33

CONSEIL
D'ETAT

1981-1982

65518

B.U. DE GRENOBLE D.L
D 034 357689 2

études et documents

LA THÉORIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT A L'ÉPREUVE DU TEMPS

Apparue dans les années 1945-1950 avec l'approbation quasi officielle des représentants les plus éminents du Conseil d'État, tout de suite bien accueillie par la doctrine, la théorie des principes généraux du droit a eu des débuts heureux et a pu se développer dans un consensus presque parfait.

Ce préjugé favorable lui a ainsi permis de prendre avantageusement le tournant institutionnel de 1958, de s'imposer quelques années plus tard au pouvoir politique lui-même et de continuer à enrichir le corpus administratif de ces règles-cadres qui lui avaient si longtemps manqué.

De sorte qu'aujourd'hui les principes généraux du droit font partie intégrante de notre système juridique et en constituent l'une des pièces les plus originales. Ils figurent à côté de la loi comme une source du droit autonome distincte aussi bien de la jurisprudence que de l'équité et reconnue en tant que telle par le Conseil constitutionnel lui-même.

Mais cette théorie maintenant consacrée, est-ce bien toujours la même qu'à son commencement ? En trente ans n'a-t-elle pas changé de contenu sous l'effet d'abord des modifications apportées à notre ordonnancement juridique, puis d'un certain vieillissement ?

Deux indices le donneraient à penser :

— D'une part, les déclarations concordantes des commissaires du Gouvernement.

Tous persistent, en effet, à affirmer que cette construction prétorienne élaborée sous la IVe République aurait subi après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 une véritable mutation. Pour tenir compte de l'apparition d'un pouvoir réglementaire autonome, le Conseil d'État se serait trouvé conduit à opérer un tri parmi les principes généraux déjà formulés et à attribuer une valeur constitutionnelle aux plus importants d'entre eux.

— D'un autre côté, les doutes ou réticences exprimés depuis quelque temps par la doctrine.

Car l'approbation quasi unanime qui avait accompagné la théorie des principes généraux du droit dans sa phase montante a fait place à des appréciations beaucoup moins encourageantes quand elles ne sont pas franchement critiques. Soit que le juge administratif apparaisse désormais moins bien placé que le juge constitutionnel pour dire quelles sont les règles fondamentales qui commandent notre organisation sociale et s'imposent à toutes les autorités constituées; soit que les derniers principes dégagés ne semblent pas à la hauteur des premiers.

En d'autres termes, la théorie des principes généraux du droit serait pour les uns *dépassée*, pour les autres *dévalorisée*.

Que faut-il penser de ces appréciations ? Sont-elles dues à cette défaveur qui affecte les institutions juridiques comme la mode agit sur les mentalités ou s'agit-il de diagnostics vraiment fondés ?

Un bilan s'impose d'autant plus en ce moment que la juridiction administrative se trouve affrontée à ce qu'il faut bien appeler une concurrence. A la faveur de l'élargissement de sa saisine le Conseil constitutionnel s'est mis, en effet, lui aussi, à dégager de la Déclaration des droits de 1789, du préambule de la Constitution de 1946 et des lois de la République tout un corps de principes destinés au législateur, mais dont certains avaient déjà été formulés et appliqués par le Conseil d'État.

La théorie des principes généraux du droit soulève donc aujourd'hui une série d'interrogations étroitement imbriquées.

D'abord quels changements cette construction jurisprudentielle née avec la IVe République, c'est-à-dire sous un régime de suprématie législative, a-t-elle subis depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 ? Ont-ils vraiment modifié sa trajectoire initiale ou ne s'agit-il finalement que d'ajustements, d'adaptation à un cadre institutionnel différent ?

D'un autre côté, et devant l'essor plus récent du contrôle de la constitutionnalité des lois, la théorie des principes généraux du droit est-elle en train de perdre tout son « haut de gamme » ou le Conseil d'État parviendra-t-il à conserver une certaine liberté d'interprétation des sources constitutionnelles ?

Autant de questions auxquelles nous voudrions apporter un commencement de réponse à la lumière des décisions rendues ces dernières années et en nous attachant plus particulièrement aux trois données nouvelles qui font problème, à savoir l'élévation de certains principes généraux du droit à la dignité constitutionnelle, le reclassement des autres et l'apparition de principes qui n'auraient plus, dit-on, de généraux que le nom (1).

I. LA PORTÉE DE LA CONSTITUTIONNALISATION

Le débat n'est pas nouveau, mais il a connu plusieurs rebondissements et, alors qu'on croyait la controverse définitivement tranchée, une décision du Conseil constitutionnel, en date du 25 juillet 1979, vient de la relancer en reconnaissant expressément au principe de la continuité du service public une valeur constitutionnelle. Et il faut bien admettre que cette promotion-là n'est pas purement platonique et pourrait ouvrir la voie à d'autres changements.

A. La fausse alerte du pouvoir réglementaire autonome.

On sait que tout est parti des fameuses conclusions prononcées en juin 1959 dans l'affaire « Syndicat général des ingénieurs conseils » par le commissaire du Gouvernement Fournier qui, pour préparer les esprits à l'assujettissement du nouveau pouvoir réglementaire autonome aux principes généraux du droit, esquisse une sorte de hiérarchisation du droit administratif non écrit.

Il s'efforce notamment d'isoler parmi toutes les règles générales dégagées jusque-là par le Conseil d'État un noyau de principes posés par les déclarations des droits et préambules constitutionnels ou déduits par le juge de ces textes solennels et qui auraient de ce fait une valeur supérieure aux autres et en tout cas suffisante pour s'imposer à l'autorité réglementaire même lorsqu'elle n'est pas limitée par la loi.

Ces règles d'origine constitutionnelle et qui dominent notre régime politique, le commissaire du Gouvernement Fournier les appelle des « principes généraux du droit proprement dits » et les oppose aux règles ordinaires, interprétatives ou supplétives qui, suivant la matière qu'elles concernent, s'inclinent devant la loi ou le règlement. Mais il n'en dit pas davantage et se garde bien en particulier de préciser leur autorité à l'égard du législateur.

De cette façon il sauve dans l'immédiat l'essentiel de la théorie des principes généraux du droit en justifiant à l'avance son extension au pouvoir réglementaire autonome; et, en même temps, il ménage l'avenir du côté du Conseil constitutionnel en lui laissant le soin de dire quels sont parmi ces principes de valeur supérieure que doit respecter le Gouvernement ceux qui s'imposent aussi au Parlement.

Il s'agit donc là manifestement d'une argumentation de circonstance qui relève plus de la politique jurisprudentielle que d'une analyse juridique rigoureuse.

---

(1) Depuis notre thèse « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », Ed. Recueil Sirey 1954, bien des études ont été consacrées à l'évolution de cette théorie. On ne mentionne ici que les plus récentes :
— Alain Serge Mescheriakoff : « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *Act. jur.* juin 1976, p. 596;
— Georges Morange : « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *RDP* 1977, p. 761;
— Didier Linotte : « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *Act. jur.* 1980, p. 631;
— Stéphane Rials : « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin : à propos d'un article récent sur le pouvoir normatif du juge », *Act. jur.* 1981, p. 115;
— Nicolas Nitsch : « Les principes généraux du droit à l'épreuve du droit public économique », *RDP* 1981, p. 1549;
— Pierre Le Mire : « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes généraux du droit », *Mélanges offerts à R. E. Charlier*, Ed. Em. Paul, 1981, p. 271.

Sans doute dans un premier temps le Conseil d'État prend-il la précaution de relier à leurs sources constitutionnelles les règles au nom desquelles il sanctionne le pouvoir réglementaire autonome, s'appuyant expressément sur « les principes généraux du droit garantis notamment par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 » (CE, 28 octobre 1960, de Laboulaye, Rec., p. 570). Et en l'occurrence cette explicitation, qui remonte précisément à l'arrêt « Syndicat général des ingénieurs conseils », n'est certainement pas fortuite.

