

1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX : GENÈSE ET CONSÉCRATION D'UNE SOURCE MAJEURE DU DROIT ADMINISTRATIF

Irène Mathy

Avocate au Barreau de Bruxelles

Chargée d'enseignement à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Assistante à l'Université libre de Bruxelles

Introduction	22
SECTION 1. Historique de l'émergence du concept	23
SECTION 2. Rôle du juge et son évolution	27
SECTION 3. Définition et qualification comme source – méthodes d'identification	33
SECTION 4. Principes généraux du droit administratif et principes de bonne administration	39
SECTION 5. Hiérarchie des normes et ordre public	45
Conclusion. Des principes généraux du droit encore promis à un bel avenir ?	57

Introduction

1. La reconnaissance des principes généraux du droit comme source, en droit belge et en droit étranger ou international¹, a longtemps fait l'objet de controverses doctrinales² et de luttes jurisprudentielles. On peut raisonnablement considérer aujourd'hui que ces hésitations appartiennent globalement à des temps révolus³, de sorte qu'une étude sereine des principes généraux du droit, et en particulier des principes généraux du droit administratif, peut être menée sans dépense d'énergie inutile à l'alimentation de débats théoriques, mais bien dans l'unique but de guider le praticien dans la manipulation et la contribution à l'évolution constante de cet outil de régulation des pouvoirs de l'administration et des relations entre administration et administré.

L'objectif de la présente contribution n'est certainement pas de dresser un « catalogue » de ces principes généraux du droit applicables au droit administratif. Outre que l'exercice a déjà été tenté à diverses reprises, une telle démarche reviendrait en quelque sorte à établir la « table des matières » du présent ouvrage, ce qui n'a guère d'utilité pratique pour le lecteur. On s'attachera donc essentiellement, dans les pages qui suivent, à rappeler brièvement la question de leur légitimité comme source, à s'exprimer sur l'acceptation actuelle de leur(s) place(s) dans notre ordre juridique, et à évoquer leur émergence progressive au gré des décisions du Conseil d'État en renvoyant surtout, pour l'analyse de la teneur de chaque principe ainsi annoncé, aux contributions qui suivent.

1. Sachant qu'on laissera, dans la présente contribution, délibérément de côté un éventuel commentaire de l'article 38, 1, c), du Statut de la Cour internationale de Justice quant à la question de savoir si « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », identifiés comme source de droit international par cette disposition, doivent se concevoir ou non comme une source autonome des principes généraux consacrés ou déduits des ordres juridiques nationaux composant la communauté internationale. On renverra notamment, sur cette question, à P. DAILLER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 349-350. On peut toutefois relever d'emblée que la prééminence même du droit de l'Union européenne sur le droit national des États membres est considérée, par la Cour de Justice, comme un *principe général du droit* (voy., en ce sens, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 50).

2. Voy., d'une part, J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création*, B. BLÉRO (éd.), Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 593 ; d'autre part, F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Ann. Dr.*, 1996, pp. 275 et s.

3. Voy., en ce sens également, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 11.

Section 1. Historique de l'émergence du concept

2. On procèdera ci-dessous uniquement au rappel des grandes étapes de la réception des principes généraux du droit dans l'ordre juridique belge, à la faveur de l'engagement assumé à cet égard, successivement, par le Conseil d'État, la Cour de cassation et, enfin, la Cour constitutionnelle.

3. Le premier ouvrage belge consacré aux « Principes généraux du droit administratif » semble être celui de Pierre Wigny, datant de 1947⁴. L'auteur tirait alors, déjà, de la nature embryonnaire et incomplète du droit administratif la nécessité pour le juge de déduire de la loi les « règles fondamentales » applicables même aux hypothèses particulières ou nouvelles que la loi n'avait pu raisonnablement anticiper ou appréhender⁵. Il ne s'agit cependant pas à proprement parler d'un traité consacré aux principes généraux du droit en tant que tels, mais plutôt à l'élaboration d'une théorie du droit administratif, tentant de systématiser les règles de cette branche du droit pour les rendre applicables transversalement à tout élément de l'organisation ou de l'exercice de la fonction administrative. Dans cet exercice de systématisation émergent çà et là des règles générales ou axiomes qu'on pourrait qualifier aujourd'hui de principes généraux du droit, dans la mesure où la démarche de l'auteur consiste, comme celle des juges à partir des années 50, à induire d'une norme particulière une règle d'application transversale à toute la matière du droit administratif.

4. Sous l'influence de son homologue français, le Conseil d'État fut la première juridiction belge à faire application d'un principe général de droit comme source de droit autonome, pratiquement dès sa création.

Ainsi, un des premiers principes généraux du droit à avoir été affirmé par la jurisprudence du Conseil d'État semble être le principe général du droit *patere legem quam ipse fecisti*, déjà présent dans un arrêt du 26 août 1949, n° 115, *François*⁶.

Avant les années 70, d'ailleurs, seul le Conseil d'État avait déjà pleinement assumé la possibilité de faire émerger, par l'œuvre interprétative du juge, des principes généraux du droit, déduits soit des prémisses de la loi, soit de son silence.

Outre la question de la consécration expresse de tel ou tel principe au fil de la jurisprudence administrative, il est par ailleurs remarquable que, dès 1952, le Conseil d'État a en tous les cas admis sans réserve l'*existence* d'une

4. Bruxelles, Bruylant, 1947.

5. *Ibid.*, p. 7.

6. En ce sens, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, vol. 1, p. 780 ; également J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 20^e éd., Malines, Kluwer, 2014, p. 55.

telle catégorie de sources de droit, tout en résistant régulièrement à l'étiquetage ainsi appliqué par les requérants à différentes notions qu'ils souhaitaient faire rentrer dans cette catégorie⁷.

5. Dans le monde judiciaire, les principes généraux du droit avaient également fait leur apparition, *d'abord sous forme doctrinale*, à la même époque, sous l'influence notamment du procureur général W. J. Ganshof van der Meersch⁸, qui finit par leur consacrer sa *Mercuriale* de rentrée en 1970⁹, afin de convaincre la Cour de cassation d'abandonner sa vision obsolète d'un système juridique clos, où la loi devrait nécessairement être considérée comme suffisante et complète.

6. Cette présentation chronologique classique ne doit, certes, pas occulter la circonstance que cette notion n'était pas totalement absente antérieurement de la jurisprudence de la Cour. Elle y était toutefois toujours évoquée de manière implicite, ou par divers détours. On pense, en particulier, au principe de continuité de l'État, qualifié par le Procureur général comme un « axiome de droit public » dès ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1919 validant la légifération sous forme d'*arrêtés-lois de guerre*, par le Roi demeuré seule branche du pouvoir législatif ayant conservé sa liberté d'action, au nom des « principes constitutionnels »¹⁰. La Cour réitérera cette position, on le sait, après la deuxième guerre mondiale, en faveur des ministres réunis à Londres en Conseil, au nom de la « permanence de la souveraineté nationale »¹¹, que même l'occupation étrangère ne pourrait suspendre¹².

7. Voy., à cet égard, J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, pp. 621-622, et les références d'arrêts citées par l'auteur.

8. Dès 1963, à travers sa contribution « Le droit de la défense, principe général de droit ; Réflexions sur des arrêts récents », in *Mélanges J. Dabin*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 569-614. On relèvera toutefois, à la suite de J. VELAERS (« Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 1, p. 538), que déjà le Procureur général Léon Cornil écrivait, en 1950, que « les lois ne résolvent pas toutes les questions de droit que posent les procès (...) » ; le pouvoir judiciaire doit, pour les résoudre, se référer (...) aux principes qui forment l'armature morale et politique sur laquelle repose l'organisation sociale » (*Mercuriale* du 15 septembre 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 16).

9. « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, pp. 557-573 et pp. 581-596.

10. *Pas.*, 1919, I, p. 9.

11. Cass., 6 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 23.

12. Ces arrêts seront également évoqués par le Procureur général W. J. Ganshof van der Meersch dans sa *Mercuriale* de 1970, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 581-582. Voy. également, en matière de troubles de voisinage, de régime statutaire du personnel des associations de droit public ou, à nouveau, de continuité de l'État et des services publics, les autres références citées par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit ; Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, pp. 573-578 et 607-611.

Le Procureur général Ganshof van der Meersch rappelle également à la Cour, dans sa *Mercuriale* de 1970, que celle-ci avait déjà utilisé le concept, de manière négative, dans un arrêt du 10 janvier 1867, en constatant que « ni d'après les principes généraux ni d'après la loi de la concession », les emprises immobilières dont pouvait bénéficier un concessionnaire de chemins de fer ne pouvaient être considérées comme des actes de dépossession ou d'expropriation au préjudice de la commune¹³. Une telle référence non spécifique aux « principes généraux du droit administratif » se retrouvait également, quant au régime statutaire des agents des associations de droit public, dans un arrêt de la Cour du 29 avril 1960¹⁴. Le Procureur général cite encore, dans le même esprit, un arrêt du 2 mars 1951 invoquant les « principes généraux qui régissent l'organisation judiciaire »¹⁵, et un arrêt du 24 juin 1926 évoquant les « principes généraux du droit criminel » à propos de l'autorité absolue de chose jugée des décisions en matière répressive¹⁶.

C'est également au principe de continuité, sous l'angle de la permanence des services publics, que la Cour de cassation faisait à nouveau écho dans deux arrêts du 10 janvier 1950 et du 8 janvier 1952, en la qualifiant de « condition essentielle de l'existence de l'État »¹⁷. Ce principe apparaît ensuite dans une série d'arrêts de la Cour mais, jusqu'en 1970, sans être expressément qualifié de principe général du droit ou de règle juridique. Il en va de même du principe de l'impartialité du juge, appliqué mais non qualifié comme tel dès 1957¹⁸ ou encore, en 1970, de l'interdiction pour le juge de se prononcer *ultra petita*, présentée comme une « règle fondamentale [...] consacrée notamment par l'article 1138 du Code judiciaire »¹⁹. On peut, en revanche, relever l'exemple isolé d'une reconnaissance expresse comme « principe général », « inséparable de tout acte de juridiction », accordée aux droits de la défense à compter de deux arrêts du 2 mai 1961²⁰, ainsi que de

13. *Ibid.*, p. 573. P. Marchal (*Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 57) évoque également un arrêt du 14 mars 1907 dans lequel la Cour aurait jugé que « l'article 50 du Code pénal n'est que l'application d'un principe général d'après lequel si plusieurs personnes ont, par une faute commune, causé un dommage à autrui, le préjudice peut être imputé en entier à chacune d'elles », ainsi que des références faites en 1909, 1915 et 1924, à l'équité et au droit naturel (*ibid.*, p. 58).

14. *Ibid.*, p. 583.

15. *Ibid.*, p. 584.

16. *Ibid.*, p. 585.

17. Cités par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 581.

18. Cass., 6 mai 1957, cité par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 583 et P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 58. Il sera consacré comme tel par la Cour en 1990, selon P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 61.

19. Cass., 15 janvier 1970, cité par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 585. Le principe sera réitéré en tant que tel par un arrêt du 26 mai 1971, cité par P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 60.

20. *Pas.*, 1961, I, pp. 926 et 928, également évoqués par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit ; Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*,

fraus omnia corrumpit, dès un arrêt du 23 janvier 1968 rendu en matière fiscale²¹.

Par contraste, la Cour refusait toutefois encore d'accorder une quelconque valeur juridique en dehors de la loi au principe de présomption d'innocence, dans un arrêt du 27 avril 1964²²...

7. Ce n'est donc qu'après la Mercuriale de 1970 que la Cour de cassation assumera pleinement d'ériger les principes généraux du droit au rang de source à part entière de droit belge, en admettant que la seule invocation de ces principes, sans combinaison ou référence à une autre norme, puisse soutenir la recevabilité d'un moyen soulevé devant elle, au regard de l'article 1080 du Code judiciaire²³. Un « déclin » important, à cet égard, et mobilisé comme tel par le Procureur général Ganshof van der Meersch dans son plaidoyer, fut la promulgation du Code judiciaire, dont l'article 2, on le verra, paraît reconnaître la valeur juridique des principes généraux du droit²⁴.

