



HAL
open science

Lecture normativiste des principes généraux du droit, ou de la dissimulation des choix politiques des juges par des arguments juridiques

Sacha Sydoryk

► **To cite this version:**

Sacha Sydoryk. Lecture normativiste des principes généraux du droit, ou de la dissimulation des choix politiques des juges par des arguments juridiques. Cahiers de l'IRDEIC, 2017, 8, pp.41-66. hal-04168975

HAL Id: hal-04168975

<https://hal.science/hal-04168975>

Submitted on 23 Jul 2023

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

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

LECTURE NORMATIVISTE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT, OU DE LA DISSIMULATION DES
CHOIX POLITIQUES DES JUGES PAR DES ARGUMENTS JURIDIQUES*

Sacha SYDORYK,
Doctorant en droit public
Université Toulouse 1 Capitole
Institut Maurice Hauriou

Les PGD objets d'une réflexion critique. Les principes généraux du droit (PGD) font désormais partie intégrante du paysage juridique. Acceptés par la doctrine, utilisés par le juge, ils semblent inscrits entièrement dans l'ordre juridique, et y prendre place pleinement en tant que normes. Cependant, cette lecture se voit contrastée selon la position théorique adoptée. Si l'on adopte une lecture que l'on peut qualifier de « normativiste », position qui sera explicitée, les PGD s'analysent alors comme des artifices de langage extra-juridiques. Loin d'être des normes juridiques, il s'agit en réalité de normes morales que le juge substitue aux normes juridiques dans la résolution des conflits qui lui sont soumis.

Une lecture normativiste. Avant toute chose, il convient de définir ce que l'on entend – non sans une certaine provocation, il convient de l'admettre – par « lecture normativiste ». Il ne s'agira ici que d'exposer brièvement les points de cette approche qui sont nécessaires à la compréhension de l'analyse subséquente. Ajoutons qu'il n'existe pas *un* normativisme, et que tous les auteurs n'en ont pas nécessairement la même exacte acception. Il ne s'agit alors ici que de présenter *une* approche particulière du normativisme.

Le « normativisme » est un courant de la théorie du droit positiviste fondé par Kelsen qu'il appelait lui-même « théorie pure du droit¹ ». Cette théorie propose une définition du droit, et une méthode pour étudier le droit ainsi défini. Il s'agit de considérer le droit comme un ordre normatif globalement efficace et sanctionné, la norme étant la signification d'un énoncé déontiquement modalisé, c'est-à-dire qui oblige, permet ou habilite².

* Le texte qui suit est une version légèrement remaniée du texte d'une communication orale prononcée lors des premiers Ateliers doctoraux de l'École européenne de droit. La version publiée se retrouve dans les *Cahiers de l'IRDEIC*, « Ateliers de l'École européenne de droit : Les principes généraux du droit », 2017, n° 8, pp. 41-66.

1 Kelsen, H., *Théorie pure du droit* (traduit de l'allemand par Charles Eisenmann), Bruylant, LGDJ, 1999, 2^e éd., 367 pages.

2 Pour de plus amples développements, Kelsen, *op. cit.*, Pfersmann, O., « Pour une typologie modale des classes de validité normative », in Petit, J.-L. (dir.), « La querelle des normes – Hommage à Georg Henrik Von Wright », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 27, 1995, p. 69-113 ou encore Magnon, X., *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, 167 pages.

L'ordre normatif est un ensemble de normes qui prévoit les conditions de sa propre création. Une norme n'appartient à l'ordre, et n'est donc juridique, que si une autre norme précise les modalités de sa création ou de son rattachement à l'ordre normatif. Ainsi le texte voté dans les mêmes termes par l'Assemblée nationale et le Sénat n'est une « loi » et donc un texte juridique que parce que la Constitution prévoit cette procédure.

Tant la définition de la norme que celle de l'ordre juridique sont fondées sur un présupposé lié au langage, qui est l'existence d'une série de sens objectifs des énoncés avant leur interprétation, quelle que soit par ailleurs la façon dont ils sont interprétés. Ainsi, si l'on s'intéresse à un énoncé normatif particulier, il s'agit de dire qu'indépendamment de son interprétation et avant même celle-ci, cet énoncé a une signification finie et délimitée. Cette signification n'est pas unique, il s'agit d'un ensemble de sens, mais cet ensemble de sens est limité, et l'interprète, même « authentique » peut se tromper en interprétant. « *L'interprétation est vraie ou fausse. Vraie si l'éventail des significations est correctement établi, fausse dans le cas contraire*³ ». Cependant « *il n'y aucun moyen intra-juridique permettant de réduire le nombre de choix admissibles ou encore de trouver la "seule bonne réponse"*⁴ ».

Ce présupposé est, au moins en partie, une clef d'explication de la différence entre le normativisme et les réalismes⁵. En effet, les réalismes refusant l'existence d'une signification préexistante à toute interprétation, ils considèrent le droit comme ne se trouvant que dans son application par le juge ou même par les individus. La conception du droit alors développée est différente, opposée à la conception normativiste, puisque seule l'application factuelle de l'objet que les normativistes appellent « droit » est considérée par les réalistes comme étant le « droit ». Là où réalismes et normativisme se rejoignent, c'est dans l'épistémologie nécessaire à l'étude de ces deux objets « droit », les deux courants préconisant un discours uniquement descriptif de leur objet, bien que cet objet pareillement dénommé ne recouvre en fait pas un même phénomène.

Ces définitions *a minima* posées, il convient ensuite de proposer une définition claire et objective de la notion de PGD, afin d'en livrer une analyse à l'aide de la théorie normativiste.

Définir les PGD. Il existe plusieurs façons possibles d'appréhender l'expression « principes généraux du droit » et de la définir. Il serait possible de partir d'un nominalisme, et de considérer

3 « *Interpretation is true or false. True if the range of meaning is correctly established, false otherwise* », Pfersmann, O., « Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective », *European Constitutional Law Review*, 2010, n° 6, p. 245 (nous traduisons).

4 Pfersmann, O., « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître - L'interprétation de la Constitution », in Mélin-Soucramanien, F., (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 52.

5 S'il est certain qu'il existe au moins trois courants dit réalistes (le réalisme français de Michel Troper, le réalisme américain et le réalisme scandinave) on pourrait de même distinguer plusieurs normativismes. Ce présupposé relatif au langage semble cependant unir tous les normativismes et les réalismes.

que tout ce que les systèmes juridiques⁶ appellent « principes généraux du droit » entre dans une même catégorie conceptuelle. Il suffirait alors de regarder dans les différents systèmes, et de dénombrer ce que la jurisprudence ou les énoncés normatifs qualifient de « PGD », pour ensuite analyser ces principes. Cette démarche semble cependant critiquable. En effet il n'est pas certain que tous les objets dénommés « PGD » obéissent au même régime. De plus il est très possible que certains objets dénommés autrement correspondent totalement à la définition habituelle des « PGD ». Une telle approche repose d'ailleurs sur une confusion des niveaux de langage, entre d'une part le langage objet qui correspond aux énoncés normatifs ou au langage du juge, et d'autre part le méta-langage descriptif du droit. Confondre ces deux niveaux de langage abouti alors, sur le plan théorique, à s'enfermer dans le langage du juge ou du système juridique sans pouvoir prendre la hauteur suffisante pour une analyse indépendante⁷.

