

Les principes : permanence et nouveauté

1. Légitimité des principes généraux et théorie du droit, par Franck MODERNE, p. 722
2. La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics, par Michèle VOISSET, p. 743
3. Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité, par Chantal CANS, p. 750

1. Légitimité des principes généraux et théorie du droit*

Franck MODERNE

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Directeur du Groupement de droit comparé (GDR n° 11-99, CNRS)

Le thème des « principes généraux du droit » est sans doute l'un des plus anciennement controversés du droit contemporain, au moins dans les pays qui revendiquent la qualité d'État de droit. On ne compte plus les ouvrages, thèses ou études monographiques qui lui sont consa-

crés dans les différentes langues européennes, et la source ne semble pas devoir se tarir (1).

Évoquer dans un tel contexte la « légitimité » du recours aux principes généraux du droit paraîtra à certains égards une question récurrente, voire quelque peu provocante.

(*) Cette étude est issue d'un rapport destiné au Colloque organisé par l'Université de Freiburg-im-Brisgau (Allemagne fédérale) les 7 et 8 mai 1999, dans le cadre du *Frankreich Zentrum*, sur le thème : « Les déterminants institutionnels de la confiance légitime. »

(1) Il n'est pas possible de proposer une bibliographie, fût-elle sommaire et réduite aux seuls ouvrages, des publications juridiques ayant fait place, principalement ou partiellement, à ce problème. Pour nous en tenir aux études de langue française, on se reporterà utilement à la bibli-

graphie établie par B. Genevois à propos d'une des plus célèbres illustrations du phénomène : la création des principes généraux du droit administratif par le Conseil d'État français (V. « Principes généraux du droit », in *Répertoire Dalloz de Contentieux administratif*, avec mise à jour 1998) (V. aussi R. Chapus, *Droit administratif général*, 12^e éd., t. 1, Montchrestien, 1998, p. 108, n° 156 ; F. Moderne, *Actualité des principes généraux du droit*, RFDA 1998, p. 495 et s.).

Les principes généraux du droit ne sont-ils pas, selon une formule heureuse d'Otfried Höffe (2), un « contrepoint » dans la théorie du droit moderne ? N'assument-ils pas de manière constante une fonction d'harmonisation au sein de l'ordre juridique, dont les figures juxtaposées ne dessinent pas naturellement des compositions mélodiques spontanées ?

« Principes généraux du droit », « *principios generales del derecho* », « *rechtsprinzipien* », « *principi generali del diritto* », « *general principles of law* », « *princípios gerais do direito* », les parentés sémantiques évidentes traduisent des références communes aux mêmes sources, celles de la pensée juridique occidentale telle qu'elle s'est développée depuis le XIII^e siècle et surtout depuis le siècle des Lumières. Mais elles recouvrent des divergences de signification qui se révèlent dès que l'interprète s'efforce d'en approfondir le sens et la portée.

Si l'on prend l'expression « principes généraux du droit » au pied de la lettre, tous les termes peuvent en être pesés et, éventuellement, relativisés...

— « Principes » ? L'étymologie (du latin « *principium* ») nous apprend que le terme se réfère à une origine, une cause première, une matrice dont découlent des règles et des comportements (3). Mais le langage juridique témoigne à profusion que les principes y sont analysés plutôt comme des conséquences, des résultats que l'on extrait soit des textes de droit positif, soit des décisions de justice, soit de la coutume, soit de la doctrine qui leur donne leur configuration et leur assigne un rang dans l'ordre juridique. Les historiens ont montré au demeurant qu'en droit romain, les principes n'étaient pas toujours des éléments *a priori* d'un système juridique mais une sorte de récapitulation synthétique du droit existant (4).

L'ambiguïté des constructions lexicales au génitif n'est plus à souligner : « principes du droit » peut aussi bien amorcer une relation cau-

sale (les principes qui sont à l'origine du droit, dont découle le droit) qu'une relation d'appartenance (les principes que l'on trouve dans le droit, qui font partie du droit en tant qu'énoncés juridiques). Force est de reconnaître que l'acceptation la plus courante privilie la seconde approche, dans la mesure où elle permet d'insérer les principes dans le corps même du droit et d'éviter ainsi de les cantonner à l'extérieur du droit en tant que principes métajuridiques ou a-juridiques (moraux, politiques, sociologiques, etc.).

Nous sacrifierons donc à cet usage (5).

— « Généraux » ? Les principes de droit sont qualifiés ainsi sans que soit clairement précisé à partir de quel degré de généralité un principe mérite la dénomination de « principe général », Norberto Bobbio rappelle avec raison qu'il y a plusieurs manières de concevoir la « généralité » d'un principe : au niveau d'une institution, d'une matière, d'une branche du droit, de l'ordre juridique tout entier (6). Selon le même auteur, il serait opportun de séparer les principes généraux de droit de portée catégorielle et les principes généraux du droit de portée universelle (qui renvoient en définitive au droit naturel).

En toute hypothèse, la généralité d'un principe n'apparaît pas, *prima facie*, comme aisément mesurable, même si elle conditionne en fait le champ opératoire du principe. Il n'est pas rare, au surplus, que le terme « général » soit omis dans la présentation des « principes » (7) du droit, sans que l'analyse en soit pour autant perturbée.

La pluralité des principes généraux du droit dans les ordres juridiques nationaux témoigne à la fois de la vitalité du concept et de la difficulté d'une taxinomie appropriée. Plus qu'un corps de principes généraux, dont l'architecture centrale se retrouverait, avec des variantes, dans chacun des systèmes, c'est une nébuleuse, où brillent plus intensément quelques astres, qu'évoque la panoplie contemporaine de ces

(2) Kategorische Rechts Prinzipien. Ein contrapunkt der Moderne, Suhrkamp Verlag, Francfort-sur-le-Main, 1990 (V. une traduction en français, préfacée par P. Ricaurte, Principes du droit, Cerf, 1993).

(3) Deux illustrations parmi tant d'autres puisées dans la philosophie française : « J'ai tâché de trouver en général les principes ou premières causes de tout ce qui est ou qui peut être dans le monde » (Descartes, Discours de la méthode, VI, 3) ; « Diverses sortes de sens droit : les uns tirent bien les conséquences de peu de principes et c'est une droiture de sens » (Pascal, Pensées, art. 1^{er}, 1).

(4) En ce sens, V. p. ex. J. Mans, Los principios generales del derecho, Bosch, Barcelona, 1979, p. XXXIII.

