

l'« incoercible pouvoir... de création du droit » (79) qui appartient au juge parce qu'il est juge. Que le législateur, dans les États démocratiques, puisse s'opposer à des normes jurisprudentielles qu'il estime inopportunes ou abusives n'est pas davantage de nature à neutraliser et encore moins à condamner la légitimité originale de telles normes. Le recours éventuel, par le juge lui-même, à une attitude que les anglo-saxons dénomment « *self-restraint* » (80) dénote simplement de sa part une volonté d'autolimitation afin de ne pas indisposer le pouvoir politique en place.

Il ne faudrait pas croire, d'ailleurs, que le juge des États de *Common law* se différencie sur ce terrain du juge des pays de tradition romano-germanique. Une incursion rapide dans le droit comparé atteste que, dans un État comme la Grande-Bretagne, « l'énonciation des grands principes du droit s'effectue aussi dans une plus large mesure par les juridictions » (81). La loi (*Statute Law*) n'est-elle pas regardée parfois comme complétant ou corrigéant les principes du *Common Law* dégagés initialement et principalement par le juge (82) ? Parmi les normes jurisprudentielles figurent, outre les normes techniques, des règles fondamentales qui gouvernent les relations entre le citoyen et le pouvoir (principe des droits de la défense, de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance de la justice, de

la justice naturelle ou *natural justice*, etc.). Dominant le tout, le célèbre principe de « *Rule of Law* » (83) est parfois interprété comme formant le soubassement constitutionnel essentiel du système juridique britannique, une sorte de *Common Law Constitution* (84). Il arrive même que les principes du *Common Law* soient invoqués contre les lois du Parlement, ainsi que le rappelle Lord Coke (85), qui assimile d'ailleurs le *Common Law* à la raison s'imposant au législateur comme à toute personne sensée. Si une interprétation aussi radicale est parfois contestée, il reste que le juge britannique « n'applique une loi qu'après l'avoir interprétée ou après l'avoir rendue conforme aux grands principes de la *Common Law* (86), ou même répute la loi non écrite à moins qu'elle ne soit précédée d'une déclaration du législateur exprimant clairement sa volonté d'écartier en l'occurrence » un principe de *Common Law* susceptible de lui être contraire.

L'analyse des méthodes utilisées par le juge pour créer des principes qui serviront de références à ses propres appréciations portant sur des cas concrets, montre que le processus d'élaboration des normes jurisprudentielles revêt différentes formes (87) : il peut y avoir simple induction à partir de dispositions particulières des textes en vigueur, référence à l'esprit d'une institution ou d'un texte afin de retrouver l'intention présumée du législateur, recours à la nature

ministratif a fait, sous cet angle, l'objet d'études particulièrement attentives (V. p. ex. B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Siréy, 1954 ; du même auteur, *La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps*, EDCE 1981-1982, p. 33 et s. ; B. Genevois, V. *Principes généraux du droit*, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif*, avec mise à jour 1998-2, note 31 et s. : « À nos yeux, la théorie des principes généraux du droit est une illustration parmi d'autres du pouvoir normatif de la jurisprudence » ; V. aussi *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, Économica, 1982, p. 555 et s., rapport français par J. Roche).

(78) Ce type de polémique agite la doctrine française (privatiste ou publiciste) depuis de nombreuses décennies ; il n'est pas dans notre intention de la poursuivre ici ; mais on pourrait souhaiter, du côté du juge, une meilleure explicitation des motifs qui la conduisent à retenir ou à rejeter tel ou tel principe général, ne serait-ce que pour le « responsabiliser » comme il convient dans un État « de droit ».

(79) « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de métaphysique et de morale*, 1928, p. 203.

(80) Que le Conseil constitutionnel français, entre autres exemples, s'impose dans le maniement des principes généraux du droit constitutionnel (V. notre étude : *Actualité des principes généraux du droit*, RFDA, 1998, p. 495 et s.).

(81) P. Dookhy et R. Dookhy, *Le développement du contentieux de la loi en Angleterre*, RFDA 1999, p. 159 et s.

(82) P.S. Atiyah, *Common Law and Statute Law*, *The Modern Law Review*, 1995, p. 315 et s. ; O. Dixon, *The Common Law as the ultimate constitutional foundation*, *Australian Law Journal*, 1957, p. 240 et s. ; J. Bell, *Le règne du droit et le règne du juge*, *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de G. Braibant, Dalloz, 1996, p. 15 et s.

(83) J. Raz, *The rule of Law and its virtue*, *The Law Quarterly Review*, 1977, p. 195 et s. ; T.R.S. Allan, *Law, Liberty and Justice, the legal foundation of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

(84) T.R.S. Allan, *op. cit.*, p. 4 : « In the absence of a higher constitutional Law proclaimed by a written Constitution and venerated as a unique legal authority, the rule of Law serves in Britain as a form of Constitution. It is in this fundamental sense that Britain has a Common Law Constitution. »

(85) English Reports, King's Bench, vol. 77, p. 646 et s. : « ... it appears that in our books than in many cases, the Common Law will control Acts of Parliament and sometimes adjudged them to be utterly void ».

(86) V. p. ex. A. Kemp Kareleton, *Law in the making*, Oxford, Clarendon Press, 1964, p. 456 : « ... there is the dominant principle never absent in the mind of judges, that the Common Law is wider and more fundamental than Statute and that wherever possible legislative enactments should be construed in harmony with established Common Law principles than in antagonism with them ».

(87) V. p. ex. les développements consacrés par B. Jeanneau (*op. cit.*, p. 123 et s.) aux modalités d'élaboration des principes généraux du droit en droit administratif.

des choses ou à l'essence d'une institution, en dehors de tout rattachement à un texte, ou interprétation des aspirations latentes ou diffuses de la communauté nationale (88). La part d'initiative et d'imagination du juge saisi sera plus ou moins grande selon le cas, en fonction du contexte global de son intervention, des attentes des citoyens, des réactions éventuelles des autres opérateurs juridiques, de l'état du droit international ou plus simplement, des stratégies juris-prudentielles. On a ainsi souvent observé que dans un pays comme la France où le recours aux principes généraux du droit est un élément traditionnel du contrôle de l'exécutif par le juge administratif, l'heure n'était plus à la « découverte » de grands principes susceptibles d'étayer des pans entiers du raisonnement juridique mais davantage à la recherche de principes plus spécialisés, aptes à s'imposer dans tel ou tel segment du champ juridique (89).