Si le droit positif utilise plus ou moins directement le terme de « principes généraux du droit » il n'en donne aucune définition stricte. La doctrine a donc conceptualisé, pour fournir une définition de ces principes. Afin d'analyser la notion de PGD sous l'angle choisi, on observera les définitions proposées, pour en construire une reprenant les traits principaux de ces définitions mais en les systématisant et en fournissant des critères stricts et objectifs d'identifications.

Pour arriver à cette définition des PGD, posons d'emblée une hypothèse de travail qui nous guidera : les éléments appelés « principes généraux du droit » dans le droit administratif français et dans le droit de l'Union européenne serviront de base à la réflexion et à la construction de la catégorie. Ces deux catégories doivent alors *nécessairement* se classer dans la définition des PGD que l'on donnera ici.

À cette fin, on relèvera d'abord les grandes définitions données dans ces deux branches disciplinaires de l'étude du droit (définition lexicale). On reconstruira ensuite à partir de ces approches une définition explicative⁸, c'est-à-dire une définition stipulative cherchant à intégrer les grands traits des définitions lexicales en usage, que l'on appliquera aux phénomènes juridiques proches mais non habituellement appelés PGD, ce qui révélera que certaines catégories partagent des traits similaires aux PGD bien que la doctrine ne les désigne pas ainsi et les sépare sans raison objective et seulement parce que les juges eux-mêmes n'emploient pas l'expression de PGD.

6 On utilisera sans distinction l'expression « ordre juridique » et l'expression « système juridique ».

7 Sur les niveaux de langage, voir par exemple Boudot, M., « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta - ... - juridiques », RIEJ, 2007, n° 2, vol. 59, p. 35.

8 L'usage de ces termes est emprunté à Scarpelli, U., *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruylant – LGDJ, 1996, p. 5 et s.

Définir les PGD : l'approche lexicale. L'approche lexicale de la notion de PGD démarre par un constat. Les juridictions utilisent, dans leurs motivations, des « règles » qu'elles appellent « principes généraux du droit ». Cependant la nature de ces règles ou leurs caractéristiques ne sont pas précisées. C'est alors la doctrine qui a tenté de les systématiser.

On peut d'abord se tourner vers une lecture de la doctrine de droit administratif. Il ne s'agit pas ici de faire œuvre exhaustive, mais simplement de partir de quelques écrits de référence pour voir comment les PGD sont appréhendés. D'abord, presque tous les auteurs se placent au niveau du discours du juge, et considèrent que tout ce qu'il appelle « PGD » appartient à la catégorie des PGD. Certains auteurs ne donnent pas de définition stricte, mentionnant simplement que ces principes ont « *différentes appellations dans la jurisprudence*⁹ », qu'elle parle par ailleurs de principes ou de principes généraux. Pour d'autres, les PGD sont des « *principes non écrits, non expressément formulés dans des textes mais qui, dégagés par le juge et consacrés par lui, s'imposent à l'administration*¹⁰ », ou encore des « *règles élaborées par le juge administratif, et dont le respect s'impose à l'administration, même dans le silence des textes*¹¹ ». Pour d'autres encore, « *par principes généraux du droit, il y a lieu d'entendre des principes qui ne figurent pas nécessairement dans des textes, mais que la jurisprudence administrative reconnaît comme devant être respectés par les autorités administratives, leur violation constituant une illégalité*¹² ». Pour la doctrine, il s'agit donc d'une règle juridique, dégagée explicitement par le juge administratif en dehors des énoncés textuels. Puisque c'est une règle de droit, elle est opposable à l'administration, qui doit s'y plier.

De façon assez étonnante, les thèses consacrées aux PGD administratifs ne proposent pas de définition claire afin d'identifier ces principes. Elles se contentent de considérer implicitement que la catégorie des PGD renferme tout ce que le juge désigne ainsi, ce qui est encore une forme de nominalisme¹³, et ne se détache pas du langage utilisé par le juge.

Conformément à la méthode choisie, ce sont ensuite les PGD du droit de l'Union européenne qu'il convient de délimiter. Disons rapidement qu'il s'agit de « *règles non écrites que le juge est réputé appliquer et non créer* », bien que cette constatation soit « *largement créative*¹⁴ », ou de « *règles de droit non écrites auxquelles le juge reconnaît une valeur qui les rend applicables même sans texte*¹⁵ ». L'idée qui

9 Chapus, R., *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, 15^e éd., t. 1, p. 94.

10 Morand-Deville, J., *Droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 266.

11 Waline, J., *Droit administratif*, Dalloz, 2014, pp. 318-319.

12 Genevois, B., « Principes généraux du droit », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2010, § 35.

13 Échappé, O. A., *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel*, Paris, 1980, thèse dactylographiée, 285 pages ; Jeanneau, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, 287 pages ; Maillot, J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : continuité et modernité*, Dalloz, 2003, 766 pages.

14 Isaac, G., Blanquet, M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 2012, 10^e éd., p. 353.

15 Blumann, C., Dubouis, L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2010, 4^e éd., p. 591.

s'en dégage est globalement la même qu'en droit administratif français : ces PGD sont des principes ayant valeur normative, dégagés par un juge hors des textes normatifs.

Définir les PGD : l'approche explicative. Il semble que de ces quelques approches – qui ne servent qu'à illustrer une conception plus globale et ne sont en rien exhaustives – l'on puisse dégager une définition plus stricte, permettant de reconnaître et d'identifier les PGD quelle que soit leur dénomination par les acteurs du droit. Cette définition conceptuelle n'est en rien absolue. Il ne s'agit pas d'affirmer que l'expression « PGD » signifie seulement et uniquement la définition qui va être construite ; la définition proposée n'est qu'une hypothèse de travail, une façon rationalisée d'identifier clairement un concept. En cela elle n'est ni vraie ni fausse, seulement pertinente ou inutile pour saisir de façon cohérente sur le plan cognitif une série de phénomènes issue du langage du juge.

Les PGD sont des règles qui ne sont pas issues de textes normatifs, et que le juge utilise explicitement pour résoudre des litiges. Ces principes peuvent déjà exister dans la jurisprudence antérieure ou dans l'orientation philosophique générale du système juridique considéré, mais ils ne peuvent en aucun cas être listés explicitement par des énoncés normatifs. Ces derniers peuvent prévoir leur existence, mais dès lors qu'ils en énumèrent la liste ces principes ne sont plus posés par le juge mais par les textes. Les PGD ne peuvent dès lors pas résulter matériellement de l'interprétation des énoncés normatifs en vigueur dans le système juridique considéré, et que le juge pouvait utiliser pour résoudre le litige¹⁶. Ce critère exclut par exemple le principe de primauté des PGD du droit de l'Union, puisqu'il résulte d'une interprétation systémique des traités.