(5) Il est possible qu'il y ait eu au surplus une inver-

sion historique de sens et que la « règle » (*regula*) que l'on oppose aujourd'hui volontiers au « principe », ait eu, en droit romain, la signification de « principe », le droit proprement dit étant identifié par le terme « *jus* » (« *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat* », Digeste, 50, 17, 1).

(6) N. Bobbio, *Principi generali di diritto* (in Contributi ad un dizionario giuridico, Giappichelli, Turin, 1994).

(7) P. ex. O. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, Suhrkamp Verlag, Francfort-sur-le-Main, 1990 ; R. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979 ; A. Peczenik, Principles of law. The Search for legal theory, Rechtstheorie, 2, 1971 ; J. Raz, Principles and the Limits of Law, The Yale Journal, n° 81, 1972.

principes, une « famille nombreuse et plutôt hétérogène », pour reprendre une autre formule de N. Bobbio (8).

— « Juridiques » ? En quoi les principes en cause le sont-ils ? La dénomination ne peut guère se concevoir que pour les principes qui se constituent et se développent à l'intérieur même du système de droit dont ils sont une des composantes. Elle doit être récusée pour ceux des principes qui se situent en dehors de l'ordonnancement juridique et qui relèvent à ce titre, depuis le droit romain, soit de la morale (principe de *bona fides, fides, alterum non laedere*, etc.) soit de la logique banale (*non bis in idem, ubi major minor cessat*, etc.). Que des principes extrajuridiques puissent influer sur un système de droit et s'y intégrer en tant que « principes généraux du droit » ne saurait faire oublier que leur origine doit être recherchée en dehors du droit lui-même et qu'ils se prêtent de ce fait à polémique quant à la nécessité ou à l'effectivité de leur « juridication », c'est-à-dire de leur insertion dans le droit positif.

Pour tenter d'introduire un peu d'ordre dans ce qu'il faut bien appeler une certaine confusion conceptuelle, il est utile de rappeler certaines classifications doctrinales qui ont le mérite sinon de clarifier totalement le débat tout, au moins d'ouvrir quelques pistes de reconnaissance.

C'est ainsi que le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (9) sépare cinq types de principes généraux du droit conventionnellement désignés comme suit : les « principes positifs du droit » (normes explicitement formulées dans les textes de droit positif ou au moins construites à partir des éléments contenus dans ces dispositions) ; les « principes implicites du droit » (règles traitées comme prémisses ou conséquences des dispositions du droit positif, sans y être expressément énoncées) ; les « principes extrasytémiques du droit » (règles regardées comme principes, mais qui ne peuvent être rangées dans les deux premières catégories car extérieures au droit positif) ; les « principes-noms du droit » (dénominations sans caractère normatif caractérisant les traits essentiels d'une institution juridique) et les « principes-

constructions du droit » (instruments conceptuels présupposés dans l'élaboration dogmatique du droit ou dans l'application et l'interprétation juridiques). Selon l'auteur de cette présentation, les trois premières séries de principes seulement seraient des règles emportant à ce titre des effets de droit ; mais les deux dernières ne sauraient prétendre à un rang normatif, soit qu'elles constituent de simples dénominations, soit qu'elles se ramènent à des présupposés utiles pour la dogmatique ou la pratique juridique. Il s'agit là au demeurant d'une typologie « purement descriptive » (10), qui s'efforce de prendre en compte le caractère polysémique de l'expression.

On peut aussi évoquer la présentation proposée par un auteur espagnol, A.E. Pérez Luño (11), qui distingue, de manière peut-être plus convaincante (12), les principes généraux du droit comme « métanormes » (*principia cognoscendi*) dont la fonction est liée à la connaissance du droit positif qu'ils éclairent et informent en fournissant aux usagers et interprètes du droit les éléments logiques ou technico-formels susceptibles de contribuer à la compréhension et par là même à l'application et à l'évolution du droit positif ; les principes généraux du droit comme normes (*principia essendi*), qui font partie des règles du droit et doivent être ontologiquement rapprochés des autres énoncés normatifs (leur formulation peut être expresse ou tacite), et les principes généraux du droit comme concepts à dimension axiologique (*prima principia*), postulats éthiques porteurs des valeurs de base qui inspirent l'ordre juridique dans son ensemble (la justice, le bien commun ou intérêt général, la sécurité juridique, les bonnes mœurs, la paix, etc.). Il n'est pas toujours aisé, constate l'auteur, de classer les « principes » existants dans l'une ou l'autre de ces catégories et il ne saurait être exclu qu'ils puissent être utilisés avec la même dénomination mais de manière fonctionnellement différenciée.

Il y a lieu de nous en tenir, dans le cadre de cette brève étude, à ceux des principes normatifs, ou prescriptifs, qui ordonnent les comportements sociaux dans un système juridique déterminé (13). C'est à ce titre, nous semble-t-il,

(8) N. Bobbio, *op. cit.*, p. 263.

(9) J. Wroblewski, V^e *Principes du droit*, PUF, 1993, p. 474 et s.

(10) J. W., *ibid.*, p. 474.

(11) « Los principios generales del derecho : un mito jurídico ? », Revista de Estudios Políticos, Madrid, 1997, n° 98, p. 9 et s. Du même auteur, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Séville, 1993, p. 39 et s. ; *Dere-*

chos humanos, Estado de derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1995, p. 289 et s.).

(12) Nous nous y sommes déjà référé dans notre étude « Actualité des principes généraux du droit », RFDA 1998, p. 495 et s.

(13) V. sur la définition du droit, en langue française, M. Troper, Pour une définition stipulative du droit, Droits, 1989, n° 10, p. 101 et s. ; D. de Béchillon, Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, éd. O. Jacob, 1997.

que la « légitimité » du recours aux principes généraux du droit peut être envisagée ; car on ne peut guère mettre en doute, sur la base de critères strictement juridiques, la légitimité des principes simplement paranormatifs ou celle des principes axiologiquement déterminés : les premiers reposent sur des considérations logico-formelles destinées à faciliter la compréhension du droit positif, les seconds impliquent la référence à des valeurs elles-mêmes tributaires de choix éthiques nécessairement divers et contingents.

Nous n'avons pas encore évoqué la célèbre distinction établie par R. Dworkin, dont l'œuvre a puissamment contribué à réanimer la polémique sur les principes généraux du droit (14). Il est à peine besoin de rappeler que, pour cet auteur, le clivage essentiel se dessine entre les « règles » et les « principes », ces derniers coexistant avec les « politiques » (*policies*) au sein de la catégorie des « standards », de sorte qu'il est devenu banal de préciser « principes au sens strict » ou « principes au sens large » selon que l'on entend exclure ou inclure les « politiques » dans le raisonnement.