Tels qu'ils se sont développés dans les États de droit contemporain, les principes généraux du droit ont acquis une légitimité qui leur assure une place singulière et privilégiée dans les ordonnances juridiques. Ils y expriment quelques-uns des postulats les mieux enracinés qui accompagnent l'idéal d'un droit moderne rationnel : exigences de cohérence et de complétude des systèmes de droit, insertion dans une hiérarchie normative elle-même garante du bon fonctionnement de l'ensemble, à l'échelon des États, liaison entre les éléments des systèmes à un même niveau, voire à des niveaux différenciés, adossement à des valeurs implicitement ou explicitement admises, consécration par un juge

habilité à dire le droit. On constate que, dans un tel contexte, celui des démocraties libérales contemporaines, les principes généraux contribuent à leur manière à consolider la légitimité du droit lui-même.

Leur propre légitimité est-elle remise en cause avec l'avènement de conceptions dites post-modernes ou néo-modernes du droit ?

II. Légitimité des principes généraux et conceptions post-moderne ou néo-moderne du droit

Les conditions dans lesquelles se sont institués les ordres juridiques étatiques, dans le contexte historico-politique de l'avènement du droit moderne, seraient-elles en train de connaître une mutation significative, conduisant à un véritable changement de paradigme et affectant directement la légitimité (entre autres) des principes généraux du droit ? Le problème dépasse de loin le cadre du droit en tant que mode de régulation des relations sociales. Il intéresse l'ensemble de la société et les changements annoncés, à partir de théories développées dans l'ordre scientifique par T. Kuhn (90), sous le nom de « post-modernité » (91) pourraient bouleverser les cadres conceptuels de la culture contemporaine dans ses dimensions esthétique, artistique, juridique, etc.

(88) Cf. sur ce point les observations de Ph. Gérard, *op. cit.*, p. 14 et s.

(89) V. notre étude précitée, RFDA 1998, 195 et s., not. p. 509 et s. ; ces principes concernent notamment le droit des étrangers et le droit social, mais leur expansion potentielle à d'autres secteurs ne peut être écartée.

(90) Th. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1962.

(91) Le terme « post-modernité » a été vulgarisé en langue française principalement par J.-F. Lyotard, *La condition post-moderne*, éd. de Minuit, 1979 ; *Le post-moderne expliqué aux enfants*, Galilée, 1986 ; V. aussi A. Touraine, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992 ; *La modernité en questions*, Cerf, 1998 (sous la direction de F. Gaillard, J. Poulain et R. Schusterman) ; A.J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation*, LGDJ 1998, p. 145 et s. ; A.J. Arnaud, *Repenser un droit pour l'époque post-moderne*, Le Courrier du CNRS, n° 75, 1990, p. 81 et s. ; A.J. Arnaud, *De jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit post-moderne*, Droit et société, 1991, n° 17-18, p. 38 et s. ; G. Vattimo, *La fine della modernità. Nihilismo e ermeneutica nella cultura post-moderna*, Garzanti, 1985 ; Bonaventura da Sousa Santos, *Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit*, Droit et Société, 1988, n° 10, p. 363

et s. ; *La transition post-moderne : droit et politique*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1990, n° 24, p. 77 et s. ; *Révolution, post-modernisme, Droit et Société*, 1989, n° 13 ; B. Smart, *Postmodernity*, Londres, Routledge, 1992 (coll. Key ideas) ; Quant au terme « néo-modernité », il commence à apparaître comme élément d'une alternative à la post-modernité (V. Ch. A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ 1999 ; selon l'auteur – p. 210 et s. –, certains traits attribués à la post-modernité préexistaient en réalité à la modernité (p. ex. la réflexivité, la récursivité) et, au surplus, les postulats prêtés à la post-modernité – tels que la « désubjectivisation » – n'y sont que partiellement vérifiés. Cela dit, les deux néologismes reposent sur des caractéristiques largement communes (complexité croissante des décisions, individualisation relative des normes, renoncement à la systématisation programmée du droit, accroissement notable de la réflexivité, de la polyarchie, de la récursivité, « flou » du droit, etc.) (*ibid.*, p. 209). Il est probable que d'autres propositions sémantiques seront élaborées sous peu par les théoriciens du droit, qui sont rarement à court d'imagination sur ce terrain... En gros, il apparaît que le néo-modernisme ne se situe pas en rupture complète avec la théorie « moderne » du droit.

Il n'est pas exclu que, sur un fond indifférencié de critiques communes et de recherches convergentes vers de nouvelles approches du savoir humain, ne se glissent quelque effet de mode, quelque tentation logomachique voire, parfois, un soupçon d'imposture intellectuelle. Il se peut aussi que les prétendues avancées dans la découverte de nouveaux paradigmes ne se mesurent qu'à l'aune des retards accumulés dans leurs analyses par les nouveaux pionniers. Il ne nous appartient pas d'intervenir dans un tel débat (92). On s'en tiendra ici à l'énoncé des données du problème qui sont susceptibles d'intéresser notre propos, consacré à la légitimité des principes généraux du droit. L'ambiguïté des critiques adressées à la théorie positiviste normative du droit, qui constitue l'expression la plus achevée du droit moderne dans le cadre des sociétés étatisées, ne peut qu'affaiblir leur portée *in globo* et inciter le juriste à la prudence. Sous cette réserve (qui n'est pas seulement formelle), il semble que la technique des principes généraux du droit ait suscité des critiques croisées qui pourraient conduire à une certaine remise en cause dans les configurations juridiques qui se préparent.

Cela dit, évoquer une « théorie » post-moderne ou néo-moderne sous forme de construction intellectuelle achevée serait sans doute prématuré. Il s'agit plutôt, sur ce terrain, de « conceptions » plus ou moins charpentées et convergentes, mais leur élaboration simultanée traduit au moins les interrogations contemporaines des juristes sur le devenir de leur discipline et la place particulière qu'occupent, dans ces interrogations, les principes généraux du droit.

