

Le fabuleux destin des principes généraux du droit

Rafaël JAFFERALI

Professeur à l'Université libre de Bruxelles

Collaborateur scientifique à la KU Leuven

Avocat au barreau de Bruxelles

Jérémie VAN MEERBEECK

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles

Introduction

1. Un concept mystérieux. Catégorie « vaine et prétentieuse »¹ selon certains, « normes inexprimées » du « grand droit » qui fait irruption « dans le petit droit des normes écrites »² selon d'autres, les principes généraux du droit suscitent, chez les juristes, à la fois méfiance et respect, confiance et crainte. Bien que qualifié de « valeur ascendante » de la vie juridique contemporaine³, le principe général du droit, dont la théorie a été jugée « fabuleuse »⁴ et le statut « quelque peu mystérieux »⁵, résiste à toute définition concise. Selon P. Van Ommeslaghe, la difficulté à cerner la notion est, du reste, le « seul point qui fait l'unanimité » parmi les auteurs⁶. L'objet de la présente contribution est néanmoins de faire quelque peu la lumière sur ce concept et d'introduire le présent ouvrage, qui est spécifiquement consacré aux principes généraux du droit privé.

2. Tout principe n'est pas un principe général du droit. S'il est difficile de définir positivement la notion de principe général du droit,

¹ R. RODIÈRE, « Les principes généraux en droit privé français », *Rev. int. dr. comparé*, 2^e vol., 1980, p. 309.

² P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Limal, Anthemis, 2006, p. 12.

³ R. E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit et du droit communautaire : origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 6.

⁴ L. DUBOIS, « Le droit, à cheval sur les principes généraux », in *Drôle(s) de Droit(s), Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandar*, Paris, Dalloz, 2000, p. 252.

⁵ C. R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 30.

⁶ P. VAN OMMEFLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1104.

il faut d'emblée la distinguer, négativement, des occurrences, en droit, du mot « principe », qui renvoient à des sens différents. Sous réserve de notre brève introduction historique, il convient ainsi d'exclure de l'objet de notre étude le « principe » qui n'est qu'un moyen de simplifier la référence à un ensemble de règles⁷, qui est utilisé par opposition à la notion d'exception⁸, qui renvoie à la notion vague de disposition fondamentale⁹ ou qui, dans un sens comparable, désigne un exposé systématique des règles propres à un domaine déterminé du droit positif¹⁰. À la différence de ces notions, le principe général du droit est bien une « norme de droit positif »¹¹ présentant une certaine autonomie, de rang législatif, voire supérieur, dont le juge doit assurer le respect¹².

3. Plan. Nous examinerons, dans un premier temps, comment ces normes atypiques ont été découvertes et comment un principe général du droit en arrive à être consacré (Section 1), avant de nous attarder sur ce qui les caractérise (Section 2).

Section 1

La découverte des principes généraux du droit

Ce point implique en réalité deux questions : quand ces normes sont-elles apparues dans nos systèmes juridiques (1) et comment un principe accède-t-il au statut de principe général du droit (2) ?

⁷ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit français au milieu du xx^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950, p. 55. Et l'auteur de citer les articles 1196 (« Les mêmes principes s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative »), 1584, alinéa 3 (l'effet de la vente « est réglé par les principes généraux des conventions ») et 2021 (l'effet de l'engagement de la caution qui s'est engagée solidairement « se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ») de l'ancien Code civil.

⁸ La Cour de cassation a ainsi jugé que « [l']octroi de facilités de paiement constitue une exception au principe de la force obligatoire des conventions consacré par l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil » (Cass., 15 juin 2006, *Pas.*, I, p. 1421). Dans le même sens, la jurisprudence recourt souvent à l'expression « en principe » ou « en règle » afin de ménager la possibilité d'admettre ultérieurement une exception à la norme énoncée. Voy., par exemple, Cass., 22 novembre 2018, *J.T.*, 2020, p. 401 : « N'est, en principe, pas nouveau le moyen qui critique un motif que le juge a donné à l'appui de sa décision. »

⁹ Le consensualisme est sans aucun doute un principe directeur du droit privé, consacré désormais à l'article 5.28 du nouveau Code civil, mais il n'a, à notre connaissance, pas été reconnu comme principe général du droit.

¹⁰ Il en va ainsi des *Principes de droit civil* de Laurent (sur cette acception, qui prend son essor à partir du xvii^e siècle, voy. ci-après n° 4).

¹¹ P. VAN OMMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1103.

¹² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 588. Relevons que les principes généraux du droit sont souvent concrétisés par plusieurs règles, tolèrent en général des exceptions et constituent des normes fondamentales souvent reprises dans les exposés systématiques de doctrine.

Sous-section 1

La découverte de nouvelles normes

4. Retour aux sources ? En 1972, H. Buch écrivait que les principes généraux du droit sont « aussi vieux que les systèmes juridiques eux-mêmes »¹³. Une quinzaine d'années plus tard, E. Pattaro proposait, pour sa part, de retracer « une histoire de la notion des principes généraux du droit d'Aristote à nos jours »¹⁴. Dans le même sens, des auteurs ont écrit plus récemment qu'il convenait de relativiser « la nouveauté des principes généraux du droit qui ont existé de tout temps, depuis les débuts de la philosophie du droit et en droit romain déjà »¹⁵.

Si on s'en tient à l'objet de notre étude, à savoir les principes généraux du droit comme source formelle et autonome du droit, cette affirmation doit cependant être sérieusement nuancée, même si, on le verra, la notion de principe trouve bien ses racines au cœur de notre histoire juridique.

En droit romain, la science juridique qui se développe à partir de Quintus Mucius Scævola et de Servius Sulpicius Rufus établit par induction des principes (appelés, ironie du sort, *regulæ*) à partir du matériau juridique existant, pour en déduire des propositions normatives (*responsa*) qui seront ensuite organisées en genres et en espèces¹⁶. Dans son *Traité des lois*, Cicéron proposera d'examiner les « principes du droit » : « *Nunc juris principia videamus* »¹⁷. Enfin, le 17^e et dernier titre du 50^e livre du Digeste de Justinien comprend 211 *regulæ*, qui sont des maximes juridiques. Or, de nombreux principes généraux du droit contemporains trouvent leurs sources dans de telles maximes¹⁸.

Au début du XII^e siècle, un professeur de Bologne du nom d'Irnerius enseigne, au lieu des lois germaniques, le *Corpus iuris civilis* de Justinien, qui semblait avoir disparu depuis le VII^e siècle. Les romanistes n'auront de cesse, par la suite, de vouloir systématiser les textes de cette nouvelle bible juridique. Au XVI^e siècle, le romaniste Jean de Coras écrit, dans son *De iuris arte libellus* (1560),

¹³ H. BUCH, « À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. 3, Paris, Bruylant, LGDJ, 1972, p. 420.