Ces principes sont ensuite explicitement mentionnés par le juge. Même si ce dernier n'utilise pas l'expression de « principes généraux du droit », lorsqu'il énonce une règle générale non issue de l'interprétation des énoncés normatifs du système, alors il s'agit d'un PGD. L'explicitation semble également être un critère nécessaire d'identification, il est sinon délicat, voire impossible, d'identifier clairement la règle¹⁷.

La question se pose maintenant de la valeur juridique de ces PGD. Elle dépend nécessairement de la définition du droit retenue. D'un point de vue réaliste, il est évident que de tels principes sont des normes juridiques. Une théorie normativiste se montrera plus réservée. Puisque la création d'une norme juridique ne peut résulter que de l'habilitation par une autre norme du

16 Si un juge constitutionnel utilise pour invalider une loi un principe inscrit dans un texte réglementaire, bien que ce principe soit prévu dans l'ordre juridique il ne s'imposait pas à la loi ; ce principe pourrait donc être considéré comme un PGD.

17 Il convient d'admettre que ce critère, s'il se veut le plus objectif possible, conserve tout de même une part de subjectivité quant à l'évaluation du caractère explicite ou non de la règle posée.

système, alors les PGD ne peuvent apparaître comme normes juridiques que si, et seulement si, l'ordre juridique habilite le juge à poser des règles générales. Or, il semble que dans aucun système juridique une telle habilitation n'existe sans limitation. Les PGD ne peuvent donc pas être, par définition, des normes juridiques.

Les PGD sont alors des normes extra-juridiques, utilisées explicitement par une juridiction pour motiver ses décisions. Il est possible que cette norme extra-juridique se retrouve également dans le système juridique, mais ce qui importe est que le principe est utilisé sans interprétation explicite d'un énoncé normatif¹⁸. Cette norme ne peut pas non plus être issue de la coutume si le système juridique considéré permet ce mode de formation du droit. Le PGD doit également être explicitement formulé, que la dénomination « PGD » soit ou non utilisée. Ces principes ne sont alors qu'un phénomène de motivation des décisions de justice, un artifice de langage utilisé par le juge pour *justifier* ou *légitimer* une décision.

Les PGD dans les jurisprudences des cours et tribunaux : les PGD classiques. Ainsi définie, cette catégorie recoupe sinon la totalité, au moins la grande majorité des PGD dégagés par le Conseil d'État¹⁹ et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Elle semble également inclure les PGD au sens du droit international.

L'on ne reprendra le détail de ces jurisprudences respectives, ce n'est pas l'objet de la présente contribution et d'autres l'ont déjà parfaitement fait²⁰. Il s'agit simplement de constater que la définition construite permet l'identification des principes traditionnellement appelés « PGD », ce

18 C'est ce qui s'est passé avec le principe d'égalité dans les décisions du Conseil d'État. La Constitution de 1958 permettait en effet, à travers le préambule, d'invoquer une version écrite de ce principe, mais le Conseil continue de l'utiliser en arguant d'un PGD.

19 Voir par exemple *infra*, à propos de l'arrêt du Conseil d'État 2^e et 7^e sous-sections réunies, 18 décembre 2013, pourvoi n° 366369.

20 Pour une étude du phénomène des principes généraux du droit, voir de façon chronologique et non exhaustive Boulanger, J. « Principes généraux du droit et droit positif », in *Études Ripert : le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Tome I, 1950, p. 51 ; Jeanneau, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, 287 pages ; Morange, G., « Les principes généraux du droit sous la Ve République », *RDP*, 1960, p. 1188 ; Chapus, R., « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », *D*, 1966, chronique 99, réédité dans *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 105 et s. ; Pellet, A., *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international public*, Paris, 1974, thèse, 504 ff. ; Mescheriakoff, A.-S., « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA*, 1976, p. 596 ; Morange, G., « Une catégorie juridique ambiguë : les PGD », *RDP*, 1977, p. 31 ; Échappé, O. A., *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel*, Paris, 1980, thèse dactylographiée, 285 pages ; Oppetit, B. « Les principes généraux de la jurisprudence de cassation », *JCP, éd. E, Cahier droit de l'entreprise*, n° 5, 1989 ; Simon, D., « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n° 14, p. 73 ; Morvan, P., *Le principe de droit privé*, LGDJ, 1999, 788 pages ; Holdarbach-Martin, V., *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, Nice, 2001, thèse dactylographiée, 835 pages ; Maillot, J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : continuité et modernité*, Dalloz, 2003, 766 pages ; Genevois, B., « Principes généraux du droit », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2010 ; Picod, F., « Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit », *RDLF*, 2015, chron. n° 2 ([en ligne] www.revuedlf.com consulté le 27/07/2016).

qui assure *a minima* que la notion construite n'est pas trop écartée de l'emploi traditionnel de l'expression « PGD ».

Le plus intéressant est cependant de voir ce qu'implique cette définition par rapport aux éléments proches mais habituellement exclus de la catégorie des PGD.

Les PGD dans les jurisprudences des cours et tribunaux : les PGD innomés. Une partie des règles jurisprudentielles du Conseil d'État et du Tribunal des conflits semblent d'abord pouvoir être qualifiées de PGD. Ainsi lorsque dans l'arrêt *Blanco* le Tribunal argue « *que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil* » il semble qu'il fasse usage d'un PGD au sens ou nous l'avons défini. Il en va de même du principe du recours créé par le Conseil en 2007 dans la décision *Société Tropic Travaux Signalisation*.

Si cet élément peut paraître à première vue étonnant, il résulte cependant nécessairement d'une définition conceptuelle et non nominaliste des PGD, qui ne s'arrête pas à la simple dénomination utilisée par le juge.

La Cour de cassation, dans sa jurisprudence, présente également des PGD. Certes, cette appellation leur a été refusée en doctrine²¹, car ces principes ne sont pas ainsi désignés par la Cour, et qu'ils ne sont pas « généraux ». Il ne s'agit cependant que d'une différence de dénomination. La véritable question est de savoir si la Cour de cassation utilise explicitement des normes extra-juridique au sein de la motivation de ses décisions. La réponse, indéniablement, est positive ; on peut donc dire que la Cour de cassation utilise elle aussi des PGD, d'une façon certes différente du Conseil d'État. En effet, si la Cour a commencé à utiliser des PGD dans des attendus, elle semble désormais n'utiliser ces principes qu'à travers ses visas, là où le Conseil d'État le fait encore dans ses considérants. La Cour de cassation n'en utilise pas moins des PGD, qu'elle ne nome pas ainsi. Elle utilise par exemple le principe « que nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude », ou le principe « *De in rem verso* ».