Mais une fois le tournant pris et son contrôle sur l'ensemble des actes émanant du Gouvernement largement admis, le juge administratif n'éprouvera plus le même besoin de se retrancher derrière l'autorité de la Constitution. Et il est significatif à cet égard que pour annuler l'ordonnance du 1er juin 1962 instituant la Cour militaire de Justice il se borne à invoquer les garanties essentielles de la défense et les principes généraux du droit pénal (CE, 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, Rec., p. 552).

Il faut dire aussi que de son côté la doctrine s'était assez vite employée à apaiser ses scrupules. Bien sûr, face au nouvel ordonnancement juridique qui brouillait tous les points de repère habituels, les premiers commentateurs avaient-ils réagi comme le commissaire du Gouvernement Fournier et estimé avec lui que pour expliquer la subordination de ce législateur de droit commun qu'était devenu le Gouvernement aux principes généraux du droit il n'y avait pas d'autre moyen que de reconnaître à ces derniers une valeur constitutionnelle (2). Mais poussant plus loin l'analyse, M. René Chapus avait dès 1960 dans une remarque chronique (3) fort bien montré à quel point ce détour était superflu, la Constitution de 1958 ayant sans doute modifié la répartition des compétences entre le Parlement et le Gouvernement, mais non changé la nature de leurs décisions.

A partir du moment où l'on admet que les règlements autonomes, bien qu'affranchis dans leur domaine propre du respect de la loi, n'en demeurent pas moins des actes administratifs et occupent le même rang dans la hiérarchie des normes que les règlements d'exécution des lois, le Conseil d'État, censeur traditionnel des décrets, apparaît, en effet, tout naturellement habilité à appliquer les mêmes règles aux uns et aux autres. Et dans un tel schéma il devient manifestement inutile d'attribuer on ne sait quelle valeur constitutionnelle aux principes généraux du droit qui peuvent ainsi conserver la place qu'on leur assignait auparavant entre la loi toujours souveraine et la réglementation la plus élevée, c'est-à-dire à un niveau à la fois *infra-législatif* et *supra-décrétal* pour reprendre la formule bien connue de l'auteur.

Cette analyse ne correspondait certainement pas à la pensée profonde du Conseil d'État qui selon nous s'est toujours fait une certaine idée de la supériorité des principes généraux qu'il dégageait par rapport au reste du droit positif y compris la législation, sans accorder cependant à tous, comme nous le verrons, la même importance. Mais l'interprétation proposée par M. René Chapus n'avait pas seulement pour elle la force de la logique, elle présentait dans le moment deux autres mérites :

— d'abord elle permettait de replacer le nouvel aménagement constitutionnel dans l'ensemble de notre système juridique sans en bouleverser les fondements, c'est-à-dire à l'aide du critère purement formel qui veut que la valeur d'une norme dépende en premier lieu du rang qu'occupe dans la hiérarchie des pouvoirs publics l'organe qui l'édicte;

— ensuite elle préservait l'unité du pouvoir réglementaire puisqu'elle aboutissait à soumettre au même droit non écrit l'ensemble des décrets qu'ils soient pris en exécution des lois ou sur la base de l'article 37 de la Constitution. Et il faut croire que sur ce point du moins le Conseil d'État se sera laissé convaincre par la démonstration de M. Chapus, car il ne cherchera plus par la suite, comme on aurait pu s'y attendre, à moduler l'application des principes généraux du droit en fonction du type de règlement mis en cause et se bornera à les distinguer des règles générales de procédures auxquelles tous les décrets indifféremment peuvent déroger.

Il n'est pas surprenant dans ces conditions qu'une bonne partie de la doctrine (4) ne soit

(2) Notes R. Drago, *S.*, 1959, p. 202; J. L'Huillier, *D.*, 1959, p. 541; J. Georgel, *Rev. adm.*, 1959, p. 382.

(3) « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.*, 1960, Chron. XXII, p. 119.

(4) A l'exception de MM. Auby et Drago.

ralliée à une explication qui réinsérait si magistralement dans notre tradition juridique les audaces du constituant de 1958 et que la thèse de la valeur constitutionnelle de certains principes généraux du droit ait été abandonnée ou considérée provisoirement comme une fausse piste.

B. L'entrée en scène du Conseil constitutionnel.

Mais le problème devait resurgir dix ans plus tard lorsque le Conseil constitutionnel fut enfin appelé à se prononcer sur le fond du droit, c'est-à-dire sur le contenu des lois qui lui étaient déférées et sa conformité aux dispositions de la Déclaration des droits de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946.

Jusque-là, en effet, il lui avait suffi d'interpréter de façon constructive les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 pour remplir son rôle de répartiteur des compétences. Sans doute l'avait-il fait à la lumière de « la tradition constitutionnelle républicaine » en incorporant au domaine législatif les matières qu'une longue pratique et la jurisprudence antérieure réservaient au Parlement. Dans deux décisions rendues en 1969 et une troisième en 1972 (5) il s'était même référé expressément aux principes généraux du droit, mais en insistant sur la possibilité pour le législateur d'y déroger. De sorte que cette consécration de l'œuvre prétorienne du Conseil d'État, loin de remettre en cause les conclusions auxquelles on était parvenu sur la valeur des principes généraux du droit, semblait plutôt les consolider et donner raison à M. René Chapus (6).

Pas pour bien longtemps cependant, puisque, entre 1971 et 1973, le Conseil constitutionnel allait coup sur coup, et dans trois décisions demeurées célèbres, dégager du préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de 1789 plusieurs principes généraux s'imposant au législateur :

— d'abord celui de la liberté d'association qu'il range parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (7);

— ensuite la règle selon laquelle seule la loi peut édicter des mesures privatives de liberté qu'il déduit non sans une certaine audace d'interprétation des dispositions combinées de l'article 7 de la Déclaration de 1789 et de l'article 66 de la Constitution (8);

— enfin « le principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé dans le préambule de la Constitution » (9).

Or avec l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel réalisé par la *réforme du 29 octobre 1974* ce premier noyau devait très rapidement s'enrichir d'apports nouveaux : principes du libre arbitre des personnes, de la liberté d'opinion, de la liberté individuelle, de l'égalité devant la justice, de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires (10)... Autant de règles qui n'étaient pour la plupart que la réplique de principes généraux déjà formulés par le Conseil d'État et que le juge constitutionnel se bornait à reprendre pour en faire appiication au législateur.

Il n'était donc plus question de soutenir, après cela, que tous les principes généraux du droit avaient conservé leur valeur législative et personne ne le prétendit. Mais devant cette conjonction, pour ne pas dire ce télescopage de jurisprudences, on pouvait raisonner de deux façons :

— soit considérer que le Conseil constitutionnel avait définitivement tranché la controverse ouverte en 1959 par les conclusions Fournier en faveur de la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit dans leur ensemble : position qu'adoptent MM. Auby et Drago dans la seconde édition de leur traité de contentieux administratif en prenant soin d'ajouter que de toute manière le changement restait sans portée pour le juge administratif puisqu'il ne pouvait contrôler la constitutionnalité des lois (n° 1161, p. 344);

— soit estimer que cette promotion dans la hiérarchie des normes ne concernait pas les principes généraux du droit appliqués par le Conseil constitutionnel au législateur et par conséquent

(5) CC, 26 juin 1969, Rec., p. 27; 24 octobre 1969, p. 32 et 21 décembre 1972, p. 36.

(6) L. Favoreu et L. Philip, « Les grandes décisions », Sirey, 1975, p. 250.

(7) CC, 16 juillet 1971, Rec., p. 29.

(8) CC, 28 novembre 1973, *Act. jur.* 1974, p. 229, Obs. Jean Rivero.

(9) CC, 27 décembre 1973, *Act. jur.* 1974, p. 236, Obs. P. M. Gaudemet.

(10) CC, 15 janvier 1975, 23 novembre 1977, 12 janvier 1977, 23 avril 1975, 15 juillet 1976.

uniquement ceux qui résultaient du préambule de la Constitution ou de la Déclaration des droits de 1789. Et c'est cette seconde interprétation qu'ont retenue la plupart des commentateurs.