¹⁴ E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », in G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 273. Fr. Moderne estime que les manifestations du concept de principe général du droit dans les différentes langues européennes « traduisent des références communes aux mêmes sources, celles de la pensée juridique occidentale, telle qu'elle s'est développée depuis le XIII^e siècle » (F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.*, 1999, p. 723).

¹⁵ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal-Bruxelles, Anthemis-Publ. FUSL, 2012, p. 499.

¹⁶ E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », *op. cit.*, p. 281. Voy. également à ce propos M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19^e éd., München, C. H. Beck, 2008, p. 25, § 2, n° 20.

¹⁷ CICÉRON, *De legibus*, L.I, VI.

¹⁸ La 54^e *regulæ* stipule ainsi : « On ne peut transmettre à un autre le droit que l'on n'a pas. » Sur cette maxime, voy. la contribution d'A. DESPRET, E. BIJNENS et A. VANDENDRIES.

que les *regulae* reprises dans l'avant-dernier titre du Digeste sont des « *generalia iuris principia et elementa* », qu'il définit comme des universels nécessaires pour tout système rationnel de droit¹⁹. Pour F. Zenati-Castaing, l'émergence des principes généraux du droit est liée au comparatisme coutumier français du xvi^e siècle, époque à laquelle les juristes ont appliqué au corpus de codification royale des coutumes la méthode du droit commun mise au point quelques siècles plus tôt par les romanistes pour systématiser les lois romaines : « Les adages, que l'on dénommait, à l'époque, de manière caractéristique, maximes générales, ne sont rien d'autres que la transformation en principes généraux des règles coutumières »²⁰. Aux xvii^e et xviii^e siècles, les auteurs s'évertuent à présenter en système les principes du droit naturel identifiés à l'aide de la droite raison : il suffit d'évoquer *Le droit de la nature et des gens ou système des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique* de Pufendorf (1672) ou les *Principes du droit de la nature et des gens* de Burlamaqui (1768)²¹. Enfin, Portalis rappelait, dans son discours préliminaire à l'adoption du Code civil, que l'office de la loi est « d'établir des *principes* féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière » et qu'il incombe au magistrat, confronté à « un fait absolument nouveau », de remonter « aux *principes* du droit naturel »²².

La tendance se confirme au xix^e siècle, davantage marqué par le positivisme juridique, avec l'ouvrage de G. de Vareilles-Sommières intitulé *Les principes fondamentaux du droit*²³. À une époque où le droit naturel est en perte de vitesse et où le juge se doit, depuis Montesquieu, de n'être que la bouche de la loi, il n'est plus question d'aller chercher des principes ailleurs que dans celle-ci. Évoquant son célèbre ouvrage sur les *Principes du droit civil*, Laurent résumait ainsi sa conviction : « J'ai écrit trente-deux volumes pour ramener aux vrais principes la science et la pratique du droit. [...] Car c'est dans la loi que les principes ont leur fondement ; ils ne sont autre chose que les dispositions du code, ou les règles qui en découlent »²⁴.

¹⁹ E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », *op. cit.*, pp. 274-290.

²⁰ F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes du droit*, Economica, 2008, pp. 262-263. Il en conclut que l'origine des principes généraux du droit est moins jurisprudentielle que doctrinale et davantage privatiste que publiciste (*ibid.*, pp. 258 et 264).

²¹ En Écosse, le juriste J. Stair intitule en 1681 le premier titre de son ouvrage consacré aux institutions juridiques de l'Écosse : « Common Principles of Law », dans lequel il identifie les premiers principes de droit naturel gravés dans nos cœurs de la main de Dieu, tels que le droit de légitime défense (J. STAIR, *The Institutions of the Law of Scotland*, Glasgow-Edimbourg, The University Presses of Edinburgh and Glasgow, 1981, pp. 73-95).

²² « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, pp. 466-467 (nous soulignons).

²³ G. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris, Cotillon, 1889.

²⁴ FR. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, 1878, Préface, p. 5. Dans ses *Principes de droit civil*, le juriste évoque à plusieurs reprises les « principes généraux » mais, rappelons-le, il ne s'agit manifestement pas de la catégorie normative qui nous occupe. C'est ainsi qu'il consacre son titre préliminaire aux « Principes

5. Une différence de nature mais une parenté certaine. La notion de principe mobilisée dans les écrits précités ne coïncide pas exactement avec celle qui nous intéresse. Jusque-là, la notion de principe était alors utilisée comme source d'inspiration du droit (on parle de source *matérielle*) mais non comme source *formelle*, dotée d'une autonomie qui lui confère une place dans la hiérarchie des normes et la rend susceptible d'être mobilisée, sur le plan technique, au soutien d'un pourvoi en cassation²⁵. Pourquoi, dès lors, perdre son temps à examiner – même brièvement – l'histoire du sens du mot « principe » en droit ? Parce que, comme indiqué ci-avant, les principes généraux du droit qu'on connaît aujourd'hui trouvent souvent leurs racines dans les maximes juridiques du passé, parfois élevées au rang d'axiome du système juridique, et qui innervent en filigrane ces grands traités qui visaient à exposer de façon systématique les règles de l'ordre juridique²⁶. Qu'il suffise d'évoquer l'enrichissement sans cause, institution qui était connue du droit romain. On peut ainsi citer un arrêt de la Cour de cassation de France de 1858 qui disait de l'action « *de in rem verso* » que, « dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée »²⁷ ou celui de la Cour de cassation de Belgique qualifiant de « principe d'équité » la maxime suivant laquelle nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui²⁸.

6. L'émergence officielle. Les auteurs s'accordent pour dire que, à l'exception d'apparitions timides et ponctuelles²⁹, l'éclosion des principes

généraux sur les lois » (comme la question de leur sanction, de leur promulgation, de leur autorité) : FR. LAURENT, *Principes de droit civil*, 4^e éd., t. I, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1887, p. 576 (pour la table des matières).

²⁵ Comp. dans le même sens la distinction entre *beginselen* et *rechtsbeginselen* opérée par W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. I. Algemeen Deel Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, n° 46, pp. 126 et s. Sur le rapport entre principes généraux et hiérarchie des normes, voy. ci-après §§ 42-44.

²⁶ En France, P. Morvan évoque une « troublante ancienneté des principes » en citant notamment des arrêts de la Cour de cassation française ayant consacré le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques en 1802 ou le principe « *error communis facit jus* » en 1804 (voy. les réf. citées dans P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, pp. 428-429).

²⁷ Cass. civ., 20 avril 1858, *D.P.*, 1858, I, p. 154, cité par J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 64.