(92) Car la polémique va bon train, et elle s'abreuve d'images censées représenter les nouvelles configurations permettant une meilleure compréhension post-moderne de la société : le labyrinthe, le rhizome, l'arborescence, etc. (V. B. de Sousa Santos, *On modes of production of social power and law*, Madison, Wisconsin, Institute for legal Studies, Working Papers, 1986).

(93) Faut-il rappeler que la justice est devenue le monopole de l'État avec la suppression des justices privées ou communautaires qui ont caractérisé d'autres époques de l'histoire des sociétés du monde occidental ?

(94) V. not. Ph. Gérard, Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981.

(95) V. p. ex. P. Héraud, Le juge et la jurisprudence, in *Mélanges offerts à P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s. ; M. Virally, La pensée juridique, LGDJ 1960.

A. Sur quelques critiques adressées au concept de « principes généraux du droit »

Les principes généraux du droit, élaborés par le juge dans l'exercice de son pouvoir officiel de dire le droit au nom de l'État qu'il représente (93), se sont heurtés à des réticences doctrinales plus ou moins fortes en dépit de leur contribution reconnue à la construction d'un système rationnel de droit étatisé (94).

Certaines de ces critiques ne nous retiendront pas longuement. Elles contestent le pouvoir même du juge de créer des normes. Le procès en légitimité du juge et de son pouvoir normatif a été mené au nom de considérations diverses et il resurgit épisodiquement dans les pays de droit écrit ; mais on appellera que l'existence d'un pouvoir normatif jurisprudentiel ne peut guère être séparée de la fonction de juger, et que ce pouvoir relève à ce titre de la compétence originaire de tout juge (95), dûment habilité par l'État à exercer son office (96).

D'autres arguments se fondent sur le caractère « mythique » des principes généraux du droit dans la présentation théorique que le droit moderne leur réserve (97). Des mythes ils revêtiraient les habits les plus classiques, ceux que Santi Romano décrivait dans ses *Frammenti di un dizionario juridico* (98) comme propres à un « concept universel, fantastique, non raisonné, qui naît du besoin de comprendre l'incompréhensible et de l'exprimer avec des images faute de pouvoir le faire avec des mots » (99). Les mythes correspondent, selon le même auteur, au *jus involuntarium* par opposition au *jus voluntarium* (issu de la loi et exprimant la volonté officielle de l'État par l'intermédiaire de ses représentants). Ils constituent une source autonome

(96) On doit admettre, de manière plus générale, que la notion de souveraineté étatique implique la monopolisation par l'État du droit positif et qu'à ce titre il contrôle toutes les sources juridiques du droit dans l'État (V. O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 197 ; J. Chevallier, *L'État*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1999, p. 33 et s.).

(97) A.E. Pérez Luño, Los principios generales del derecho : un mito jurídico ?, Revista de Estudios Políticos, 1997, p. 9 et s.

(98) Giuffrè, Milan, 1993, p. 128.

(99) Encore que cet auteur n'ait pas expressément inclus les principes généraux du droit parmi les mythes juridiques contemporains (il mentionnait la représentation politique, la souveraineté populaire, la personification de l'État, etc.) (*op. cit.*, *eod. loc.*).

du droit et ils procèdent de l'existence même des institutions d'une société (100) ; ils ne sont en définitive qu'une des modalités possibles de la réintégration dans l'ordre juridique « de l'éternel droit naturel » (101).

Conçus pour combler les lacunes du droit positif, mais peu compatibles avec la règle selon laquelle le juge ne serait que la « bouche de la loi » (pour reprendre l'expression célèbre de Montesquieu), les principes généraux du droit ont pour fonction de laisser croire que l'ordre juridique détient en lui-même toutes les ressources nécessaires pour résoudre les litiges. Au surplus, les principes généraux du droit ne pourraient occulter leurs références obligées aux autres sources du droit (à la doctrine, à la coutume, à la pratique jurisprudentielle, selon les écoles et les époques) ; à ce titre, ils se séparent malaisément du raisonnement analogique, lequel devrait suffire selon certains, pour assumer les mêmes fonctions (102) – ou ils doublent inutilement la loi. Le philosophe italien Georgio del Vecchio proposait de les regarder comme des principes de droit naturel mal camouflés (103), ce qui correspond d'ailleurs à certaines formulations du droit positif, comme celle du code civil autrichien (qui y voit – art. 7 – des « *natiürliche Rechtsgrundsätze* »), ainsi qu'à tout un courant doctrinal (104) proposant parfois de les assimiler purement et simplement aux droits de l'homme (105).

L'autonomie des principes généraux étant niée en tant que source normative du droit, il leur resterait une fonction relativement subalterne de garantie de la correction formelle de l'ordre juridique (dont ils contribuent à fortifier la cohérence interne) et de support privilégié de valeurs éthiques et politiques (principe de légalité, de sécurité juridique, de liberté, sous toutes ses formes, de confiance légitime, etc.). Leur uti-

lité pratique pourrait en conséquence être reconnue, ne serait-ce que pour guider la recherche et l'identification de sources authentiques du droit positif (106) ; mais elle ne leur conférerait pas pour autant une légitimité théorique.

Un second courant critique, proche du premier par certains côtés, tente de démythifier les principes généraux du droit dans leurs fonctions présentées comme inhérentes aux postulats logiques de cohérence et de plénitude de l'ordre juridique. Il s'agit alors de montrer par des exemples concrets que le raisonnement du juge est en réalité guidé par des postulats non logiques, que l'élaboration des principes est tributaire d'une idéalisation fallacieuse et faussement uniforme des systèmes de droit, que les appréciations expriment en définitive un ensemble de valeurs de référence promues et diffusées de manière plus ou moins artificieuse afin d'assurer une homogénéité axiologique au moins apparente aux systèmes juridiques qui se réclament du modèle libéral dans le monde occidental (107). Les étiquettes nobles dont ils sont adornés (principes d'égalité, de liberté, etc.) aideraient à en faire le « support idéologique de l'action juridique » (108). Mais une analyse socio-historique plus approfondie permettrait aisément d'établir, selon les mêmes critiques, que ces principes servent à reconstruire fictivement une certaine image des rapports sociaux et à masquer par là même la réalité de ces rapports. Plus que leur rationalité formelle, qui n'est guère mise en doute, c'est leur rationalité matérielle qui révélerait leur profonde ambiguïté. Les représentations sur lesquelles ils reposent assurent, sur le plan du droit, la légitimation symbolique d'un certain ordre socio-économique historiquement daté, et qui ne correspond nullement à ce qu'il prétend être.