Dès la décision rendue le 16 juillet 1971 sur la liberté d'association M. Rivero parle, en effet, d'un éclatement de la catégorie des principes généraux du droit, les uns réintégrant à la faveur de leur consécration par le juge constitutionnel la traditionnelle hiérarchie formelle des actes juridiques, les autres conservant leur originalité de règles non écrites, mais applicables aux autorités administratives seulement (11).

Et quelques années plus tard MM. L. Favoreu et L. Philip recourront à la même distinction pour rendre compte de la suite de l'évolution jurisprudentielle opposant à leur tour les principes généraux à valeur constitutionnelle issus du préambule ou de la Déclaration des droits de 1789 et les principes généraux du droit à valeur législative qui ne reposent sur aucun texte déterminé mais sont dégagés par le juge de l'esprit d'une législation ou des nécessités de l'ordre public (12).

C. La promotion de principes non écrits.

On pouvait donc croire le problème enfin résolu sur ces bases relativement claires et au surplus en parfaite conformité avec notre tradition juridique quand le Conseil constitutionnel dans sa décision du *25 juillet 1979* relative aux conditions d'exercice du droit de grève à la radio-télévision reconnut expressément à la continuité du service public le caractère d'un principe à valeur constitutionnelle (13).

Or cette promotion-là présente par rapport aux précédentes une double particularité :

1. D'abord elle s'opère sans la moindre justification ni référence même indirecte à une disposition d'ordre constitutionnel.

Ce qui est nouveau; car jusque-là le Conseil constitutionnel avait toujours pris soin de rattacher au préambule de la Constitution ou à la Déclaration des droits de 1789 les principes au nom desquels il censurait le législateur. Et réciproquement il n'avait reconnu qu'une valeur supradécrétale aux quelques principes généraux du droit non écrits auxquels il s'était référé.

En assujettissant le Parlement à une règle fondamentale de notre droit public dégagée depuis longtemps par le Conseil d'État mais dépourvue de tout fondement dans les textes il rompait donc le lien qui semblait bien établi entre la valeur constitutionnelle d'un principe et les sources solennelles dont il procédait et restaurait en partie de cette façon l'unité de la catégorie des principes généraux du droit qu'on avait pu croire définitivement compromise.

2. Le second intérêt de la décision du 25 juillet 1979 tient à ce qu'elle concerne la continuité du service public, c'est-à-dire une exigence en contradiction avec un autre principe de valeur constitutionnelle, mais reconnu, lui, expressément par le préambule de la Constitution : le droit de grève.

Car c'est à n'en pas douter pour donner au législateur plus de latitude dans la réglementation de l'exercice de ce droit proclamé nécessaire à notre temps que le Conseil constitutionnel a estimé indispensable de placer sur le même plan le principe de la continuité du service public.

Et l'on aperçoit tout de suite quelle incidence cette élévation peut avoir aussi sur la jurisprudence du Conseil d'État qui depuis l'arrêt « Dehaene » avait fini par faire la part assez belle au droit de grève dans les services publics.

Ainsi mesure-t-on mieux par cet exemple à quel point ce serait simplifier la réalité que de nier toute portée pratique à la constitutionnalisation de certains principes généraux du droit sous prétexte que le juge administratif ne peut contrôler la constitutionnalité des lois. On sait bien, en effet, les multiples ressources qu'offre l'interprétation des textes et comment le Conseil d'État en a parfois usé pour minimiser l'application de certaines dispositions législatives et faire prévaloir les principes généraux du droit auxquels il attachait le plus d'importance, en particulier la règle à ses yeux fondamentale selon laquelle tout acte administratif ou juridictionnel doit pouvoir faire

(11) « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle », *D.*, 1972, Chron., p. 265.

(12) « Les grandes décisions du Conseil constitutionnel », Sirey, 1975, p. 245.

(13) *RDP*, 1981, p. 1660, commentaire L. Favoreu; *JCP*, 1981, II, 19547, note J. C. Beguin; *D.*, 1980, p. 101, note M. Paillet et chronique Léo Hamon, *D.*, 1980, p. 333.

l'objet d'un recours en annulation ou en cassation (14).

On peut même dire qu'il s'est de cette façon établie une sorte de *hiérarchie non avouée* entre les principes généraux du droit que l'intervention du Conseil constitutionnel permettait précisément d'*officialiser* en partie.

De ce processus la jurisprudence récente nous offre déjà quelques illustrations significatives. C'est ainsi que dans une décision du 9 mai 1980, Société des établissements Cruse Fils et Frères (Rec., p. 227), le Conseil d'État n'hésite pas à interpréter un règlement de la Commission des communautés européennes à la lumière du principe du respect des droits de la défense pour tirer de ses dispositions des exigences qui ne s'y trouvaient manifestement point. Or dans ses conclusions sur cette affaire (*Act. jur.*, 1980, p. 482) M. Bruno Genevois s'appuie effectivement sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel (15) afin de justifier une application particulièrement stricte en l'occurrence du principe général du respect dû aux droits de la défense.

A plus forte raison la juridiction administrative dispose-t-elle d'une marge de liberté encore plus grande lorsque, à défaut d'une législation appropriée, il lui incombe d'opérer entre deux principes généraux en conflit (16) la conciliation qui s'impose et c'est dans ce cas qu'une hiérarchie préalable peut influencer les termes du compromis, comme l'avenir le confirmera sans doute.

Mais pour s'en tenir aux solutions acquises on peut résumer ainsi l'évolution accomplie sur ce point au cours de ces dernières années :

a. Il existe désormais un certain nombre de principes généraux du droit, qualifiés tels par le juge administratif, qui ont acquis valeur constitutionnelle du seul fait de leur application par le Conseil constitutionnel au législateur;

b. Dans leur quasi-totalité ils résultent de dispositions inscrites dans la Déclaration des droits de 1789 ou le préambule de la Constitution de 1946, mais deux d'entre eux, les principes de la continuité du service public et du respect des droits de la défense ont reçu la consécration du Conseil constitutionnel en dehors de tout texte;

c. Le Conseil d'État continue de les appliquer aux autorités administratives sous leur ancienne formulation et sans les rattacher systématiquement au préambule qu'il se borne à mentionner à l'occasion. (CE, 22 janvier 1982, Ah won *RDP*, 1982, p. 822, concl. M. A. Bacquet; 6 février 1981, Mlle Baudet, *Act. jur.* 1981, p. 489, concl. M. Ph. Dondoux).

II. LE RECLASSEMENT DES AUTRES PRINCIPES

Le bas de la gamme, c'est-à-dire les principes non promus au rang constitutionnel, ne devait pas poser autant de problèmes. Il apparut cependant assez vite nécessaire d'opérer un tri et même d'établir entre eux une véritable hiérarchie.

A. D'une division binaire à une hiérarchie ternaire.

A l'expérience, en effet, la distinction esquissée en 1959 par le commissaire du Gouvernement Fournier allait s'avérer tout à fait insuffisante dans la mesure où parmi les règles générales dites interprétatives ou supplétives elle ne permettait pas de faire le départ entre celles que le Gouvernement pouvait mettre en échec et celles qu'il devait respecter. Et dans son commentaire particulièrement autorisé de l'arrêt « Syndicat général des ingénieurs conseils » (*Études et Documents*, 1962, p. 67) M. Guy Braibant n'apporte pas là-dessus de précisions supplémentaires; il se borne, lui aussi, à opposer aux « principes généraux au sens plein » dotés d'une valeur constitutionnelle les principes secondaires qui s'effacent dès qu'une loi ou un décret les écarte.

Or, à partir du moment où l'on avait admis le contrôle du juge administratif sur les règlements autonomes, cette division binaire ne présentait plus guère d'utilité et de toute manière ne répondait pas à cette question que posait couramment la pratique : quels sont parmi les principes généraux du droit ordinaires ceux auxquels le pouvoir réglementaire peut déroger et ceux qui s'imposent à lui avec force législative ?