²⁸ Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, I, p. 272. On y décèle déjà la logique qui prévaudra plus tard à la consécration officielle des principes généraux : « Si le code, par les applications purement énonciatives et nullement limitatives qu'il fait de la maxime *Nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui*, marque bien qu'il a reconnu et sanctionné d'une manière générale ce principe d'équité, c'est, toutefois, à la condition que l'enrichissement se produise sans cause légitime. »

²⁹ Outre l'arrêt cité en note 27, on peut également évoquer cet arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation de France, qui a approuvé un arrêt ayant décidé que « toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage », cet arrêt n'ayant fait « que proclamer un principe d'ordre public, qui soit avant, soit depuis la promulgation du Code civil, a toujours été consacré par la jurisprudence » (Req., 15 juin 1892, *D.*, 1892, I, p. 596). Pour des exemples dans la jurisprudence de la

généraux du droit dans les systèmes juridiques de droit continental est survenue après la Seconde Guerre mondiale, tant pour faire face à une évolution économique et sociale qui mettait en évidence les lacunes de la loi³⁰ que pour contenir les excès des autres pouvoirs³¹. Ainsi, en France, le souci de renouer avec les idéaux de 1789 (principes de sécurité, de légalité et de protection des droits individuels) transparaît des commentaires des premières décisions du Conseil d'État, dans l'objectif, notamment, de cadrer l'exercice par le pouvoir exécutif de ses prérogatives réglementaires³². Dans trois arrêts du 26 octobre 1945, la haute juridiction administrative, qui aurait inspiré la Cour de justice de l'Union européenne dans son approche des principes généraux³³, a en effet décidé qu'il résulte « des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut [...] être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense »³⁴.

Cour de cassation de Belgique, outre l'arrêt précité du 27 mai 1909, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 57-59.

³⁰ R. E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit et du droit communautaire : origines et concrétisation*, op. cit., p. 11.

³¹ Relevons que, dès 1920, l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice mentionnait « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » comme des normes que cette juridiction devait appliquer. Sur le plan doctrinal, certains privatistes français commencent à réfléchir à la catégorie normative des principes généraux du droit à partir des années 1950 mais ces principes resteront encore largement ignorés par d'autres auteurs, et ce, jusqu'au début des années 1990. Il faudra attendre la fin des années 1990 pour que « la majorité de la doctrine contemporaine s'interroge activement » à leur sujet (M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Aix, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 18). En Belgique, le *Précis de droit civil belge* de R. DEKKERS de 1954 ne contient aucune référence aux principes généraux du droit dans sa table des matières (R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 960) et l'auteur ne liste, parmi les sources formelles du droit civil, que la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume (*ibid.*, p. 11). Quelques années plus tard, la troisième édition du *Traité élémentaire de droit civil belge* de De Page complète cette liste en mentionnant l'équité, mais de principes généraux du droit, il n'est nullement fait état (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 16). En 1997, J. HANSENNE concède que, « en quête des sources formelles générales de notre droit privé interne, on ne pourra passer sous silence les principes généraux du droit » qu'il définit comme « les idées de base diffuses dans le droit, les notions et les solutions d'allure principielle en quoi se résume ou s'explique le droit d'un pays ou d'une époque » (J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^e éd., Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, pp. 22-23). Les exemples donnés (liberté des conventions, unité du patrimoine) permettent toutefois de douter que sa compréhension de la notion s'aligne sur celle de la Cour de cassation. Il semble s'être largement inspiré (sans le citer) de Jean Dabin qui, déjà en 1929, consacrait quelques pages aux « principes généraux du droit » (les guillemets sont de lui) définis comme « un certain nombre indéterminé de solutions et de notions, d'allure principielle, en quoi se résume ou s'explique le droit d'un pays et d'une époque » (J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 240, qui cite du reste les mêmes exemples en p. 241). L'éminent juriste distinguait ces principes (qu'il refusait « d'incorporer parmi les facteurs de l'élaboration juridique ») des « grands principes de bien commun et de justice » et des « règles d'élémentaire technique, dont le respect s'impose à toute œuvre juridique vraie » (*ibid.*, p. 240).

³² P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 211 et les réf. citées.

³³ M. HERDEGEN, « The Origins and Development of the General Principles of Community Law », in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (dir.), *General Principles of European Community Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 6.

³⁴ C.E., Ass., 26 octobre 1945, Aramu (n° 77.726), Belloir (n° 77.728) et Mattei (n° 78.106), *Rec.*, p. 213. Ces arrêts sont généralement présentés comme consacrant la théorie des principes généraux par le Conseil d'État français (Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie : contribution à l'étude critique des principes généraux*

Peu de temps après, le Conseil d'État belge consacrait le même principe général des droits de la défense dans un arrêt du 24 octobre 1949 et, dix ans plus tard, évoquait la notion de « principe général du droit administratif » dans un arrêt *Detournay* du 23 décembre 1959³⁵.

7. La jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation de Belgique, pour sa part, attendra plus longtemps avant d'embrasser pleinement ce concept. En réalité, à l'instar de la prose de M. Jourdain, elle recourait déjà, dès 1950, aux principes généraux du droit sans le savoir (ou sans l'admettre formellement). Ainsi, dans un arrêt du 10 janvier 1950, elle affirmait que « la continuité, condition essentielle de l'existence de l'État, exige que jamais l'État ne se trouve placé dans l'impossibilité juridique de remplir sa mission, du fait que le fonctionnaire, qui a qualité pour agir en son nom, se trouve empêché d'exercer ses fonctions, ce qui implique la possibilité de déléguer un fonctionnaire pour remplacer le titulaire de la charge »³⁶. Il ne manque en effet que les termes « principe général du droit » avant le mot « continuité »³⁷ : ils arriveront dans un arrêt du 21 avril 1966, dans lequel la Cour s'est explicitement référée au « principe général de la continuité du service public », violé par l'arrêt entrepris qui avait déclaré valables des saisies-arrêts pratiquées à la charge d'une association de communes³⁸. La même Cour consacrera, dans deux arrêts bien connus de 1960, la théorie des troubles de voisinage en renvoyant « au principe général consacré notamment par l'article 11 de la Constitution »³⁹ et, dans la foulée, le « principe général que constitue le droit de défense », qui est « inséparable de tout acte de juridiction »⁴⁰.

du droit, Bruxelles, FUSL, 1981, p. 11), même si certains auteurs identifient des arrêts faisant application de tels principes antérieurement (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 310).

³⁵ Voy. les réf. citées dans D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 496.

³⁶ Cass., 10 janvier 1950, *Pas.*, I, p. 302. Dans le même ordre d'idées, W. J. Ganshof van der Meersch évoquera les « glorieuses doctrines » développées par la jurisprudence comme l'enrichissement sans cause ou l'abus de droit (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », op. cit., p. 573).