On trouve ensuite, parmi les PGD non nommés, les principes à valeur constitutionnelle (PVC) et les objectifs à valeur constitutionnelle (OVC) utilisés par le Conseil constitutionnel, tous deux traditionnellement classés dans le « bloc de constitutionnalité ». La catégorie des OVC ne pose pas de problème par rapport à sa qualification de PGD. Les objectifs ainsi utilisés par le Conseil sont des règles qui ne reposent sur aucun texte constitutionnel. Il semble cependant qu'au sein de ce que le Conseil appelle PVC il faille établir une distinction entre les principes basés sur

21 Morvan, P., *Le principe de droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 97 et s.

l'interprétation des dispositions de la Constitution et du préambule, et « autonomisés » sous l'appellation PVC d'une part, et ceux qui ne sont pas tirés directement et explicitement des énoncés constitutionnels d'autre part. Les premiers ne sont pas des PGD, alors que les seconds semblent devoir être qualifiés de PGD. Par exemple, parmi les PVC, le respect de la dignité de la personne humaine²² est directement tiré du premier alinéa du préambule de la Constitution de 1946, il ne s'agit donc pas d'un PGD. À l'inverse le PVC « de la continuité des services publics²³ » n'est basé sur l'interprétation d'aucun texte, il entre alors dans la catégorie des PGD.

Reste enfin une autre catégorie de principes pouvant entrer dans la catégorie des PGD, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR). Ces principes se distinguent de ceux jusqu'ici envisagés dans les principes innomés pour deux raisons. D'abord ils sont expressément prévus par un texte normatif, ici le préambule de la Constitution de 1946. Ensuite, leur inclusion dans le concept de PGD dépend de l'interprétation de ce texte. En effet, et en schématisant pour les besoins de la réflexion, une alternative se pose quant à l'interprétation du texte prévoyant ces principes.

Soit, première hypothèse, le préambule peut s'interpréter comme déterminant objectivement un nombre arrêté de PFRLR. Dans ce cas, lorsque le Conseil constitutionnel en utilise un, il peut se tromper ou être dans le juste quant à la nature du principe invoqué, mais le principe est objectivement prévu par un texte et si le Conseil ne se trompe pas alors il s'agit d'un principe expressément et explicitement prévu par un énoncé normatif, et les PFRLR ne sont alors pas des PGD.

Soit, seconde hypothèse, le préambule ne peut pas s'interpréter comme ne délimitant pas objectivement les PFRLR. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel se retrouve dans la même situation que la CJUE *post* traité de Maastricht pour les PGD du droit de l'Union, il est habilité à utiliser des principes dont la liste n'est pas arrêtée et pas objectivement délimitable. Il s'agit alors de PGD au sens ou nous l'avons défini, puisque les principes sont extra-juridiques.

Notons, pour compliquer un peu les choses, que ces deux interprétations ne sont pas *prima facie* incompatibles. Il est en effet possible que l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1946 soit conjointement porteur de ces deux sens. C'est alors l'organe de concrétisation qui *choisit* un des sens au moment de la concrétisation, ce qui ne facilite pas la classification. Il semble, cependant, que le Conseil constitutionnel penche pour la deuxième hypothèse lorsqu'il interprète

22 Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* dite *loi bioéthique*.

23 Décision n° 93-337 DC du 27 janvier 1994, *Loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature*, cons. 20.

cette disposition. En effet, il pose des critères d'identification des PFRLR, critères qui ne semblent pas déduits directement du préambule. En cela les PFRLR entreraient dans la catégorie des PGD²⁴.

PGD et normativisme. Puisque par définition on refuse le caractère de normes juridiques aux PGD, la question est alors de savoir ce que peut être une analyse normativiste des PGD, du point de vue du droit positif et de l'ordre juridique. La réponse est simple, un tel principe est en lui-même extra-juridique. L'utilisation des PGD par un juge revient pour ce juge à écarter le système normatif en vigueur en lui substituant une norme non juridique afin de trancher un litige, substitution qui peut, par ailleurs, être licite. Il ne s'agit alors que d'une technique argumentative de motivation, visant à rendre *légitime* et *acceptable* une décision en renvoyant à des valeurs philosophiques, morales ou politiques directement acceptées par l'auditoire plutôt qu'en utilisant l'interprétation des énoncés normatifs en vigueur.

Les PGD sont donc des normes « morales » utilisées par le juge pour résoudre des litiges (I). Par leur explicitation, le juge s'emploie donc à une technique argumentative visant à *justifier* sa décision (II). Ces principes ne sont cependant pas dénoués d'intérêts à une analyse strictement normativiste du droit, tant dans une approche épistémologique que dans une approche pratique de prédiction des possibles décisions futures, ou du moins d'analyse des politiques jurisprudentielles des juridictions (III).

I. Les PGD : des normes morales substituées aux normes juridiques.

Les PGD sont des normes extra-juridiques qui appartiennent à un système normatif moral. Les PGD ne sont pas, par définition, des normes juridiques. En effet leur création n'est permise par aucune norme juridique des systèmes. Ce sont cependant des normes, en ce qu'ils obligent, interdisent, permettent ou habilitent, mais ces normes sont extérieures au système juridique. Elles ne peuvent alors être que, dans un sens large, morales.

Si l'on admet le relativisme des valeurs, alors il n'existe pas un système moral, mais plusieurs systèmes normatifs non juridiques qui sont des systèmes moraux. En cela, il semble que toute norme extra-juridique soit une norme morale, puisqu'il existe une infinité de systèmes moraux

24 À l'exception du principe de la liberté d'enseignement. En effet, ce principe était qualifié de PFRLR à l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, et c'est lui qui était expressément visé au moment de l'entrée de l'expression « PFRLF » dans le préambule de la Constitution de 1946. Ce PFRLR ne peut donc jamais être considéré comme un PGD.

possibles. Cela ne signifie pas que les normes morales ne peuvent absolument pas se retrouver dans un système juridique, mais seulement qu'une norme extérieure à un système juridique donné se retrouve nécessairement dans l'un des systèmes moraux possibles.

Les normes morales que sont les PGD peuvent d'abord être totalement extérieures au système juridique. Par exemple, lorsque dans l'arrêt de 2004 *Oméga* la CJCE utilise le PGD du respect de la dignité humaine, elle invoque une norme qui n'est pas prévue dans l'ordre juridique communautaire. En effet, puisqu'en 2004 la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) n'était encore qu'une déclaration sans valeur juridique, aucune norme de l'ordre communautaire n'obligeait au respect de la dignité humaine. Cette norme était extra-juridique, donc morale.

Ces normes peuvent également être présentes dans le système juridique à un autre niveau de la hiérarchie des normes que celui où le juge se place. Ce serait le cas d'un juge constitutionnel qui userait d'une norme formellement infra constitutionnelle afin de déclarer une loi contraire à la Constitution. On aurait alors, dans un tel PGD, une norme qui appartient bien au système juridique dans son ensemble, mais qui n'est pas en position de rendre la loi non conforme à la Constitution. On est bien en présence d'une norme extra-juridique, puisque que bien que présente dans le système global elle n'est pas présente *au niveau de la hiérarchie considéré*.

Enfin, ces normes morales peuvent même correspondre à des normes juridiques au niveau duquel le juge se place (ou du moins à un niveau que le juge peut utiliser), mais que ce dernier ne cite pas comme telles. C'est notamment le cas du principe d'égalité tel qu'utilisé par le Conseil d'État. Ce principe d'égalité se retrouve depuis 1958 dans le texte même de la Constitution, et ce avant même que le Conseil constitutionnel ne rende la décision *Liberté d'association*. L'article 2 originel de la Constitution, maintenant article premier, mentionne en effet « *l'égalité devant la loi* ». Cependant, même après l'entrée en vigueur de cet article le Conseil d'État a continué à se référer au « principe d'égalité » sans se rattacher à une interprétation de la Constitution, chose qu'il pouvait juridiquement faire. On a donc ici un PGD, c'est-à-dire l'utilisation d'une norme extra-juridique, mais que l'ordre juridique contenait également. Le fait que le juge ne motive pas ce principe comme émanant des énoncés semble cependant indiquer qu'il utilise la norme morale plutôt que la norme juridique, ce qui factuellement revient exactement au même en termes de résultat.