Un « principe » n'est pas une « règle » juridique ; c'est un « standard qu'il faut appliquer, non pas parce qu'il assurera l'avènement ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée souhaitable, mais parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale » (15). Un « principe » n'entend pas « fixer des conditions dans lesquelles son application est nécessaire » ; il ne comporte pas de « conséquences juridiques, qui en découlent automatiquement quand ces conditions sont remplies » (16). Les « règles », à l'inverse, en tant que dispositions spécifiques, déterminent des situations ou des comportements concrets auxquels sont assignées des conséquences juridiques précises. Elles ont un caractère éminemment taxatif

et doivent recevoir application dans leur intégralité sous réserve que les exigences requises pour leur validité soient respectées (17). Si les « principes » configurent sous forme ouverte leurs conditions d'application, les « règles » ne laissent aucune liberté de choix à leur destinataire. Mais les uns et les autres se conjuguent sur le mode normatif : les principes, comme les règles, expriment des normes authentiques ; comme elles, ils définissent les contours des actions à accomplir et ont pour fonction de régler des conduites par des prescriptions juridiques. En bref, les « principes » dworkiniens (au sens strict) ne se diffèrent des règles ni par le champ juridique qu'ils couvrent, ni par la force juridique de leurs propositions concrètes, mais par la relative « ouverture » de leurs conditions d'application. Seuls les principes peuvent supporter une pondération par d'autres principes de valeur égale ou supérieure ; les règles se combinent, pour leur part, à partir de la hiérarchie des institutions dont elles procèdent ou à partir des fonctions exercées par ces institutions, mais non à partir de leur « poids » intrinsèque.

Nous n'entrerons pas dans la polémique (toujours vive) qui a accueilli les thèses du professeur de la New York University, sinon pour souligner la primauté qu'il accorde aux « principes » dans l'analyse des normes juridiques. Les « principes » (et donc les « principes généraux du droit ») (18) sont placés au cœur de la théorie dite de l'« intégrité » dans laquelle Dworkin voit le meilleur principe explicatif de l'« empire du droit » (19). Cette primauté se justifie dans la construction élaborée par l'auteur en raison de la connotation morale des « principes » en leur qualité de fondement de l'ordre juridique et de mode d'expression privilégié des droits fondamentaux des citoyens. Ce sont les « principes », davantage que les « règles », qui sont susceptibles d'assurer la cohérence et la plénitude du

(14) V. surtout *Taking Rights seriously*, Duckworth, Londres, 2^e éd., 1978 (trad. franç. : Prendre les droits au sérieux, PUF, 1995) ; *A matter of principle*, Harvard UP, 1985 ; *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1986 ; trad. franç. : *L'empire du droit*, PUF, 1993 ; *Freedom's Law, the moral reading of the American Constitution*, Oxford UP, 1996.

(15) R. Dworkin, Prendre les droits au sérieux, *op. cit.*, p. 79.

(16) *Ibid.*, *eod. loc.*

(17) La formule la plus souvent utilisée fait état de l'application d'une règle juridique sur le mode du « tout ou rien » (*« all or nothing »*).

(18) Même si Dworkin n'utilise guère cette dernière expression (bien qu'elle ne soit pas inconnue de la langue anglaise : V. R.B. Schlesinger, *The nature of General Principles of Law*, in *Rapports généraux au VI^e Congrès inter-*

national du droit comparé, Bruxelles, 1963), elle ne nous paraît pas impropre, sous réserve de retenir la conception des principes « généraux » en tant que normes intégrées dans l'ordre juridique. Nous écarterons donc l'acception de « principes » au sens large qui englobe, on le sait, outre les principes au sens strict, les « politiques » (*policies*), lesquelles sont présentées comme des « types de standards définissant des buts à atteindre, c'est-à-dire, souvent, une amélioration portant sur un aspect de la vie économique, politique ou sociale de la communauté » (Prendre les droits au sérieux, *op. cit.*, p. 79 et s.), dont l'articulation avec les principes laisse une marge de manœuvre notable au législateur (les « politiques » peuvent ainsi servir à définir les conditions d'application des « principes »).

(19) Sur cette théorie, V. *L'empire du droit*, *op. cit.*, PUF, 1994, p. 195 et s.

système normatif et de conforter par là même le régime du droit dans les États démocratiques contemporains.

Selon quelques-uns de ses critiques, les choix opérés par Dworkin auraient gagné à être mieux explicités. Les distinctions entre les « principes » et les « valeurs » ou entre les « principes » et les « droits essentiels » des citoyens ou entre les « principes » et les « politiques » manqueraient parfois de consistance, sinon de fermeté, dans la pensée même de l'auteur (20). Il reste que nombre de présentations doctrinales s'articulent aujourd'hui autour des thèmes ainsi proposés.

On rapprochera à certains égards des conceptions avancées par Dworkin celles qu'exposent deux auteurs espagnols, M. Atienza et J. Ruiz Manero dans un ouvrage publié en 1996, *Las piezas del derecho ; teoría de los enunciados jurídicos* (21). Les « énoncés juridiques », c'est-à-dire les « propositions juridiques significatives » y sont analysés et classés selon trois critères : le critère structural, le critère fonctionnel et le critère de connexion avec les intérêts des individus ou les relations sociales de pouvoir.

Les principes figurent avec les règles parmi les « normes de commandement » ; leur fonction dominante, comme celle des règles, est « directive ». Mais ils diffèrent des règles au point de vue structural quant au degré de détermination des cas d'espèces auxquels ils s'appliquent (22) : si le cas d'espèce est décrit de manière détaillée et « fermée », il s'agit d'une règle ; si le cas d'espèce reste ouvert, indéterminé, on est en présence d'un principe (23). Au point de vue fonctionnel, principes et règles fournissent à leurs destinataires des raisons catégoriques pour l'action mais les principes *stricto sensu* (ainsi que les directives) ne déterminent pas péremptoirement les comportements à adopter. Sur le plan des connexions avec les intérêts individuels ou sociaux, les principes sont sous-tendus par des va-

leurs qui sont regardées comme s'imposant à tout autre intérêt, alors que les règles, soit établissent des devoirs précis (positifs ou négatifs) soit fixent des objectifs concrets à atteindre.

Il ressort des observations qui précèdent que les principes généraux du droit, au-delà des habillages doctrinaux, occupent une place de choix dans l'ordre juridique normatif. Ce qui constraint à poser la question de la légitimité du recours à cette technique, laquelle paraît correspondre à une démarche théorique commune des droits européens.