S'en est suivie une grande période d'essor et de développement de cette source, à travers la jurisprudence de la Cour, dans les années 1970-1980²⁵. La « production » de principes généraux du droit par la Cour de cassation s'est pour le moins ralentie depuis lors²⁶, à la faveur notamment d'une prolifération législative laissant peu de champ d'expression à une source toujours considérée, par la Cour, comme *subsidaire* à la loi.

8. On critiquait toutefois toujours, fin des années 1990, le « caractère désespérément vague » des principes généraux du droit et leurs « extrapolations

pp. 611-613. On renverra également à l'impressionnant relevé des dispositions particulières de droit belge mettant en œuvre ce principe, réalisé par le Procureur général aux notes 452 et 453 de sa Mercuriale, W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 591-592.

21. Cité par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 594.

22. *Ibid.*

23. Pourvu toutefois que ledit principe ne trouve pas également sa source dans une disposition législative expresse applicable à l'objet du litige, auquel cas le moyen n'est recevable que si cette disposition législative est (également) invoquée, le principe eût-il une portée plus large (S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 2, p. 503 et les références citées). Voy. également J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général du droit », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 629-631. Cette position confère néanmoins aux principes généraux du droit, contrairement à la coutume ou à l'usage, la faculté de constituer de manière autonome une « loi » au sens de l'article 608 du Code judiciaire, dont la Cour de cassation peut donc censurer la violation *comme telle* (également S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *op. cit.*, p. 515). Sur cette question de procédure, voy. encore P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 70 et s.

24. Voy. *infra* et, dans le même sens, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 16-17.

25. Pour un relevé des principes généraux du droit successivement reconnus par la Cour à cette époque, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 59-60.

26. *Ibid.*, p. 69.

hasardeuses »²⁷, suscitant de manière récurrente la défiance même des juridictions les ayant portés sur les fonts baptismaux²⁸.

À cet égard, on peut admettre que parmi les derniers nés des principes généraux, le principe général de précaution ou principe général du droit relatif au devoir de précaution, développé à partir de la fin des années '90²⁹, ne manquera pas d'encore nourrir cette critique. Il en va certainement de même pour le principe de « *fair-play* », également encore en « gestation » ou en « phase de réception » par notre ordre juridique³⁰. Enfin, on relèvera que ces dernières années se marquent également par un « retour de balancier » en termes de principes généraux du droit administratif : par l'émergence d'un principe de *bonne citoyenneté* tendant à imposer une série de comportements à l'*administré* dans ses relations avec l'administration³¹, c'est une nouvelle dimension, pour ainsi dire absente jusqu'alors des objectifs d'une telle source, qui semble s'installer... et dont le plaideur devra dès lors également tenir compte³².

Section 2. Rôle du juge et son évolution

9. L'apparition officielle tardive des principes généraux du droit, particulièrement dans la jurisprudence de la Cour de cassation, est traditionnellement associée à la crainte du juge, dans l'héritage légicentriste de la Révolution française, d'affirmer qu'il y aurait du « Droit » au-delà des règles écrites et de se voir reprocher de s'ériger, par le biais de cette affirmation, en véritable *créateur de droit*.

Même dans le chef du Conseil d'État, qui se lança pourtant dès ses premières heures dans la mobilisation de cette source, on peut relever une tendance récurrente, dans les années 50-60 à tout le moins, à invoquer d'abord et de manière répétée une règle non écrite sous l'angle de l'excès de pouvoir ou de la violation de formes substantielles, avant d'oser franchir le pas de

27. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 597.

28. Voy. en ce sens, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 498 et les sources citées ; également J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 612.

29. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 843, citant l'arrêt du C.E. n° 82.130, du 20 août 1999, *Venter*.

30. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 857. Voy. également, à ce propos, la contribution de Th. CAMBIER et R. QUINTIN, dans le présent ouvrage.

31. J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, *op. cit.*, pp. 73 et s.

32. Voy. à nouveau la contribution de Th. CAMBIER et R. QUINTIN.

l'affirmation de l'existence d'un principe général du droit autonome³³ de ces « critères d'annulation ».

Selon, J. Jaumotte, « Une telle prudence s'impose d'autant plus que le juge, lorsqu'il affirme pour la première fois l'existence d'un principe général du droit, s'engage, en règle, compte tenu de la nature de la notion, à s'estimer lié à l'avenir par ce principe, au même titre qu'il l'est, en règle, par une norme de droit écrite. [...] »³⁴.

10. D'un point de vue « psychologique », donc, il est indéniable que la Mercuriale de W. J. Ganshof van der Meersch joua un rôle décisif en la matière.

On y recense, classiquement, trois arguments pour convaincre le juge de la pertinence, voire de la nécessité, de reconnaître les principes généraux du droit comme source autonome :

1. Le recours aux principes généraux du droit serait nécessaire, et même obligatoire : selon l'article 5 du Code judiciaire en effet, « il y a déni de justice lorsque le juge refuse de statuer sous quelque prétexte que ce soit, *même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* ». On ne pourrait donc rêver invitation plus explicite faite au juge à combler lui-même la panoplie proposée par le droit écrit.
2. Le législateur aurait lui-même reconnu la légitimité des principes généraux du droit en tant que source formelle à part entière, lorsqu'il a fait référence, de manière tout à fait explicite, à l'existence de ces principes, à l'article 2 du Code judiciaire fraîchement promulgué à l'époque. Cette disposition, en effet, autorise à ne pas appliquer le droit commun de la procédure à une action en justice s'il existe des dispositions légales non abrogées ou des « principes de droit » dont l'application n'est pas conciliable avec les dispositions du Code³⁵.
3. Enfin, argument sans doute plus rhétorique que juridique, le juge ne « créerait » pas lui-même les principes généraux du droit : il se bornerait à en « révéler » l'existence, à les « dévoiler », à les « découvrir » en

33. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 619.

34. *Ibid.*, pp. 619-620 et s. Voy., dans le même sens, en ce qui concerne la prudence comparable de la Cour de cassation, A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et en droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, coll. Conférence du Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2006, p. 162 : « Chaque fois que la Cour reconnaît l'existence d'un principe général du droit, elle élargit ainsi dès lors en quelque sorte sa compétence. C'est pour cette raison, ainsi que pour préserver la sécurité juridique, que la Cour est prudente dans la reconnaissance de « nouveaux » principes généraux du droit ».

35. Sur l'interprétation de cette disposition à la lumière de ses travaux parlementaires, voy. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 566.

marge d'un droit écrit qui n'a pas pris la peine d'expliciter lui-même les commandements juridiques qu'ils contiennent, tant ces commandements seraient « évidents ». Et il ne peut le faire, d'ailleurs, que s'il est intimement convaincu que le principe en question fait partie intégrante de son ordre juridique : « Le juge "reconnaît" (au sens d'"admettre" – *erkennen*) le principe général du droit, parce qu'il le "reconnaît" (au sens de "distinguer" – *herkennen*) dans le système juridique »³⁶.

Ainsi, W. J. Ganshof van der Meersch écrivait à ce propos, dès 1963, « les principes généraux du droit existent en dehors du texte, même quand celui-ci les formule [...] le juge quand il assure le respect des principes généraux, en constate et en affirme l'existence. Ils ne sont créés ni par le législateur ni par la jurisprudence. Ils se forment en dehors d'eux, mais une fois formés, ils s'imposent au juge, qui en déterminera les modalités d'application »³⁷.

Cette conception se retrouve également, de manière paradigmatique, dans un arrêt du Conseil d'État, n° 146.260, du 20 juin 2005, *Gilbert* : « Lorsque le juge affirme l'existence d'un principe général de droit, il se fonde sur la volonté implicite du Constituant, du législateur ou de l'autorité réglementaire, induite tantôt de la lettre, tantôt de l'esprit d'un ou de plusieurs textes régissant diverses circonstances présentant quelque analogie, en manière telle que ceux-ci ne constituent que des applications particulières d'une règle générale préexistante mais non écrite ».

11. Les arguments ainsi recensés sont bien connus, la réplique qui peut y être faite également :

- L'affirmation selon laquelle le droit écrit présenterait un « silence », une « obscurité » ou une « insuffisance » auxquels il faudrait remédier par la recherche d'un principe général du droit, procède elle-même d'une *interprétation* de ce droit écrit. Or, l'opération interprétative, en droit, laisse une marge importante de liberté au juge...
- À cet égard, on peut en outre relever que l'invitation faite par l'article 5 du Code judiciaire se trouve immédiatement nuancée et restreinte par

36. J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, pp. 541-542. Également P. MARCHAL : « Le juge ne peut constater l'existence d'un principe général du droit que s'il a la certitude que ce principe répond à la volonté non exprimée du législateur ou du Constituant et que, dès lors, étant généralement reconnu, il aura la force obligatoire propre aux normes de droit positif », *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 31.

37. « Le droit de la défense, principe général de droit ; Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, p. 587.

son article 6, interdisant au juge de statuer par voie de dispositions générales³⁸.

- Par ailleurs, l’affirmation selon laquelle les commandements juridiques exprimés par les principes généraux du droit sont « évidents » est, en elle-même, éminemment subjective³⁹, et qui plus est plus souvent qu’à son tour battue en brèche par les controverses persistantes relatives à l’existence de tel ou tel principe général du droit ou à la portée qui lui est assignée, ou encore sur le rang hiérarchique qui est le sien.

Ainsi, par exemple, la Cour constitutionnelle estime que la « proportionnalité des peines » est un principe général de droit pénal, alors que la Cour de cassation estime qu’il n’existe pas de principe général de proportionnalité⁴⁰, que ce soit en matière répressive⁴¹ ou disciplinaire⁴².

De même, le Conseil d’État reconnaît la valeur de principe général du droit tant à « *nemo auditur* » qu’à « *fraus omnia corrumpit* », tandis que la Cour de cassation n’attribue cette qualification qu’au second⁴³. La Cour refuse également la qualification de principe général du droit au principe du raisonnable ou à *patere legem quam ipse fecisti*⁴⁴.

Il existe, dans cet esprit, une série de principes que la Cour de cassation refuse de qualifier de « principes généraux du droit » et dont l’application requiert, dès lors, impérativement qu’une norme écrite soit invoquée à son appui, sous peine d’irrecevabilité du moyen de cassation. A. Bossuyt⁴⁵ énumère, au rang de ces « faux principes » en droit public et administratif :

- l’égalité d’utilité du service public ;

38. Voy. en ce sens, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 516.

39. Voyez, en ce sens, notamment P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », in S. GILSON (dir.), *op. cit.*, p. 12.

40. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit ? op. cit.*, pp. 48 et 63, où l’auteur précise que la Cour applique le principe mais ne le reconnaît pas comme tel. Voy. également P. MARCHAL, *ibid.*, pp. 123 et s.

41. Cass., 5 mai 1995, *R.W.*, 1995-96, p. 540.

42. Cass., 19 novembre 1993, *Arr. Cass.*, 1993, p. 968.

43. Voy. à cet égard les références citées par J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d’État de Belgique*, *op. cit.*, p. 834.

44. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 534 ; également P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 21 (et pp. 132-133), qui tente d’expliquer cette divergence par la différence d’utilité pratique de ce principe pour la Cour de cassation, amenée à juger l’action des juges plus que l’action administrative. Il est vrai que, confrontée à la cohérence de l’attitude de l’administration, notamment en matière fiscale, la Cour de cassation aura plus facilement recours, avec un résultat équivalent, au *principe de confiance légitime*, de sorte que la protection de l’administré sera en toute hypothèse garantie (voy. à cet égard, notamment P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 18).

45. A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et en droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 163.

- l'interprétation conforme à la Constitution des lois et règlements ;
- l'effet rétroactif d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État⁴⁶ ;
- la concertation préalable obligatoire en Conseil des ministres des actes du gouvernement ;
- l'effet non rétroactif des actes individuels⁴⁷ ;
- le principe de réciprocité des conventions internationales⁴⁸ ;
- la prééminence de l'intérêt public sur l'intérêt particulier⁴⁹ ;
- l'obligation de *standstill*⁵⁰ ;
- ou encore le principe de consistance⁵¹.