(14) Depuis les arrêts bien connus, Sieur d'Aillières du 7 février 1947 et Dame Lamotte du 17 février 1950 (cf. notre thèse, p. 155), voir CE, 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, *D.*, 1962, p. 424, note M. Fromont et CE, 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, *JCP*, 1963, II, 13068, note Ch. Debbasch.

(15) CC, 2 décembre 1976, p. 39; 20 juillet 1977, p. 39; 9 janvier 1980, *JO* du 11 janvier.

(16) Cf. sur ce point notre thèse p. 161, et chron. Léo Hamon : « Grève et continuité du service public : Mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage » *D.*, 1980, p. 333.

Il n'est donc pas surprenant que les commissaires du Gouvernement aient cherché par la suite à compléter cette classification devenue inopérante.

C'est dans le domaine de la procédure que l'occasion leur en a été d'abord fournie. Il y a longtemps en effet que, devant la multiplication des juridictions administratives spécialisées, le Conseil d'État avait été conduit à dégager du droit judiciaire privé une série de règles destinées à discipliner le travail de ces organismes improvisés et dépourvus de tradition. Mais ces recettes de bonne justice ne présentaient pas toutes la même importance et une remise en ordre s'imposait d'autant plus que la Constitution de 1958 avait de façon assez inattendue abandonné la matière au Gouvernement.

D'où cette différenciation progressivement opérée par la jurisprudence entre *les principes de procédure* auxquels seule la loi pouvait déroger et les *règles générales de procédure applicables sauf texte contraire* et par conséquent susceptibles d'être écartées par un décret ou même un arrêté. Et M. Jean-Pierre Chaudet dans sa thèse parue en 1967 (17) montre très bien comment à dater des années 60 le juge administratif va répartir entre ces deux étages de normes jurisprudentielles désormais distinctes l'ensemble des règles empruntées à la pratique judiciaire qu'il avait jusque-là utilisées empiriquement sans en préciser toujours la portée exacte; ce qui le conduit, tantôt à confirmer ou à élever certaines d'entre elles au rang de principe général, tantôt à maintenir ou à abaisser les autres au niveau de dispositions purement supplétives.

Ainsi la règle du caractère contradictoire de la procédure reçoit-elle avec la décision « Société La Huta » (CE, 12 mai 1961, Rec., p. 313) la qualification de principe général et la conservera par la suite (CE, 14 janvier 1981, Putot, Rec., p. 17). A l'inverse l'arrêt « Centre médico-pédagogique de Beaulieu » (CE, 10 juillet 1964, *D.*, 1965, p. 84, concl. Rigaud) semble bien n'attribuer que l'autorité d'une règle générale de procédure à la faculté d'exercer préalablement au recours contentieux une réclamation administrative pourtant considérée depuis longtemps comme « un principe général de bonne organisation de la justice administrative » (concl. Long sur CE, 20 avril 1956, École professionnelle de dessin industriel, Rec., p. 163).

Sans doute M. René Chapus a-t-il là encore contesté l'interprétation que la doctrine commençait à donner de cette inflexion de la théorie des principes généraux du droit et en tout cas refusé d'y voir l'amorce d'une véritable hiérarchisation des normes jurisprudentielles. Dans une seconde chronique parue en 1966 (18) et qui prolonge les conclusions auxquelles il était parvenu dans son étude antérieure, il s'emploie, en effet, à démontrer qu'en raison du rang qu'occupe la juridiction administrative dans l'échelle des pouvoirs publics, les règles qu'elle édicte ne peuvent se situer qu'à un seul niveau, infra législatif ou si l'on préfère supra-décrétal, et qu'il n'y a aucune différenciation à faire entre elles à cet égard.

Ainsi de même que M. R. Chapus avait estimé inutile et juridiquement erroné de prêter une valeur constitutionnelle aux principes généraux du droit pour justifier leur primauté sur les règlements autonomes, de même trouve-t-il tout aussi inapproprié de parler de la valeur législative ou réglementaire des règles jurisprudentielles pour expliquer que les unes s'imposent aux décrets et non les autres. Car c'est confondre, selon lui, la portée impérative ou simplement supplétive que le juge peut attribuer aux normes qu'il crée avec leur valeur intrinsèque qui reste par définition supra-décrétale.

Mais le débat se réduit alors à une question de terminologie qui ne change rien à la réalité des choses, à savoir que le Conseil d'État dans le libre exercice de son pouvoir juridictionnel a établi une gradation parmi les règles qu'il avait dégagées, réservant la qualification de principe général à celles qu'il impose aux autorités administratives et désignant sous le terme de règles générales de procédure ou de règles tout court celles qu'il permet au pouvoir réglementaire d'écarter.

Deux données intervenues depuis l'étude de M. Chapus confirment d'ailleurs cette interprétation :

— d'abord la formule même qu'utilisent maintenant invariablement les arrêts lorsqu'ils invoquent expressément les règles générales de pro-

(17) « Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse », bibliothèque de droit public, C.LXXIV LGDJ.

(18) « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, Chron. XX, p. 99.

cédure et dont il résulte qu'il s'agit bien là de normes purement supplétives, c'est-à-dire applicables en l'absence d'une réglementation administrative appropriée et qui cèdent par conséquent devant une disposition contraire quelle qu'elle soit (CE, 6 mars 1970, Société X., Rec., p. 174, *Act. jur.* 1970, II, p. 220, Chron., Denoix de Saint Marc et Labetoulle; CE, 2 mars 1973, D^lle^ Arbousset, Rec., p. 190);

— ensuite et surtout l'opinion des commissaires du Gouvernement qui considèrent aujourd'hui comme acquise cette différenciation opérée au sein du droit jurisprudentiel et y voient un affinement appréciable.

Dans des conclusions rendues en 1968 sur deux affaires relatives à la théorie des droits acquis (19) M. Vught en fait même une application en dehors du domaine de la procédure en proposant de reconnaître le caractère d'un principe général du droit à l'intangibilité des effets individuels des actes administratifs, mais de ranger parmi les normes secondaires, applicables seulement en l'absence de texte contraire, la règle selon laquelle les actes créent des droits dès leur signature. Et M. Jacques Thery de son côté n'hésite pas à affirmer que cette distinction entre principes et règles est la seule qui soit vraiment utile au juge pour exercer son contrôle sur la régularité des actes de l'Administration (concl. sur CE, 5 avril 1974, Leroy, *Act. jur.* 1974, II, p. 44).

Mais c'est M. Dondoux qui, dans ses conclusions prononcées en 1978 sur la fameuse affaire GISTI, CFDT et CGT (20), a poussé le plus loin la systématisation de cette pratique. Résumant l'évolution de la jurisprudence depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 il déclare, en effet, qu'il existe désormais trois catégories de principes généraux du droit au sens large qui ont chacune leur valeur propre : tout au bas de l'échelle, les règles applicables en l'absence d'un texte contraire et qu'un décret peut écarter librement; à un niveau plus élevé, les principes généraux au sens strict qui s'imposent au pouvoir réglementaire fût-il autonome; au sommet enfin, les principes généraux à valeur constitutionnelle auxquels la loi elle-même ne saurait déroger.

Entre cette présentation et celle qu'avait esquissée vingt ans plus tôt M. Fournier dans ses conclusions sur l'affaire « Syndicat général des ingénieurs conseils », on voit bien le chemin parcouru. Non seulement une hiérarchie ternaire a succédé à une division binaire, mais un glissement d'intérêt très net s'est aussi opéré : les principes généraux du droit qualifiés de secondaires en 1959 sont devenus ici des principes généraux au sens strict et ceux qui étaient alors considérés comme majeurs se trouvent renvoyés vers les lointains constitutionnels.

B. Les changements de catégorie.

Est-ce à dire que ce reclassement ait profondément modifié les données du droit positif ? Il ne le semble pas, car, tout compte fait, les changements de catégories n'ont eu qu'une incidence marginale.