La légitimité du recours aux principes généraux du droit nous renvoie à la légitimité du droit lui-même dans nos sociétés (24). De ce vaste problème, nous ne retiendrons que les éléments les plus utiles à notre propos. Il s'agira pour nous de vérifier si la technique des « principes généraux du droit », en tant que source normative dans ceux de nos systèmes juridiques qui correspondent à la théorie du droit moderne, repose sur des justifications argumentées similaires ou différentes alors que le droit « moderne » est vivement contesté dans ses fondements socio-culturels et historiques, et qu'un droit dit « post-moderne », ou même, selon certains, « néo-moderne », se dessine sur d'autres bases.

I. Légitimité des principes généraux et théorie du droit moderne

L'expression « droit moderne » est aujourd'hui couramment utilisée pour définir l'état du droit dans les sociétés contemporaines à partir du XVIII^e siècle ; elle est liée d'une certaine manière à la prise de conscience d'une « crise de la modernité » qui s'est développée sur plusieurs

(20) V. sur ces problèmes, D.H. Regan, *Glosses on Dworkin : Rights, Principles and Politics*, Michigan Law Review, 1978-1979, n° 76 ; L. Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992 ; A.C. Pérez Luño, *Los principios generales del derecho : un mito jurídico ?*, Revista de Estudios políticos, 1997, n° 98, p. 9 et s. ; A.M. Abellán, *En torno a la comparación y diferencia entre valores, principios y normas constitucionales*, Revista vasca de Administración Pública, 1997, n° 48, p. 253 et s. ; G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid.

(21) Ariel, Barcelone, 1996.

(22) V. le compte rendu de l'ouvrage par C. Bernal Pulido, *in Droit et Société*, n° 36-37, p. 473 et s.

(23) Il faudrait nuancer la présentation : aux côtés des

« principes » figurent les « directives » (elles se séparent des « principes » en ce que les comportements qu'elles prescrivent sont eux-mêmes indéterminés) ; quant aux « règles », elles se subdivisent en « règles d'action » et « règles de fin » (les premières prescrivent l'accomplissement d'une action et les secondes visent l'orientation d'un certain état de choses).

(24) A. Aarnio, *Zur Legitimität des Rechts. Ein begrifflicher Überblick*, Rechtstheorie, 1989, vol. 20, p. 146 et s. ; K. Tuuori, *Legitimität des modernen Rechts*, *ibid.*, 1989, vol. 20, p. 221 et s. ; G. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, Law and Society Review, vol. 17, p. 239 et s. ; L.D. Eriksson, *Conflicting tendencies in Modern Law*, Rechtstheorie, 1989, vol. 20, p. 153, etc.

terrains et dont toute une littérature philosophique, sociologique, politique ou juridique rend compte quasiment en permanence (25).

La légitimité du « droit moderne » est fondée dans une large mesure sur l'idée de rationalité formelle et/ou matérielle mise en exergue par Max Weber dans des écrits célèbres (26) et historiquement rattachée à l'influence des « lumières ».

La domination légale est perçue comme légitime car elle correspond à un processus historique de rationalisation du droit, dans un État libéral et démocratique bientôt promu au rang d'« État de droit ». Le droit moderne est « rationnel à la fois dans ses règles – rigueur déductive – et dans sa procédure – qui connaît une technicité croissante » (27), c'est ce qui lui a permis de fournir le terreau nécessaire à l'expansion du capitalisme et de la bureaucratie d'État. L'identification de la rationalité à la légalité formelle dans le cadre étatique conduit à fortifier la croyance selon laquelle l'ordre juridique étatique bénéficie d'une légitimité historique ; la domination légale s'identifie « à la soumission à des règles objectives et impersonnelles, formellement valides, qui ne commandent l'obéissance qu'au regard d'un domaine d'application rationnellement délimité » (28). Le droit formellement rationnel se caractérise par sa « neutralité axiologique », le refus de tout impératif d'ordre étatique, utilitaire ou politique (29) extérieur à la sphère juridique, au profit de l'interprétation logique de règles abstraites. Les conceptions justinaturalistes ne sont plus à même de légitimer à elles seules les solutions juridiques. Conformément à la perspective kantienne, la science du droit se conçoit en fonction de l'antinomie de l'être (*sein*) et du devoir-être (*sollen*) ; comme

l'écrira plus tard H. Kelsen, « aucun raisonnement logique ne permet de passer de ce qui est à ce qui doit être, de la réalité naturelle à la valeur morale ou juridique » (30). Si le droit naturel ne peut plus servir à fonder la croyance en la légitimité du droit, ce n'est pas là le résultat de brutales mutations idéologiques mais plutôt d'une interaction complexe de faits et de valeurs, caractérisée notamment par la différenciation et l'autonomisation progressive des différentes sphères de l'activité sociale (politique, économique, juridique, etc.) qui ont provoqué la désagrégation et la relativisation des axiomes métajuridiques (31). La « domination légale » se traduit par l'obéissance naturelle des citoyens aux règles, sorte de réflexe acquis, de légitimité intérieurisée puisqu'elle ne s'attache pas à la personne du détenteur du pouvoir mais seulement à l'existence de normes contraignantes validement instituées. C'est l'ordre juridique qui détermine objectivement les compétences des autorités publiques, qui assigne aux agents spécialisés leurs attributions, interdisant par là même toute appropriation personnelle du pouvoir et conduisant à l'idéal-type de la « bureaucratie ».

Par ailleurs et corrélativement, la domination légale, telle que la conçoit M. Weber, reflète l'avènement et la prééminence irrésistible du droit étatique. L'État moderne « revendique avec succès... le monopole de la contrainte physique légitime » (32), elle-même devenue indissociable du processus de « centralisation » et d'« étatisation » du droit (33). Le postulat de l'identité du droit et de l'État a été poussé, on le sait, dans ses ultimes conséquences par Kelsen, notamment dans la *Théorie pure du droit* (34). L'État moderne, en tant qu'appareil de contrainte légitime, « représente simplement

(25) V. p. ex., A. Touraine, Critique de la modernité, Fayard, coll. Livre de poche, 1992 ; La modernité en questions (sous la direction de F. Gaillard, J. Paulain et R. Schusterman), Cerf, coll. Passages, 1998 ; A.J. Arnaud, Pour une pensée juridique européenne, PUF, 1991 ; A.J. Arnaud, Entre modernité et mondialisation, LGDJ, Paris, 1998, p. 148 et s. ; P. Bouretz, La force du droit. Panorama des débats contemporains, éd. Esprit, 1991 ; B. de Sousa-Santos, The post-modern transition : law and politics, in *The Fate of Law* (A. Sarat et T.R. Kearns, dir.), Université of Michigan Press, 1991 ; Towards a new Common Sense : Law, Science and Politics in the paradigmatic Transition, éd. Routledge, Londres, 1995 ; C. Col- liot-Thélène, Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber, Paris, éd. de Minuit, 1992 ; R.M. Unger, Law and Modern Society, Toward a Criticism of Social Theory, in *Modern Society*, Collier Macmillan Publishers, New York, Free Press, 1977.