On peut évidemment rappeler également le débat sur la portée – constitutionnelle ou supraconstitutionnelle – du principe de la primauté de la norme de droit international dotée d'effet direct sur la norme de droit interne qui lui est contraire⁵².

De même, il est des principes reconnus, telle l'égalité et la non-discrimination, mais dont le caractère ou non d'*ordre public* fait encore débat entre les juridictions suprêmes⁵³.

Enfin, il peut également exister un débat entre juridictions sur les *conséquences* de la violation de tel ou tel principe : ainsi, si le Conseil d'État déduit de la violation du principe du délai raisonnable une perte de compétence dans le chef de l'administration, la Cour de cassation se refuse, notamment, à en déduire l'extinction de l'action disciplinaire⁵⁴.

On peut encore souligner qu'une telle affirmation d'évidence peut comporter l'effet pervers de dispenser le juge de justifier de la consécration du principe qu'il reconnaît : et, à cet égard, de regretter certains arrêts de la Cour de cassation parfois très laconiques en la matière, lorsque la Cour n'indique pas procéder par induction amplifiante⁵⁵ (voy. *infra*).

46. Rejet également relevé par P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 62.

47. *Ibid.*, p. 63.

48. *Ibid.*, p. 62.

49. *Ibid.*, p. 63.

50. *Ibid.*, p. 65.

51. *Ibid.*, p. 65.

52. Voy. notamment, A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, p. 726. Pour une analyse détaillée de ce principe, sous l'angle retenu par la Cour de cassation et par les autres juridictions supérieures du pays, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 88 et s.

53. Voy. à cet égard, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, op. cit., p. 54.

54. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, op. cit., p. 839 et note 2. Voy. également, à ce sujet, la contribution d'E. GOURDIN et M. KAISER, au présent ouvrage.

55. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 66.

12. Quoi qu'il en soit, le pouvoir créateur du juge en la matière est aujourd'hui davantage assumé⁵⁶. Car, en définitive, c'est bien si et seulement si le juge permet la réception d'un principe dans le droit positif que celui-ci peut accéder au rang de principe général du droit : certains parlent donc, désormais, de « paternité active » du juge dans la naissance des principes généraux du droit⁵⁷.

Pour autant, et bien que les méthodes d'identification des principes généraux du droit soient diverses (voy. *infra*), il convient de souligner, avec S. Seys, D. de Jonghe et Fr. Tulkens, que les principes généraux du droit ne sont jamais créés à partir de rien, « mais à partir du système juridique tel qu'il existe dans toutes ses composantes [...] ». En ce sens, la préexistence du corpus normatif (envisagé au sens large comme incluant le *soft law*) bride la liberté du juge qui doit respecter celui-ci dans son travail d'invention du principe général du droit. Ainsi, l'absence de contrariété du principe général du droit par rapport à la loi (au sens large), l'effectivité et la légitimité du principe et, plus largement, l'acceptabilité de celui-ci par la communauté des juristes, sont autant de composantes dont le juge tient compte lorsqu'il élabore un principe général du droit et qui limitent sa liberté d'action »⁵⁸ ; garde-fous auxquels on peut encore ajouter, entre autres, la relativité de l'autorité des décisions juridictionnelles⁵⁹.

Ainsi, l'intervention du juge constitue la seule étape formelle d'un processus de cristallisation s'appuyant, en amont, sur un faisceau d'indices témoignant de l'arrivée à maturité d'un principe⁶⁰, tandis qu'elle se poursuit en aval grâce à la pluralité des juges qui l'enrichissent.

56. Voy. d'ailleurs déjà, en ce sens, X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 38-39.

57. Expression rencontrée sous la plume de S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 515.

58. *Ibid.*, p. 529, qui constatent en outre que le retour au « tout à la loi » serait également, voire bien plus encore, une source d'arbitraire juridictionnel (p. 530).

59. Comme le relèvent J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, « Aan de leer van de algemene beginselen van het recht wordt door M. Sommerhausen en J. Mertens de Wilms verweten dat zij ertoe leidt dat het rechtmatigheidstoezicht van de rechter in een beleidstoezicht ontgaat », ce à quoi ils répliquent : « De rechter die een beroep doet op de algemene rechtsbeginselen van het recht beperkt er zich toe een voorafbestaande regel naar voren te brengen waarvan hij de grondslag vindt, hetzij in een grondwettelijke rechtenverklaring, hetzij in wetgevende teksten die hiervan reeds sporadisch een toepassing hebben gemaakt. Het komt er eigenlijk op neer de volledige gevolgtrekking te maken uit een rechtstoestand welke nog niet zeer duidelijk tot uiting was gebracht, maar toch niet voor ernstige betwisting vatbaar lijkt », *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, *op. cit.*, pp. 50-51.

60. Ces indices puisent tout autant leur origine dans un patrimoine de valeurs communément partagées que dans une multiplicité de sources d'influence qui façonnent un ordre juridique à un moment donné et traduisent un « consensus quasi unanime » (E. KRINGS, cité par S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, note 94) sur l'émergence d'un principe (sources de *hard law* mais aussi de *soft law*, sources formelles aussi bien

Section 3. Définition et qualification comme source – méthodes d'identification

§1. Source « originaire »

13. Les difficultés intrinsèques à la réception de cette source justifient qu'il ne soit pas aisé de définir ce qu'est un « principe général du droit »⁶¹. Il faut d'ailleurs bien constater que tous les auteurs qui s'y sont essayés ont systématiquement exprimé les plus claires réserves sur le caractère périlleux ou vain de l'exercice. L'objet du présent ouvrage n'étant toutefois pas de faire de la théorie du droit, mais bien de s'adresser, principalement, au praticien, on retiendra, d'un point de vue pragmatique, que le principe général de droit peut se définir comme une « règle que le juge qualifie de juridique et qu'il applique comme telle [...] même si elle ne se trouve énoncée dans aucun texte et, en tous cas, sans se référer expressément à une disposition écrite de droit positif »⁶².

En dépit de leur « ambiguïté fondamentale »⁶³, la qualité de source du droit des principes généraux est à présent presque unanimement reconnue⁶⁴. Cette reconnaissance ne doit toutefois pas occulter la révolution qu'elle traduit dans un contexte encore très imprégné du légicentrisme du 19^e siècle⁶⁵.

14. Les principes généraux du droit participent, en réalité, du concept de *sources originaires*⁶⁶ qui, par définition, *préexistent* aux sources formelles écrites tirant leur validité d'une règle de reconnaissance (écrite) préalablement posée par l'ordre juridique dont elles se réclament (sources *dérivées*)⁶⁷. On ne trouve, en effet, aucune allusion dans la Constitution à des sources non écrites, tels les principes généraux du droit. Or, en vertu de l'article 33, alinéa 2, de la Constitution, tous les pouvoirs – et donc, notamment, la fonc-

qu'informelles). À ce titre, les principes généraux endossent une « fonction d'interface entre le droit et le non-droit » (*ibid.*, n° 19).

61. Sur ce sujet, voy. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, pp. 598-599 ; également S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 493-494.

62. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 600.

63. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 549.

64. *Ibid.*, n° 1.

65. Pour citer W. J. Ganshof van der Meersch : « La référence au texte de la loi pouvait se comprendre "quand on croyait que toutes les règles de droit sont énoncées dans les lois", écrivait M. le conseiller Rolin. Depuis que cette illusion s'est dissipée, l'exigence se comprend-elle encore ? » in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 594-595.

66. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 148 et s.

67. Dans le même sens, voy. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 499 et note 28.

tion *normative* – s'exercent de la manière établie par la Constitution elle-même. Dans la conception moderne de notre ordre juridique, toutefois, ceci n'emporte pas qu'il conviendrait de considérer que notre Constitution – et les autres normes ayant créé certaines sources de droit en vertu de celle-ci – constituerait pour autant un catalogue *fermé* auquel ne pourrait être ajoutée aucune autre source de règles juridiquement tenues pour obligatoires.

En effet, comme l'écrit H. Dumont : « autant une Constitution écrite peut instituer les sources que la théorie générale du droit qualifie de "dérivées" – ainsi les lois, les décrets, les règlements, les actes administratifs ou les contrats –, autant elle est nécessairement impuissante à nier l'existence des sources du droit "originaires" que sont les coutumes, les principes généraux du droit et la jurisprudence. Dans certaines limites, la Constitution peut affirmer sa primauté à l'égard de ces sources, mais elle ne saurait les vouer à l'inexistence juridique dans la mesure où elles sont plus originaires qu'elle-même. C'est qu'au commencement du droit, on ne trouve pas la notion de Constitution, mais bien les figures incontournables de la coutume, des principes et du juge qui sont inhérentes à la notion même de droit »⁶⁸. En réalité, loin de signifier l'exhaustivité de la norme écrite, l'article 33, alinéa 2, établit seulement sa primauté – ce qui, pour notre propos, aura un impact quant à l'appréciation de la place des principes généraux du droit dans la *hiérarchie des normes*.

15. Ainsi, par contraste avec les sources dérivées dont la validité s'apprécie essentiellement en termes de légalité, les sources originaires fonctionnent pour leur part avant tout à l'effectivité, et même à la légitimité. C'est ce que traduit la nécessité d'une consécration *judiciaire* des principes généraux du droit.

Ce critère d'effectivité ne doit toutefois pas être mal compris : contrairement à la coutume, en effet, un principe général de droit ne voit pas sa reconnaissance conditionnée, ni ne cesse d'exister par cela seul que le comportement qu'il prescrit ne correspondrait pas à une pratique généralisée et constante⁶⁹.

68. H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 1, p. 10.

69. Dans le même sens, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 514.

Les caractéristiques de la règle de droit ainsi visée consistent en sa grande généralité⁷⁰ – ses applications sont nombreuses et variées⁷¹ – et l'importance du commandement juridique qu'elle exprime⁷².

§2. Méthodes d'identification

16. Le principe général du droit contiendra par exemple une norme que les sources formelles de droit n'ont pas énoncée dans sa généralité, mais à laquelle ces mêmes sources confèrent de nombreuses applications particulières et parcellaires, unies par une même inspiration (on pense, notamment, en droit judiciaire privé, au principe du contradictoire⁷³ ou encore au principe dispositif).

Le constat de l'existence d'un principe général du droit, en pareilles circonstances, résulte d'un processus dit d'« induction amplifiante »⁷⁴ au départ de ces consécutions parcellaires.

Cette première méthode, si elle présente le mérite « rassurant » de « raccrocher » le principe général du droit à des règles écrites en constituant autant de légitimations, ne suffit cependant pas à appréhender toute la richesse et la diversité de cette source⁷⁵.

17. Ainsi, en effet, le principe général du droit est également la forme juridique que revêtiront les grands axiomes⁷⁶ qui se trouvent à la base de tout ordre juridique et qui en assurent la viabilité, la pérennité et la cohérence

70. Voy. également à cet égard, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 23.

71. Ce qui n'emporte toutefois pas nécessairement l'applicabilité transversale de tous les principes généraux du droit, certains énonçant un commandement général *au sein* d'une branche du droit déterminée.

72. Bien que ce commandement puisse, parfois, paraître très « technique », en particulier quant aux principes généraux du droit contenant des règles de procédure.

73. Toutefois non reconnu de manière autonome aux droits de la défense par la Cour de cassation, selon P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 63.

74. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *op. cit.*, p. 59. Voy., sur cette méthode, notamment P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 28 et s. Sur la contestation conceptuelle de la validité ou de la pertinence d'une telle méthode, voy. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 519.

75. Dans le même sens, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 30 et les exemples cités. X. Dieux a également dénoncé la volonté de se rattacher artificiellement à cette méthode, même lorsque l'*induction* ne peut en réalité, au mieux, s'appuyer que sur une seule règle écrite et non sur un faisceau concordant (*Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *op. cit.*, p. 61). L'auteur ajoute que le processus est, en réalité, intrinsèquement biaisé, le juge procédant inévitablement à une sélection orientée de dispositions pouvant étayer son « constat ».