(100) Santi Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milan, 2^e éd., 1946, p. 90 et s. ; Frammenti di un dizionario giuridico, *op. cit.*, p. 66 et s.

(101) N. Bobbio, *Principi generali di diritto*, cité in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turin, 1994, p. 273.

(102) A. Baratta, Note in tema di analogia giuridica, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Giuffrè, Milan, 1962, vol. I, p. 569 et s.

(103) G. del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Zanichelli, Bologne, 1921.

(104) Illustré notamment par H. Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatrechtslehner*, 1928, p. 119.

(105) P. ex. V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Giuffrè, 4^e éd., Milan, 1994.

(106) On retrouve là une caractéristique des mythes

tels que G. Sorel les avait analysés (V. Santi Romano, *op. cit.*, p. 133 et s. : « il mito, che non è realtà, ed è anzi l'opposto della realtà, può segnare il principio di un cammino che conduce alla realtà non solo scoprindola, ma addirittura creandola »).

(107) En ce sens C.N. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1969, p. 41 et s.

(108) H. Buch, *La nature des principes généraux du droit*, in *Rapports belges au VI^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1962, p. 55 et s. ; H. Buch, À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylants, Bruxelles, 1972, t. III, p. 417 et s. ; Ph. Gérard, *Droit, égalité et idéologie ; contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 14 et s. et p. 383 et s.

La convergence de ces critiques au cours des dernières décennies a contribué à affaiblir la portée des principes généraux du droit, alors que les autres piliers du droit dit « moderne » subissaient des assauts répétés, dans la perspective d'un éventuel passage au droit post-moderne ou néo-moderne (109).

B. Sur le rôle assigné aux principes généraux dans les conceptions post-moderne ou néo-moderne du droit

Évoquer un droit post-moderne ou néo-moderne n'est qu'une image approximative. Si ce thème a déjà donné lieu à des analyses plus ou moins approfondies (110), on est encore loin d'une substitution d'un paradigme juridique à un autre et il n'est pour l'heure, nullement établi que la structure normative de nos ordres juridiques ait été bouleversée en profondeur et qu'une autre *épistémé* du droit correctement architecturée ait pris la relève. Au demeurant, la postmodernité n'évoque rien de très précis ni *a priori* de très cohérent, si ce n'est une série d'interrogations critiques énoncées (avec parfois une certaine vivacité) qui, sur le plan du droit, tentent de récuser jusque dans ses fondations l'approche normativiste de type kelsénien.

La légitimité de la raison et de la rationalisation comme moteur de l'organisation sociale (et donc du droit qui gère partiellement les rapports sociaux) a été sans doute l'une des premières cibles désignées par les paladins du postmodernisme (111). Si le droit se trouve placé directement au cœur de la querelle, c'est parce qu'il s'est rangé lui-même sous la bannière de la raison, avec la volonté d'ordonner, de structurer, de généraliser, de systématiser les normes du droit positif, sous l'égide des États souverains (112) ; le droit se veut d'abord « ordre » (au service de l'individu, dans l'État de droit) et la norme juridique abstraite, applicable le plus souvent *generaliter*, banissant officiellement au

nom de valeurs universelles les distinctions sociales et les différenciations de fait, est apparue naturellement comme le produit le plus élaboré de la raison humaine triomphante. La rigueur du principe hiérarchique dans les systèmes normatifs étatiques, soutenue par la remise en selle des normes suprêmes tout au long de ce siècle, ne pouvait que renforcer la solidité du couple droit-raison. On sait que la théorie des principes généraux du droit avait sa place dans ce processus qui semblait promis à la pérennité.

Quelle sera cette place dans la nouvelle analyse de l'ordonnancement juridique ?

Il est particulièrement malaisé d'affecter un signe univoque aux évolutions en cours dans le domaine du droit. D'abord parce que la règle juridique ne peut être isolée des autres manifestations de la vie sociale, elles-mêmes touchées par le syndrome de la « post-modernité » ou de la « néo-modernité ». Ensuite parce que les signes éventuellement identifiés sont apparemment contradictoires.

Dans une première approche, la « mondialisation » et la « globalisation » de l'économie érodent le principe majeur de souveraineté de l'État et par là même son rôle (normalement déterminant) dans la production du droit. Quand bien même la souveraineté étatique ne serait pas irrémédiablement abolie, son affaiblissement au profit d'institutions pluriétatiques ou supra-étatiques ne peut qu'altérer l'image d'un État assurant, grâce au monopole de la contrainte qu'il s'est historiquement attribué, l'effectivité d'un droit dont il contrôle le processus de fabrication (113) et dont il maintient la cohérence avec l'aide du principe de hiérarchie normative (étayé, notamment, par la « constitutionnalisation » croissante de l'ensemble des règles juridiques). En amont de l'État se multiplient les institutions ou les ententes interétatiques ainsi que des organisations privées ou semi publiques aux pouvoirs incertains mais aux ambitions affirmées, dont la vocation est de régler, selon des

(109) On se référera ici à l'ouvrage de J.J. Sebreli, *El asedio a la modernidad*, Barcelone, Ariel, 1992.

(110) A. J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation*, LGDJ 1998, not. p. 148 et s. ; P. Maisani et F. Wiener, *Réflexions autour de la conception post-moderne du droit*, Droit et Société, 1994, n° 27, p. 443 et s. ; J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne, les transformations de la régulation juridique*, RDP 1998.679 et s. ; du même auteur, *Vers un droit post-moderne*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, coll. Droit et Société, p. 21 et s.

(111) A. Touraine, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992, p. 10 ; p. 231 (La crise de la modernité parvient à son terme quand la société s'écarte de tout principe de

rationalisation) ; p. 239 (Cette dissociation complète de la rationalisation instrumentale... et de communautés enfermées dans leur différence définit la situation post-moderne) ; V. aussi J.-P. Cometti, *Quelle rationalité ? Quelle modernité ?*, in *La modernité en questions*, Cerf, 1998, p. 47 et s.