(26) Not. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5^e éd., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1980 (trad. franç., Sociologie du

droit, PUF, 1986). V. la bibliographie établie par M. Coutu in Max Weber et les rationalités du droit, LGDJ, coll. Droit et Société, 1995, p. 249 et s.

(27) Ph. Raynaud, Max Weber et les dilemmes de la raison moderne, PUF, coll. Quadrige, 1996, p. 167.

(28) M. Coutu, Rationalité juridique et légitimité du droit chez Max Weber, in Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit, 1995, LGDJ, coll. Droit et Société (sous la direction de P. Lascombes), p. 199.

(29) M. Coutu, Max Weber et les rationalités du droit, LGDJ, coll. Droit et Société, 1995, p. 167.

(30) H. Kelsen, Théorie pure du droit, 1^{re} éd., Neuchâtel, éd. de la Baconnière, 1988, p. 95.

(31) M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, op. cit., p. 501.

(32) Ibid., p. 29.

(33) M. Coutu, Max Weber et les rationalités du droit, op. cit., p. 187 ; Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit, op. cit., p. 207 et s.

(34) 2^e éd., Dalloz, Paris, 1962, p. 385 (trad. Ch. Ei-

une construction auxiliaire de la pensée juridique » (35), souligne le maître de Vienne ; il est ordre normatif et sa puissance n'est autre que l'effectivité de l'ordre juridique qu'il institue. Se trouvent par là même récusées les théories qui, au début de ce siècle, s'efforçaient de distinguer la puissance de l'État et la force du droit (36). Il ne peut y avoir, insiste Kelsen, de dualisme entre le droit et l'État dès lors que ce dernier n'a aucune réalité tangible et que son pouvoir (la puissance publique) est juridiquement réglé (37). Que l'État représente en définitive la pleine légalisation de la domination et qu'il se réduise à sa seule dimension juridique est l'une des extrapolations théoriques possibles de la démarche webérienne (l'autre étant l'approche dite « décisionniste », fondée sur la dialectique des choix, dont Carl Schmitt a été le représentant le plus marquant) (38).

En toute hypothèse, on trouve en germe dans la pensée de Weber les arguments qui allaient conférer aux principes généraux du droit leur pleine légitimité dans le contexte du droit moderne, à savoir la rationalité (ou au moins les exigences d'un processus de rationalisation) de l'ordre juridique et le cadre politique étatique qui assure l'effectivité du droit grâce à la monopolisation de la contrainte physique dont l'État s'est doté.

Comment se manifeste l'insertion des principes généraux du droit dans l'ordre juridique de l'État moderne ? Quels éléments ont conforté la croyance dans la validité du recours à cette technique juridique ?

Il semble possible d'avancer quelques hypothèses à cet égard. Le recours aux principes généraux du droit bénéficie d'une double légitimité : une légitimité fonctionnelle qui s'inscrit dans la perspective de la rationalisation du droit, prélude à sa rationalité effective une fois le processus achevé, et une légitimité organique, s'attachant à l'autorité qui élabore ce type de normes, c'est-à-dire le juge. Il importe de souligner

d'emblée que la démarche suivie ne comporte de notre part aucune tentative d'ontologisation conceptuelle de la catégorie des principes généraux du droit en tant que normes juridiques autonomes. Il n'est nullement acquis que ces principes se trouveraient en quelque sorte à l'état de latence dans un ordre juridique avant d'être identifiés et proclamés officiellement par une autorité qualifiée. Il ne s'agit pas davantage pour nous, quant à l'autorité compétente pour les énoncer formellement, de réservé cette fonction au juge (et ce, sans même aborder la thématique contemporaine de la légitimité démocratique du pouvoir judiciaire) : d'autres supports formels des principes généraux seraient aisément répertoriés. Notre propos est seulement d'analyser les conditions susceptibles de justifier le recours par le juge à de tels principes et leur insertion dans un raisonnement juridique valide, en liaison avec une certaine conception du droit – ainsi que leurs chances de survie lorsque cette conception vacille.

A. La légitimité fonctionnelle des principes généraux du droit

Dans le processus de rationalisation des droits étatiques contemporains, les principaux généraux jouent un rôle éminent, sinon déterminant : ils contribuent à forger la cohérence de l'ordre juridique normatif et ils servent à combler les lacunes du droit.

1) Principes généraux du droit et exigence de cohérence de l'ordre juridique

Que les principes généraux du droit favorisent la cohérence (et par là même l'intelligibilité) de l'ensemble du système juridique et qu'ils contribuent ainsi à fortifier la croyance à la légalité (*lato sensu*) comme fondement de la légitimité du droit, a été maintes fois relevé par les théoriciens (39) : « Est rationnel, disait Weber,

senmann) ; V. aussi H. Kelsen, *Der sociologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staad und Recht*, Aalen, Scientia Verlag, 1981, p. 82 et s.

(35) Théorie pure du droit, *op. cit.*, *eod. loc.*

(36) V. les observations de N. Bobbio, Max Weber und Hans Kelsen, *in Max Weber als Rechtssoziologie* (sous la direction de M. Rehbinder et K.P. Tieck), Berlin, Dunker et Humblot, 1987, p. 126 et s. ; G. Jellinek, en particulier, soutenait dans *La théorie générale de l'État* que celui-ci devait être analysé soit en tant que formation sociale soit en tant qu'institution juridique. Il est notoire que Max Weber s'est rangé à cette conception (*Wirtschaft und Ge-*

sellschaft, op. cit., p. 6) lorsqu'il énonce que l'État « désigne aussi bien le concept juridique que le phénomène concret de l'activité sociale pour lequel valent les règles de droit ».

(37) « ... les individus qui exercent le pouvoir à titre de gouvernement de l'État sont habilités par un ordre juridique à exercer le pouvoir par la création et l'application de normes juridiques » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2 éd., p. 393).

(38) V. p. ex., *Légalité et légitimité*, *in Du Politique : légalité et légitimité et autres essais*, Puisieux, Pardès, 1990, p. 39 et s.