76. Sous cette forme de grands axiomes ou de règles fondamentales d'organisation de l'ordre juridique, on peut relever que le législateur semblait déjà y faire référence, par l'utilisation du vocable « principes du droit public belge » à l'article 10, 1^o, de la loi du 25 mars 1876 sur la compétence, citée par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 566.

(principe de la hiérarchie des normes, *patere legem quam ipse fecisti*, principe de la sécurité juridique, principe de la continuité de l'État et des services publics, etc.) ; ces principes sont issus de l'interprétation faite par le juge, éventuellement sur la base d'un travail préparatoire réalisé par la doctrine, de l'*ordre juridique dans son ensemble*, sans qu'on puisse à proprement parler les rattacher à une série de normes écrites en consacrant l'application ponctuelle.

Évidemment, « La part d'invention qui revient au juge est plus prononcée encore quand, en l'absence de tout texte, il dégage un principe de l'essence d'une institution, liant par exemple le principe de la légalité à l'essence du régime démocratique. On ne saurait raisonnablement dénier l'œuvre créatrice du juge dans l'élaboration des principes généraux. Il ne s'agit pas d'une « découverte » mais bien d'une consécration prétorienne. C'est au juge (qui ne peut faire la norme écrite, à peine de s'immiscer dans les fonctions administratives ou législatives) que revient le soin de proclamer l'existence des principes généraux, d'en déterminer le contenu exact et la portée et, si d'aventure, deux principes s'affrontent, c'est de lui que dépend en définitive la solution du conflit, par exemple en faisant prévaloir un principe sur un autre »⁷⁷.

18. Les règles fondamentales qui protègent les particuliers contre les abus de la puissance publique, la plupart du temps élaborées et nourries par la jurisprudence elle-même, revêtiront *in fine* également, par l'accumulation des décisions de justice convergeant vers la même interprétation⁷⁸, la forme de principes généraux du droit (principe de proportionnalité, principe de l'interprétation stricte de la loi en matière pénale, principe de non-rétroactivité en matière pénale, principes généraux de bonne administration, principe de la séparation des pouvoirs, dont la Cour de cassation disait déjà, en 1928, que « s'il n'a pas été formulé par la Constitution, c'est que les constituants le considéraient comme intangible »⁷⁹).

19. Enfin, certains principes sont également identifiés par le juge sur la base uniquement de considérations *morales*, voire *philosophiques*, sur la base de la conception qu'il se fait des nécessités de l'ordre social et de la régulation des relations entre individus (abus de droit⁸⁰, troubles de voisinage, ou

77. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 776.

78. Voy. en ce sens P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 17.

79. P. WIGNY, « Principes généraux du droit administratif », *op. cit.*, p. 75, le qualifiant dès lors de « principe certain de notre droit public ». Il sera expressément qualifié par la Cour de cassation de principe général du droit en 1996 (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 61).

80. Dégagé par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 septembre 1971, cité par P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 60. Pour une étude de ce principe, voy. *ibid*, pp. 242 et s.

encore l'évolution de la teneur du principe d'égalité, notamment⁸¹), empruntant ainsi, fût-ce inconsciemment, aux préceptes du *droit naturel*⁸².

On peut également concevoir, à l'avenir, une influence grandissante du *soft law* dans l'émergence éventuelle de nouveaux principes généraux du droit⁸³.

20. Quelle que soit la diversité des méthodes ainsi identifiées, il reste toutefois indiqué, pour le praticien qui souhaiterait voir émerger un nouveau principe général du droit, ou encore voir étendre le champ d'application d'un principe existant, de réunir à l'intention du juge ces indices lui permettant d'assumer son rôle créateur, qu'il les trouve dans d'autres sources écrites ou qu'il doive échafauder une « théorie » sur la philosophie à la base de notre système juridique.

§3. Source évolutive par nature

21. On l'a dit, le phénomène d'émergence des principes généraux du droit comporte donc une seule constante : l'intervention du *juge* est indispensable pour l'élévation d'un concept ou d'une règle au rang de principe général, et donc de *source formelle* du droit à part entière⁸⁴. Une fois énoncé par le juge, quelle qu'ait été la méthode utilisée, consciemment ou non, pour cette énonciation, le principe général du droit ainsi consacré développe une existence autonome, au sein de l'arsenal des sources juridiques, de celle des normes qui ont éventuellement influencé son éclosion⁸⁵. Il n'est, par ailleurs, certainement pas *figé* dans sa portée et son champ d'application : « les principes généraux du droit (administratif) sont progressifs par essence »⁸⁶.

81. Dans le même sens, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 523 et les références doctrinales citées.

82. En ce sens, X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *op. cit.*, pp. 67 et s.

83. En ce sens, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 522. Ces auteurs développent également l'idée selon laquelle le principe général du droit, pendant sa gestation, constitue en quelque sorte du *soft law* qui accède au *hard law* par sa consécration jurisprudentielle mais qui, ensuite, peut encore jouer un rôle comparable au *soft law* en tant que guide du législateur quant à l'évolution ou au développement du droit écrit (pp. 542-543). Certains principes généraux du droit, même déjà consacrés par le juge et/ou repris à son compte par le législateur, peuvent par ailleurs conserver un statut de « *soft law* intralégislatif », ou de *soft law* en raison du contenu, à supposer que le manque de précision de leur énoncé ou de leur portée rende leur contenu incertain malgré leur accession au rang de source formelle (écrite ou non). Selon ces auteurs, tel serait le cas du principe de précaution et de la plupart des principes généraux de bonne administration... (pp. 544 et s.).

84. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 520.

85. *Ibid.*, p. 526.

86. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, pp. 619-620 et s. W. J. Ganshof van der Meersch constatait déjà, également, que « le principe général n'est pas immuable ; il est, comme la loi, tributaire de

Cette évolution peut toutefois également aboutir à un phénomène de « récupération » des principes généraux ainsi consacrés par le « législateur » : ainsi, une série de commandements juridiques qui, traditionnellement, se voyaient consacrés par des principes généraux du droit, ont été progressivement rattachés aux instruments nationaux (Constitution) ou internationaux (traités) de protection des droits de l'homme dont les termes, parfois très vagues, sont particulièrement accueillants pour lesdits principes. Réflexe légicentriste persistant ou souci politique de l'autorité publique – ou de la communauté internationale – de manifester son adhésion à des règles considérées comme fondamentales par le juge et le citoyen, le résultat n'en est pas, pour autant, et à l'inverse du sort classiquement réservé aux *coutumes* « absorbées » par le droit écrit, la *disparition automatique* du principe général du droit ainsi récupéré : encore faut-il déterminer si cette récupération embrasse toute la teneur et toute l'étendue de celui-ci. À défaut, le principe subsistera *à côté* et *au-delà* de la norme écrite nouvelle, soit pour l'expliquer et la compléter, soit, toujours, pour la suppléer dans les domaines qui lui échappent⁸⁷.

Ainsi, le principe de l'impartialité du juge ne reçoit, en droit national belge, pas de consécration écrite générale, mais il inspire de nombreuses dispositions du Code judiciaire (art. 292, 828 et s., 648 et s.), raison pour laquelle on l'a élevé au rang de « principe général du droit ». Ce principe d'impartialité se trouve cependant consacré, de manière explicite, par des traités internationaux de protection des droits de l'homme, tel l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui ont effet direct en Belgique. Un détour par la catégorie des « principes généraux du droit » devient, dans ce cas, moins utile au raisonnement juridique, à moins de pouvoir encore identifier au principe un contenu plus large que sa consécration textuelle⁸⁸.

l'évolution sociale de la collectivité nationale et de son organisation politique », in « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 569.

87. Voy., dans le même sens, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 45.

88. Voy., en ce sens, notamment A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, p. 735.

Section 4. Principes généraux du droit administratif et principes de bonne administration

§1. Catégorie à part entière ?

22. Il est communément admis que les principes généraux du droit peuvent avoir un objet « transversal » ou être spécifiques à une matière déterminée⁸⁹. À cet égard, la première apparition d'un renvoi spécifique aux principes généraux *du droit administratif* est relevée par J. Jaumotte⁹⁰ dans un arrêt du Conseil d'État, n° 7.518, du 23 décembre 1959, *Detournay*, et dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1960⁹¹.

En outre, on admettra qu'« En tant que droit “jeune” et non codifié, le droit administratif constitue un terrain propice à l'émergence et au développement de principes généraux du droit en tous genres. En réaction à l'élargissement croissant du champ d'action des autorités publiques, on a vu en eux “un contrepoids au pouvoir discrétionnaire parfois excessif dont dispose l'administration”⁹², voire une sorte de code de conduite pour l'administration »⁹³.

23. Au sein des principes généraux du droit administratif, l'on est supposé identifier un sous-ensemble, constitué des *principes généraux de bonne administration*. Selon l'analyse doctrinale courante, on y retrouve un ensemble d'« obligations non écrites inhérentes à l'élaboration convenable des actes administratifs et, parfois, des décisions juridictionnelles »⁹⁴, considérées par

89. La contribution de I.-S. BROUHNS et L. VANSNICK au présent ouvrage permet d'ailleurs d'illustrer ce propos en droit de l'urbanisme et de l'environnement.

90. « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, pp. 606 et 613.

91. *Pas.*, 1960, I, p. 1000, également cité par J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 611.

92. D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 54-55.

93. D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in *Actualités des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et Fr. TULKENS (dir.), Limal, Anthemis, 2015, p. 8. W. J. Ganshof van der Meersch y voyait déjà, également, le terrain le plus favorable au développement de cette source, par comparaison au droit privé supposé organisé de manière bien plus complète et cohérente par le Code civil, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 570.

94. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 775 ; dans le même sens, voy. le rôle attribué aux principes généraux du droit administratif par J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, *op. cit.*, pp. 48 et s.

certain auteurs comme étant « en perpétuelle émergence »⁹⁵, tant ils s'inscrivent dans l'évolution constante de la société dont ils sont supposés refléter les besoins (croissants) de protection face à l'action administrative et normative des pouvoirs constitués⁹⁶.

Cette dernière notion s'est développée en droit belge sous l'influence du droit néerlandais, en réaction à l'élargissement du champ d'action des autorités publiques, afin de proposer un contrepoids à leur pouvoir d'appréciation discrétionnaire⁹⁷. Cette catégorie demeure essentiellement perméable aux autres principes généraux du droit administratif⁹⁸, selon la nécessité ressentie de baliser le processus décisionnel de l'administration. Le Conseil d'État n'accepte toutefois qu'exceptionnellement de recevoir un moyen qui ne serait pris que de la violation générique de ces principes – ou *du* principe de bonne administration –, sans identification plus spécifique de l'un ou plusieurs d'entre eux⁹⁹.

On peut raisonnablement y ranger¹⁰⁰ : *audi alteram partem*, le principe de la procédure contradictoire¹⁰¹, le principe du raisonnable et le principe du délai raisonnable, le principe d'égalité et le principe de proportionnalité, le principe de sécurité juridique et le principe de légitime confiance, le principe de prudence et le principe de minutie, le principe de *fair-play*, le principe de comparaison des titres et mérites, *non bis in idem* ou encore l'obligation de motivation matérielle et le principe d'impartialité (de l'administration)...

95. D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », *op. cit.*, p. 8. Le Premier Avocat général près la Cour de cassation, André Henkens, y voit, quant à lui, « des normes de conduite, non des règles de réparation », sauf en ce qui concerne le principe de légitime confiance, susceptible d'entraîner, selon lui, une *réparation en nature* : « “Le droit fiscal est d'ordre public !”, *So what ?* De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », *Mercuriale* du 1^{er} septembre 2016, *R.G.C.F.* 2016, liv. 4-5, pp. 281-369, n° 42. Voy. également, à ce propos, la contribution de Th. CAMBIER et R. QUINTIN au présent ouvrage.

96. Dans le même sens, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 512-513.

97. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 531.