(112) M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.

(113) V. les observations de A.J. Arnaud, *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques*, Droit et Société, n° 35, 1997, p. 11 et s. ; Introduction, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p. 75 ; Entre modernité et mondialisation, LGDJ 1998, p. 49 et s.

critères qui leur sont propres, les comportements de leurs membres et d'influer, au moins indirectement, sur l'élaboration de la règle du droit à l'échelon national (114). Au sein même de l'État, les techniques dites de « régulation » tendent à se substituer, avec d'autres instruments opératoires, à la règle de droit traditionnelle (115) et, de manière plus générale, les « politiques publiques » s'inscrivent dans des formes juridiques renouvelées et diversifiées correspondant aux différentes versions de l'interventionnisme étatique et à leurs avatars (116).

Dans une seconde approche, c'est au contraire l'idée de fragmentation, d'éclatement, de pluralité des sources du droit qui est regardée comme caractéristique du post-modernisme juridique (117). La société civile écarterait de plus en plus ouvertement le monocentrisme pyramidal normatif légué par le positivisme étatique pour se tourner vers des voies alternatives de régulation (terme préféré à celui de « réglementation », trop marqué par la philosophie « moderne ») (118) issues de centres normatifs dispersés. Le pluralisme des rationalités du droit post-moderne succéderait ainsi à la rationalité unique du droit moderne ; les logiques seraient aujourd'hui celles de la flexibilité, du « flou » (119), dans une société où règnent le

(114) A.J. Arnaud évoque à cet égard les tendances qui se développent dans le contexte des interdépendances d'une économie globalisée : un droit étatique « relayé » (par des ententes régionales interétatiques, dont les recommandations insistantes finissent par peser sur la production du droit par les États), un droit étatique « supplié », notamment dans l'approche des problèmes mondiaux de l'environnement, du climat, de la sécurité, de l'économie et des finances internationales, et même un droit étatique « supplanté » par des marchés financiers spontanés, des multinationales ignorant toute frontière, etc. (De la régulation du droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques, *op. cit.*, p. 14 et s. V. aussi sur l'ensemble de ces thèmes, J.E. Thomson, State Sovereignty in International Relations : bridging the gap between Theory and Empirical Research, *International Studies Quarterly*, 1995, n° 39, p. 214 et s. ; Legal Polycentricity : consequences of Pluralism in Law (sous la direction de H. Petersen et H. Zahle), Dartmouth, Aldershot, 1995).

(115) V. p. ex., Les transformations de la régulation juridique, LGDJ 1998 (sous la direction de J. Clam et G. Martin).

(116) Ch. A. Morand, Le droit néo-moderne des politiques publiques, LGDJ 1999.

(117) H. Willke propose p. ex. une classification des formes de l'État et du droit post-modernes en fonction du degré de complexité de la société : à une société complexe correspond un État « interventionniste » et un droit « finalisé » ; à une société hypercomplexe un État « de guidage » et un droit « réflexif » (Droit réflexif : pour une approche du droit qui favorise la négociation, *in* La négociation, sous la direction de J. Ruegg, N. Mettan et L. Vodoz, Presses polytechniques et universitaires de Lausanne, 1992, p. 270

complexe, les structures en « boucle », les circonscriptions, etc. À cette démultiplication des sources correspondrait une démultiplication des modes de régulation du droit, admettant l'informel autant que le formel. Le droit deviendrait, selon certains, « capillaire », « interstitiel » (120), voire « soluble » (121) ou « liquide » (122), s'infiltrerait dans tous les pores du tissu social ; les relations juridiques se constitueraient en réseaux superposés, selon des logiques combinatoires complexes et instables, sur lesquels se grefferaient des processus mal contrôlés de réflexibilité, d'autopilotage, d'influences croisées, plurielles et souples ; la dimension « normative » n'y prendrait qu'une place mesurée et incertaine au profit d'une dimension plus symbolique ; la généralité de la règle céderait aux particularismes ; un nouveau « sens commun » succéderait aux affirmations rigides et brutales de la normativité juridique traditionnelle et ferait prévaloir la relativité, la gradualité, la différenciation, la désubjectivation, le pragmatisme, l'instabilité, voire la réversibilité, marquant ainsi la rupture épistémologique avec le paradigme du droit moderne (123). Cependant que l'exécution des nouvelles régulations prendrait des formes de plus en plus éloignées de la contrainte ordinaire exercée sous l'égide d'un appareil d'État ; la re-

et s.). Ch. A. Morand sépare, parmi les formes de l'État post-moderne, l'État-providence (droit de l'activité de prestations), l'État propulsif (droit des programmes relationnels) et l'État incitatrice (droit fondé sur la persuasion et l'influence) (*op. cit.*, p. 16), mais l'auteur admet qu'il ne s'agit que d'idéal-type au sens wébérien et que cette classification a surtout pour ambition de faire ressortir des tendances dominantes, sans prétendre offrir des modèles exclusifs (*op. cit.*, p. 17 et s.).

(118) V. p. ex., Les transformations de la régulation juridique (sous la direction de J. Clam et G. Martin), LGDJ 1998.

(119) M. Delmas-Marty, Le flou du droit, Paris, PUF, 1986.

(120) F. Ost, Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge, *in* La force du droit. Panorama des débats contemporains, Paris, éd. Esprit, 1991, p. 241 et s. ; Bonaventura da Sousa Santos, Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit, Droit et Société, 1991, n° 17-18, p. 38 et s. : « droit sans aura, interstitiel et presque informel, qui reflète les relations sociales au lieu de les modeler ».

(121) V. p. ex., Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité (sous la direction de J. Belley, préface de J. Carbonnier), LGDJ, coll. Droit et Société, 1996.

(122) F. Ost, *op. cit.*, eod. loc.