(39) À commencer par M. Weber lui-même, *Zwischenbetrachtung : Theorie der Stufen und Richtungen re-*

ce qui répond à l'impératif de la cohérence» (40). Il s'agit d'une rationalité théorique, résultat d'un effort permanent de conceptualisation et de classification, d'abstraction et de systématisation, indépendamment des effets empiriques éventuellement constatés (41). L'ordre juridique étatique est d'abord un « système » dont les pièces sont soigneusement articulées et agencées, notamment par le truchement du principe de hiérarchie normative (42). Ce système repose largement sur des généralisations conceptuelles dont la loi reste l'expression principale (43).

Divers instruments, qui constituent autant d'indices de la rationalisation du droit (qu'il s'agisse d'une rationalité « formelle » ou d'une rationalité « matérielle ») (44), conduisent ainsi à une plus grande cohésion de l'ordre juridique : l'application de principes ou de règles à portée générale y figure en bonne place aux côtés de l'interprétation logique ou du raisonnement deductif sous sa forme syllogistique.

Les traits essentiels de la rationalité juridique formelle font ainsi apparaître ce que Kelsen appelait « l'unité logique » de l'ordre juridique (45) par mise en relation de toutes les prescriptions juridiques élaborées par l'analyse et élimination des contradictions internes qui y seraient éventuellement détectées. Le rejet des procédés analogiques (46), le dépassement de la méthode pu-

ligöser Weltablehnung, in *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1988, p. 537 ; J. Habermas, *Aspects of the Rationality of Action*, in La rationalité aujourd'hui, éd. Université d'Ottawa, 1979, p. 185 et s., not. p. 188 ; A. Swindler, The concept of Rationality in the Work of Max Weber, in *Sociological Enquiry*, 1973, vol. 43, p. 35 et s. ; A. Brimo, La notion de rationalisation du droit dans la sociologie juridique de Max Weber, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975).

(40) M. Weber, *op. cit.*, p. 537.

(41) M. Coutu, Max Weber et les rationalités du droit, *op. cit.*, p. 27 et s.

(42) On renverra ici à la thèse de D. de Béchillon, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, *Économica*, 1996 ; V. aussi F. Ost, Le système juridique entre ordre et désordre, PUF, 1988, p. 102 et s.

(43) La primauté de la loi sur les décisions ponctuelles est de nature, selon Weber, à favoriser l'essor du capitalisme dans la mesure où elle permet une prévision rationnelle et un calcul correct des chances et des risques (Ph. Raynaud, Max Weber et les dilemmes de la raison moderne, *op. cit.*, p. 167).

(44) La rationalité « matérielle », dans la terminologie de Weber, renvoie moins à la substance ou au contenu du droit, qu'aux motifs extrinsèques d'ordre politique, éthique ou utilitariste qui président à la création du droit (ou à son

nement analytique (47), l'élaboration d'une spécificité méthodologique apte à séparer la science du droit des sciences non juridiques (« l'interprétation logique du sens ») (48) présenterait à cet égard, selon Weber, la démarche la plus rigoureuse) (49), le refus des considérations idéologiques et des jugements de valeur (50) et la recherche du fondement du droit moderne dans le principe de légalité et la régularité procédurale (51) constituent autant de conditions d'une mise en forme à la fois logique et systématique au droit.

Sans doute le processus de rationalisation formelle du droit moderne connaît-il certaines limitations soit en raison des insuffisances méthodologiques difficilement évitables dans une telle démarche soit en raison de l'intrusion d'éléments extérieurs relevant de la rationalisation « matérielle » (52). Mais le besoin de cohérence reste un élément majeur de la rationalité juridique, dans le cadre des ordres juridiques étatiques contemporains.

Or les principes généraux du droit participent pleinement à la réalisation d'un système juridique cohérent. Ils remplissent à cet égard une fonction explicative (si l'on a un doute sur le sens d'une règle dans un contexte donné, le recours à un principe général peut donner du sens à cette règle ou tout au moins permettre de comprendre pourquoi la règle mérite d'être suivie)

identification) (V. M. Coutu, Max Weber et les rationalités du droit, *op. cit.*, p. 50 et s.).

(45) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 396.

(46) *Ibid.*, p. 249.

(47) La décomposition d'un ensemble de faits complexes en composantes élémentaires juridiquement qualifiées de façon univoque ne suffit pas, selon Weber (*ibid.*, p. 454) à assurer la cohérence interne de l'ordre juridique. Le travail juridique doit comporter une « construction synthétique », donc une systématisation (V. M.J. Farinas Dulce, Crisis de la racionalidad formal del derecho moderno, in *Oñati Proceedings*, vol. 2, p. 153 et s. ; Santi Romano, Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale, Modène, 1925 ; Santi Romano, L'ordinamento giuridico, Florence, 1945, etc.)

(48) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 397.

(49) V. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer Verlag, 1969, p. 30.

(50) Que Kelsen a mis particulièrement en exergue dans sa Théorie pure du droit (1^{re} éd., Neuchâtel, éd. La Baconnière, 1988, p. 64).

(51) Thème également repris et développé par H. Kelsen, not. dans la Théorie pure du droit (V. *supra*).

(52) M. Coutu, Max Weber et les rationalités du droit, *op. cit.*, p. 69 et s.

et une fonction de justification (si un principe normatif est reconnu comme ayant une valeur en lui-même ou comme un moyen adéquat pour atteindre une fin jugée souhaitable, les règles qui en découlent ou s'en rapprochent bénéficieront plus facilement de cette présomption de légitimité).

La légitimité fonctionnelle du recours aux principes généraux du droit dans les ordres juridiques contemporains, au nom du besoin de cohérence inhérent à la rationalité même du droit moderne, a été défendue notamment par N. Mac Cormick dans *Legal Reasoning and Legal Theory* (53). Il convient, écrit l'auteur, « d'accorder une attention plus soutenue au rôle joué par les arguments tirés des principes généraux du droit dans le raisonnement juridique... Le rôle joué par ces arguments dépend de l'exigence, posée au départ, de cohérence en matière juridique : cohérence au sens où les nombreuses règles d'un système juridique élaboré doivent avoir un sens lorsqu'on les considère dans leur ensemble ».