1. Il est vrai qu'en ce qui concerne le haut de la gamme, le bilan n'est pas facile à dresser, puisque, comme nous l'avons vu, le juge administratif s'est très vite déchargé sur le Conseil constitutionnel du soin d'en préciser les contours qu'il maintient pour sa part dans un flou très artistique.

Ce qu'on peut tout de même dire, c'est qu'un certain nombre des principes auxquels on avait dans les années 1959-1960 attribué, un peu hâtivement, et pour les besoins de la cause, une valeur constitutionnelle ont réintégré depuis leur rang d'origine.

Ainsi du principe de la non-rétroactivité des actes administratifs que le pouvoir réglementaire ne peut transgresser comme le Conseil constitutionnel l'a affirmé (21) mais qui ne saurait lier de la même façon le législateur.

Ainsi également du principe de l'intangibilité des effets individuels des actes administratifs que le Conseil d'État a expressément incorporé au domaine de la loi (22) mais dont il n'a jamais été dit par le juge constitutionnel qu'il s'imposait au Parlement.

(19) CE, 29 mars 1968, Société du lotissement de la plage de Pampelune, et Manufacture française des pneumatiques Michelin, Rec., p. 211.

(20) CE, 6 décembre 1978, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres, CFDT et CGT, Rec., p. 493.

(21) CC, 24 octobre 1969, Rec., p. 32.

(22) CE, 28 mars 1968, Société du lotissement de la plage de Pampelune et Manufacture française des pneumatiques Michelin, Rec., p. 20, concl. M. Vught.

Ainsi enfin du principe de la liberté du commerce et de l'industrie auquel M. Fournier n'avait reconnu qu'une force législative mais qui figurait sur la liste des principes à valeur constitutionnelle établie par M. Guy Braibant.

Etant donné les nombreuses restrictions que le Parlement et même le Gouvernement lui avait apportées, il n'était en tout cas point possible d'y voir encore un principe fondamental issu de la tradition républicaine. Et c'est sans doute pourquoi le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 16 janvier 1982 sur les nationalisations préféra lui substituer le principe de la liberté d'entreprendre.

2. Quant aux transferts intervenus entre les étages inférieurs dont le Conseil d'État était maître, ils sont assurément moins difficiles à interpréter dans la mesure où les commissaires du Gouvernement les ont assez souvent expliqués. Mais s'ils permettent diverses clarifications, ils ne changent pas vraiment le cours de la jurisprudence.

On l'a bien vu dans le domaine de la procédure où la nouvelle ligne de partage entre les principes et les règles ne devait donner lieu finalement qu'à quelques ajustements : confirmation d'un côté de l'importance de règles telles que le secret du délibéré (23) ou le caractère contradictoire de la procédure; relativisation de l'autre de certaines garanties plus techniques comme celles concernant la rédaction des jugements ou la composition des organismes juridictionnels.

On relèvera à cet égard que le Conseil d'État n'a pas suivi son commissaire du Gouvernement, M. Guy Braibant, lorsqu'il lui proposa en 1973 d'élever au rang d'un principe général la règle selon laquelle nul ne peut être à la fois l'auteur et le juge d'une décision administrative (concl. sur CE, 2 mars 1973, D^lle^ Arbousset, *RDP*, 1973, p. 1065).

Mais le plus surprenant, c'est qu'il n'ait pas su ou voulu profiter de ce reclassement pour lever toute incertitude sur la valeur de la règle du double degré de juridiction (24), même si dans une décision récente il la situe apparemment sur le même plan que les autres principes généraux du droit (CE, 31 octobre 1980, Fédération nationale des unions de jeunes avocats, *RDP*, 1981, p. 499, conclusion Michel Franc).

Une promotion mérite cependant d'être signalée en matière de responsabilité administrative car elle constitue un bon exemple du processus de formation du droit non écrit par degrés. Dans un arrêt « Centre hospitalier de Besançon » du 26 avril 1963 (Rec., p. 243, concl. M. Chardeau), le Conseil d'État reconnaît, en effet, le caractère d'un principe général du droit à l'obligation pour la collectivité publique de couvrir ses agents des condamnations civiles prononcées contre eux en l'absence de toute faute personnelle.

Or, ce faisant, il ne se borne pas à généraliser une solution partiellement consacrée par les textes et qu'il avait lui-même étendue à d'autres cas, il transforme aussi la portée d'une règle contenue dans plusieurs de ses décisions antérieures. Et il est intéressant de voir comment le juge a préparé là, par sa propre jurisprudence, l'avènement d'un principe général.

III. LA SECONDE GÉNÉRATION DE PRINCIPES

Aussi bien le Conseil d'État a-t-il poursuivi son œuvre constructive même après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 : il ne s'est pas contenté de reclasser les principes généraux du droit existants, il en a formulé de nouveaux.

Sans doute marque-t-il d'abord une pause, le temps de consolider les progrès accomplis sous le régime constitutionnel précédent en tirant le meilleur parti possible des changements survenus dans l'ordonnancement juridique. Mais dès 1962 il a manifestement retrouvé toute son assurance puisque, dans le célèbre arrêt « Canal », il n'hésite pas à annuler au nom des principes généraux du droit pénal une ordonnance du Président de la République pourtant prise sur la base d'une loi référendaire.

Il faudra cependant attendre quelques années encore de véritables innovations. Car, contrairement à ce qu'on affirme parfois, les principes généraux du droit ne se sont pas tellement multipliés après la fameuse décennie 1945-1955. Tout juste peut-on dire qu'ils ont donné lieu à davantage d'applications contentieuses et que le juge a

(23) CE, 15 octobre 1965, Mazel, req. n° 50689 qui reprend les termes même de l'ancien arrêt Legillon du 17 novembre 1922, Rec., p. 850.

(24) Cf. J. M. Auby et R. Drago, *op. cit.*, II, p. 559, n° 1345 et P. Delvolvé, *D.* 1981, *inf.* rap., p. 111.

été amené ainsi à préciser leurs exigences. Mais la liste en est restée longtemps la même jusqu'à ce qu'entre 1973 et 1978, le Conseil d'État y ajoute coup sur coup quatre principes complètement nouveaux :

— le premier interdisant à tout employeur de licencier, sauf dans certains cas, une salariée en état de grossesse (Ass., 8 juin 1973, dame Peynet, Rec., p. 406, conclusion Mme Grevisse);

— le second reconnaissant aux juges la faculté de prononcer une astreinte en vue de l'exécution tant de leurs décisions que des mesures d'instruction qui en sont le préalable (Ass., 10 mai 1974, MM. Barre et Honnet, Rec., p. 276);

— un troisième imposant la publicité des débats devant les tribunaux de l'ordre judiciaire (Ass., 2 octobre 1974, dame David, Rec., p. 464, concl. M. Gentot; *D.* 1975, p. 369, note J. M. Auby; *JCP*, 1975, II, 17967, note R. Drago);

— enfin le dernier et non des moindres, proclamant le droit pour les étrangers résidant régulièrement en France comme pour les nationaux de mener une vie familiale normale (Ass., 6 décembre 1978, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres (GISTI) CFDT et CGT, Rec., p. 493, concl. M. Dondoux).

Une série de décisions aussi bien groupées prenait donc des allures d'une *relance* de la théorie des principes généraux du droit et la plupart des commissaires du Gouvernement comme la majorité de la doctrine la présentent effectivement ainsi; mais quelques auteurs y ont vu plutôt une sorte de *dérive*.

C'est le cas de M. Didier Linotte qui, dans une étude récente (25), s'étonne de l'objet finalement très particulier de ces nouveaux principes comparé au contenu beaucoup plus général des principes de « la première génération » pour reprendre sa propre expression. Il se demande même si ce rétrécissement de perspective ne traduit pas ce qu'il appelle « le déclin du pouvoir jurisprudentiel », c'est-à-dire cette tendance de plus en plus nette du Conseil d'État à se contenter de solutions d'espèce au lieu de s'attacher à fixer des orientations d'ensemble.