(123) V. les observations de P. Maisani et F. Weiner, Réflexions sur la conception post-moderne du droit, Droit et Société, 1994, n° 27, p. 443 et s., not. p. 448 et s. ; J. Chevallier, Vers un droit post-moderne, *in* Les transformations de la régulation juridique, LGDJ 1999, p. 21 et s.

commandation, la directive, la négociation, ou même la contractualisation y revêtiraient une importance croissante, engendrant à la longue un droit « mou » (*soft law*), maniant la persuasion, la « gouvernance », la « guidance », le pilotage, de préférence à la sanction *stricto sensu*. Tout ceci dans le contexte d'une nouvelle appréciation du facteur temps, avec des processus d'expérimentation - évaluation - adaptation n'ayant plus grand-chose à voir avec la logique dogmatique de type kelsénien (124). Les « politiques publiques » seraient le siège privilégié de ces nouvelles formules, désormais orientées vers la réalisation d'objectifs à plus ou moins long terme dans un contexte global d'ouverture, de compromis et de négociation (125).

Dans un tel contexte, quelle peut être la légitimité des principes généraux du droit ? Sont-ils amenés à jouer un rôle fonctionnel dans l'articulation du droit post-moderne ou néo-moderne, analogue à celui qui leur était assigné dans le droit moderne ? La question n'appelle pas de réponse univoque mais suscite quelques observations portant, notamment, sur le contenu de ces principes et sur leurs modes d'élaboration dans un système de relations sociales dont les données subissent de profondes mutations.

1) Principes généraux ou principes directeurs ?

Dans les nouvelles conceptions du droit qui se dessinent d'un trait plus ou moins affirmé, les principes généraux que l'on a décrits *supra* comme assumant des fonctions normatives (*principia essendi*) (126) en tant qu'éléments structurants d'un système hiérarchisé de normes

dont ils contribuent à assurer la cohérence et la rationalité, sont-ils en mesure de continuer à assumer cette mission ?

A priori, la nécessité de principes généraux dans le droit post ou néo-moderne ne semble pas se heurter à des objections décisives. Si les éléments des systèmes juridiques se multiplient et s'entrecroisent, si de nouvelles « internormativités » s'élaborent, les principes dits « généraux » devraient conserver une place non négligeable, ne serait-ce que pour maintenir les liens entre les réseaux faiblement structurés et assurer leur cohésion et leur articulation minimales, gage de l'efficacité pratique du droit dans son ensemble (127).

On observera à cet égard que les tenants du droit post-moderne ou néo-moderne ne condamnent pas effectivement les principes généraux en tant que tels mais préfèrent souvent les dénommer « principes directeurs » pour marquer leurs nouvelles fonctions. Dans les configurations annoncées, les principes directeurs pourraient trouver une justification à plusieurs égards.

En premier lieu, les phénomènes de « globalisation » ou de « mondialisation » obligeraient à repenser le droit (128) et à envisager une régulation « globalisée » à des échelons supérieurs à ceux des États contemporains.

Il va sans dire que l'Europe communautaire est souvent citée dans les analyses comme la matrice potentielle d'un *jus commune* en cours d'élaboration (129). À ce niveau, les « principes généraux » révéleraient un fonds commun des États européens, un substrat de valeurs partagées, propres aux cultures juridiques nationales (P. Häberle), le noyau dur d'un droit constitu-

(124) On peut se référer, pour illustrer la démarche « post-moderniste », à la présentation antithétique qu'en propose A.J. Arnaud, *in Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ 1998, p. 152 et s. : « le droit post-moderne pourrait être, d'une certaine manière, l'inverse du produit de l'abstraction et de l'axiomatisation du droit, du subjectivisme, de la simplicité et de la sécurité des relations juridiques, de la séparation de l'Église et de l'État, de l'universalisme et de l'unité de la raison juridique. Il se caractériserait par une volonté de pragmatisme et de relativisme, l'acceptation du décentrement du sujet, d'une pluralité des rationalités, du risque qui y est attaché, un retour à la société civile et l'appréhension des relations juridiques dans le cadre complexe de logiques éclatées ».

(125) Ch. A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ 1999.

(126) On emprunte l'expression à A.E. Pérez Luño, *Los principios generales del derecho : un mito jurídico ?*, *Revista de Estudios políticos*, Madrid, 1997, n° 98, p. 9 et s.

(127) La structuration en réseaux serait particulièrement pertinente dans le domaine des politiques publiques (V. F. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès* : trois modèles du juge, *op. cit.*, p. 257 et s. ; M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994, p. 117 et s. ; Ch. A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 205 et s. : « on voit d'emblée combien le modèle du réseau est pertinent pour décrire le droit des politiques publiques formé de principes directeurs et fréquemment contradictoires. Aucune autre métaphore, que ce soit la chaîne, la pyramide ou l'arbre, ne peut traduire les relations qui s'établissent entre des groupes de normes structurées autour des principes directeurs. Cette présentation permet de mieux rendre compte des interactions, des recompositions infiniment changeantes auxquelles l'application des principes directeurs donne lieu ».

(128) A.J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation*, *op. cit.*, p. 17 et s.

(129) P. ex. M. Delmas-Marty, *op. cit.* ; A.J. Arnaud, *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques*, Droit et Société, 1997,

tionnel européen alimenté par divers courants de pensée et par l'histoire même des sociétés du vieux continent. On pourrait au demeurant s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ou sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme pour identifier d'ores et déjà quelques-uns des principaux linéaments de ce droit commun où les principes de dignité de la personne humaine, de l'État de droit, de la démocratie pluraliste, de la séparation des pouvoirs, de la justice sociale, de la subsidiarité, de la protection des droits fondamentaux de la personne et des groupes, etc. figurent en bonne place (130). On ne s'étonnera pas que, selon cette conception, les principes généraux du droit, porteurs de valeurs éthiques, sont regardés comme les vecteurs les plus symboliques et, en même temps, les plus probants et les plus efficaces de l'avènement de standards homogènes, capables de nourrir un droit susceptible d'être véritablement accepté par toutes les composantes de l'Europe parce qu'elles s'y reconnaîtraient sans peine (131). L'Europe, écrit P. Häberle, deviendra compréhensible « à partir des principes généraux du droit qu'elle est en mesure de présenter et qui, en même temps, constituent un legs et un héritage constitutionnel et programmatique. La constitutionnalisation de l'Europe s'effectue sur le terrain de sa propre culture juridique qui associe unité et variété » (132).