Les PGD, des normes morales substituées aux normes juridiques. Ces normes morales sont substituées aux normes juridiques par le juge au moment de sa concrétisation de l'ordre juridique. On voit en effet qu'au lieu d'appliquer une norme juridique présente dans le

système, le juge invoque un PGD afin d'utiliser une autre norme, extérieure au système. Il y a donc substitution d'une norme pour l'autre : le juge exclut une norme juridique au profit d'une norme morale. La possibilité et les conséquences de cette substitution seront analysées après. Il est cependant important de souligner l'existence même de cette substitution au sein de la motivation. Elle peut être explicite, le juge exposant d'abord la règle juridique qu'il écarte, ou implicite, le juge invoquant directement le PGD pour expliquer sa décision.

On pourrait avancer que l'utilisation des PGD permet également au juge de combler des « lacunes » du droit positif, et que dans ce cas-là il ne substitue pas le PGD à une norme juridique puisqu'il n'existe pas de norme juridique applicable. Cependant, dans une conception normativiste du droit, il n'existe pas de lacunes à proprement parler, tout au plus existe-t-il des cas indéterminés. Selon les règles du système, tout ce qui ne sera pas explicitement interdit sera permis, ou à l'inverse tout ce qui ne sera pas explicitement permis sera interdit. Toutefois le droit positif permet nécessairement de résoudre une situation donnée, en dernier ressort en habilitant le juge à décider du cas concret. Ainsi, même lorsqu'aucune norme ne règle explicitement une conduite, cette conduite se retrouve réglée implicitement par le silence des textes, soit qu'elle soit obligatoire, soit qu'elle soit interdite. Il y a donc bien substitution de norme, et pas simple ajout.

Par exemple, dans l'arrêt précité *Société Tropic Travaux Signalisation*, le Conseil d'État permet un recours contre un contrat public par un concurrent évincé, là où les énoncés normatifs ne le permettraient pas. Il y a donc bien substitution d'une interdiction de recours par une autorisation de recours, autorisation contraire au droit positif. Si le Conseil n'avait pas « créé » de nouvelle voie de contestation, il n'aurait pu accepter le recours du concurrent évincé. Il s'est donc prononcé et ajoutant une norme contraire à l'ordre juridique. C'est donc bien que l'ordre juridique permettait de résoudre le litige, et donc qu'il n'y avait pas de lacune. En cela, les PGD sont un outil utilisé par le juge pour justifier ses décisions²⁵.

De plus, si les PGD ne sont pas des normes juridiques, il est cependant possible qu'un système juridique prévoit leur existence et leur utilisation. Cela règle la question de la licéité de l'utilisation de ces normes morales.

La licéité de l'utilisation des principes : le cas de l'habilitation textuelle. En réaction à l'utilisation prétorienne des PGD, ou en prévision de leur utilisation, un système juridique donné peut reconnaître l'utilisation de ces principes par le juge. C'est le cas du droit international à travers l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice (CIJ), ou de l'actuel article 6§3 du traité sur

25 Voir *infra* II.

l'Union européenne (TUE). En droit français interne, seuls les PFRLR sont directement reconnus par le préambule de la Constitution de 1946, à compter qu'on les considère comme entrant dans la catégorie des PGD.

Les principes ainsi prévus ne sont cependant pas des normes juridiques contraignantes. En effet, les juges considérés ne sont pas habilités à poser des normes générales, mais seulement à résoudre les litiges qui leur sont soumis. Les énoncés normatifs prévoyant l'existence des PGD permettent cependant aux juges, dans les limites de leurs attributions générales et de la formulation des principes, de substituer une partie de l'ordre juridique à des normes morales. Il s'agit tout simplement d'une autorisation conférée par l'ordre juridique au juge de ne pas utiliser le droit positif, mais des normes morales plus ou moins sous-jacentes pour motiver et rendre ses décisions. Dans de tels cas, il ne s'agit généralement pas d'une habilitation totale, mais limitée à certains domaines, tels que les droits fondamentaux pour le TUE ou les principes déjà reconnus par les droits internes pour la CIJ.

La conséquence de cette prévision par l'ordre juridique est que la décision rendue par la juridiction se basant sur des PGD sera nécessairement conforme à l'ordre juridique, même si elle aboutit à aller à l'encontre du droit « dispositionnel ». Ainsi prévoir dans les textes une telle possibilité revient à habilitier le juge, pour des cas particuliers, à ne pas appliquer les normes juridiques qui devraient l'être pour appliquer d'autres normes, extra-juridiques par définition. Cette substitution peut être limitée, comme c'est le cas dans l'Union européenne ou dans le statut de la CIJ, mais rien n'empêche qu'elle soit absolue, comme c'est le cas à l'article 1 alinéa 2 du Code civil suisse²⁶.

La licéité de l'utilisation des principes : l'absence d'habilitation textuelle. Il se peut néanmoins qu'une juridiction, ou un ordre de juridiction, utilise de tels principes, quelle que soit par ailleurs leur dénomination, sans pour autant que l'ordre juridique ne les y habilite. C'est le cas des PVC et OVC par le Conseil constitutionnel, et des PGD classiques du Conseil d'État.

Certes les PGD du droit administratif bénéficient d'une reconnaissance indirecte dans certains textes. Ainsi l'article 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, modifié par l'article 31 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoit que la juridiction administrative compétente pour les litiges individuels concernant les agents titulaires des assemblées parlementaires « *se prononce au regard des principes généraux du droit* ». De même l'article L. 551-4 du Code rural et de la

²⁶ « À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, *selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* », nous soulignons.

pêche prévoit que « *l'autorité administrative compétente s'assure que les contrôles des organisations de producteurs bénéficiaires d'aides nationales ou communautaires sont effectués dans des conditions garantissant le respect des principes généraux du droit*²⁷ ». Cependant, outre ces rares cas qui entrent alors dans la situation précédemment développée des principes habilités, la plus grande majorité des PGD du droit administratif sont dégagés sans habilitation textuelle.

Dans une telle situation, la juridiction n'a, aux termes du droit positif, aucune possibilité d'effectuer la substitution qu'elle fait pourtant. La décision n'en reste pas moins valide, mais sa conformité à l'ordre juridique doit être recherchée à l'extérieur de la motivation, par rapport aux prescriptions posées par l'ordre juridique.

Les décisions conformes à l'ordre juridique malgré un PGD non habilité. Une décision peut être conforme même si la juridiction a utilisé un PGD, c'est-à-dire n'a pas appliqué l'ordre juridique mais lui a substitué une norme morale, dans deux cas.

