trancher, s'il ne veut être lui-même poursuivi devant les juridictions pénales. Cet article ne semble pas avoir jamais fondé de condamnation, mais il est important par le principe qu'il consacre. L'obligation de statuer est la légitimation de la création jurisprudentielle. Cette appréciation peut s'exercer à l'occasion de différentes opérations intellectuelles qu'implique tout jugement, en particulier de l'interprétation (1) et la détermination des règles de droit applicables (2). Et son ampleur peut varier en fonction de la précision du texte (3) et de la nature de la norme: principe ou droit positif (4).

²⁰ Par exemple l'administration qui lance un appel aux candidats pour recruter un agent, qui laisse un délai pour présenter les candidatures, mais qui procède à la nomination sans attendre la fin de ce délai.

²¹ Voy. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1970, pp. 43 et 44.

²² En droit constitutionnel belge, la coutume règle notamment le processus de formation du gouvernement. Ce processus, on le sait, peut être particulièrement long (il s'est écoulé 541 jours entre la démission du gouvernement le 22 avril 2010 et la prestation de serment d'un nouveau gouvernement le 6 décembre 2011), la coutume présente une certaine souplesse, mais certaines étapes sont obligées (consultations, nominations d'un formateur, accord des instances compétentes des partis qui siègent au gouvernement).

1. L'interprétation

En ce qui concerne l'interprétation de la règle de droit, le pouvoir d'appréciation du juge a de tout temps existé. Proclamer, comme on l'entend parfois, qu'«un texte clair ne s'interprète pas», c'est un sophisme, car déclarer qu'un texte est clair, c'est indiquer que l'on voit ce qu'il veut dire, et c'est donc déjà l'interpréter.

L'interprétation d'une règle de droit peut faire appel à différentes méthodes, bien connues des juristes: exégèse, recours aux travaux préparatoires, comparaison avec d'autres règles voisines, recherche de la finalité de la règle, interprétation historique, sociologique... Ces méthodes n'aboutissent pas nécessairement au même résultat. Or, aucune règle n'établit de hiérarchie entre les différentes méthodes d'interprétation. Le choix de l'une de celles-ci plutôt que d'une autre relève de l'appréciation du juge.

2. La détermination des règles de droit applicables

Le conflit de normes se présente assez fréquemment. Au contraire des méthodes d'interprétation, les modes de résolution de ces conflits sont plus rigides. Entre normes de différentes natures il existe une hiérarchie; peu importe que celle-ci suscite des controverses; au contraire, elles ne font qu'accroître la marge d'appréciation. Entre normes de même niveau, les adages *lex posterior priori derogat* ou *specialia generalibus derogant* permettent généralement de déterminer quelle règle appliquer. À noter que là aussi, les deux adages peuvent entrer en conflit, et ouvrir la porte à un choix.

3. La précision du texte

Plus un texte est précis, moins il laisse de place à l'interprétation. Mais les textes imprécis sont nombreux. L'imprécision peut procéder de différents facteurs, au nombre desquels on peut citer la maladresse de rédaction, l'écoulement du temps et l'inadéquation à la situation nouvelle qui en résulte²³, une volonté délibérée de laisser les juges moduler l'application de la loi (voir les «bonnes moeurs»), ou encore une incapacité du monde politique à s'accorder sur un texte non équivoque. Un texte imprécis laisse le champ libre à l'appréciation du juge.

4. La nature de la norme: principe ou droit positif

Des droits étrangers, particulièrement des droits constitutionnels, connaissent depuis longtemps une distinction entre «règles de droit positif» et «principes» ou «règles programmatiques» (qui sont encore autre chose que les «principes généraux du droit»).