³⁷ À l'inverse, lorsque, dans un arrêt du 10 janvier 1867 (*Pas.*, I, p. 117), la Cour de cassation évoque les « principes généraux », elle ne fait manifestement pas référence au sens qui leur est conféré actuellement, mais plutôt à la notion plus ancienne d'axiome ou de fondement du système juridique (dans le même sens, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 57). La référence aux « principes généraux du droit administratifs », dont la Cour déduira en 1960 que « le caractère public de l'association de droit public implique que le régime juridique de son personnel est, normalement, le régime statutaire » semble se situer à mi-chemin entre la reconnaissance effective des principes généraux du droit et, vu son caractère vague, les mentions antérieures à des principes de droit sans portée normative particulière (Cass., 29 avril 1960, *Pas.*, I, p. 1000).

³⁸ Cass., 21 avril 1966, *Pas.*, I, p. 1060.

³⁹ Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, I, p. 915. Sur cette théorie, voy. ci-après la contribution de N. BERNARD et S. VANVREKOM, qui relèvent que la Cour de cassation n'a jamais explicitement affirmé que la théorie elle-même constituait un principe général du droit.

⁴⁰ Cass., 2 mai 1961, *Pas.*, I, p. 926.

8. La mercuriale de W. J. Ganshof van der Meersch. Le tournant décisif dans la consécration des principes généraux est cependant toujours associé au discours prononcé le 1^{er} septembre 1970 par M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch, lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation. Dans cette célèbre mercuriale, l'éminent magistrat explique la reconnaissance tardive de ces normes par la Cour par une interprétation trop stricte du terme « loi » repris dans l'article 608 du Code judiciaire⁴¹ et par une confusion de ces normes avec les maximes juridiques⁴². Il encourageait donc la Cour de cassation à admettre que les principes généraux du droit pouvaient être invoqués au soutien d'un pourvoi, à titre de « loi » compris dans son sens matériel. Le moins qu'on puisse dire est qu'il a été entendu.

9. L'entrée dans le « club fermé des sources formelles du droit »⁴³. À partir de 1971, la Cour admettra la recevabilité des moyens invoquant la violation d'un principe général du droit au regard de l'article 1080 du Code judiciaire sans référence à une disposition légale⁴⁴. Les décennies 1970 et 1980 peuvent être considérées comme l'âge d'or des principes généraux du droit. De très nombreux principes seront ainsi consacrés par la Cour de cassation, parmi lesquels, en droit privé, l'interdiction de l'abus de droit⁴⁵, la nécessité d'une mise en demeure du débiteur, « principe dont fait application l'article 1146 du Code civil »⁴⁶, ou le principe constitué par l'exception

⁴¹ Cette disposition limite en effet la compétence de la Cour de cassation aux « décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déferées pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité » (nous soulignons). L'article 1080 du même Code impose par ailleurs au demandeur en cassation de viser dans sa requête les « dispositions légales dont la violation est invoquée », et ce, à peine de nullité. Plusieurs auteurs avaient déjà dénoncé cette compréhension trop restrictive du terme « loi », parmi lesquels W. J. Ganshof van der Meersch lui-même dans un texte écrit quelques années plus tôt (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, pp. 563-614 ; voy. également les réf. citées dans D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 497). J. Kirkpatrick estime par contre, références à l'appui, que l'intention du législateur, lors de l'adoption du Code judiciaire, n'était manifestement pas d'entendre ces notions dans un sens aussi large (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, E. Story-Scientia, 1991, pp. 623-627).

⁴² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », Mercuriale prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1970, *J.T.*, 1970, p. 572.

⁴³ Nous empruntons l'expression à D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 494.

⁴⁴ J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire... », *op. cit.*, pp. 629-631 et les réf. citées. Le principe général du droit se distingue ainsi des maximes juridiques, adages et autres brocards qui ne peuvent donner ouverture à cassation (P. VAN OMMESSLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1114 ; pour une illustration, voy. Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 646, décidant « que l'expression "nemo auditur suam turpitudinem allegans" constitue un adage mais pas un principe général du droit ; [q]ue la violation d'un tel adage ne peut entraîner la cassation que si la disposition légale ou réglementaire par laquelle il est consacré est violée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce »).

⁴⁵ Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et les conclusions du proc. gén. W. J. Ganshof van der Meersch.

⁴⁶ Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, I, p. 887. Le texte de l'arrêt ne reprend pas les termes de « principe général du droit ».

d'inexécution en matière contractuelle⁴⁷. D'autres principes, maximes, règles ou théories se verront refuser ce statut, comme la théorie de la « confiance légitime dans le droit des obligations »⁴⁸. En droit public, le succès n'est pas moindre, avec le concours du Conseil d'État qui leur accordera une place plus importante encore, en raison de son contrôle du pouvoir discrétionnaire par l'Administration dans un contexte d'absence de codification générale du droit administratif⁴⁹. Cette reconnaissance comme une source formelle du droit à part entière trouve son aboutissement dans le récent article 1.1, alinéa 1^{er}, du nouveau Code civil, où les principes généraux du droit sont expressément mentionnés comme une source du droit civil⁵⁰.

10. Le ralentissement sur le plan interne et le nouveau Code civil.

Il faut toutefois constater qu'après l'âge d'or des décennies 1970 et 1980, le processus s'est fortement ralenti⁵¹, tendance assumée par certains magistrats de la Cour de cassation. Prenant la plume comme auteurs de doctrine, ils ont expliqué le constat que celle-ci s'était montrée « extrêmement prudente »⁵² et « fort réservée » dans la consécration de nouveaux principes par le fait que « le recours aux principes généraux du droit ne se justifie qu'en l'absence de textes légaux applicables à la situation juridique soumise au juge », textes légaux qui « ne manquent pas » ; et de conclure : « les principes susceptibles d'être considérés comme fondamentaux et autonomes ne sont pas nombreux et la Cour a sans doute jugé qu'elle les avait reconnus »⁵³. La consécration récente par le Code civil de certains principes généraux, comme l'interdiction pour le représentant de se porter contrepartie, l'abus de droit, le principe *Fraus omnia corrumpit*, la théorie des troubles de voisinage, le droit de résiliation

⁴⁷ Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, I, p. 1179. Ici également, la solution est implicite, la Cour ne faisant pas explicitement état de ce principe, pourtant invoqué dans le moyen.

⁴⁸ Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, I, p. 915. Pour une liste plus complète des principes consacrés ou rejetés par la Cour de cassation, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 59-66.

⁴⁹ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 498. W. J. Ganshof van der Meersch écrivait déjà qu'il y avait « une différence sensible entre les principes généraux en droit civil et en droit public » car les premiers peuvent être trouvés dans le Code civil alors que les seconds se déduisent des rapports entre l'homme et le pouvoir (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », op. cit., p. 581).