Cette fonction de liaison entre les règles et de consolidation de leur sens au sein de l'ordre juridique dépendra dans une large mesure de la portée du principe général en cause. Certains de ces principes couvrent un champ particulièrement large (le principe d'égalité, p. ex., dont les applications potentielles se sont démultipliées dans toutes les branches du droit). D'autres revêtent des significations plus techniques et leurs virtualités se trouvent de ce fait sensiblement amoindries. Il appartient aux acteurs qualifiés du droit, compte tenu de l'état d'ensemble du système juridique, de retenir ceux des principes qui paraissent mieux à même d'exercer leur rôle de coordination, de systématisation et de mise en cohérence logique du droit ou d'une branche du droit (54). À cet égard les situations paraissent très variables d'un pays à l'autre et, dans un même pays, d'une discipline à l'autre.

(53) Oxford UP, 1978 ; Raisonnement juridique et théorie du droit (trad. franç. de J. Gagey), PUF, Paris, coll. Les voies du droit, 1996, not. p. 181 et s. ; l'auteur prête d'ailleurs les mêmes mérites au raisonnement par analogie (*ibid., eod. loc.*) ; sa pensée est, dans une certaine mesure, tributaire des conceptions de Hart sur l'analyse positiviste du concept de droit (H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994 ; *The concept of Law*, Oxford University Press, 1961).

(54) Il est symptomatique qu'en droit français, le rôle des principes généraux n'est pas conçu de la même manière selon qu'il s'agit du droit administratif (où leur fonction est essentielle) ou du droit privé (où leur fonction est contestée ; V. M. de Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998, p. 40).

2) Principes généraux du droit et objectif de complétude de l'ordre juridique

La complétude d'un ordre juridique est un autre élément de la rationalité formelle du droit auquel les principes généraux du droit sont en mesure de prêter main forte. On peut la définir sommairement comme l'absence de lacunes dans un système juridique de sorte que l'analyse des rouages du système peut permettre de déterminer, à partir de l'ensemble de ses pièces constitutives, le statut juridique d'un fait quelconque (55).

C'est encore un thème wébérien que l'absence de failles dans le droit systématisé ; l'ordre juridique est devenu une « catégorie fondamentale de toute conduite sociale » (56) ce que H. Kelsen reprit avec la formule extraite de la *Théorie pure du droit* (57) : « tout objet auquel le droit s'applique acquiert une existence juridique ». Cette assertion est regardée comme un présupposé, un postulat nécessaire par un traitement rationnel du droit (58).

L'utilisation fonctionnelle des principes généraux du droit pour combler les lacunes virtuelles d'un ordre juridique déterminé a été mise en relief par Ph. Gérard dans un ouvrage publié en 1981 sous le titre : *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit* (59). La reconnaissance même d'une lacune dans un système juridique n'implique-t-elle pas, comme le pensait déjà J. Esser (60), un jugement de valeur sur le caractère incomplet du droit positif existant ?

Les droits nationaux qui, à l'instar du droit civil français ou du droit civil belge, obligent le juge à statuer même en cas de silence de la loi, l'autorisent par là même à combler les vides de la loi écrite et à recourir pour ce faire aux principes généraux du droit. En dehors de la logique dé-

(55) F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, p. 87.

(56) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 397.

(57) 1^{re} éd., Neuchâtel, p. 143.

(58) M. Weber, *op. cit.*, p. 397 : « le droit objectif en vigueur figure dans un système sans failles de prescriptions juridiques, ou la contient de façon latente, ou du moins doit être traité comme tel pour pouvoir être appliqué ». Sur la fragilité d'une telle affirmation, V. M. Coutu, Max Weber et les rationalités du droit, *op. cit.*, p. 67, note 21.

(59) Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, p. 177 et s.

(60) J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Francfort-sur-le-Main, 1970, p. 179.

ductive classique, le raisonnement par analogie s'avère ainsi une des méthodes d'élaboration des principes généraux du droit les mieux adaptées à cette fonction, dans la mesure où il justifie l'application, par association d'hypothèses concrètes, d'une solution concernant un cas similaire. Même s'il ne présuppose pas nécessairement une perception claire de l'ensemble du système et de sa complétude souhaitable (61), il peut conduire à la formulation de principes généraux à caractère normatif (62). En toute hypothèse, les systèmes juridiques ainsi conçus reposent sur le postulat de leur complétude potentielle et leur intelligibilité globale : le juge (qui doit toujours motiver ses décisions et s'abstenir de commettre un déni de justice) est censé pouvoir résoudre tous les cas litigieux qui lui sont soumis avec les seules ressources de l'ordre juridique existant. On retrouve par là le thème de la rationalité du droit moderne, et de la cohérence logique des systèmes juridiques qui s'en réclament. Le « complément de droit » apporté par l'utilisation des principes généraux, au terme d'un raisonnement par analogie, présume la rationalité du « jurislateur » et plus particulièrement du législateur des démocraties occidentales.

Une autre méthode possible est celle de « l'induction amplifiante » (63). Elle permet également de dégager de nouveaux principes généraux de droit pour combler les lacunes de la législation en vigueur, en généralisant à des hypothèses non prévues des dispositions particulières réglant divers cas concrets déterminés.

Le principe général des droits de la défense, dans sa version traditionnelle, ou le principe plus contemporain du droit au recours juridictionnel pourraient ainsi illustrer cette forme de raisonnement par induction, à partir de dispositions

(61) J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Forbildung des Privatrechts*, 3^e éd., Tübingen, 1974, p. 231.

(62) Rh. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, t. II, Munich, 1974, p. 70 et s. ; H. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, Zurich, 2^e éd., 1948, p. 147 et s., etc.

(63) Ph. Gérard, *op. cit.*, p. 266 et s. ; G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique. Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, 1965, p. 149 et s. ; C.E. Alchourron et B. Bulygin, *Normative Systems*, New York, 1971, p. 81 ; L. Silance, *Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante*, in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 489 et s. ; O. Weinberger, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik im Recht*, New York, 1970, p. 278 et s.

(64) Ph. Gérard, *op. cit.*, p. 195 et s.

(65) J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung Rationalitätsgarantien der richterlichen*

du droit positif (64). Au-delà de la simple compatibilité de ces principes avec le droit positif existant, telle qu'elle est soulignée par J. Esser (65) ou J.-B. Vranken (66), c'est une adéquation plus forte que l'on attend d'eux, une aptitude à colmater les brèches visibles de l'édiifice du droit en vigueur et à cimenter l'ensemble du système.

Toutefois, la légitimité « fonctionnelle » des principes généraux du droit moderne ne suffirait pas à leur conférer droit de cité dans un ordre juridique étatique, si elle ne s'appuyait sur leur légitimité « organique », c'est dire l'habilitation conférée officiellement à leurs auteurs pour les édicter sous cette forme.