Si l'on dit: «La dignité de l'homme est inviolable», cela paraît être un principe. Mais cette phrase est le début de l'article premier de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, où elle affiche la volonté de rupture par rapport au régime auquel cette république succède, sous lequel on sait ce qu'il était advenu de la dignité humaine; elle est aussi la première phrase de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En Belgique, on a longtemps souligné le caractère positiviste de la Constitution, au point de n'y voir que très peu de principes. Il y avait bien le début de l'article 33 («Tous les pouvoirs émanent de la Nation») qui ne pouvait décemment être qualifié autrement, mais fort peu de choses en dehors de cela. Ou alors, comme à l'article 12, l'alinéa premier énonce un principe («La liberté individuelle est garantie»), mais c'est pour introduire la règle de droit positif qui suit à l'alinéa 3 («Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures»).

Même une disposition aussi vague que «Les Belges sont égaux devant la loi» susceptible d'autant d'évolution, est une règle fréquemment invoquée devant les juridictions.

L'introduction de l'article 23, relatif aux droits économiques et sociaux, a imposé de revoir cette conception. Cet article est rédigé comme suit:

«Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

²³ Un exemple typique est le vol d'électricité: l'électricité est-elle une «chose» pour l'application de l'article 461 du Code pénal («Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.»). Réponse: oui: cass. 23 septembre 1981, Pas. 1982, 120.

À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134²⁴ garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice.

Ces droits comprennent notamment:

1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective;

2° le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique;

3° le droit à un logement décent;

4° le droit à la protection d'un environnement sain;

5° le droit à l'épanouissement culturel et social.»

Le premier alinéa («Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine») est le pendant de l'article 1^{er} de la Constitution allemande et la Charte des droits fondamentaux. Sa formulation est un peu différente, mais cette différence ne porte ni sur le fond ni sur la nature de la garantie qu'il entend apporter.

Les deux alinéas suivants procèdent d'une conception totalement différente de celle des articles qui datent de 1831: il n'énoncent pas directement des règles, ils chargent expressément les législateurs de le faire, précisant que c'est «en tenant compte des obligations correspondantes». Autrement dit, au contraire de ce qui passe pour les règles de droit positif, comme celle déjà citée sur les conditions d'arrestation, une initiative législative est nécessaire pour mettre en œuvre les garanties mentionnées dans l'article. Et qui dit initiative législative dit nécessairement appréciation en opportunité, voire franchement politique.

Une distinction de ce genre est bien connue: c'est celle qui existe entre les règles directement applicables du droit international, et les règles de ce même droit qui ne le sont pas parce qu'elles ne sont pas *self sufficient*. Dans les conclusions qui précèdent l'arrêt *Le Ski*, qui a consacré la primauté du droit international directement applicable sur le loi nationale, fût-elle postérieure, le procureur général Ganshof van der Meersch relevait qu'«est directement applicable en droit communautaire la disposition claire du traité, consacrant une obligation juridiquement complète, qui impose aux États, soit de s'abstenir, soit d'agir d'une manière déterminée... La règle directement applicable ne saurait laisser à l'État de pouvoir discrétionnaire»²⁵.

A contrario, la disposition qui laisse à l'État un pouvoir discrétionnaire, qui n'est pas claire, qui ne consacre pas une obligation juridiquement complète imposant aux États de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée, n'est pas directement applicable. Ceci ne signifie évidemment pas qu'elle serait dénuée de portée juridique, mais les obligations qu'elle impose pèsent sur les pouvoirs publics compétents pour en assurer la transposition en droit interne.

En plus de l'article 23 de la Constitution, des traités comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (particulièrement les alinéas 2 des articles 8 à 11) sont rédigés en des termes qui laissent un pouvoir d'appréciation aux autorités nationales pour apporter des restrictions à certaines libertés fondamentales.

V. De l'abus du mot «droit»

La terminologie utilisée dans ces textes a un effet pervers: le terme «droit» est utilisé tant pour les «droits» visés à l'article 23 que pour ceux qui découlent de dispositions précises, alors qu'il s'agit de choses radicalement différentes. Quand on parle de droit de créance, de droit de propriété, etc., ce qui est en cause, c'est cette faculté d'exiger d'un tiers (dans le cas du droit personnel) ou de tous les tiers (dans le cas du droit réel) un comportement ou une abstention déterminés, et, en cas de défaillance de leur part, de les y contraindre par voie de justice; c'est le droit subjectif; c'est à proprement parler un «droit», et la clarté du discours aurait gagné à ce que ce mot ne soit pas utilisé

²⁴ Le «décret» et la «règle visée à l'article 134» sont les lois des entités fédérées.