⁵⁰ Les travaux préparatoires indiquent à cet égard : « Le droit non écrit se retrouve également tout particulièrement dans les *principes généraux du droit*. Il s'agit ici de règles fondamentales déduites des fondements du système juridique par la jurisprudence et également admises en dehors de leurs applications légales [...]. Les principes généraux du droit équivalent à une norme légale et leur méconnaissance par le juge peut constituer le fondement d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Ayant la même valeur qu'une loi, le principe général du droit n'est ni une norme qui puisse s'appliquer contre elle, ni une règle à laquelle il est interdit au législateur de déroger [...] » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 7).

⁵¹ On relèvera, de façon ponctuelle, la reconnaissance en 2004 du principe général du droit relatif à la caducité des obligations en raison de la disparition de leur objet (Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 483).

⁵² C. PARMENTIER, « Des principes généraux du droit : un faux et un vrai », *J.L.M.B.*, 2020/26, p. 1212.

⁵³ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 69.

unilatérale des contrats à durée indéterminée, l'exception d'inexécution ou l'enrichissement sans cause (devenu injustifié)⁵⁴, soulève également la question de la pertinence, de la valeur ajoutée, voire de la survivance de ces normes en tant que principes généraux⁵⁵, question qui se pose en des termes analogues à celle de la codification de la coutume⁵⁶. Il nous paraît que les principes ainsi consacrés ne disparaîtront pas pour autant mais que leur portée devra, en vertu du principe certes relatif de subsidiarité⁵⁷, s'appréhender dans le cadre du moule plus⁵⁸ ou moins⁵⁹ contraignant imposé par le législateur, conservant pour le reste un intérêt tant sur le plan interprétatif⁶⁰ que, le cas échéant, dans l'hypothèse où leur champ d'application déborderait celui occupé par la loi⁶¹.

11. L'explosion sur le plan externe. Il ne faudrait pas en conclure pour autant que le sujet a perdu de sa pertinence. Il s'est en réalité enrichi et compliqué à la suite de la « multiplication des niveaux de gestation des principes généraux du droit et des juges appelés à en assurer sinon l'identification, à tout le moins le respect »⁶². En vertu du principe (général du droit, faut-il le rappeler) de la primauté du droit international conventionnel doté d'un effet direct et de la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité, il faut en effet compter avec les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle⁶³.

⁵⁴ Consacrés respectivement dans les articles 1.8, 1.10, 1.11, 3.101, 5.75, 5.98 et 5.137 du nouveau Code. Il est renvoyé sur chacun de ces principes aux contributions qui leur sont consacrées dans le présent ouvrage. On peut encore évoquer le principe selon lequel la renonciation à un droit est de stricte interprétation, repris dans l'article 1.12 du nouveau Code, qui ne fait pas l'objet d'une contribution.

⁵⁵ Les travaux préparatoires motivent comme suit le choix opéré de ne pas « conférer une place dans le Code » à tous les principes généraux du droit : « Tout d'abord, chaque principe général du droit ne se prête pas à une disposition légale formulée de manière générale. Il appartient alors au juge d'en définir la portée précise dans un cas concret. Ensuite, l'exhaustivité n'est pas possible car il n'existe aucune liste limitative de tels principes. Ils doivent, en effet, être reconnus par la jurisprudence. La jurisprudence de la Cour de cassation adopte une attitude stricte quant à la reconnaissance de nouveaux principes. [...] Cette approche stricte n'exclut pas qu'à l'avenir, de nouveaux principes généraux du droit puissent malgré tout être reconnus et que l'on aspire à une telle reconnaissance » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 7).

⁵⁶ Voy. à ce propos F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2^e éd., t. I, Paris, LGDJ, 1919, p. 241, n° 92, note (2), et p. 324, n° 111, note (1).

⁵⁷ Voy. ci-après la sous-section 3, n°s 29 et s.

⁵⁸ Comme pour la théorie des troubles de voisinage ou dans une moindre mesure l'enrichissement injustifié.

⁵⁹ Voy. l'article 1.12 du nouveau Code civil, qui dispose sans surprise : « La renonciation à un droit ne se présume pas. Elle ne peut se déduire que de faits ou d'actes qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation. »

⁶⁰ On imagine aisément que les enseignements jurisprudentiels relatifs aux principes généraux ne seront pas balayés d'un revers de la main par les interprètes des nouvelles dispositions légales.

⁶¹ Tel pourrait être le cas de principes généraux ayant une portée autonome en droit administratif par exemple ou qui, consacrés par le Livre 5, auraient vocation à régir une matière visée par le Livre 3.

⁶² D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 501-502.

⁶³ Sur ce point, voy. ci-après, n°s 42 et s. Dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la notion de principe général du droit a eu un succès considérable (voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », in Y. CARTUYVELS et al., *Les sources du droit revisitées, op. cit.*, pp. 166 et s.).

Sous-section 2

La découverte d'un principe général du droit

12. Concilier Montesquieu et les principes généraux du droit. Si l'appartenance des principes généraux aux sources formelles du droit n'est plus contestée, il faut encore examiner comment un principe général spécifique accède à ce statut prestigieux. Force est de constater que ce point reste toujours couvert d'un voile d'incertitude.

Dans un système qui contient un nombre restreint de sources formelles et limite la fonction de juger à une application mécanique de la loi, il n'est guère étonnant que nos hautes juridictions aient saisi cette belle opportunité que représentaient les principes généraux du droit. Le même cadre imposait cependant de déterminer le fondement permettant aux juges de consacrer ces principes tout en préservant la fiction promue par Montesquieu. Le postulat était résumé par M. le procureur général Krings, dans son discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation de 1990 : « Disons-le bien clairement, la Cour n'est pas le législateur. Elle ne fait qu'apporter son concours à l'œuvre du législateur en précisant seulement ce que celui-ci a voulu »⁶⁴.

13. Le discours de la méthode. Il est généralement affirmé que les principes généraux du droit sont identifiés, le plus souvent (sinon exclusivement) par les juges au terme d'un processus d'induction amplifiante⁶⁵ ou d'induction-déduction⁶⁶, qui consiste à partir de dispositions particulières pour induire, sur la base d'un raisonnement par analogie, l'existence d'un principe général dont des applications particulières supplémentaires pourront ensuite, le cas échéant, être déduites.

Relevons déjà, avec d'autres, que tous les principes généraux du droit n'ont pas été identifiés de cette façon ou, parfois, ne l'ont été qu'en apparence en recourant à cette méthode⁶⁷.

14. Le fondement légal. Il était clair que, pour les privatistes, le Code civil de 1804 n'était guère d'une grande aide pour offrir un fondement au pouvoir des juges de consacrer l'existence d'un principe juridique non écrit⁶⁸. On l'a

⁶⁴ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, p. 546.

⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 85 ; F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 731 et les réf. citées.