98. Voire même aux principes généraux du droit à champ d'application transversal, comme le relèvent S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 532. Voy. également, sur l'impossibilité d'établir un inventaire exhaustif des principes généraux de bonne administration, A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et en droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 177, et les écueils qui en découlent selon cet auteur pour la sécurité juridique.

99. Notamment S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 533. Voy., pour l'exception, l'exemple de l'arrêt C.E., n° 201.422, du 1^{er} mars 2010, *Doutrepoint*.

100. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, pp. 685 et s. Voy. également, à cet égard, le Rapport de la Cour de cassation, 2003, *M.B.*, pp. 435 et s.

101. Dans le sens donné à ce principe, dans le présent ouvrage, par S. DEPRÉ *et al.*, n° 24.

Beaucoup de développements doctrinaux y ont été consacrés¹⁰², mais eu égard à sa réception par la jurisprudence, la notion paraît présenter une utilité pratique limitée et s'avérer plus intéressante pour l'imagination prolixe des auteurs de doctrine. Ne s'agissant pas réellement d'un ensemble homogène à part entière dans la théorie générale de la source, il n'apporte également aucun éclairage pratique distinctif quant au débat sur la place des principes généraux du droit en termes de hiérarchie des normes. Nous ne nous y attarderons donc pas plus avant.

§2. Évolution de la catégorie dans la jurisprudence du Conseil d'État

24. Il est en revanche intéressant pour notre propos de retracer l'évolution progressive, à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'État, du « catalogue » des principes généraux du droit administratif – qu'ils soient ou non qualifiés également de principes généraux de bonne administration – tel qu'il peut aujourd'hui être mobilisé par les requérants devant la haute juridiction administrative¹⁰³.

On l'a vu, le premier principe général du droit administratif à avoir été affirmé par la jurisprudence du Conseil d'État semble être le principe général du droit *patere legem quam ipse fecisti*, dès l'arrêt du 26 août 1949, n° 115, *François*¹⁰⁴. Certes, l'expression n'y est pas encore utilisée, mais l'arrêt retient toutefois, après avoir souligné que l'exercice du recours en annulation ne se limite pas « à la seule violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, résultant d'une loi ou à l'excès de pouvoir constitué uniquement par la violation d'une disposition légale », la violation par un arrêté individuel du Régent, portant sur la mise en disponibilité d'un agent, de dispositions énoncées par les arrêtés royaux fixant le statut des agents de l'État qui, selon la jeune juridiction administrative, « édictent des règlements généraux constituant des règles de droit qui ne peuvent être modifiées que par voie de dispositions générales et auxquelles il ne peut être dérogé que conformément à des dispositions générales autorisant ces dérogations »¹⁰⁵. Un renvoi exprès au *principe* « *patere legem* » n'apparaîtra dans

102. Pour une étude systématique de la matière, voy. ainsi I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (ed.), *Beginnselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006.

103. Un « recensement » équivalent n'a pas été réalisé ici en ce qui concerne les principes généraux du droit administratif « validés » par la Cour de cassation. Il est renvoyé à cet égard, notamment, aux contributions déjà citées de A. BOSSUYT et P. MARCHAL.

104. En ce sens, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, op. cit., p. 780 ; également J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, op. cit., p. 55.

105. Ce principe se retrouvant ensuite, en filigrane ou sous des appellations inconstantes, voire par un détour *via* le principe d'égalité, dans différents arrêts de la même époque et des

la jurisprudence administrative que plus de trente ans plus tard, et de façon très isolée¹⁰⁶, mais le concept était pourtant bien présent dès les premières heures de la justice administrative.

Dès 1949, un deuxième arrêt, n° 140, du 24 octobre 1949, *Doevenspeck*, consacre ensuite la compétence du juge administratif pour contrôler le respect des droits de la défense, sans référence à une norme écrite spécifique¹⁰⁷ et, en 1950, un arrêt, n° 265, du 21 février 1950, *Wolles*, procède au contrôle, certes plus implicite, du respect du principe de non-rétroactivité des actes administratifs de portée individuelle¹⁰⁸.

On voit apparaître l'invocation directe du principe d'égalité devant la loi, sous diverses déclinaisons, dès les années '50 également¹⁰⁹.

En déclinaison de ce principe, dès 1954, « le Conseil d'État a considéré que l'obligation de comparaison des titres et des mérites des candidats à une promotion découlait d'un principe général admis par tous les statuts en

années 70-80, cités par J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, pp. 614 et 615.

106. D'après J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 615, dans un arrêt *Muls*, n° 21.926, du 21 janvier 1982. Selon le même auteur, le Conseil d'État considère en outre que ce principe se déduirait, en réalité, du principe général du droit de l'égalité (p. 631, citant C.E., n° 30.876, du 27 septembre 1988, *De Leener et Ballon*).

107. À noter que le Conseil d'État utilisera cependant également l'expression, ensuite, pour renvoyer à des règles de procédures (essentiellement disciplinaires) *écrites*, afin simplement de qualifier l'objectif visé par ces règles (voy. en ce sens J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 616). La consécration transversale expresse, tant en matière disciplinaire que dans le reste du droit administratif, d'un *principe général des droits de la défense*, remonte aux années '70 (p. 651).

108. On cite parfois également, de la même époque, l'arrêt du Conseil d'État, n° 148, du 28 octobre 1949, *Fourneau*, qui censure pour la première fois la rétroactivité d'un acte administratif individuel sans que cette rétroactivité ne soit autorisée par le règlement ou la loi. À noter que ces différentes décisions placent l'examen de cette non-rétroactivité, en réalité, sous l'angle de l'excès de pouvoir, sans énoncer explicitement l'existence d'une règle générale et autonome interdisant, à défaut de texte contraire exprès, une telle rétroactivité. Voy. également à cet égard J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 617. L'utilisation du vocable « principe » en lien avec cette règle de non-rétroactivité n'apparaîtra que dans les années '70 concernant les actes réglementaires (C.E., n° 18.308, du 9 juin 1977, *S.P.R.L. Feronnerie Alexandre et crts*, cité par J. JAUMOTTE, *op. cit.*, p. 639 qui relève qu'en l'espèce, une fois n'est pas coutume, cette reconnaissance expresse fut plus tardive dans le chef du Conseil d'État que de la Cour de cassation, y ayant procédé dès un arrêt du 22 octobre 1970 – voy. dans le même sens P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 59) et, concernant les actes administratifs à portée individuelle, dans les années '80 (C.E., n° 23.667, du 10 novembre 1983, *Elst*).

109. Notamment C.E., n° 1.117, du 26 octobre 1951 et les autres arrêts cités par J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 626.

vigueur et dont le respect s'impose à défaut de dispositions expresses introduites dans un statut particulier »¹¹⁰.

C'est encore à la même époque qu'on rencontre la première référence faite par le Conseil d'État au principe de la continuité des fonctions publiques puis, en 1959, à la nécessité d'assurer la continuité du service public¹¹¹.

On peut également relever que la théorie du retrait d'acte, telle que nous la connaissons aujourd'hui, se construit dans la jurisprudence du Conseil d'État dès les années '50¹¹², mais son analyse sous l'angle de l'existence d'un principe général du droit – et, plus simplement, sous l'angle de l'« excès de pouvoir » – ne sera assumée qu'à partir de 1980¹¹³.

En 1956, apparaît le principe général du droit *non bis in idem*, immédiatement qualifié comme tel¹¹⁴.

25. Le début des années '60 marque l'apparition, sous l'influence du droit français¹¹⁵, de la notion de « principes (généraux) du droit administratif » et de celle, sous l'influence des Pays-Bas¹¹⁶, de « principes généraux de bonne administration »¹¹⁷, parmi lesquels sont venus progressivement se ranger, en jurisprudence et en doctrine belges, les principes généraux du droit portant sur l'exercice « non manifestement déraisonnable » de son pouvoir d'appréciation ou de ses compétences par l'administration¹¹⁸ (voy. également *supra*).

110. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 631, citant C.E., n° 3.775, du 29 octobre 1954, *De Kempeneer*.

111. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 633, citant C.E., n° 3.263, du 26 mars 1954, *Verbraeken* et C.E., n° 7.430, du 25 novembre 1959, *Van Maele*.

112. C.E., n° 2.206, du 13 février 1953, *de Zarpele* et n° 2.920, du 20 novembre 1953, *Breulet*, cités par J. JAUMOTTE, *ibid.*, p. 618.

113. C.E., n° 20.809, du 16 décembre 1980, *Coppejans*, puis n° 22.979, du 24 février 1983, *Vanwijck*. Encore aujourd'hui, cependant, il arrive que le Conseil d'État s'en réfère plutôt à un autre principe, telle la sécurité juridique, plutôt que d'affirmer que la théorie du retrait constituerait une règle de droit autonome. Sous cet angle, J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 644, y voit d'ailleurs une hypothèse de primauté du principe de sécurité juridique sur le principe de légalité.

114. J. JAUMOTTE, *ibid.*, p. 679, visant ainsi l'arrêt C.E. n° 5.040, du 22 mars 1956, *Charles*. Ce principe sera transposé par la Cour de cassation, en droit pénal, par un arrêt du 22 février 1973, cité par P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 59.

115. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 594 et les sources citées.

116. *Ibid.*, p. 595 et les sources citées ; également pp. 683 et s. ; également J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, *op. cit.*, pp. 57-58.

117. Expression également relayée, au singulier, par la Cour de cassation dès un arrêt du 10 juin 1988, cité par P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 61. Sur la portée du principe général de bonne administration au sens où l'entend la Cour de cassation, voy. *ibid.*, pp. 133 et s.

118. En ce sens, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 864.

C'est à la même époque, par ailleurs, qu'interviennent les premières références expresses au principe général du droit de l'impartialité¹¹⁹.

26. Durant les années '70, se manifesteront les nouvelles normes suivantes :

- le principe du parallélisme des compétences (ou théorie de l'acte contraire)¹²⁰ ;
- le principe du parallélisme des formes¹²¹ ;
- une première évocation d'*audi alteram partem*, sous la forme d'une « règle de bonne administration et d'équitable procédure »¹²² ;
- le principe général du droit de l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs¹²³ ;
- le principe de proportionnalité (des peines) en matière disciplinaire ou assimilée¹²⁴.

27. Dans les années '80, c'est au tour du principe de légitime confiance, développé d'abord par la jurisprudence du Conseil d'État¹²⁵, puis relayé par la Cour de cassation, en matière fiscale, dès les années '90¹²⁶.

À la même époque, on peut relever la reconnaissance :

- de la loi du changement ou de mutabilité du service public¹²⁷ ;

119. C.E., n° 9257, du 20 mars 1962, *État belge*.

120. C.E., n° 17.686, du 2 juin 1976, *Dekkers*, cité par J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 863.

121. C.E., n° 18.900, du 14 avril 1978, *Barri*, cité par J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 863.

122. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 616, citant C.E., n° 13.939, du 5 février 1970, *Lamalle*, constituant sur ce point un revirement par rapport à sa jurisprudence antérieure (p. 657).

123. C.E., n° 16.592, du 26 juillet 1974 ; il convient toutefois de préciser, avec J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 636, que la jurisprudence considérait déjà, avant cet arrêt, que l'administration devait pouvoir justifier ses décisions, en fait comme en droit, et le cas échéant par la production d'un dossier administratif.

124. C.E., n° 16.952, du 26 juillet 1974 et les autres références citées par J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 671.

125. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 686 ; également M. MORIS et Fr. BELLEFLAMME, « Les principes de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal », in *Actualités des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et Fr. TULKENS (dir.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 144-145, citant notamment C.E., n° 32.893, du 28 juin 1989, *Eeckhout*, et n° 27.685, du 17 mars 1987, *Vermeulen*.

126. Cass., 27 mars 1992, n° 6891, cité par M. MORIS et Fr. BELLEFLAMME, « Les principes de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal », *op. cit.*, p. 145 ; voy., sur l'historique de cette « émancipation » judiciaire, qui s'est développée en matière fiscale, *ibid.*, pp. 171 et s.