Il est d'abord possible que la règle dégagée comme PGD ait en réalité été une norme de l'ordre juridique, que le juge n'avait pas identifiée ou n'avait pas voulu utiliser. C'est le cas dans l'exemple précédemment mentionné de l'utilisation du principe d'égalité en PGD et pas comme interprétation de la Constitution ou de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par le Conseil d'État. C'est également le cas pour le principe général dégagé par le Conseil dans un arrêt du 18 décembre 2013²⁸, reprenant l'avis du 25 septembre 2013 *Mme Sadlon*. De façon résumée, le Conseil dégage un PGD d'obligation de reclassement des fonctionnaires contractuels non titulaires employés en contrat à durée indéterminée, PGD qu'il dit avoir inspiré « *tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés dont l'emploi est supprimé que des règles du statut général de la fonction publique* ». On voit d'abord le Conseil refuser de dire directement qu'il tire un principe du Code du travail, préférant voir dans le Code du travail une inspiration de ce principe qui serait préexistant. Mais surtout, il semble que le Code du travail était en fait applicable à la situation. Son article L. 1211-1 alinéa second prévoit en effet l'application du code aux personnes publiques employant dans des conditions de droit privé sous réserve des dispositions statutaires de même objet²⁹. L'article L. 1233-4 du même code prévoit l'obligation de reclassement des salariés licenciés. Or il semble que cet article était suffisamment large pour pouvoir être interprété comme s'appliquant à la situation visée par le Conseil d'État. Celui-ci motive cependant sa décision en se distançant du droit

27 Nous soulignons.

28 Conseil d'État, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 18 décembre 2013, pourvoi n° 366369.

29 « *[Les dispositions du présent livre] sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel.* »

du travail, préférant arguer d'un PGD. Mais le résultat est identique, la décision du Conseil est donc conforme à l'ordre juridique, puisque le Code du travail permettait de concrétiser l'ordre juridique dans le même sens que le PGD invoqué par le Conseil d'État.

Il est également possible que malgré l'utilisation d'un PGD extérieur à l'ordre juridique, la décision rendue soit quand même conforme à l'ordre juridique. Il peut s'agir du cas d'un PGD posant une règle plus précise que celle incluse dans l'ordre juridique. Il peut également s'agir d'un PGD qui pose une norme extérieure au système mais qui va dans un sens similaire à une norme du système. Dans les deux cas, le PGD utilisé n'entre pas en conflit direct avec une norme de l'ordre juridique, et la solution posée est alors conforme à celui-ci. On peut par exemple imaginer une annulation fondée sur un PGD, qui pouvait également être prononcée sur un autre fondement de l'ordre juridique.

Il en va différemment, cependant, quand le PGD utilisé par une juridiction est *contra legem* et aboutie alors à une décision valide mais non conforme aux prescriptions de l'ordre juridique.

Les décisions non conformes à l'ordre juridique rendues avec un PGD non habilité.

La décision rendue sous couvert d'un PGD utilisé sans habilitation de l'ordre juridique peut aussi aboutir à une décision non conforme à cet ordre. Il s'agit du cas où l'ordre juridique prescrivait un comportement, mais que la juridiction a motivé sa décision sur le fondement d'un PGD prescrivant un comportement différent³⁰. Le cas d'école semble ici être l'arrêt *Dame Lamotte* du 17 février 1950 rendu par le Conseil d'État. Sans retracer les détails – bien connus – de l'arrêt, une loi précisait qu'un acte particulier « *ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire* ». Le Conseil d'État choisit cependant d'accepter le recours, au motif que ladite loi « *n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif* ». La raison était politique, la loi émanant du régime de Vichy. Sur le plan du droit cependant, la décision aboutit à autoriser un recours quand le législateur l'avait expressément exclu, en arguant d'un principe contraire, ici non dénommé explicitement PGD³¹. Si l'on admet que la loi de 1943 ne pouvait en tout état de cause pas signifier qu'un recours était possible, alors la décision du Conseil d'État autorisant ce recours n'est pas conforme à cette norme juridique. En effet, le droit positif ne permettait pas le recours, que le Conseil à pourtant admis en utilisant un PGD.

Dans un tel cas, la décision du Conseil d'État d'admettre le recours contre l'acte est valide, elle existe juridiquement ; elle n'est cependant pas conforme à l'ordre juridique.

30 Évidemment, dans le cas où la juridiction n'est pas habilitée à cette substitution.

31 L'expression « principes généraux du droit » est utilisée, mais sans pour autant désigner un principe en particulier.

Les PGD, inclassables dans une hiérarchie des normes. Puisque les PGD ne sont pas *stricto sensu*, des normes juridiques, que le juge soit par ailleurs habilité ou non à les utiliser, il n'est pas possible de les classer dans une hiérarchie normative. L'idée de hiérarchie des normes est développée par Kelsen dans la deuxième édition de sa *Théorie pure du droit*, reprenant une idée d'Adolf Merkl. Initialement, Kelsen développe l'analogie d'une pyramide à propos de l'aspect dynamique de la création du droit : une norme A est inférieure à une norme B si elle est créée en suivant les procédures prévues par la norme A. L'idée s'est ensuite étendue dans une deuxième acception de hiérarchie de conformité pour résoudre les conflits de normes : une norme A est supérieure à une norme B si elle (ou une autre norme C) prévoit que la norme B doit lui être conforme.

Cependant, dans aucun de ces deux cas les PGD n'entrent dans une quelconque « hiérarchie des normes ». Ils ne sont pas des normes, puisque leur création n'est prévue par aucune norme, et aucune norme ne prévoit qu'ils sont supérieurs ou inférieurs à une autre norme. Même dans les systèmes où le juge est habilité à utiliser dans sa motivation des principes extra-juridiques, il n'est pas habilité à édicter ces normes. Les principes avancés ne servent qu'à justifier la décision, et la rendre conforme à l'ordre juridique.

La volonté de placer les PGD dans une « hiérarchie des normes » vient initialement de la doctrine administrativiste, et à la place infra-législative mais supra-décrétale des principes généraux du droit administratif qui est attribuée à René Chapus³². Cette position est déduite du fait que le Conseil d'État annule des actes administratifs en se basant sur des PGD (supra-décrétale) mais en précisant explicitement que le législateur peut modifier ces principes (infra-législative). Cependant cette idée ne peut être acceptée dans une analyse normativiste, car elle aboutit à admettre que le Conseil d'État peut édicter des normes générales. Il en va de même pour le Conseil constitutionnel, la CIJ ou la CJUE. Ces organes n'édictant pas de normes générales, les PGD qu'ils invoquent ne peuvent se placer dans une quelconque hiérarchie normative. D'autant que puisque certains de ces principes sont déjà *contra legem*, rien n'indique qu'une modification des normes qui leur seraient supérieures modifierait l'attitude des juridictions. Ces développements peuvent être étendus aux autres ordres de juridiction utilisant classiquement des PGD, notamment la CJUE.

Les PGD ne sont donc pas des normes juridiques. Ils apparaissent dans les motivations des décisions de justice, afin de justifier les décisions rendues. En cela, il s'agit d'un phénomène propre à la motivation des décisions de justice, qui peut s'analyser comme une technique argumentative.