Dans un article en réplique paru quelques mois après (26), M. Stéphane Rials insiste à son tour sur cette dévalorisation de la théorie des principes généraux du droit. Sans doute ne suit-il pas M. Didier Linotte dans toutes ses analyses puisqu'il conteste d'entrée de jeu la distinction faite entre pouvoir jurisprudentiel et pouvoir juridictionnel, mais il le rejoint dans son appréciation sur le quatuor des arrêts « dame Peynet », « dame David », « Sieurs Barre et Honnet » et « Gisti ». Il va même plus loin que lui dans la critique de ces décisions qu'il qualifie de curieuses ou d'étranges et qui lui paraissent le fruit de « constructions hasardeuses ».

L'intérêt de ces opinions, peut-être trop sévères, c'est qu'elles expriment malgré tout, chacune à leur manière, cette insatisfaction proche de l'agacement qu'ont éprouvée beaucoup de juristes devant les derniers développements de la théorie des principes généraux du droit.

La question se pose donc de savoir comment s'explique une telle réaction et dans quelle mesure elle est justifiée.

En réalité deux reproches assez différents et qu'il importe de démêler sont adressés à cette jurisprudence : l'un porte sur la qualification attribuée aux normes appliquées, l'autre sur le procédé utilisé pour les dégager.

A. Leur moindre degré de généralité.

S'agissant du premier grief il faut bien reconnaître que MM. D. Linotte et S. Rials n'ont pas tout à fait tort lorsqu'ils font valoir que par l'étroitesse de leur portée les règles énoncées dans les arrêts incriminés ne correspondent pas à la conception qu'on se fait communément d'un principe général.

Il entre, en effet, dans cette notion l'idée de commencement, de cause première dont découle toute une série de développements. En matière juridique on entend donc par principe général une règle fondamentale qui en commande d'autres plus particulières et par son degré d'abstraction est susceptible de recevoir un grand nombre d'applications.

(25) « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et accession du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *Act. jur.* 1980, p. 632.

(26) « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *Act. jur.* 1981, p. 115.

Or de ce point de vue la règle posée par l'arrêt « Dame Peynet » n'est certainement pas un principe général, mais tout simplement une mesure d'équité visant le cas des femmes salariées enceintes et limitée à cette situation spéciale et momentanée; par conséquent une solution d'espèce.

On pourrait en dire autant du droit reconnu par l'arrêt GISTI à tout étranger résidant régulièrement en France de mener une vie familiale normale qui répond également à une exigence de la loi naturelle, mais que le Conseil d'État aurait été mieux inspiré de ne pas ériger en principe général du droit, comme la suite et les démêlés de l'Administration avec les secondes épouses de certains immigrés allaient le montrer (27).

Mais l'argument n'est pas aussi convaincant en ce qui concerne les arrêts « Barre et Honnet » et « Dame David » qui consacrent l'un le droit pour les juges de prononcer des astreintes, l'autre l'obligation pour les juridictions judiciaires de préserver la publicité de leurs débats. Car il s'agit là de règles tout aussi importantes et générales que celles du secret du délibéré ou du caractère contradictoire de la procédure élevées quelques années auparavant au rang de principes sans que personne ait trouvé cela surprenant.

Il est vrai qu'à multiplier les principes généraux de nature technique on risque de dévaluer la théorie tout entière et ce danger n'a pas échappé à M. Jacques Thery. Dans ses conclusions sur l'affaire « Leroy » (Sec., 5 avril 1974, Rec., p. 218) il avoue, en effet, pour cette raison son hésitation à formuler un nouveau principe général selon lequel aucun maître ne doit être placé dans son recrutement et sa carrière sous la dépendance de ses élèves ou étudiants et suggère finalement de résoudre le problème posé sur le terrain de la compétence, c'est-à-dire de l'article 34 de la Constitution.

Mais, d'un autre côté, il faut bien voir que tous les principes généraux du droit ne peuvent pas avoir la même portée ni le rayonnement d'idées-forces comme celles de liberté, d'égalité ou de continuité du service public qui, à cause de leur haut degré d'abstraction, se ramifient en de nombreuses règles d'application.

Et puisqu'il existe ainsi nécessairement de grands et de moins grands principes généraux du droit, le seul regret qu'on puisse exprimer c'est que le Conseil d'État n'ait pas suffisamment distingué ces dernières années les principes généraux communs à l'ensemble de notre système juridique de ceux qui ne concernent que l'une de ses branches. Ce qu'il avait commencé de faire en se référant aux principes généraux du droit électoral (CE, 8 mai 1931, Roux, Rec., p. 510), aux principes généraux du droit pénal (CE, 19 octobre 1962, Canal précité) ou en invoquant les principes généraux du droit applicables même sans texte à la matière des travaux publics (28) ou à l'organisation de concours (29). On conviendra toutefois que, dans le domaine de la procédure, il était peut-être difficile d'ajouter une nuance de plus à la palette.

B. Les déviations de leur mode d'élaboration.

Mais, au-delà du problème de leur qualification, c'est la méthode d'élaboration de ces règles non écrites que contestent finalement M. D. Linotte et plus encore M. S. Rials.

Elle n'est pourtant pas nouvelle. Il y a longtemps, en effet, que le Conseil d'État s'appuie sur le droit positif considéré dans ses expressions les plus diverses et sa continuité historique pour en déduire les principes essentiels. Ce qui lui permet d'affirmer qu'il ne les crée pas, mais qu'il les dégage de toute une tradition juridique ou de l'esprit des institutions (30).

Le procédé est effectivement rassurant car il représente une garantie contre la subjectivité du juge. Il est aussi éminemment pédagogique dans la mesure où il résume à l'intention des administrateurs et des juridictions du premier degré les grands axes d'une législation éclatée et discontinue. Bref il a largement fait ses preuves puisqu'on lui doit la plupart de nos principes généraux les plus incontestés.

Cela dit, et comme tout procédé qu'on pousse trop loin, il peut devenir à l'occasion artificiel ou même dangereux.

(27) CE, Ass., 11 juillet 1980, ministre de l'Intérieur c/Montcho, Rec., p. 315, *Rev. adm.*, 1980, p. 606, Chron. JJ. Bienvenu et S. Rials.

(28) CE, 14 octobre 1966, ministère de la Construction c/ville de Bordeaux, Rec., p. 537.

(29) CE, 13 juillet 1967, Geslin, Rec., p. 316.

(30) Cf. notre thèse préc., p. 123 et suiv.

On le voit bien dans la série d'affaires qui nous intéresse. Les quatre principes nouveaux en question sont, en effet, tous issus d'une généralisation de textes ou de pratiques jurisprudentielles. Mais la méthode ne semble appropriée que dans deux cas, elle s'avère au contraire contournée ou « hasardeuse » dans les autres.

1. C'est ainsi qu'en reconnaissant aux juges la faculté de prononcer une astreinte en vue de l'exécution tant de leurs décisions que des mesures d'instruction qui en sont le préalable, le Conseil d'État dans son arrêt « Barre et Honnet » du 10 mai 1974 ne fait que consacrer une solution progressivement imposée par la Cour de cassation. Pour reprendre l'expression utilisée par MM. Franc et Boyon, il « constate » l'existence d'un principe général du droit démontrée par la constance d'une jurisprudence.

S'agissant de la publicité des débats judiciaires M. Gentot, dans ses conclusions sur l'affaire « Mme David », n'a pas de peine non plus à prouver qu'elle résulte de tout un faisceau de prescriptions législatives ou même constitutionnelles remontant pour certaines à près de 150 ans. Et il faut bien reconnaître avec lui qu'une tradition aussi ancienne ne trompe pas et témoigne de l'importance attachée par l'opinion commune à cette garantie d'impartialité.

On a pu, il est vrai, se demander pourquoi, dans ces conditions, le Conseil d'État n'avait pas cru devoir l'imposer à l'ensemble des juridictions. Tout simplement parce que dans l'ordre administratif il ne pouvait pas s'appuyer sur une pareille série de précédents législatifs ou jurisprudentiels. En formulant la règle de la publicité des audiences à la seule intention des tribunaux judiciaires il restait donc parfaitement fidèle à sa méthode d'élaboration des principes généraux du droit.