127. C.E., n° 26.206, du 25 février 1986, *De Mot*, et n° 26.797, du 27 juin 1986, *Stoop*. Voy. également l'analyse qui est faite de cette jurisprudence, et de celle qui a suivi, par

- du principe général du vote au scrutin secret des membres d'un organe collégial sur des questions de personnes¹²⁸ ;
- du principe du raisonnable¹²⁹, puis du délai raisonnable¹³⁰ ;
- du principe de légalité et du principe de sécurité juridique¹³¹ ;
- ou encore du principe constitutionnel de l'autonomie communale¹³².

28. Viennent encore s'ajouter au catalogue, fin des années '90-début des années 2000, le principe général de précaution ou principe général du droit relatif au devoir de précaution¹³³, suivi du principe de *fair-play*¹³⁴ et, plus récemment, le développement de « boomerang » du principe de *bonne citoyenneté*¹³⁵.

Section 5. Hiérarchie des normes et ordre public

29. Selon la doctrine et la jurisprudence classiques, les principes généraux du droit auraient (tous) un *rang hiérarchique législatif* et une valeur *supplétive*¹³⁶ de la volonté présumée du législateur. En d'autres termes, ils s'imposent aux normes infralégislatives (normes réglementaires), tandis qu'il est toujours loisible aux législateurs (fédéraux, communautaires ou régionaux) d'y déroger soit de manière expresse, soit de manière tacite mais néanmoins certaine.

A. HENKENS, « “Le droit fiscal est d'ordre public !”, *So what ?* De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », *op. cit.*, n° 45 et s. Sur l'évolution de la loi de mutabilité, voy. également, la contribution de B. GORS au présent ouvrage.

128. C.E., n° 32.036, du 21 février 1989, *Renard*, cité par J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 864. Sur l'évolution de la reconnaissance ou non de ce principe lors, voy. la contribution d'A. DAOÛT et M. DEKLEERMAKER, au présent ouvrage.

129. C.E., n° 25.755, du 22 octobre 1985, *Gezels* et les autres arrêts cités par J. JAUMOTTE, *op. cit.*, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », p. 666.

130. C.E., n° 38.882, du 28 février 1992, *Nseya Tshabu* et les autres références de J. JAUMOTTE, *ibid.*, p. 667.

131. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 682.

132. *Ibid.*

133. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 843, citant l'arrêt du C.E. n° 82.130, du 20 août 1999, *Venter*.

134. *Ibid.*, p. 857.

135. J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, *op. cit.*, pp. 73 et s. Voy. également, P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijk bestuur : begrip en plaats in de hiërarchie van de normen”, in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, *op. cit.*, p. 12, qui évoque un “*wederkerig bestuursrecht*”.

136. Voy. également P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 26.

Certains leur attribuent même, de ce fait, un rang hiérarchique « intermédiaire », « infralégislatif et supraréglementaire »¹³⁷.

Cette dernière « subtilité » ne nous paraît toutefois pas cohérente en termes de hiérarchie des normes : en effet, dit-on d'une disposition supplétive du Code civil qu'elle n'aurait, de ce fait, pas valeur législative ? Certainement pas, et ce alors même qu'elle est donc susceptible de s'effacer face à de simples stipulations contractuelles contraires. Ainsi, rien ne nous semble s'opposer à ce qu'un principe général du droit se voie attribuer une *valeur supplétive* par rapport à d'autres normes *équipollentes*, sans être pour autant « rétrogradé » en-deçà de celles-ci. Force est de constater, en outre, que l'influence accordée aux principes généraux du droit sur les normes écrites peut largement dépasser le rôle traditionnellement attaché aux normes supplétives : les principes généraux du droit existant « à côté de la loi », « ils peuvent alors être considérés comme une incitation pour le juge pour interpréter de manière plus restreinte ou plus étendue une certaine législation »¹³⁸. Aussi, même en cas de coexistence d'un principe général du droit et d'une norme écrite de même rang hiérarchique, le principe ne *s'efface* pas totalement, mais fait office de *prisme* pour l'interprétation de la norme écrite.

C'est toutefois traditionnellement cet effacement des principes généraux du droit face à la loi écrite que l'on retrouve exprimée dans les décisions tant de la Cour de cassation que du Conseil d'État. Ainsi, peut-on y lire que « Le principe général de bonne administration ne peut être invoqué lorsque son application aboutit à une violation des dispositions légales »¹³⁹ ; que « Les principes généraux du droit ne peuvent, dans une matière déterminée, être appliqués par le juge lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté certaine du législateur »¹⁴⁰ ou encore, par exemple, que « [Le] principe général de droit (*audi alteram partem*) ne peut prévaloir sur les dispositions explicites du (Code wallon de la démocratie locale) »¹⁴¹.

137. Selon la formule de P. MARTENS, « Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 393.

138. A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, p. 736. Sur la fonction interprétative et modératrice des principes généraux du droit, voy. également P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 34 et s.

139. Cass., 30 octobre 2000, *Pas.*, 2000, n° 587. Position encore réitérée par la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} mars 2010, cité par P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 44. Sur les nuances qui peuvent aujourd'hui être apportées à cette appréciation, en particulier au regard du principe de confiance légitime, voy. notamment J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, op. cit., p. 53 et les références citées en note 94.

140. Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 392.

141. C.E., n° 161.253, 11 juillet 2006, *Van Bergen*. Également dans de nombreux arrêts antérieurs : C.E., n° 17.713, du 16 juin 1976, *Jassogne* ; n° 22.540, du 15 octobre 1982, *Gutmacher* ; n° 18.612, du 2 décembre 1977, *Spiller*, et autres références citées par J. JAUMOTTE,

La Cour de cassation semble même aller plus loin, en refusant particulièrement de consacrer l'existence de principes généraux du droit dans des matières que la Constitution réserve exclusivement à la loi, tels l'impôt ou l'établissement d'une peine¹⁴².

C'est également cette interprétation que la Cour constitutionnelle (alors d'arbitrage) avait elle-même initialement retenue, comme une position de principe, dans un arrêt, n° 32, du 29 janvier 1987 où les requérants mettaient en cause sa composition partiellement « politique », ne garantissant pas à suffisance le respect du principe de l'indépendance et de l'impartialité des magistrats : « il faut enfin rappeler que le recours à un principe général du droit ne dispense pas le juge d'appliquer la loi écrite qui règle une matière déterminée » (cons. B.c.3).

30. Hormis dans le chef de la Cour constitutionnelle, cette appréhension traditionnelle semble trouver son fondement dans la recherche, par le juge, d'un mécanisme de sanction du non-respect des principes généraux du droit qui puisse se conformer aux limites de son pouvoir de contrôle de l'exercice de la fonction normative. Or, sous cet angle, ne s'offrait au juge, *a priori*, que l'article 159 de la Constitution¹⁴³, qui permet donc uniquement la mise en échec de normes réglementaires contraires.

C'est d'ailleurs par ce prisme pragmatique que le Procureur général Ganshof van der Meersch abordait en 1970 la question de la valeur hiérarchique des principes généraux du droit : selon lui, en réalité, celle-ci présentait alors peu d'intérêt pour le juge judiciaire, dès lors que « le juge ne contrôle pas la conformité de la loi écrite à la Constitution, et les principes généraux ne s'imposent au juge que pour les actes soumis à sa censure »¹⁴⁴, autrement dit uniquement, au jour où le Procureur général prononça sa *Mercuriale*, aux actes *infralégislatifs*, en principe... Ainsi, à cette époque, « le principe général non écrit ne permet pas au juge de se dispenser d'appliquer la loi »¹⁴⁵, parce que la Constitution ne l'y autorise pas, même si le Procureur général constate déjà, dans sa *Mercuriale*, que certains principes généraux peuvent se déduire de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ou, simplement, de la Constitution¹⁴⁶.

« Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 608, note 66.

142. Voy. à ce sujet P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 67.

143. Qui constituerait lui-même, à vrai dire, l'expression ponctuelle du principe de légalité. Voy. en ce sens A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, pp. 725-726.

144. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 572.

145. *Ibid.*, p. 567.

146. *Ibid.*, pp. 567-568.

31. L'analyse visant à ramener l'ensemble des principes généraux du droit à un rang législatif n'est certainement plus suffisante à l'heure actuelle voire, en fait, ne l'a sans doute jamais été¹⁴⁷.

Il suffit d'ailleurs de souligner, à cet égard, que l'article 2 du Code judiciaire lui-même, en reconnaissant l'existence de *principes* non écrits survivant à sa promulgation, leur attribuait concomitamment le pouvoir de faire *échec* à son application, et pouvait donc déjà s'interpréter, à tout le moins, comme la consécration d'une capacité *dérogatoire* des principes généraux du droit – sans doute à titre de *lex specialis* –, et non simplement supplétive, face à la loi écrite.

Qui plus est, moins d'un an après avoir « forcé » la réception des principes généraux du droit par notre ordre judiciaire, le Procureur général encourageait la Cour de cassation à repousser les barrières mêmes du contrôle judiciaire de l'action législative, à travers l'arrêt *LeSki*¹⁴⁸, permettant désormais que la loi nationale soit écartée au profit d'une norme de droit international directement applicable. Dès ce moment, donc, plus rien ne faisait obstacle à ce que le juge puisse reconnaître l'existence de principes généraux du droit international dotés d'un effet direct, susceptibles de faire échec à l'application contraire de la loi¹⁴⁹.

Leur révélation étant conditionnée par l'intervention d'un juge, il va de soi que la naissance en droit belge d'une juridiction constitutionnelle devait

147. On rappellera que le Procureur général W. J. Ganshof van der Meersch relevait déjà, dans sa Mercuriale de 1970, que « le juge administratif français qui fait de la théorie des principes généraux du droit une application plus large et plus fréquente que le juge belge, paraît vouloir situer ces principes dans la hiérarchie des normes juridiques au niveau le plus élevé, c'est-à-dire en leur attribuant concurrence et même prévention à l'égard des règles constitutionnelles » (« Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », p. 570). Il s'explique toutefois cette différence d'appréhension, à l'époque, par *l'absence d'un système précis de garanties des droits fondamentaux dans la Constitution française* (p. 571) – ce qui laisse songeur aujourd'hui, dans la mesure où de nombreux principes généraux du droit belge se voient désormais reconnaître une valeur constitutionnelle ou supra-constitutionnelle *parce qu'ils trouvent écho* dans le système de garanties des droits fondamentaux établi par notre Constitution ou par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme... – et par la crainte du retour à l'arbitraire gouvernemental lié à la limitation des pouvoirs du législateur dans la Constitution de la V^e République, exigeant que le pouvoir exécutif soit strictement subordonné, à défaut de loi, aux principes généraux du droit (p. 572).

148. Voy. en ce sens P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 13.

149. Voy., dans le même sens, J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, p. 549 ; également J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 609 ; également P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 49. À noter d'ailleurs que le Procureur général Ganshof van der Meersch, dans sa Mercuriale précitée, rappelait justement la position incongrue de la jurisprudence de la Cour à son époque, exigeant que le demandeur en cassation invoque la violation de la *loi d'assentiment à un traité* pour pouvoir invoquer, par ce détour, la violation de la règle du traité lui-même (« Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 565).

naturellement contribuer aussi à un nouvel essor des principes généraux du droit et à la « promotion » de certains de ceux-ci dans la hiérarchie des normes¹⁵⁰. Ainsi, si P. Marchal constate qu'« avant la création de la Cour d'arbitrage [...], la primauté sur la loi de la Constitution et des principes généraux du droit qu'elle contient n'avait pas de conséquences pratiques, en l'absence d'un juge habilité à contrôler la constitutionnalité des lois », l'avènement d'un contrôle de constitutionnalité des lois devait nécessairement permettre également la remise en cause de cette analyse. « Depuis [...], les principes généraux du droit induits de ces dispositions constitutionnelles ont pris place dans la hiérarchie des normes au rang qui est dévolu aux règles constitutionnelles »¹⁵¹.