³² Chapus, R., « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », *D.*, 1966, chronique 99, réédité dans *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 105 et s.

II. Les PGD : une technique argumentative visant à justifier une décision juridictionnelle.

Les PGD n'existent matériellement que dans la motivation des décisions. Ce ne sont pas des normes juridiques, et ils n'apparaissent dans leur aspect matériel que lorsqu'ils sont invoqués par un juge dans sa motivation. Certes, l'expression peut se retrouver dans les textes, mais il ne s'agit que d'autoriser le juge à substituer un principe extra-juridique à un principe juridique. Le détail des principes, leur explicitation, ne se retrouve que dans les décisions de justice. On peut donc, à ce titre, qualifier les PGD de phénomènes de motivation des décisions. Ils ne sont qu'une technique argumentative, parmi d'autres, utilisée par le juge pour justifier la décision rendue.

La motivation de façon globale n'est cependant elle-même qu'un artifice de langage : elle ne montre pas le processus réel de raisonnement du juge, mais un raisonnement fictif, reconstruit pour justifier la décision. Il s'agit, en toute logique, de montrer que les énoncés normatifs préexistants permettaient de concrétiser l'ordre juridique de la façon dont ce dernier se voit effectivement concrétisé dans la décision. Si le juge concrétise l'ordre juridique par la norme « X est responsable du dommage subi par Y et doit donc lui payer la somme de dix mille euros », la motivation sert à justifier que les énoncés normatifs pouvaient bien s'interpréter pour d'une part dégager la responsabilité de X, et d'autre part l'obliger à verser à Y une certaine somme d'argent.

Ce raisonnement peut être un syllogisme, mais ce n'est pas une nécessité. Le juge pourrait également subsumer les faits, montrer l'ensemble des sens possibles des énoncés normatifs pertinents, et montrer enfin le *choix* opéré parmi les significations possibles pour rendre la décision concrétisant l'ordre juridique. Le syllogisme présente, il est vrai, l'avantage politique de faire croire à l'existence d'une « solution unique³³ ».

La motivation n'étant qu'un artifice de langage pour justifier une décision, et les PGD n'existant matériellement, par définition, que dans la motivation, ils apparaissent eux-mêmes comme des éléments de langage, de la même manière que l'interprétation des énoncés normatifs est un élément de langage lorsqu'elle est présentée dans une motivation. La différence est que l'interprétation des énoncés dans la motivation reprend l'opération intellectuelle d'attribution de sens, au moins partiellement, alors que l'invocation de PGD ne sert que la justification politique de la décision.

33 Boudot, M., *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Aix-Marseille, janvier 1999, Thèse dactylographiée, 394 pages.

L'utilisation des PGD comme justification politique des décisions de justice. Les décisions de justice doivent, pour la plupart, être motivées. C'est une exigence posée par l'ordre juridique, mais ce n'est pas une obligation intrinsèque à l'ordre juridique ou au droit³⁴. Sur le plan politique, cette obligation vise à éviter l'arbitraire du juge, ce dernier devant expliquer ce qui l'amène à se prononcer dans un sens ou dans un autre.

Il arrive cependant que pour justifier sa décision un juge se base non plus sur l'ordre juridique mais sur des PGD. Du point de vue du juge, l'utilisation de ces PGD revient à justifier la décision rendue en la basant sur des valeurs partagées par l'auditoire³⁵, plutôt que sur des normes juridiques qui seraient possiblement contestables. En effet, tant dans le cas des PGD *contra legem* que dans le cas des PGD se trouvant déjà dans des règles juridiques applicables, l'utilisation de PGD vise à justifier la décision rendue, en mobilisant les valeurs partagées par l'auditoire qui lira la décision. Par exemple, dans l'arrêt *Dame Lamotte*, il s'agit pour le Conseil d'État de justifier la non-application d'une législation issue de Vichy. Dans la décision de 2013 précitée relative au droit du travail, il s'agit d'appliquer les mêmes règles que celle du Code du travail sans pour autant dire que le Code est applicable à ces situations, ce qui aurait très probablement été critiqué par la doctrine. De même dans la décision *Oméga* de 2004, la CJCE justifie une dérogation à l'application du droit de l'Union basée sur une valeur partagée par sinon l'ensemble, au moins une grande majorité des destinataires de la décision, et particulièrement l'État posant la question préjudicielle.

Les valeurs véhiculées par les PGD se réfèrent globalement aux droits l'homme, justement dans cette optique d'argumentation cherchant à rallier. C'est là le propre de l'argumentation, il s'agit de convaincre, de persuader, et les droits fondamentaux sont un moyen puissant de convaincre l'auditoire, puisque ce sont des valeurs communément partagées.

Les PGD comme masquant le pouvoir politique du juge. Si l'on considère le cadre politique de la motivation, l'utilisation par le juge des PGD peut permettre de relever un certain pouvoir politique du juge, et sa dissimulation volontaire par ce dernier. Notons que cette analyse n'est pas propre au cas des PGD, mais s'étend de manière générale au syllogisme juridique. Plutôt que d'affirmer un choix politique directement, le juge justifie sa décision en la fondant sur des valeurs (supposément) partagées.

34 D'ailleurs avant le premier janvier 2012 les arrêts de Cour d'assise n'étaient pas motivés.

35 Pour Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca en effet, « *c'est en fonction d'un auditoire que se développe toute argumentation* » (Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, 6^e éd., p. 7).

Il est indéniable que le juge dispose d'un pouvoir politique, en ce qu'il crée du droit. Pas des normes générales et abstraites, certes, mais des normes individuelles concrétisant l'ordre juridique. Or ces normes, pour être conformes à l'ordre juridique, doivent être celles permises par les normes supérieures. Toutefois, les textes porteurs de ces normes n'ont pas un seul sens unique, mais plusieurs sens. Le juge *choisi* alors, consciemment ou non, lorsqu'il concrétise l'ordre juridique, entre plusieurs solutions possibles. Ce choix est globalement masqué par le raisonnement syllogistique, mais l'utilisation des PGD en est une illustration supplémentaire. Que le juge rende une décision contraire ou conforme à l'ordre juridique, il ne le fait pas en invoquant le droit positif ou une norme directement issue de la morale : il invoque une norme morale sous couvert d'une juridicité masquée du principe invoqué. En effet, lorsqu'un tel principe est utilisé par le juge, ce dernier l'utilise comme si celui-ci était partie à l'ordre juridique, alors que de la façon dont il est invoqué c'est un principe purement moral.

Il s'agit alors pour le juge de légitimer son propre choix de concrétisation. Plutôt que d'assumer le fait qu'il a effectué un choix créateur de droit, un choix politique, parmi plusieurs options possibles, le juge argue d'une norme morale, la faisant passer pour une norme juridique, et fait comme si cette norme juridique ne pouvait qu'entraîner une seule solution, celle qu'il rend dans le dispositif de sa décision. Si cet élément est propre à la motivation telle qu'elle est faite en France, il est exacerbé ici par le fait que la norme invoquée comme ne permettant qu'une seule solution n'est même pas juridique, et qu'elle est invoquée sous couvert de juridicité.