Les principes généraux n'exercent plus seulement, dans cette optique, une fonction de rationalisation logique des droits positifs nationaux ; ils ne servent plus uniquement à combler les lacunes de tel ou tel système juridique ; ils puisent leurs potentialités d'expansion dans la trame historique, politique et sociale d'une culture juridique dont les valeurs ont été progressivement intériorisées par les différents ordres nationaux. Une telle conception ne paraît pas très éloignée en définitive de celle que développe R. Dworkin (*V. supra*). Mais elle se situe dans un contexte socio-historique déterminé, celui de l'Europe de la fin du XX^e siècle.

n° 35, p. 11 et s. ; A.J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Les voies du droit, 1992 ; P. Häberle, *Derecho constitucional común europeo*, in *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 187 et s.

(130) Sur les principes généraux du droit communautaire, V. p. ex. R.E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Sakkoulas, Athènes, et Bruxelles, 1996.

(131) P. Häberle, *op. cit.*, p. 201 ; M. Delmas-Marty (in *Le flou du droit*, *op. cit.*, p. 12) met également en exergue la référence à des principes communs et transversaux.

Elle peut être aussi rapprochée des conceptions du droit international privé contemporain qui, prenant appui sur l'histoire de la discipline, assignent « à nouveau une place... pour les principes généraux... à côté des traités conclus entre États » (133).

Il n'est pas inutile de rappeler que le Traité d'Amsterdam a pris effectivement en compte des « principes » généraux dans son article F, paragraphe 1 : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes supra-constitutionnels » (134), susceptibles d'irriter à la fois l'Union européenne et les États membres sur des bases qui ne sont plus exclusivement économiques mais bel et bien politiques.

Une telle conception des principes généraux du droit européen implique des engagements d'une autre portée que celle des principes généraux classiques propres à chaque État dans la théorie dite « moderne » du droit. Elle impose aussi, au-delà d'une conception convergente des valeurs en présence, des techniques de contrôle adaptées et un réexamen de la hiérarchie des normes au sein de l'espace juridique ainsi créé. Il est encore trop tôt pour tenter d'évaluer l'impact de ces innovations sur les droits nationaux (135).

En second lieu, les principes « directeurs » se retrouveraient dans l'agencement des politiques publiques des États (136) et notamment des politiques d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement, de prévention contre les risques, etc. Ils y seraient préférés aux « règles » trop rigides, en permettant la coexistence de valeurs et d'intérêts divergents, en organisant leurs rapports, en favorisant les internormativités croisées entre les systèmes (également normatifs) ou entre les réseaux, en permettant les adaptations nécessaires en fonction des balances d'intérêts à prendre en compte.

(132) *Op. cit.*, p. 201 et s.

(133) J.-L. Halperin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, Les voies du droit, 1999, p. 198.

(134) H. Gaudin, *Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes ?*, RTD eur. 1999, p. 1 et s., not. p. 6 et s.

(135) Il va sans dire que le principe de primauté du droit communautaire et la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes seront au cœur du débat (*ibid.*, p. 11 et s.).

(136) Ch. A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 189 et s.

Le problème paraît alors plutôt, aux yeux des tenants de la conception post-moderne ou néo-moderne du droit, de reformuler ces principes afin, le cas échéant, de faciliter leur insertion dans les structurations en réseaux et d'améliorer leurs modes opératoires, en rupture avec le modèle linéaire et hiérarchique du droit « moderne ». Se pose alors la question de l'autorité compétente pour les promouvoir.

2) Quelle est l'autorité habilitée à formuler les principes généraux (ou directeurs) ?

Sur ce second point, la problématique des principes généraux (ou directeurs) n'utilise pas exactement les mêmes données selon que l'on se situe dans l'optique du droit moderne ou du droit post-moderne ou néo-moderne.

On a souligné ci-avant le rôle particulier du juge (au sein des systèmes de droit étatique hiérarchisé) dans la création des principes généraux du droit et dans leur utilisation opérationnelle. En serait-il de même dans un cadre conceptuel marqué par le pluralisme et la fragmentation des référents normatifs, la flexibilité de la norme juridique et son aptitude supposée à s'adapter à un environnement changeant ?

On ne saurait, certes, écarter l'intervention du juge, qui reste investi de sa mission première : dire le droit. Dans un ordre juridique excédant le cadre étatique, la présence d'un juge (tel que le juge communautaire, le juge européen des droits de l'homme, etc.) (137) ne révèle pas par elle-même une conception originale de la fonction de justice. Le juge reste normalement apte à élaborer des principes généraux, à l'échelle du système où il opère, dans le cadre de son pouvoir juridictionnel et/ou jurisprudentiel, dont on se bornera à rappeler le caractère normatif (sous réserve bien entendu que sa compétence soit reconnue) (138).

(137) Sur les modifications susceptibles d'être introduites par le Traité d'Amsterdam, V. F. Sudre, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme*, JCP 1998.I.100, p. 9.

(138) Les controverses quant à la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes, s'agissant des principes énoncés par l'article F § 1 du traité d'Amsterdam, ne paraissent pas faire obstacle, à elles seules, à leur utilisation opérationnelle sous forme de « principes généraux » du droit communautaire jurisprudentiel, que les juridictions nationales seraient ensuite chargées de mettre en œuvre (sur les évolutions probables du système, V. H. Labayle, *Droits fondamentaux et droit européen*, in *Les droits fondamentaux*, AJDA 1998, n° spéc., p. 75 et s.).

Mais les rapports entre droits nationaux d'une part et droit communautaire ou droit européen des droits de l'homme, d'autre part, obligent à introduire quelques nuances dans les jeux de rôle respectifs des différents protagonistes et, à ce seul titre, les incidences des nouveaux mécanismes devront être analysées avec attention.

En ce qui concerne les « principes directeurs » des politiques publiques contemporaines, on a observé parfois qu'ils faisaient la part belle au juge chargé d'en surveiller la mise en œuvre (139) et qui dispose pour ce faire d'instruments de mesure adéquats (technique du bilan coût-avantages, de la « pesée » des intérêts ou des valeurs en présence (140), etc.). Mais, s'il est exact que la variété des combinatoires possibles lui confère une responsabilité particulière dans ce domaine en amplifiant la marge de manœuvre dont il dispose, n'y a-t-il pas lieu de tenter de différencier, quant à leur nature et leur portée, les pouvoirs dont il avait acquis naguère la maîtrise et ceux qu'il exerce à l'époque contemporaine ?