²⁵ *Pas.* 1971, I, 909.

dans une autre acception. Car l'article 23 de la Constitution apporte une garantie à des «droits» d'une nature toute différente: les «droits» au travail, à la protection de la santé, à un logement décent ou – c'est le plus caractéristique – à l'épanouissement culturel et social, ne permettent pas d'exiger d'un tiers une prestation ou abstention précise. Si quelqu'un désire assister à un spectacle et qu'il n'y a plus de place, c'est en vain qu'il assignerait le directeur du théâtre en soutenant qu'il aurait violé son droit à l'épanouissement culturel. De même, le demandeur d'emploi qui voudrait se faire engager par une entreprise alors que celle-ci ne souhaite pas recruter, ne pourrait agir en justice contre elle. Les «droits économiques et sociaux», comme on les appelle habituellement, ne sont pas des «droits» au sens de «droits subjectifs» – le seul sens propre du terme –, mais des principes auxquels le constituant a voulu conférer le statut de libertés fondamentales.

Ces «droits» ne confèrent à leurs «titulaires» aucune faculté d'agir; ils enjoignent seulement aux législateurs de les garantir, et encore, «en tenant compte des obligations correspondantes». Cette réserve, d'une part, renforce l'équivoque terminologique, en opposant aux «droits» les «obligations», qui sont leur symétrique traditionnel, et, d'autre part, elle achève de les dénaturer en établissant bien que lesdits «droits» n'acquerront de contenu tangible que lorsqu'une législation y aura pourvu. Sachant qu'une injonction adressée à un pouvoir législatif a une autorité qui confine au néant, le «droit» en question est tout simplement inexistant en tant que droit. Même l'effet de *standstill* que de nombreux auteurs ont cru voir en eux²⁶, sans doute pour se consoler du constat de carence qui s'impose du point de vue juridique, a été tempéré par la jurisprudence, et de plus en plus au fil des arrêts: il interdit «de régresser de *manière significative* dans la protection que les législations offraient antérieurement dans cette matière»²⁷, de réduire «sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable, sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général»²⁸. Que reste-t-il d'un *standstill* si «des motifs liés à l'intérêt général» permettent de s'en écarter ? Toute loi est présumée servir l'intérêt général...

En réalité, parler de «droits» dans ce contexte, c'est un trompe-l'œil. Cela a pu faire illusion quelque temps, mais il a fallu déchanter à l'expérience. Au point que lors de la campagne présidentielle française de 2007, la revendication d'un «droit opposable au logement» a été avancée. «*Droit opposable*» ! Le pléonasme est flagrant. À propos d'un des «droits économiques et sociaux» visés par l'article 23 de la Constitution belge, c'est l'aveu que le «droit au logement» reconnu précédemment n'en était pas un. Il aurait été intellectuellement plus honnête de parler de principe plutôt que de droit, mais cela aurait paru trop flou, trop tiède; l'emploi du mot «droit» rassure, quitte à décevoir ultérieurement.

Que l'on soit en présence de droits ou de principes n'a pas uniquement de l'importance pour déterminer les conséquences que l'on peut en tirer. Cela a aussi une influence sur la détermination de l'autorité compétente pour leur donner effet. La protection d'un droit relève d'un juge, la mise en œuvre d'un principe du législateur.

Ce n'est pas à dire que les juridictions doivent ignorer l'article 23 de la Constitution ou les autres dispositions qui énoncent des principes plutôt que des règles. Elles doivent seulement les tenir pour ce qu'elles sont. Un principe, comme l'a écrit Zagrebelsky²⁹, ne donne pas la solution d'un litige ou d'un conflit, mais il permet de prendre position à propos de cette solution. Il ne revient au juge de s'y référer que dans la mesure où la latitude que lui laisse la législation, à la faveur des différentes

²⁶ Notamment Isabelle HACHEZ, «L'effet de *standstill*: le pari des droits économiques, sociaux et culturels ?», A.P.T. 2000, pp. 30 et s.