On peut alors douter de l'utilité à proprement parler du concept de PGD pour l'analyse du droit positif d'un point de vue normativiste. Elle n'est pas inexistante, mais elle n'est pas essentielle.

III. Les PGD : une utilité limitée pour une analyse normativiste

Si les PGD ne sont pas des normes, ne sont que des éléments de discours, et ne sont pas classables dans une quelconque hiérarchie des normes, quelle est alors leur utilité dans une théorie normativiste du droit ? Il faut reconnaître qu'elle est limitée, mais pas inexistante. D'abord l'étude des PGD peut servir à la doctrine dans l'analyse du droit positif et sa systématisation ainsi que l'analyse de la jurisprudence, bien que de façon très modérée. Les PGD ont ensuite une utilité de prédiction des décisions de justice, que ce soit dans une optique doctrinale mais surtout praticienne.

Les PGD dans la systématisation du droit positif : une utilité modérée. Une étude normativiste du concept de PGD, telle qu'elle vient d'être esquissée, ne semble pas d'une grande utilité à la science du droit. Les PGD n'étant pas des normes et n'existant que dans le discours du juge, seul ce dernier peut être analysé. Certes, lorsque l'expression « principes généraux du droit » est utilisée par les énoncés normatifs, il est nécessaire d'interpréter cette expression. Mais cette captation par le langage objet des expressions du méta-langage ne doit pas entraîner de confusion entre les deux niveaux de langage, et l'interprétation de l'expression « principes généraux du droit » ne peut entraîner de conséquences différentes par rapport à l'interprétation de n'importe quel énoncé du système juridique.

Dans les cas où l'utilisation de principes extra-juridiques est autorisée, il est possible de chercher l'étendue de cette possibilité par l'interprétation des énoncés normatifs. Cependant il ne s'agit là pas tant d'une analyse des PGD en eux-mêmes que d'une analyse des normes autorisant le juge à déroger à l'ordre juridique.

Il est ensuite possible, avec le cas échéant l'analyse des normes d'autorisation des PGD, d'analyser la conformité à l'ordre juridique des décisions motivées par un PGD. Casuistique laborieuse, de telles analyses permettraient sans doute plus de distance avec le discours du juge, afin de fournir une grille de lecture critique prenant comme référent l'ordre juridique lui-même. Ce serait là cependant l'intérêt majeur d'une analyse normativiste des PGD.

À compter qu'il appartienne à la doctrine de systématiser les décisions de justice³⁶, les PGD peuvent être pris en compte dans ce travail. Ils ne doivent cependant pas être traités comme des normes juridiques, mais comme des justifications utilisées par le juge pour concrétiser l'ordre juridique. Sous ces réserves, le concept de PGD peut permettre de systématiser le discours du juge, et notamment sa façon de déroger à l'ordre juridique pour justifier ses choix de concrétisation, ainsi que les valeurs sur lesquelles il se fonde pour les comparer à celles véhiculées par le droit.

L'utilité des PGD peut cependant apparaître dans la pratique du droit, à travers les « prévisions » des décisions futures.

Les PGD dans la prévision des décisions de justice futures : une utilité pratique. Il n'est pas certain que le travail prédictif des décisions de justice soit, dans sa globalité, un travail qui échoit à la doctrine. En effet, est-il possible de réellement prévoir ce que dira un juge avec certitude ? Le tarot divinatoire et la boule de cristal ne font pas de bons outils d'analyse du droit positif.

³⁶ Une telle systématisation implique en effet de présupposer une rationalité de la masse des décisions, ce qui n'est pas certain, et en tout cas pas prouvé.

Il est cependant possible de distinguer une tentative de prédiction d'une évaluation du possible sens général des décisions futures, sinon dans un travail strictement doctrinal, au moins pour les acteurs directs du droit, et même les citoyens. Évaluer le sens des décisions futures, c'est-à-dire tenter de chercher les grandes lignes jurisprudentielles, cela permet en effet aux avocats, aux juristes d'entreprises ou même aux simples citoyens d'évaluer leurs actions et de prévoir leurs conséquences. Spécifiquement pour l'avocat, cela permet de rédiger les moyens d'un recours, et d'évaluer ce qui a une chance d'être accepté par la juridiction ou non.

Les PGD, même en les sachant non normatifs, peuvent alors être utilisés. Ce n'est pas parce que ce ne sont pas des normes juridiques qu'ils ne sont pas, factuellement, utilisés par le juge. Les avocats peuvent alors en toute connaissance de cause s'en servir dans leurs moyens, soit pour les invoquer, soit pour arguer de leur absence de juridicité (ce qui convenons-en n'aurait que peu de chance d'aboutir). Les juristes d'entreprise, les notaires, ou même les citoyens, peuvent à leur tour utiliser ces principes comme indicateurs non pas de la normativité juridique, mais d'une normativité d'une autre nature qui peut factuellement leur être imposée ou opposée. Il s'agit alors de considérer les PGD comme des indicateurs de ce qui sera toléré ou non devant une juridiction. Pour prendre un exemple précis, après l'arrêt *Aramu* de 1945 du Conseil d'État, même sans considérer que l'obligation de laisser le fonctionnaire sanctionné présenter sa défense est une obligation juridique, l'administration peut la prendre en compte en ce qu'elle risque de voir ses actes réformés s'ils sont contestés.

L'utilité, sinon des principes en eux-mêmes, mais de leur prise en compte, est donc ici évidente. Même en leur niant un caractère juridique, il n'en demeure pas moins que les juridictions font respecter ces principes, et que leur prise en compte dans les comportements humains est nécessaire sous peine de voir un comportement remis en cause par une juridiction.

En guise de conclusion : relativisation. Ce tour d'horizon d'une approche normativiste des PGD montre donc ce que sont ces principes avec une approche théorique particulière. Principes non juridiques, ils sont utilisés par le juge pour justifier politiquement ses décisions en recourant à des techniques argumentatives afin de masquer un choix politique.

Il convient cependant de relativiser l'analyse, à deux niveaux. D'abord, et comme mentionné au début, il ne s'agit que d'une lecture normativiste, et d'autres sont possibles, le normativisme n'étant pas monolithique. Ensuite, le normativisme n'est pas la seule approche

théorique possible. Les réalismes fourniraient une lecture différente et certainement diamétralement opposée sur certains points³⁷.

Sans se placer strictement dans aucun de ces deux points de vue, il est également possible d'analyser le phénomène des PGD en se plaçant au niveau du discours du juge. Les travaux ici publiés³⁸ sont l'occasion d'observer en pratique ces différentes approches, et peut-être même de s'interroger sur nos propres cadres et méthodes d'analyses des PGD, et même – pourquoi pas ? – du droit en général.

37 Pour un exemple d'une lecture réaliste, Brunet, P., « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in Brunet, P., de Béchillon, D., Champeil-Desplats, V., Millard, É., *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, 2006, Economica, p. 207.

38 *Cahiers de l'IRDEIC*, « Ateliers de l'École européenne de droit : Les principes généraux du droit », 2017, n° 8, 234 pages.