⁶⁶ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 28-29 et les réf. citées.

⁶⁷ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 61 et s., n^{os} 21 et s. (qui cite les principes relatifs à l'enrichissement sans cause, aux troubles de voisinage et à l'exception d'inexécution). Dans le même sens, voy. P. VAN OMMESELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, pp. 1114-1115.

⁶⁸ Le nouveau Code ne consacre pas explicitement un tel pouvoir mais il admet au moins l'existence des principes généraux du droit.

vu, si les articles 1196, 1584 et 2021 de ce Code contiennent bien le terme « principe », ce n'est manifestement pas afin de désigner des « principes généraux du droit », mais plutôt un « groupe » ou un « ensemble systématique de règles »⁶⁹.

L'article 2 du Code judiciaire offre sans doute une meilleure candidature. Il dispose en effet que les règles énoncées dans ce Code « s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code ». Le rapport fait au nom de la Commission de la justice concernant le projet de loi contenant le Code judiciaire ne manque pas d'intérêt à cet égard. La version initiale ne renvoyait en effet qu'à des dispositions légales particulières, qui permettraient d'écarter le droit commun du nouveau Code. Renvoyant au discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1966, par le procureur général Hayoit de Termicourt, qui évoquait certains principes généraux non écrits régissant l'action répressive et s'écartant du droit commun, il fut suggéré d'inclure cette notion de « principes de droit ». Un membre de la Commission demanda ce que visait cette notion : « La Cour de cassation n'a-t-elle pas refusé à plusieurs reprises de prendre les principes de droit, comme tels, en considération ? ». Il lui fut cependant répondu que les principes généraux du droit constituaient « un élément de l'ordre juridique », comme l'avait confirmé la Cour de cassation dans son arrêt précité du 21 avril 1966⁷⁰. Le texte fut donc adopté⁷¹. Il peut difficilement être contesté que le législateur a, à cette occasion, confirmé l'existence de principes généraux du droit comme « éléments de l'ordre juridique ». Il ne faudrait cependant pas en inférer un chèque en blanc pour les juges. Outre le fait que l'expression « principes de droit » a manifestement une signification plus large que celle de « principes généraux du droit »⁷², la portée de l'article 2 du Code judiciaire ne peut s'étendre au-delà de la matière régie par ce Code.

Last but not least, l'article 5 du Code judiciaire, qui a repris le contenu de l'ancien article 4 de l'ancien Code civil, dispose qu'il y a « déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». C'est bien cette

⁶⁹ Voy. *supra*, n° 2. *Contra*, P. VAN OMMEFLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1106 (qui, sans s'en expliquer davantage, y voit une référence aux principes généraux du droit).

⁷⁰ Sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 7.

⁷¹ Projet de loi contenant le Code judiciaire, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1965-1966, 59, n° 49, pp. 4-7.

⁷² Dans un arrêt du 22 septembre 1972, la Cour de cassation s'est référée à la notion de principes du droit contenue dans l'article 2 du Code judiciaire pour appuyer la conclusion que les décisions rendues dans les affaires disciplinaires par les conseils de discipline d'appel de l'Ordre des avocats ne devaient pas être prononcées en audience publique, et ce, manifestement sans fonder son raisonnement sur un principe général du droit (Cass., 22 septembre 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 82).

disposition qui, pour W. J. Ganshof van der Meersch, fonde le pouvoir du juge d'invoquer les principes généraux du droit⁷³. Elle est sous-tendue par la double hypothèse de complétude et de cohérence du Code Napoléon⁷⁴ et, plus généralement, du droit⁷⁵.

15. Les postulats de complétude et de cohérence. La complétude d'un système juridique peut en effet se définir comme « le fait qu'un système ne contienne pas de "lacune" et puisse déterminer à l'aide de l'ensemble de ses éléments le statut juridique de tout fait quelconque »⁷⁶, la lacune étant « la forme spécifique de l'absence d'une proposition normative au sein d'un système normatif »⁷⁷. La notion de cohérence, entendue dans son sens logique, renvoie à l'absence de contradiction d'un système⁷⁸.

Si le système juridique est fondamentalement complet et cohérent, il possède alors les ressources pour résoudre tant les lacunes que les éventuelles contradictions qui l'affectent. On comprend aisément que les principes généraux du droit aient été considérés comme garantissant cette complétude⁷⁹ et cette cohérence⁸⁰ du système juridique, grâce à leur rôle « unificateur »⁸¹ ou « harmonisateur »⁸². Comme le résume Fr. Moderne, les principes généraux du droit ont « pour fonction de laisser croire que l'ordre juridique détient en lui-même toutes les ressources nécessaires pour résoudre les litiges »⁸³.

L'avantage considérable de ce double postulat, sur le plan théorique, est qu'il exonère le juge de toute responsabilité dans la création du droit.

⁷³ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 570. Comp. avec la position du procureur général Krings sur le sujet, qui ne voit pas de déni de justice dans le refus de constater l'existence d'un principe général du droit (ci-après, n° 16).

⁷⁴ R. COLSON, *La fonction de juger : étude historique et positive*, Paris, LGD, 2006, pp. 138-139.

⁷⁵ L'article 12 du Code civil italien invite le juge, lorsqu'il interprète les lois, à recourir en cas de doute aux « principes généraux de l'organisation juridique de l'État ».

⁷⁶ M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 87.

⁷⁷ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 177.

⁷⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v° Cohérence. On notera que la cohérence peut également être entendue dans un sens plus matériel, qui renvoie à une harmonie particulière entre les éléments du système juridique : voy. à ce propos R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », in B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Themis, 2019, pp. 51 et s., n° 8, et réf. citées.

⁷⁹ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *R.I.D.C.*, 1980, p. 355 ; M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 139.

⁸⁰ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 573 ; Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 279 ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, *op. cit.*, p. 67 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 35.

⁸¹ J.-M. SAUVE et N. POLGE, « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », in J.-C. MASCLET, H. RUIZ-FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES (dir.), *L'Union européenne. Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 734.

⁸² M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 84.

⁸³ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 736.

Ce dernier ne ferait qu'identifier des principes qui préexistent en dehors de son intervention. W. J. Ganshof van der Meersch résumait la philosophie sous-jacente en ces termes : « La loi a des lacunes. Le droit n'en a pas »⁸⁴. Selon lui, le principe général du droit n'est créé « ni par le législateur ni par la jurisprudence », mais il « puise son autorité dans sa conformité à la conscience juridique collective », il « est étroitement associé à la matière sociale » et il « repose sur un besoin social et un sentiment collectif de la justice »⁸⁵. Le principe n'est donc que déclaré par le juge qui « en constate l'existence » (selon un processus d'induction), alors que le législateur, soit déduit des applications légales du principe, soit considère que son existence est « si certaine » qu'il « estime ne pas devoir la constater dans un texte de loi »⁸⁶. Et certains auteurs de conclure : « La théorie classique des principes généraux du droit a pris ainsi un grand soin à préserver la mainmise du législateur sur le processus d'émergence des principes généraux du droit, fût-ce au prix d'une fiction »⁸⁷.