²⁷ Arb. arrêt n° 5/2004, 14 janvier 2004; n° 123/2006, 28 juillet 2006.

²⁸ Arb. arrêt n° 135/2006, 14 septembre 2006.

De même, à propos de la gratuité de l'enseignement, la Cour d'Arbitrage a jugé que «l'obligation de *standstill*, résultant du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels... n'implique pas que ces droits ne puissent être augmentés, postérieurement à 1983, en fonction notamment, d'une part, d'une appréciation raisonnable de l'évolution du coût de la vie, de celle du produit national et de l'élévation du revenu moyen par habitant, par rapport à l'époque où ils ont été fixés et, d'autre part, de motifs liés à l'intérêt général mentionnés notamment à l'article 2.1 du Pacte, en particulier en fonction des ressources disponibles» (Arb. arrêt n° 28/2007, 21 février 2007).

Et, devenue Cour constitutionnelle, elle a répété la même formule à propos du droit à un environnement sain (Const., arrêt n° 87/2007, 20 juin 2007).

²⁹ Gustavo ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, trad. M. LEROY, Economica-PUAM 2000, p. 105.

circonstances évoquées ci-avant, combinée à l'obligation dans laquelle il se trouve de statuer, le contraint à créer la norme, en somme, à jouer, pour le cas d'espèce, un rôle de législateur supplétif.

VI. Conclusion

Le juge a toujours disposé d'un pouvoir d'appréciation. Celui-ci tend à s'élargir sous la pression de divers facteurs. Certains y voient une caractéristique du «post-modernisme». L'expression laisse perplexe, car elle dénote surtout une incapacité à qualifier positivement le système juridique qu'elle entend désigner. Il est vrai qu'on manque toujours de recul pour caractériser un phénomène contemporain, mais les philosophes du droit seraient mieux inspirés d'inventer une terminologie qui évoque la chose qu'ils veulent désigner plutôt que le moment où elle se manifeste. En l'espèce, le phénomène à qualifier tient au rôle accru du juge dans la formation du droit, qui apparaît comme le produit d'actions, tantôt convergentes, tantôt divergentes, tantôt supplétives, d'institutions relevant des divers pouvoirs constitutionnels. Ne pourrait-on parler de «droit cogénéré» ?

Là où il dispose d'une marge d'appréciation, le juge peut légitimement créer le droit. Cela ne veut pas dire faire n'importe quoi, pas plus que la formule «car tel est notre bon plaisir» qui achevait les ordonnances royales sous l'Ancien Régime, ne se référait au caprice du souverain. Le «bon plaisir» des rois de France, c'était ce qui leur plaisait, ce qu'ils jugeaient bon pour le bien de leur royaume. Le juge qui applique, interprète le droit, ou le crée faute de le trouver de manière satisfaisante dans l'arsenal existant, doit, lui aussi, s'interroger sur la meilleure solution à donner. Transposant le modèle kantien qui prescrit d'agir de telle manière que sa conduite puisse être érigée en règle, il pourra se livrer à l'exercice intellectuel d'imaginer comment il réglerait la situation s'il était législateur. Le principe général joue là le rôle d'une source réelle de droit, mais il est exprimé dans la source formelle qu'est la jurisprudence.

Que, pour des raisons diverses, les juges – ou certains d'entre eux – répugnent à accomplir ostensiblement cette œuvre créatrice de droit, et préfèrent se retrancher derrière un principe qu'ils disent découvrir plutôt que créer, ne change fondamentalement rien. Le principe défend avec le plus de conviction la thèse selon laquelle les principes généraux sont une source de droit autonome illustrent leur propos de multiples références à des décisions de justice. C'est donc bien dans celles-ci qu'on les trouve, ces principes généraux général de droit sert de paravent à la création jurisprudentielle³⁰. Même les auteurs qui !