Au surplus, le juge n'est plus titulaire d'un monopole pour le règlement des litiges juridiques. De nouvelles formes de régulation des conflits « prolifèrent en tous lieux » (141), selon des processus incertains. Conciliation, arbitrage, transaction, médiation, régulation par des autorités administratives indépendantes évitent sans doute (au moins partiellement) le classique recours au juge mais ne sont pas exempts d'effets paradoxaux sinon pervers. Si leur souplesse est appréciée, leur efficacité est parfois mise en doute ; la sécurité juridique n'y trouverait pas nécessairement son compte, et la question de la légitimité des nouvelles procédures, au regard notamment de certains principes fondamentaux du droit procédural, commence à être évoquée de divers côtés (142).

Il semble que si le juge reste investi, dans l'approche post-moderne ou néo-moderne du

(139) Ch. A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 122 et s.

(140) *Ibid.*, p. 123 ; V. aussi Ch. A. Morand, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1996, p. 57 et s.

(141) M. Delmas-Marty, *Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 209 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1987.

(142) V. les développements consacrés à ces thèmes in *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 207 et s. ; V. aussi *La crise du juge* (sous la direction de J. Lenoble), Bruylants, LGDJ, 1996.

droit, d'un pouvoir normatif, il n'est plus en mesure de l'exercer de la même manière. Certains des principes, qui constituaient initialement des principes généraux du droit jurisprudentiel, ont été transcrits dans des textes de valeur supérieure : des lois (il en est ainsi pour nombre de principes directeurs des politiques publiques nationales), des textes constitutionnels (p. ex. pour les principes liés à la protection des droits de l'homme) ou des traités internationaux (p. ex., outre les droits fondamentaux, les « principes communs » énoncés à l'intention des États de l'Union européenne par le Traité d'Amsterdam).

Le rôle du juge se déplace alors du côté de la mise en œuvre de tels principes, mais il est moins directement associé à leur élaboration. Quant aux autres instances de règlement des conflits, leur autorité en tant que pouvoir créateur de normes authentiques est parfois suspectée.

Certes, dans un droit qui évolue au rythme des sociétés contemporaines, les catégories ne sont pas nettement tranchées. Les partisans d'une conception post-moderne du droit s'interrogent sur l'interprétation qui est la plus plausible : le droit post-moderne est-il vraiment conçu comme une « anti-modernité » ? Ne serait-il pas plutôt une radicalisation de la modernité, une « hyper-modernité » (143) ? Les mêmes questions sont posées par les tenants du « néo-modernisme » juridique (144), lorsqu'ils contestent l'authenticité de la rupture épistémologique revendiquée par les « post-modernes ». Les frontières, sur ces terrains mouvants, ne sont qu'ébauchées et les arguments souvent réversibles. D'autres tentent de combiner les analyses (145). D'autres encore estiment que la structure des normes juridiques a beaucoup mieux résisté à l'épreuve de la post-modernité que ne le prétendent les chantres de cette dernière : les

mutations du droit observées à cet égard resteraient analysables à l'intérieur des catégories conceptuelles du droit moderne et notamment celles de la théorie positiviste kelsénienne. En particulier, l'État continuerait de maîtriser parfaitement la juridicité des normes et, fût-ce fictionnellement, d'habiliter les autorités qu'il sélectionne à dire le droit en son nom et à le sanctionner comme tel (146) ; il n'a pas (ou pas encore) de concurrent sérieux sur ce terrain.

La légitimité des principes généraux du droit serait-elle menacée ? Il est difficile de l'affirmer au regard des controverses qui opposent les théoriciens du droit contemporain. Il semble bien que leurs fonctions essentielles n'aient pas été substantiellement modifiées. En revanche, il arrive de plus en plus souvent qu'ils soient invoqués à une autre échelle que l'échelle étatique, celle des ensembles organisés d'États, où ils perdent sans doute de leur substantialité normative, sauf à être éventuellement repris et fortifiés par la jurisprudence autorisée des Cours – ou bien qu'ils soient utilisés dans le contexte des politiques publiques nationales où, devenus principes « directeurs », leur vigueur en tant que normes se trouve affaiblie afin de tenir compte des intérêts divers en présence ou de la concurrence ouverte des modes non-juridictionnels de règlement des litiges (147). Ce n'est pas suffisant pour leur dénier toute validité. Mais il faudra surveiller désormais de plus près les arguments qui se glissent subrepticement dans la stratégie des acteurs et les conflits qui s'ébauchent entre les sources du droit, auxquelles s'abreuvent éventuellement les mêmes principes. C'est par là, on l'imagine, que leur légitimité peut se trouver sensiblement affectée dans le droit de demain.

Franck MODERNE

(143) J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ?*, op. cit., p. 30 et s.

(144) Ch. A. Morand, op. cit., p. 209 et s.

(145) P. ex., P. Maisani et F. Weiner, *Réflexions autour de la conception post-moderne du droit*, Droit et Société, 1994, n° 27, p. 443 et s. : « Après tout, il semble que l'émiettement du droit, sa délocalisation et sa pluralisation s'accompagnent d'un mouvement de radicalisation de la norme juridique qui continue de relever du paradigme moderne » (p. 460) ; V. aussi, pour une approche plus générale de la post-modernité comme prolongement, ou parachèvement, de la modernité, A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Oxford, Polity Press, 1990.

(146) D. de Béchillon, *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité*, in *Les figures de*

la norme et de l'institution : entre État et société civile, L'Harmattan, Paris, 1999 (à paraître).

(147) La remarque est parfois faite à propos du principe de précaution, qui apparaît de plus en plus souvent dans les analyses, en liaison avec les craintes que font naître les modes de nutrition animale ou humaine dans les filières de l'agro-alimentaire ou les expériences de manipulations génétiques (V. L. Boy, *La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation*, Petites affiches, 1997, n° 4, p. 6 et s. ; O. Godard, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, éd. Maison des sciences de l'homme, Paris, 1997 ; L. Lanoy, *Réflexions sur la place et la portée des principes généraux du droit de l'environnement*, Bull. droit de l'environnement, 1996, n° 2, p. 6 et s.).