Et c'est la même logique qui sous-entend toute l'argumentation développée par M. Labetoulle dans ses conclusions sur une affaire plus récente concernant la procédure à suivre devant le Conseil de l'Ordre des médecins (CE, 27 octobre 1978, Debout, Rec., p. 395). D'un côté, en effet, le commissaire du Gouvernement mesure bien ce que peut avoir de choquant cette disparité de régime entre les deux ordres de juridictions et il s'efforce de réduire à leur juste portée les dispositions trop souvent invoquées pour la justifier de manière à permettre une évolution de la jurisprudence sur ce point. Mais par ailleurs il lui paraît difficile de tenir pour négligeables les nombreux textes qui, en matière disciplinaire, excluent expressément la publicité des audiences. Car ce serait, de son propre aveu, oublier que « l'affirmation d'un principe général du droit est moins la création *ex nihilo* d'une règle vraiment nouvelle que la reconnaissance et la consécration d'une norme jusque-là inexprimée, mais néanmoins sous-jacente ».

Aussi bien, pour éviter de rompre avec cette conception, M. Labetoulle propose-t-il finalement d'étendre le principe de la publicité des audiences aux juridictions administratives, mais d'exclure son application en matière disciplinaire dans les deux ordres juridictionnels : solution intermédiaire vers laquelle semble s'orienter le Conseil d'État.

2. L'origine coutumière du droit de mener une vie familiale normale que consacre l'arrêt GISTI du 6 décembre 1978 est, en revanche, beaucoup moins évidente.

Sans doute le commissaire du Gouvernement s'emploie-t-il à lui trouver plusieurs fondements dans les textes : d'abord, cette formule du préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », ensuite les diverses conventions conclues en la matière, enfin tout l'esprit du Code de la famille et du Code civil. Mais ces dernières références restent bien vagues et ne sont manifestement destinées qu'à contrebalancer la part du constituant dans la genèse de la règle en question.

M. Dondoux revient, en effet, à plusieurs reprises sur ce point dans ses conclusions : le droit à mener une vie familiale normale ne résulte pas seulement du préambule, affirme-t-il, mais aussi de l'ensemble de la législation. Il constitue donc un principe général de *notre* droit, et c'est à ce titre qu'il propose au juge d'en consacrer l'existence.

On reconnaît là, bien sûr, la position traditionnelle du Conseil d'État à l'égard des déclarations des droits; mais la question se posait précisément de savoir si, depuis l'essor de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il ne l'avait pas abandonnée. Or il n'en est rien et tout l'intérêt de l'arrêt GISTI réside dans cette révélation : *le juge administratif n'a pas renoncé à utiliser la théorie des principes généraux du droit comme un relais dans l'application de nos préambules constitutionnels.*

C'est qu'il tient à se réserver une marge d'interprétation et on ne peut pas le lui reprocher, même si le détour emprunté peut paraître parfois bien artificiel ou inutile.

3. Il en va tout différemment dans le cas de l'arrêt « dame Peynet » du 8 juin 1973 car la solution qu'il retient ne repose vraiment cette fois que sur de bons sentiments.

Ce qui n'est pas condamnable en soi. Il a toujours été admis, en effet, et par les rédacteurs du Code civil eux-mêmes, qu'à défaut de loi précise, *le juge est un ministre d'équité* (31). On comprend donc parfaitement que le Conseil d'État ait voulu imposer à l'Administration cette règle dictée par la loi naturelle et consacrée par le Code du travail selon laquelle un employeur ne peut pas licencier une femme salariée en état de grossesse. Mais ce qui nous semble contestable, c'est d'en avoir fait un principe général du droit, et cela pour trois raisons complémentaires :

— d'abord parce que, comme nous l'avons vu, elle est trop restreinte dans son objet, pour mériter cette qualification. Il ne s'agit pas là, en effet, d'une norme vraiment générale susceptible de s'appliquer à une grande variété de situations, mais plutôt d'une mesure spéciale destinée à corriger l'injustice à laquelle aboutirait, dans le cas particulier des employées enceintes non titulaires, une interprétation purement littérale des textes, ce que le doyen Geny appelait *l'équité individuelle* (32);

— ensuite parce que si le juge se mettait à créer un principe général du droit chaque fois qu'il se trouve en présence d'un vide juridique quelconque, la théorie tout entière perdrait vite à ce train-là son originalité et son prestige, elle ne serait plus qu'un expédient, une recette trop facile;

— enfin parce que, dans l'espèce, la règle en question n'est pas dégagée d'un ensemble de textes, mais d'une seule disposition (art. 29 du livre I du Code du travail) *érigée pour les besoins de la cause en principe général du droit.*

Et c'est là que le procédé devient dangereux, dans la mesure où il ouvre la voie à une application sélective, pour ne pas dire opportuniste, du droit commun à l'Administration. Car, à suivre le raisonnement développé par Mme Grévisse dans ses conclusions sur cette affaire, rien n'est plus facile que de faire bénéficier les agents publics d'un avantage reconnu par les textes aux salariés du droit privé. Il suffit pour cela d'admettre que la disposition qui le prévoit *s'inspire* d'un principe général du droit. Ce que fait très exactement le Conseil d'État dans l'arrêt « dame Peynet ».

Et il faut bien croire que cette méthode nouvelle d'élaboration des principes généraux du droit n'était pas, pour reprendre l'expression de M. S. Rials, complètement « innocente » et qu'elle comportait de toute manière un sérieux risque de contagion puisque, dans un jugement du 24 mars 1977 (Rec., p. 568), le Tribunal administratif de Strasbourg n'hésite pas à y recourir pour tenter d'imposer aux administrations publiques la règle posée par l'article L. 124-2 du Code du travail et interdisant aux entreprises privées de faire appel à des travailleurs temporaires en vue de remplacer des salariés ou des agents en grève.

Mais on sait que dans son arrêt d'assemblée « Syndicat CFDT des Postes et Télécommunications du Haut-Rhin » en date du 18 janvier 1980 (33) le Conseil d'État n'a pas suivi sur ce point les premiers juges, ni son commissaire du Gouvernement Mme Latournerie, et s'est bien gardé de formuler un nouveau principe général du droit dans une matière où il en existe déjà deux assez difficiles à concilier. Il n'a pas accepté non plus de reconnaître à l'ensemble des agents publics non titulaires un droit à une indemnité compensatrice de congé payé dans le cas où ils cessent leurs fonctions avant d'avoir pu bénéficier de leur congé (CE, 6 mars 1981, M. Briand, Rec., p. 122). C'est dire qu'il a parfaitement aperçu les dangers que contenait en germe la construction de l'arrêt « dame Peynet » et déjà coupé court aux glissements qu'elle risquait d'entraîner.

Il est vrai que le Conseil d'État vient de reconnaître à des agents non titulaires d'une commune le droit de percevoir une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance en vertu des principes généraux du droit (Sect. 23 avril 1982, « Ville de Toulouse c/Mme Aragnou », *Act. jur.* 1982, p. 443, Chron. F. Tiberghien et B. Lasserre). Mais ce n'est pas sans hésitation, sem-

(31) Cf. notre étude sur « La réception de l'équité dans le droit français », parue dans *Equité in the world's legal system*, éd. Emile Bruylant, Bruxelles, 1973.

(32) « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », LGDJ 1932, t. II, p. 112.

(33) Rec., p. 31, *Rev. adm.*, 1980, p. 605, Obs. J. S. Bienvenu et S. Rials; *J.C.P.* 1980, II. 19.450, note Mlle Zoller; *Act. jur.* 1981, p. 89, Chron. Y. Robineau et M. A. Feffer.

ble-t-il, qu'il a ainsi renoué avec la décision « dame Peynet », si l'on en juge par les conclusions très nuancées du commissaire du Gouvernement (Rec. p. 152).