Autre chose est de voir ce que le juge lui-même en pense. Sans doute est-il exact qu'il n'a généralement pas le sentiment de créer, mais plutôt de découvrir, de révéler. Mais on est là dans un domaine étranger à celui du droit positif. Cela relève plutôt de la sociologie juridique, voire franchement de la psychologie. Que le juge ne pense pas créer une règle – ou qu'il ne veuille pas afficher qu'il en crée une – c'est un débat qu'il mène avec sa conscience. Pour l'utilisateur de la règle droit – autrement dit, pour tout juriste autre que le juge qui formule (ou «créé», ou «invente», ou «découvre», ou «énonce»...) un principe général –, la seule source formelle de droit sur laquelle il peut se fonder pour affirmer l'existence d'un principe général qui soit une règle de droit, et éventuellement pour en revendiquer l'application, c'est le jugement dans lequel le juge a écrit que telle ou telle règle est un principe général de droit.

Le principe général de droit, c'est une variété de création jurisprudentielle.

Principii, principii generale de drept și creații jurisprudențiale

³⁰ « Lorsqu'un militaire rencontre des difficultés imprévues et demande des instructions nouvelles, l'état-major lui répond : débrouillez-vous.

Lorsqu'un juge a compulsé son code d'un bout à l'autre, sans trouver de texte applicable au problème qu'il doit trancher, il ne lui reste qu'à appliquer les principes généraux du droit et l'équité, c'est-à-dire juger selon sa conscience...

En pays de barbarie, les principes généraux du droit sont l'expédient du juge sans texte. En pays civilisé, les principes généraux du droit sont un moyen mnémotechnique pour enseigner aux étudiants les rudiments d'une législation pléthorique » (recension anonyme, manifestement due à Marc SOMERHAUSEN, du livre de Pierre WIGNY, *Droit administratif, principes généraux*, R.C. 1954, p. 6).

Rezumat

Noțiunea de principiu general de drept a apărut în jurisprudența Consiliului de Stat francez în 1945, spre a priva de efect anumite dispoziții legislative ale guvernului Pétain. Această noțiune a avut un mare succes printre juriști. În Belgia, un impuls serios i-a fost oferit de un discurs al Procurorului General în fața Curții de Casație, în 1970.

Există o controversă în privința naturii acestor principii : sunt ele o sursă de drept autonomă sau o creație a judecătorilor ? În anumite cazuri, nu reprezintă ele o simplă comoditate de limbaj pentru a desemna reguli între care se observă o anumită asemănare ?

Mai mult de jumătate din recursurile aduse în fața Consiliului de Stat belgian invocă violarea unor principii generale, adesea în paralel cu violarea dispozițiilor precise ale legilor și reglementărilor. Sunt ele utile dacă există o dispoziție scrisă ? Și, dacă nu există, poate fi invocat un principiu general ? Însuși conținutul anumitor principii la care se referă judecătorii este uneori imprecis (spre exemplu, principiul „bunei administrări”).

Principles, general principles of law, and jurisprudential devices

Abstract

The notion of general principle of law originates in the jurisprudence of the French Council of State in 1945, in order to cancel the effects of certain dispositions issued by the Pétain government. This notion became highly popular among jurists. In Belgium, an address by the General Prosecutor to the Cour de Cassation, in 1970, provided a great impulse in this respect.

There is a controversy regarding the nature of these principles: are they an autonomous source of law, or a device created by judges? In certain cases, are they not simply a language convenience in order to designate rules among which there is a certain resemblance?

More than half of the recourse legal actions brought to the Belgian Council of State claim violations of general principles, often paralleled by violations of specific provisions of the laws and statutes. Are they useful if a written provision does exist? And if it does not, can a general principle be invoked? Sometimes, the very content of certain principles to which judges refer is sometimes lacks precision (for instance, the “good administration” principle).