16. Un idéal plutôt qu'un postulat. La prudence dans la manipulation des notions de complétude et de cohérence doit être à la mesure de l'attrait qu'elles exercent sur l'esprit des juristes. Ainsi que l'observe Ph. Gérard, si ce double postulat du système juridique fonctionne comme une véritable « idée régulatrice » de la fonction juridictionnelle et des démarches doctrinales, il désigne cependant un état idéal du droit positif. En effet, aucun ordre juridique ne correspond à un plan préalablement établi, qui présenterait la perfection qu'on pourrait attendre d'un système complet et cohérent. Il n'est donc pas rare que la lacune désigne alors l'absence d'une proposition normative « dont la présence était attendue », ce qui implique un jugement de valeur sur l'incomplétude du système normatif⁸⁸. Si elle peut parfois être établie en partant d'un objectif explicitement posé par le constituant ou le législateur, la ligne de démarcation entre une lacune véritable et une « fausse » lacune, identifiée en présence d'une norme jugée insatisfaisante, n'en demeure pas moins

⁸⁴ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, p. 573.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 587.

⁸⁶ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 568. L'idée selon laquelle le constat de l'existence d'un principe général du droit ne fait qu'exprimer la volonté tacite du législateur sera reprise par d'autres (J. RENAULD, « Principes généraux du droit et équité », in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 420).

⁸⁷ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 501-502. Cette conception respectueuse du primat législatif se reflète dans la théorie officielle relative à la hiérarchie des normes (sur ce point, voy. ci-après, n° 42). L'acceptation dans les pays de *common law* du pouvoir créateur du juge permet sans doute de comprendre pourquoi ces ordres juridiques ont rarement dû avoir recours aux principes généraux du droit, à défaut de ressentir le besoin « de rattacher les solutions particulières à des règles préexistantes de portée générale » (R. E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit et du droit communautaire : origines et concrétisation*, *op. cit.*, p. 14 et les réf. citées).

⁸⁸ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, pp. 178 et 261.

difficile à tracer⁸⁹. Ainsi, l'ordre juridique belge n'est apparu lacunaire quant à l'inégalité entre hommes et femmes ou à l'absence de normes protectrices de l'environnement qu'à partir du moment où il s'est trouvé des personnes pour dénoncer cette situation. Le même raisonnement peut parfois être appliqué au constat d'une incohérence, qui n'est parfois que la mise en conflit de normes qui, jusqu'à un temps « t », étaient conçues comme cohabitant de façon harmonieuse. Classiquement, de nombreux conflits entre droit à la liberté d'expression et droit au respect de la vie privée et familiale ne sont apparus qu'assez récemment, alors que ces normes existaient depuis bien longtemps.

Pour en revenir aux principes généraux, on comprend alors que leur « découverte » ne dépend, bien souvent, pas exclusivement d'éléments issus du droit positif, mais également de considérations politiques, sociales ou morales qui lui sont extérieures⁹⁰. Il n'est donc pas surprenant de constater que le recours en droit à l'induction afin d'identifier un principe général, qui est souvent précédé d'un raisonnement par analogie⁹¹, n'a en réalité rien de contraignant sur le plan logique⁹² : l'existence de règles particulières n'impose jamais de conclure à celle d'un principe général qui permettrait de les rassembler sous la bannière d'une norme unique. En d'autres termes, une telle opération n'a rien d'automatique et elle implique toujours une sélection préalable de règles en vue de leur généralisation⁹³. Le même procureur général Krings, qui insistait sur le fait que la Cour de cassation ne faisait « qu'apporter son concours à l'œuvre du législateur en précisant seulement ce que celui-ci a voulu »⁹⁴, admettait par ailleurs le choix opéré dans l'identification des principes généraux du droit. Évoquant différents exemples, comme le droit de visite des grands-parents à l'égard des enfants naturels⁹⁵, l'éminent magistrat estimait que la Cour aurait pu tout aussi bien décider que, la loi n'ayant pas

⁸⁹ M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 87.

⁹⁰ En ce sens, voy. Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 247. On est loin des recommandations de W. J. Ganshof van der Meersch, qui exhortait le juge à ne se laisser « égarer ni par la philosophie du droit ni par la morale » et à demeurer « sur le terrain strict du droit » (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », op. cit., p. 567).

⁹¹ Sur le rôle joué par l'analogie dans l'identification d'un principe général du droit, voy. également J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », op. cit., p. 64 (« Un principe [...] sert tout d'abord à légitimer l'application analogique d'un texte [...] ») et N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 161 (« *The function of 'argument by analogy' is similar, indeed no clear line can be drawn between arguments from principle and from analogy* »).

⁹² De même que toute argumentation fondée sur un appel aux valeurs : voy. R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », op. cit., p. 41, n° 3, et réf. citées.

⁹³ En ce sens, voy. notamment X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, op. cit., pp. 59-67 ; Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., pp. 185-190 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., pp. 460-470 ; M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, op. cit., pp. 122-124.

⁹⁴ Voy. *supra*, n° 12.

⁹⁵ Dans un arrêt du 4 mars 1976, la Cour de cassation a en effet identifié un « principe du droit de visite des grands-parents » (*Pas.*, I, p. 732).

réglé la question, il fallait en déduire l'inexistence d'un principe général et donc de tout droit en dérivant : « On notera que dans chacun de ces cas il y aurait eu une décision et que le reproche de déni de justice n'eût pu être adressé au juge. » Se référant implicitement au postulat de cohérence (entendue cette fois dans un sens matériel), il concluait cependant que « le sens dans lequel ces questions ont été réglées par la Cour » devait « faire admettre que les décisions intervenues sont beaucoup plus en harmonie avec l'ensemble des règles qui régissent ces matières »⁹⁶.

En réalité, il faut non seulement relativiser les postulats de complétude et de cohérence du système juridique, mais également la capacité des principes généraux du droit à atteindre ces idéaux. M. Delmas-Marty relève ainsi que les principes « ne jouent leur rôle harmonisateur qu'au prix d'une surprenante cacophonie », soulignant le fait qu'ils « sont un défi à tout effort de classification » et qu'ils se distinguent « par leur plus grande généralité mais aussi par leur hétérogénéité »⁹⁷. Plus radical, P. Morvan considère que non seulement le principe général ne peut « être asservi au rôle de comblement des lacunes », mais que « c'est lui au contraire qui creuse des failles dans le droit positif », allant jusqu'à conclure que le principe « a pour vocation existentielle d'entrer en conflit avec une autre norme juridique », sa nature le portant « à instituer une antinomie qui se résout par le refoulement de la norme concurrente, quelle qu'en soit la valeur »⁹⁸. Ces constats ne sont pas surprenants dès lors que l'on admet que les principes généraux du droit constituent le support de l'expression dans le droit de différentes valeurs de type moral, politique ou social⁹⁹.