B. La légitimité organique des principes généraux du droit

Les principes généraux du droit, dans les ordres juridiques qui leur font place au titre de normes juridiques, c'est-à-dire d'énoncés prescriptifs, se situant dans le champ du « devoir-être » (pour s'en tenir à une définition courante, même si elle est ça et là controversée) (67), nous ramènent inéluctablement à l'autorité qui les édicte et qui a qualité pour ce faire.

Ainsi que l'exprime heureusement Pierre Bourdieu (68), la reconnaissance par les destinataires d'un discours de l'autorité dont il émane n'est accordée que sous la condition que ce discours soit émis par la « personne légitime à se prononcer... devant des récepteurs légitimes... dans des formes (syntaxiques, phonétiques, etc.) légitimes ». À l'inverse, le discours sera disqualifié, quel que soit son contenu et le talent de son auteur, s'il ne répond pas aux ca-

Entscheidungspraxis, Francfort-sur-le-Main, 1970, p. 19 et s. ; V. aussi, p. 27 et s.

(66) J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtswetenschap. Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk berlijssingsgebeuren*, Deventer, 1978, p. 140 et s.

(67) On peut assimiler, au moins provisoirement, les vocables « norme » et « règle » quant à leurs effets dans le monde du droit (sur ce point, V. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. O. Jacob, Paris, 1997, p. 166 et s. ; V. aussi les développements consacrés par O. Pfersmann à ce thème in *Droit constitutionnel*, Dalloz, 1998, n° 76 et s., p. 78 et s.).

(68) Dans *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, 1980, p. 107 et s. ; V. aussi (p. 105) le raccourci évocateur utilisé pour situer le discours juridique légitime : « le pouvoir des paroles n'est autre chose que le pouvoir délégué du porte-parole ».

nons d'un discours « légitime », si le locuteur n'est pas perçu comme ayant pouvoir et qualité pour produire une norme (ici juridique) susceptible de s'imposer au groupe, en d'autres termes si le statut du locuteur ne lui permet pas de se présenter comme « porte-parole » de ceux auxquels il s'adresse. La hiérarchie des normes elles-mêmes, qui infiltre les systèmes juridiques du droit moderne, est généralement calquée sur la hiérarchie des autorités dûment habilitées à les énoncer avec force de droit.

Or les principes généraux sont au premier chef l'œuvre du juge (quelle que soit la configuration des structures juridictionnelles d'un État déterminé) et l'on retrouve à leur propos le questionnement classique quant au pouvoir normatif du juge.

Nous n'entrerons pas dans la querelle récurrente sur l'existence et la validité du pouvoir du juge en tant que « créateur » de normes (69). Il est souvent rappelé que l'intervention constructive des cours et tribunaux se manifeste non seulement dans l'interprétation du droit écrit (et au premier chef du droit légiféré), mais aussi et surtout dans l'élaboration et la mise en œuvre des principes généraux du droit (70). Certes, la discussion reste ouverte sur la délimitation exacte et les modes d'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel ou sur la marge de manœuvre dont dispose le juge ou qu'il s'attribue par rapport aux textes qu'il est chargé d'interpréter et d'appliquer ; mais il apparaît difficile de lui contester un tel pouvoir puisqu'il est investi d'un office majeur dans les sociétés étatiques : celui de « dire », de « régler » avec autorité les litiges sans pouvoir opposer aux justiciables le silence de la loi ou son inadéquation aux données du problème à traiter. Si ces principes sont le reflet ou le support de valeurs (jugées dignes ici d'être transcris en normes jurisprudentielles), telle est également la situation du droit écrit ordinaire, la rationalité du droit pouvant être, comme l'avait observé Weber, une rationalité « en valeur » et non seulement une rationalité

« en finalité » (*i.e.* la simple recherche d'une certaine efficacité des moyens par rapport aux fins poursuivies) (71).

Il n'y a pas lieu de séparer sur ce terrain l'activité dite « juridictionnelle » et l'activité dite « jurisprudentielle » du juge, qui seraient, tout au moins dans certaines présentations du droit en langue française (72), les deux expressions de la fonction de justice (73), la première consistant à produire des décisions de justice et la seconde à élaborer en tant que de besoin une norme de référence qui servira, le cas échéant, à la solution des litiges soumis à la juridiction. Que l'activité proprement juridictionnelle présente un caractère normatif a été établi par des auteurs comme L. Duguit (74) et surtout H. Kelsen (75) qui soulignent, l'un que l'acte juridictionnel en tant qu'acte juridique « véritable » produit des effets de droit, l'autre que rien ne s'oppose en théorie du droit à l'existence de « normes individuelles » dont le contenu est déterminé par des normes générales et qui génèrent d'une autorité particulière, imposée par l'office même du juge, à savoir l'autorité de chose jugée.

Quant à l'activité « jurisprudentielle » créatrice de normes générales (76) ou de référence, elle est à l'origine, notamment, des « principes généraux du droit ». Le pouvoir normatif du juge trouve là, au demeurant, son illustration la plus typique (77), encore que les tenants du courant formaliste classique en dénient énergiquement l'existence en tant que source du droit authentique (78). L'habilitation constitutionnelle à juger, à dire le droit, emporte habilitation à forger des normes jurisprudentielles par une sorte d'extension naturelle du pouvoir souverain attribué du juge, lequel peut s'insérer ainsi dans la hiérarchie des autorités dotées d'un pouvoir normatif. Prendre parti sur le degré d'autorité de la norme ainsi créée, lui assigner des limites déterminées dans l'ordre juridique, analyser les relations souvent difficiles entre les normes émanant des diverses sources du droit n'affecte pas fondamentalement ce qu'Hauriou appelait naguère

(69) À titre d'exemple, dans une littérature considérable, S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, 1974.

(70) « Véritable création prétorienne fondée sur l'idéologie dominante et l'appréciation des rapports sociaux », selon certains (Ph. Gérard, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 13).

(71) Ph. Raynaud, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, coll. Quadrige, PUF, 1996, p. 127 et s.

(72) Sur ce point, V. D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 107 et s. et les références citées ; V. notamment le

débat entre D. Linotte (« Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », AJDA 1980, p. 632 et s.) et S. Rials, *Sur une distinction contestable et un trop réel déclin*, AJDA 1981, p. 115 et s.

(73) *Ibid., eod. loc.*

(74) *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1921-1925, t. II, p. 461.

(75) *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, p. 318 et s.

(76) Ce qui ne signifie pas que la décision de justice ne puisse avoir une portée générale.

(77) Le cas-type des principes généraux du droit ad-