M. Labetoulle s'interroge, en effet, longuement sur l'opportunité de recourir à la technique des principes généraux du droit pour combler les lacunes du droit positif en matière sociale et il faut admettre avec lui qu'en l'occurrence le droit à recevoir un minimum de rémunération ne résulte pas seulement de l'article L. 141-2 du Code du travail, mais d'autres textes applicables aux agents publics. Il s'agit donc bien cette fois d'un véritable principe général du droit et non comme dans l'arrêt « dame Peynet » de la transposition pure et simple au droit public d'une disposition particulière du Code du travail.

On commettrait donc une erreur d'appréciation en prenant cette dernière décision comme symbole de l'évolution subie ces dernières années par la théorie des principes généraux du droit; car la tendance ou la tentation qu'elle a un moment traduite ne correspond vraisemblablement plus à la ligne actuelle du Conseil d'État.

Au demeurant, un seul arrêt, aussi suggestif soit-il, ne fait pas une déviation et nous avons pu constater que les autres principes généraux du droit de fraîche date ne différaient pas sensiblement quant à leur origine et leur portée des précédents. Ils sont bien comme ceux de la première génération *des règles fondamentales non écrites dégagées par le juge de toute une tradition juridique et s'imposant aux autorités administratives.*

***

Reste à savoir si cette construction originale et qui n'a pas si mal résisté aux atteintes du temps ne va pas se trouver progressivement éclipsée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel dont l'essor tardif et d'autant plus accéléré est en train d'effacer plus d'un siècle de suprématie législative (34).

Il est sans doute prématuré de répondre à cette question qui relève pour une large part encore de la conjecture; et le problème de la hiérarchie des normes entre ordres juridictionnels distincts est trop complexe pour qu'on prétende en faire le tour en quelques lignes (35). Mais la jurisprudence que nous venons d'examiner fournit plusieurs indices sur l'avenir des rapports entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel qui permettent au moins de prévenir les simplifications hâtives auxquelles se prête ce genre de pronostic.

Il arrive assez souvent, en effet, qu'au moment où survient une rupture manifeste dans le cours de nos institutions, on soit tenté, sous le choc de la surprise, d'en majorer les prolongements. On l'a bien vu avec les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 qu'on a d'abord présentés comme une révolution de notre ordonnancement juridique pour s'apercevoir au bout de vingt ans qu'ils n'avaient pas sensiblement modifié en fait les domaines occupés antérieurement par la loi et le règlement (36).

Il est vrai que l'assujettissement du Parlement à un juge et à un droit aux ressources insoupçonnées transforme beaucoup plus profondément notre ancien équilibre institutionnel que le partage des compétences entre le législateur et le Gouvernement tenté en 1958. Et il ne s'agit pas de sous-estimer l'importance politique considérable de ce renversement de situation. Mais de là à croire qu'il va bouleverser l'ensemble de notre système juridique et conduire, comme on l'a affirmé (37), à la réunification du droit public et à « la banalisation » de la juridiction administrative, il y a une distance que nous ne franchirons pas, car c'est celle qui sépare encore le Conseil constitutionnel français d'une véritable Cour suprême.

Dans l'état actuel de nos institutions, on a donc de bonnes raisons de penser que les jurisprudences administrative et constitutionnelle poursuivront leur évolution chacune dans leurs ordres et à leurs niveaux respectifs en s'influençant réciproquement, mais selon des modalités plus subtiles que dans un système moniste (38).

---

(34) En ce sens, Jean Rivero : « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs 1980*, n° 13, « Le Conseil constitutionnel », p. 5.

(35) Cf. sur ce point J. M. Auby : « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Eléments de problématique », *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Ed. L'Hermès, Lyon, 1980, p. 21.

(36) Colloque d'Aix-en-Provence, 2 et 3 décembre 1977, « Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement », Presses Univers. d'Aix, Marseille, 1978.

(37) Louis Favoreu : « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs 1980*, n° 13, p. 17.

(38) Cf. C. Vedel, et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, 1980, p. 384.

Ce qui ne veut pas dire que le jeu se déroulera dans tous les cas à armes égales.

1. Il est bien évident, en effet, qu'en raison du rang qu'il occupe dans la pyramide des pouvoirs publics, le Conseil constitutionnel se trouve dans cette compétition en état de supériorité.

Il peut ainsi n'accorder qu'une valeur législative à certains principes généraux du droit et en écarter de cette façon l'application au Parlement; ce qu'il a fait notamment pour la non-rétroactivité des actes administratifs.

Mais il en va différemment dans le sens inverse, car une fois que le Conseil constitutionnel a reconnu valeur supra-législative à un principe tiré ou non du Préambule il devient difficile pour le Conseil d'État de n'en tenir aucun compte dans le contrôle de légalité qu'il exerce sur l'activité de l'Administration. On le mesure bien dans le cas de la continuité du service public depuis que cette règle a été élevée à la dignité constitutionnelle. Le juge administratif auquel il était revenu par la force des choses d'en préciser la portée face aux exigences du droit de grève ne disposera certainement plus désormais de la même liberté pour opérer cette conciliation; il ne sera en tout cas plus le seul appelé à le faire (39).

2. Cela dit, rien ne l'oblige à s'aligner sur les positions du Conseil constitutionnel et on sait qu'il ne l'avait pas fait lorsque ce dernier s'était aventuré à qualifier de « principe général de notre droit » la prétendue règle selon laquelle le silence gardé par l'Administration vaut décision de rejet (40).

Il est vrai qu'en l'espèce le Conseil constitutionnel n'avait reconnu expressément qu'une valeur infra-législative à ce principe contestable; mais on ne peut pas savoir si le Conseil d'État tiendra pour applicables à l'Administration tous les principes dégagés par le Conseil constitutionnel à l'intention du Parlement. Pour éviter cet automatisme, il lui suffira d'ailleurs bien souvent de se retrancher derrière une disposition législative et de rappeler qu'il ne lui appartient pas d'en contrôler la constitutionnalité.

3. Enfin il reste que le Conseil constitutionnel n'a pas le monopole de l'application de la Constitution et des principes politiques et sociaux dont elle se recommande.

On ne voit pas pourquoi dans ces conditions le juge administratif n'aurait pas à l'avenir autant d'occasions d'interpréter de son côté les dispositions du préambule, sans avoir à se heurter nécessairement à une décision du Conseil constitutionnel. Les situations contentieuses sont suffisamment imprévisibles et variées pour lui offrir encore une marge d'initiative en ce domaine. Il en usera à sa manière et dans le cadre de la théorie des principes généraux du droit, mais l'arrêt GISTI est là pour montrer que cette précaution ou cette coquetterie ne bride pas son audace prétorienne quand il s'agit de la défense des droits de l'homme.

Il n'y a pas de raison non plus pour que le Conseil d'État ne soit pas également appelé tout aussi souvent qu'auparavant à se prononcer sur l'aménagement des pouvoirs publics, comme en témoigne cet arrêt du 31 décembre 1980 dans lequel il reconnaît sans texte au Président de la République le droit d'organiser l'intérim du Premier ministre pour assurer la continuité de l'action gouvernementale (41).

L'émergence d'un corps de principes constitutionnels puisés pour une part, mais une part seulement, aux mêmes sources que les principes généraux du droit pose donc de délicats problèmes de coexistence et transforme assurément le paysage juridique français. Le Conseil d'État y perd sans doute la place unique qu'il occupait du fait de l'absence d'un juge constitutionnel digne de ce nom, mais il garde dans son rôle de censeur de l'Administration la même vocation que ce dernier à interpréter et construire le droit positif, fût-il constitutionnel.

Benoît JEANNEAU,
professeur à l'Université de droit, d'économie
et de sciences sociales de Paris.

(39) Léo Hamon : « Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage ? », *D.*, 1980, Chron., p. 333.

(40) CC, 26 juin 1969, et CE, Ass., 27 février 1970, Commune de Bozas, Rec., p. 139.

(41) CE, 31 octobre 1980, FEN et SNI, CGT, Fédération nationale des unions de jeunes avocats et Verdet, Syndicat des avocats de France, *RDP*, 1981, p. 499, concl. Michel Franc.