Et d'ailleurs, malgré sa première rencontre négative avec les principes généraux du droit (voy. *supra*), la Cour constitutionnelle s'est ensuite maintes fois déclarée compétente pour censurer des lois, décrets et ordonnances pour méconnaissance des articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec des principes généraux du droit, c'est-à-dire, censurer une loi, un décret ou une ordonnance pour avoir commis une discrimination dans la jouissance d'une prérogative consacrée par un principe général du droit¹⁵². Les principes généraux du droit peuvent également guider la Cour dans l'interprétation qu'elle livre, tantôt de ses normes de référence, tantôt des normes contrôlées¹⁵³. Une telle pratique serait difficilement explicable sans la reconnaissance parallèle et implicite d'un statut « supralégislatif » aux principes généraux du droit pareillement combinés au principe d'égalité.

32. Certes, en 2012 encore, S. Seys, D. de Jonghe et Fr. Tulkens observaient que la Belgique demeure clairement à la traîne par comparaison aux autres

150. Voy. *supra*.

151. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 47.

152. Voy. en ce sens C.A., n° 66, du 30 juin 1988, 15.B.1 ; plus récemment C. const., 17 avril 2008, n° 64/2008, cons. B.10, ou encore 30 mars 2010, n° 32/2010, cons. B.4.1 ; ce que la Cour refuse, en revanche, fort logiquement eu égard au carcan de sa propre compétence, ce serait de faire d'un principe général du droit une norme autonome de contrôle, sans rattachement aux dispositions constitutionnelles ou lois spéciales dont elle est habilitée à sanctionner le respect. Il faut donc « que le principe invoqué puisse être analysé comme reprochant au législateur d'avoir légiféré de manière discriminatoire ou dans une matière qui n'est pas de sa compétence » (Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 283).

153. À cet égard également, voy. Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 284 et s., qui souligne notamment comment cette attitude est symptomatique dans l'interprétation extensive donnée par la Cour, au fil de sa jurisprudence, aux articles 10 et 11 de la Constitution à la lumière des *principes d'égalité et de non-discrimination*, dépassant de loin le texte constitutionnel littéral ; il en va de même de l'application faite par la Cour des conditions posées par elle pour l'existence d'une différence de traitement juridiquement admissible, en particulier à travers le principe de proportionnalité.

pays européens, qui admettent largement la valeur supra-législative des principes généraux du droit¹⁵⁴.

On doit cependant relever que les conceptions évoluent, en Belgique également, afin de reconnaître, en réalité, une valeur hiérarchique *plurielle* aux principes généraux du droit, susceptible de varier en fonction de chaque principe en cause. Certains principes généraux du droit se voient désormais reconnaître indubitablement un rang « supralégislatif » et doivent de ce fait être respectés par l'ensemble des législateurs belges ; tandis que d'autres principes demeurent cantonnés au niveau législatif voire, plus rarement, réglementaire.

Symbole de cette évolution lente mais certaine, dans le cadre de la grande entreprise de redéfinition des sources du droit menée par l'Université Saint-Louis Bruxelles, les principes généraux du droit se voient repris parmi les « normes internes infraconstitutionnelles » de « niveau transversal »¹⁵⁵, tout en permettant à J. Velaers de consacrer, dans la même étude, une contribution spécifique aux principes généraux du droit à *valeur constitutionnelle*¹⁵⁶ qui, selon P. Marchal, « expriment l'idée de l'État de droit »¹⁵⁷.

Par ailleurs, il est certains principes généraux du droit dont la « matrice textuelle », c'est-à-dire les dispositions textuelles au départ desquelles l'existence du principe concerné est inférée (voy. *supra*), est constituée, majoritairement ou essentiellement, de textes constitutionnels ou de droit international. Il ne serait dès lors pas concevable que les principes concernés aient un rang hiérarchique différent – en l'occurrence, inférieur – à celui de leurs « matrices » respectives¹⁵⁸.

Par exemple, le principe général du droit dit « du contradictoire » ou encore « de l'égalité des armes » est à présent déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : il serait donc normal qu'on lui reconnaisse le même rang hiérarchique que cette dernière, plutôt que de s'en tenir aux seules consécutions *législatives* internes des droits de la défense¹⁵⁹.

154. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 535-536.

155. I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Limal, Anthemis, 2012.

156. J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Limal, Anthemis, 2012.

157. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 47.

158. Dans le même sens, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 777 ; également M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 166 et Fr. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. 1, *Les données constitutionnelles*, Bruxelles, Larcier, 1980, n° 36, tous deux cités par J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, p. 545.

159. *Contra*, la contribution au présent ouvrage de S. DEPRÉ *et al.*

33. Forts de ces acquis, on peut dès lors s'autoriser à recenser les principes généraux du droit en les catégorisant également selon leur rang hiérarchique. Pour les principes généraux du droit à valeur infra-constitutionnelle, surtout, cette catégorisation peut, en outre, être combinée avec l'appréciation de leur caractère ou non d'*ordre public*, permettant notamment leur invocation d'office par le juge.

34. On l'a vu, rien n'empêche, dans un ordre juridique au dualisme atténué qui reçoit en son sein la norme internationale comme source de droit à part entière, que certains principes généraux du droit se voient reconnaître, par leur rattachement à une matrice textuelle internationale ou supranationale, une valeur *supra-constitutionnelle*. De tels principes devront en outre recevoir, même devant les juridictions internes, l'interprétation que leur donnent les instruments supranationaux et la jurisprudence internationale dont ils sont issus, mobilisant le cas échéant des notions autonomes de la portée donnée à des concepts équivalents en droit belge¹⁶⁰.

35. Au rang des principes généraux du droit à valeur constitutionnelle, on épinglera notamment :

- le principe de la séparation des pouvoirs, qui s'induit de la structure même de notre Constitution, dont le titre III est divisé en autant de chapitres que de *pouvoirs* constitués agissant chacun dans la sphère propre qui leur est ainsi reconnue¹⁶¹ ;
- il en va de même du principe de continuité de l'État¹⁶², déduit déjà par la Cour de cassation, on l'a vu, de diverses dispositions constitution-

160. C'est évidemment le cas en particulier pour les principes généraux du droit de l'Union européenne – voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 52. L'auteur précise également que les principes généraux du droit de l'Union ne trouvent à s'appliquer, auprès des États membres, que dans les matières relevant elles-mêmes de ce droit... eu égard au champ de compétences exponentiel des institutions européennes, il semble toutefois que cette exception a vocation à se réduire comme peau de chagrin. On rappellera ainsi, notamment, que la Cour de Justice a considéré, dès 1969, que les droits fondamentaux, alors uniquement garantis au niveau international par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faisaient partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect (C.J.C.E., 12 novembre 1969, n° 29/69, *Stauder c/ Ulm*, cons. 7, cité par P. MARCHAL, op. cit., p. 53). Pour une ébauche de catalogue des principes généraux du droit reconnus par la Cour de Justice et leur valeur, voy. également P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 54-55.

161. Dans le même sens, voy. P. MARCHAL, op. cit., p. 85. Sur les arcanes et ramifications de ce principe en droit (constitutionnel) belge, voy. J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., pp. 556 et s.

162. Voy. également en ce sens J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., p. 559 ; selon certains auteurs, il en irait différemment du principe général du droit (ou loi) de la continuité des services publics, dont J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, op. cit., p. 809, constatent que la valeur et le rang de ce principe suscitent tant de controverses

nelles assurant la permanence des institutions même en cas de vacance de certaines d'entre elles ; ce principe induit également celui de la limitation des pouvoirs du gouvernement démissionnaire aux seules « affaires courantes »¹⁶³ ;

- les principes de légalité, d'attribution des compétences et de hiérarchie des normes trouvent leurs racines dans diverses dispositions constitutionnelles, dont en particulier les articles 33 et 159 de la Constitution¹⁶⁴ ;
- le principe de l'obligation de motivation des jugements a au minimum valeur constitutionnelle (article 149 de la Constitution)¹⁶⁵, voire celle équipollente au droit international directement applicable ;
- la section de législation du Conseil d'État infère, à la suite de la Cour de cassation, de l'article 21 de la Constitution un « principe général d'autonomie organisationnelle des religions »¹⁶⁶ ;
- selon A. Bossuyt¹⁶⁷, l'article 151 de la Constitution n'implique qu'une reconnaissance limitée de l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui doit donc être complétée par le principe général du droit, de même valeur, de l'impartialité du juge¹⁶⁸ ;

qu'on peut, tout au plus, lui reconnaître une valeur inférieure à la loi... P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 80, retient également la primauté de la loi sur le principe de la continuité du service public, alors qu'il n'avance pas la même conclusion au sujet du principe de continuité ou de permanence de l'État. Sur cette question, voy. également la contribution au présent ouvrage de S. DE SOMER et V. VUYLSTEKE.

163. C.E., n° 36.772, du 28 mars 1991, *Van Steenlandt et Kempenaars*.

164. Voy. en ce sens, ainsi que sur la polysémie du principe de légalité, M. MORIS et Fr. BELLEFLAMME, « Les principes de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal », *op. cit.*, pp. 154-155. C'est toutefois cette assise constitutionnelle, et les conséquences qui en découlent en cas de confrontation du principe au respect par la *Constitution* elle-même de normes qui lui seraient supérieures – la Constitution écrite ne pouvant, en principe (voy. *infra*) être primée par un principe général du droit de valeur constitutionnelle –, qui peut expliquer la controverse persistante entre nos juridictions supérieures, sur l'existence ou non, la teneur et le fondement d'un principe autonome de *primauté du droit international directement applicable* sur (tout) le droit interne. Voy., autour de cette question, également J. VELAERS, « Les principes généraux du droit “à valeur constitutionnelle” : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, pp. 572 et s. et P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 102-104.

165. Voy. à ce sujet, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 225.

166. Avis de la section de législation du Conseil d'État, n° 36.143/3, du 13 janvier 2004, sur un avant-projet de décret « *betreffende de materiële organisatie en werking van de erkende erediens* », *St.*, VI. Parl., sess. ord. 2003-2004, n° 2100/1, p. 135, n° 7, cité par J. VELAERS, « Les principes généraux du droit “à valeur constitutionnelle” : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, pp. 554-555.

167. « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, p. 735.

168. Dans le même sens : P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 48 et 147, qui lui reconnaît même une valeur supra-constitutionnelle au gré de ses consécutions en droit international conventionnel.

- selon Y. Mossoux, le principe du raisonnable et le principe de proportionnalité « se rattachent [...] à l'interdiction de l'arbitraire et au principe d'intérêt général qui s'expriment notamment dans l'article 33 de la Constitution », de sorte qu'on peut leur reconnaître un rang constitutionnel¹⁶⁹ et, en toute hypothèse, supralégislatif, eu égard également aux instruments internationaux faisant écho à ces principes ;
- évidemment, le principe d'égalité devant la loi et le principe de non-discrimination, déduits directement de la Constitution, ont également au moins la même valeur que celle-ci¹⁷⁰ ; en revanche, il est traditionnellement considéré que, nonobstant cette valeur hiérarchique, ces principes ne seraient pas d'ordre public¹⁷¹ ;
- le principe d'autonomie communale, également déduit directement de la Constitution ;
- le principe de territorialité ou de primauté linguistique que la Cour constitutionnelle déduit de l'article 4 de la Constitution¹⁷² ;
- ou encore ce que certains auteurs qualifient de *principes de bonne législation* qui, conditionnant à l'exercice par le pouvoir législatif de ses compétences, doivent nécessairement s'imposer à lui¹⁷³.

J. Velaers retient quant à lui une série de principes « inhérents au système juridique », parmi lesquels se rangent notamment le principe de l'État de droit ou le principe de sécurité juridique¹⁷⁴, en ce compris le principe de non-rétroactivité de la loi¹⁷⁵, dont la Cour de cassation a estimé que : « le

169. « Les principes du raisonnable et de proportionnalité », in *Actualités des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et Fr. TULKENS (dir.), Limal, Anthemis, 2015, p. 55.

170. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 627, citant divers arrêts du Conseil d'État en ce sens remontant, pour les plus anciens, à la fin des années '60. Voy. également sur ce principe P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 105 et s. Voy. également, sur cette question, la contribution de L. DEMEZ et F. HANS, au présent ouvrage.

171. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 627, citant notamment C.E., n° 12.961, du 16 mai 1968, *Dupont*, et une jurisprudence constante ultérieure. Voy. à nouveau la contribution de L. DEMEZ et F. HANS.

172. C.A., 26 mars 1986, n° 17/86.

173. En ce sens, voy. notamment J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, *op. cit.*, pp. 51-52 ; également P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 33.

174. « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, pp. 561-562.

175. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 229, relève quant à lui que ce principe est à la fois consacré par la loi elle-même, mais également par l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'auteur en déduit que le législateur peut déroger à ce principe en matière civile, mais non en matière pénale (pp. 230 et 232).

juge peut écarter l'application du principe général du droit de la non-rétroactivité des lois lorsque l'application de ce principe est inconciliable avec la volonté explicite du législateur, *sauf si la Cour constitutionnelle a constaté que la disposition légale litigieuse viole la Constitution* »¹⁷⁶, par le prisme des articles 10 et 11 de la Constitution¹⁷⁷.

On relèvera par ailleurs que le Conseil d'État constatait déjà, en 1969, que « [...] la non-rétroactivité de dispositions assorties de peines constitue un principe général du droit qui est expressément consacré du reste par l'article 7, alinéa 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950, [...], et dont le respect doit être assuré d'office »¹⁷⁸ ; ce qui implique donc que cette variante du principe de non-rétroactivité doit même se voir reconnaître, à notre sens, une valeur supra-constitutionnelle, qui plus est d'ordre public.

36. Au rang législatif, ensuite, on rencontrera notamment les principes suivants :

- pour les principes généraux du droit d'ordre public¹⁷⁹ : *nemo auditur et fraus omnia corrumpit*¹⁸⁰, le principe de non-rétroactivité des actes administratifs réglementaires et individuels¹⁸¹, ou encore le principe d'impartialité de l'administration¹⁸² ;
- parmi les principes généraux qui ne se sont pas vu reconnaître un caractère d'ordre public : les principes du raisonnable¹⁸³ et du délai

176. Cass., 17 mai 2010, R.G. n° S.2009.0038.N, n° 341.

177. Également J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, *op. cit.*, p. 52.

178. C.E., n° 13.325, du 15 janvier 1969, *Braet*.

179. À noter que c'est également dans cette catégorie que J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 652, range le principe général des droits de la défense. Nous avons toutefois exposé ci-avant les raisons pour lesquelles il doit, selon nous, se voir reconnaître une valeur supra-législative, voire supra-constitutionnelle.

180. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 835. Également J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, pp. 680-681. Sur la portée et le champ matériel d'application du principe, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 250 et s.

181. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 641. Ainsi, la loi elle-même peut donc y « déroger » ou rendre la rétroactivité nécessaire à sa correcte exécution. Voy. à ce sujet P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 116.

182. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, pp. 673 et 677. Voy. également, à cet égard, la contribution d'A. DAOÛT et M. DEKLEERMAKER, au présent ouvrage.

183. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 667.

raisonnable¹⁸⁴, *non bis in idem*¹⁸⁵, le principe de l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs¹⁸⁶, *audi alteram partem*¹⁸⁷, le principe de proportionnalité¹⁸⁸.

A priori, il semble également que le principe de légitime confiance ait une valeur législative supplétive, ne s'imposant qu'aux actes réglementaires et au comportement de l'administration¹⁸⁹.

37. Enfin, se sont vu attribuer une valeur infralégislative, car s'effaçant même devant une norme réglementaire prévoyant expressément une compétence distincte à cet égard : le principe du parallélisme des compétences ou théorie de l'acte contraire¹⁹⁰ ; le principe de comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination ou une promotion dans la fonction publique¹⁹¹ – à supposer qu'il ne soit pas, désormais, repris expressément dans chaque

184. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 839. C'est l'un des principes illustrant le mieux la relation supplétive entre les principes généraux du droit de valeur législative et la loi : lorsque la loi fixe un délai à l'action de l'administration – et, donc, « quantifie le délai raisonnable », le principe général du droit ne trouve plus à s'appliquer, l'objectif étant garanti par le législateur lui-même. Voy. également, en ce sens, la contribution d'E. GOURDIN et M. KAISER, au présent ouvrage.

185. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 853. *Sauf en matière pénale*, le principe étant alors relayé par les instruments internationaux conventionnels de protection des droits de l'homme. En outre, J. Jaumotte constate également que la Cour constitutionnelle peut censurer les dérogations légales à ce principe sous l'angle des articles 10 et 11 de la Constitution (J. JAUMOTTE, *op. cit.*, p. 680). Voy. également, à ce sujet, la contribution de S. DEPRÉ *et al.*, au présent ouvrage.

186. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 637. *Contra*, selon S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 537, certains auteurs déduisant de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, n° 2/2000, du 19 janvier 2000, que le législateur ne peut déroger à ce principe.

187. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 816, citant C.E., n° 196.430, du 28 septembre 2009, *Alexandre*.

188. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 672.

189. En ce sens, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, pp. 857-858. Voy. toutefois les nuances proposées à cette analyse par M. MORIS et Fr. BELLEFLAMME, « Les principes de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal », *op. cit.*, pp. 155 et s., notamment eu égard aux connexions entre ce principe et celui de la sécurité juridique ou de la non-rétroactivité, à ses consécration en droit de l'Union européenne, en particulier à travers la jurisprudence de la Cour de Justice, ou encore à sa place dans le système européen de protection des droits de l'homme.

190. En ce sens, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 863.

191. Bien qu'il soit déduit, par le Conseil d'État, du principe d'égalité (J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 631).

statut en vigueur¹⁹² –, ce principe n'étant en outre pas d'ordre public¹⁹³ ; il en irait encore de même du principe selon lequel les conditions de nomination doivent être réunies au moment de celle-ci¹⁹⁴, ainsi que de *patere legem* – qui ne s'impose donc qu'aux actes administratifs *individuels*¹⁹⁵.

38. Quelle que soit la valeur qui leur est désormais ainsi reconnue, les principes généraux demeurent en revanche, par rapport aux normes de même rang, *supplétifs*. Entre principes généraux de même valeur, enfin, il reviendra à nouveau au juge de faire le départ et de déterminer lequel doit, *selon le cas*, l'emporter sur l'autre¹⁹⁶.

Sur la base de ces derniers critères, si l'on peut donc voir certains principes généraux du droit, de valeur constitutionnelle, « primer » sur d'autres principes de même rang, l'on ne devrait en revanche pas rencontrer de principes généraux du droit de valeur constitutionnelle « *contra constitutionem* »¹⁹⁷, ou simplement susceptibles de *s'imposer* au constituant lui-même dans le cadre de la révision ou de la mise en œuvre de la Constitution écrite.

Toutefois, P. Martens soulignait déjà il y a quelques années les controverses de théorie du droit constitutionnel liées à la reconnaissance éventuelle d'une valeur supra-constitutionnelle à des principes généraux du droit trouvant *également* leur source, fût-ce implicitement, dans la Constitution elle-même. L'éminent magistrat citait les droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs ou la démocratie, le tout reposant sur l'idée que le constituant originaire aurait ainsi figé certains piliers de notre ordre juridique à perpétuité :

192. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 608, citant C.E., n° 13.005, du 5 juin 1968, *Vervoort*, et n° 13.711, du 26 septembre 1969, *Dacosse et Halet*.

193. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 633.

194. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 608, note 69, citant J. SALMON et l'arrêt C.E., n° 25.322, du 13 mai 1985, *Jassogne*.

195. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 644.

196. Dans le même sens, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 508. On renverra également à l'analyse faite par ces auteurs de la querelle hiérarchique perpétuelle semblant se mouvoir entre « principe de légalité » et principe de sécurité juridique et/ou de légitime confiance ; sur le même sujet, voy. également J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, pp. 568 et s. ; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE et A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, *op. cit.*, p. 68 et les références citées.

197. J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, p. 568 ; comme le rappelle cet auteur, cette exclusion repose sur le principe que la Constitution matérielle ne peut primer la Constitution formelle – cette conception rejoint, en soi, le concept de primauté des sources de droit dérivées, reposant sur une règle de reconnaissance expresse, sur les sources de droit originaires. Voy. encore, dans le même sens, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 46.

« Ainsi les morts pourraient commander aux vivants puisque le constituant des origines pourrait enchaîner le constituant d'aujourd'hui : certains principes généraux interdiraient de rétrograder en deçà du niveau de civilisation juridique que nous avons atteint, alors que des événements récents incitent les législateurs à y déroger »¹⁹⁸.

Or, la Cour constitutionnelle semble être passée, récemment, de la théorie à la pratique, à l'occasion de son arrêt, n° 62/2016, du 28 avril 2016, rejetant avec fracas tous les recours introduits contre la loi d'assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire.

Parmi ses divers argumentaires visant à contester l'intérêt de chaque catégorie de requérant s'étant porté en annulation devant elle, la Cour énonce en effet que l'article 34 de la Constitution, permettant l'attribution de pouvoirs déterminés à une organisation internationale, « n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à *l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit* »¹⁹⁹ et suggère, en outre, qu'une atteinte directe à un aspect « essentiel » de « l'État de droit démocratique » pourrait justifier « un intérêt à agir dans le chef de tous les citoyens »²⁰⁰. Si elle s'empresse de constater qu'il n'en serait rien en l'espèce, la Cour semble ainsi se prononcer en faveur d'une prééminence de certains principes généraux du droit, de valeur constitutionnelle, face à la Constitution écrite elle-même.

Ainsi, « l'identité nationale », les principes d'État de droit et de démocratie devraient désormais conditionner, voire limiter, l'application pouvant être faite des règles et principes *inscrits* dans notre Constitution, de sorte qu'une certaine Constitution matérielle « impérieuse » l'emporterait sur la Constitution formelle, voire emporterait la nécessité de réinterpréter celle-ci. On ne peut, évidemment, qu'encourager avec curiosité et envie les plaideurs à solliciter, à l'avenir, l'application effective de ces préceptes par la Cour...

Conclusion. Des principes généraux du droit encore promis à un bel avenir ?

39. Tantôt malmenés par le juriste et le juge, ne leur ayant pas toujours reconnu la place qu'ils méritent dans notre ordre juridique, tantôt abusés ou détournés par des praticiens imaginatifs tentant de les « mettre à toutes les

198. « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 15.

199. Cons. B.8.7.

200. Cons. B.8.9.

saucés », les principes généraux du droit constituent une source incontestable de notre droit, d'ailleurs pré-existante à sa formalisation institutionnalisée.

Toujours victime d'une certaine approximation terminologique (« adage », « règle », « obligation », « principe », « principe général »...) et d'interminables controverses doctrinales, le principe général du droit a pourtant, plus que jamais, besoin du praticien pour voir reconnaître sa spécificité et son utilité pour préserver la cohérence d'un arsenal normatif exponentiel.

L'uniformisation du langage et de l'analyse juridique les concernant ne peut, d'ailleurs, que contribuer à servir l'un d'entre eux : le principe général du droit de la sécurité juridique.

40. Certes, les traits caractéristiques des principes généraux du droit appellent une appréciation toute en nuances, qui ne lasse pas d'ébranler les catégories juridiques traditionnelles : ainsi, « apportent(-ils) un élément de souplesse dans l'application du droit, en faisant prévaloir l'esprit du droit sur la lettre, le sens commun sur la technique, la justice sur la simple légalité », et tout en « contribu(a)nt (par ailleurs) à la cohérence des branches du droit et du droit en général »²⁰¹.

Source par nature évolutive²⁰², le principe général du droit peut, raisonnablement, escompter encore de beaux jours d'application et de développement dans notre système normatif, afin d'embrasser et de canaliser les débordements inévitables d'une démultiplication apparemment irrépressible des normes écrites et des champs d'action de l'autorité publique.

Dans un tel contexte, toute tentative de « codification » des principes généraux du droit paraît vaine, voire insensée, empreinte des relents d'un légicentrisme obsolète dont le strict respect aurait précisément empêché le présent ouvrage de voir le jour.

201. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, n° 8.

202. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 26.