17. De la marge d'appréciation à l'arbitraire, il n'y a qu'un pas. L'importante marge d'appréciation des juridictions dans la consécration des principes ne permet donc pas de valider le modèle du juge se contentant de constater leur existence, en formulant la volonté tacite du législateur. Les propos rassurants de W. J. Ganshof van der Meersch font ainsi irrémédiablement songer à la fable des habits neufs de l'empereur¹⁰⁰ : y a-t-il dans la salle une âme candide qui serait prête à clamer haut et fort ce qui relève de l'évidence, à savoir que les principes généraux du droit ne s'imposent pas au juge de l'extérieur mais constituent, dans une mesure plus ou moins grande, une création jurisprudentielle ?

⁹⁶ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *op. cit.*, p. 547, n° 13.

⁹⁷ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, pp. 84 et 130.

⁹⁸ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, pp. 551, 637 et 644.

⁹⁹ Sur l'inévitable concurrence entre valeurs, voy. R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », *op. cit.*, p. 42, n° 3, et réf. citées.

¹⁰⁰ Voy. H. C. ANDERSEN, *Contes d'Andersen* (trad. D. Soldi), Paris, Hachette, 1856, pp. 9 et s.

Elles sont, à vrai dire, nombreuses. La tentation est en effet grande de voir dans le « procédé de découverte » d'un principe général, au mieux un exercice créatif et au pire un instrument d'arbitraire, en passant par les termes peu flatteurs de processus « quelque peu fictif »¹⁰¹, de « bricolage » casuistique¹⁰² ou d'une forme de législation jurisprudentielle guidée principalement par le bon sens¹⁰³, par des considérations idéologiques¹⁰⁴ ou par une volonté de « positiver » le droit naturel¹⁰⁵. Pour les plus cyniques, la doctrine officielle des principes généraux du droit aurait été élaborée à la fois pour dissimuler et rendre acceptable le « “putsch” judiciaire » consistant à faire reconnaître cette nouvelle source de droit¹⁰⁶. Pour sa part, M. de Béchillon estime plausible le diagnostic selon lequel les principes généraux ne seraient « qu'une pure figure de rhétorique, l'instrument d'une simple illusion projetée par les acteurs du système juridique »¹⁰⁷. Dans le même sens, P. Brunet écrit que « ce que le juge fait réellement lorsqu'il recourt aux principes », c'est, « d'une part, préserver l'idée que le droit obéit à une rationalité formelle et, d'autre part, masquer la liberté normative dont il jouit »¹⁰⁸ : on reconnaît là les deux fonctions de légitimation et d'occultation souvent attribuées aux constructions juridiques¹⁰⁹. Avec la plume tranchante qu'on lui connaît, le professeur Kirkpatrick écrivait de même : « On se trouve en présence d'un raisonnement juridique “inventé” pour conférer à une solution, assurément souhaitable, une “apparence de légalité” »¹¹⁰. Et le président de

¹⁰¹ J.-F. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Limal, Anthemis, 2006, pp. 37 et s., n° 11.

¹⁰² D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, vol. 14, p. 75 (son accusation vise les principes généraux du droit de l'Union européenne mais pourrait sans doute être transposée à la plupart des ordres juridiques nationaux).

¹⁰³ M. HERDEGEN, « The Origins and Development of the General Principles of Community Law », *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁴ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 736 et les réf. citées. Plus radical, Ph. Gérard estimait que les thèmes de l'individualisme et de l'égalité, qui représentent les « justifications primaires des principes généraux » « sont l'expression théorique de déterminations propres aux relations marchandes » qui « résident dans l'échange de biens considérés comme équivalents et détenus par les individus considérés en tant que propriétaires » (Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 326).

¹⁰⁵ Voy. P. MARTENS, « Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 404. Pour H. Motulsky, les principes généraux du droit sont de deux ordres : « techniques » lorsqu'ils peuvent être rattachés au droit positif et philosophiques « pour lesquels un tel rattachement est logiquement et absolument impossible », de sorte qu'ils relèvent du droit naturel (H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2, Paris, Dalloz/Sirey, 1961, pp. 177-178).

¹⁰⁶ Voy. D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 501, n° 10.

¹⁰⁷ M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁸ P. BRUNET, « Recension de la thèse de doctorat de M^{me} Marielle de BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 298 pages », *Rev. int. dr. comp.*, 1999, p. 184.

¹⁰⁹ Voy. not. O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 258 et s., n°s 239 et s.

¹¹⁰ J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi : le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office », in *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Gent, Larcier, 2003, p. 291, n° 12.

la Cour constitutionnelle P. Martens ne disait pas autre chose lorsqu'il s'interrogeait : « Au fond, les principes généraux du droit, qu'ils soient non écrits ou qu'ils soient écrits dans un style à ce point évasif qu'il se distingue à peine des premiers, ne permettent-ils pas au juge de réaliser son vieux rêve d'écarter la loi qui lui déplait ? »¹¹¹. Il y aurait alors une dimension véritablement performative dans le « constat » par le juge de l'existence d'un principe général du droit¹¹².

18. Un pouvoir créateur néanmoins encadré. Quelques observations permettent cependant de relativiser à tout le moins l'accusation d'arbitraire. Tout d'abord, il faut souligner le caractère « sédimentaire » des principes qui, à quelques exceptions près¹¹³, inscrivent leur apparition, mais également leur développement, dans une logique temporelle longue¹¹⁴. Or, comme le relève P. Morvan, arbitraire et sédimentation juridique sont « objectivement antinomiques »¹¹⁵. Ensuite, il peut également être considéré que l'obligation faite au juge de ne se montrer innovant en droit qu'à condition de justifier sa solution par le recours à un principe général du droit vient précisément limiter sa marge de manœuvre et son empiètement sur la fonction législative¹¹⁶. En effet, cette contrainte argumentative, combinée à la responsabilité de participer à la consécration d'une nouvelle norme, sera de nature à inhiber quelque peu ses tendances créatrices. Enfin, et cette observation est d'une certaine façon liée aux deux autres : la plupart des principes généraux du droit qui ont été consacrés par une juridiction suprême font l'objet d'un large consensus parmi la communauté des juristes. La doctrine autorisée insiste d'ailleurs sur le fait qu'un principe ne peut accéder à ce statut que s'il est « susceptible de recevoir un consensus quasi unanime »¹¹⁷ ou qu'il est « très généralement reconnu »¹¹⁸.

¹¹¹ P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, op. cit., p. 19. Et de conclure que l'origine des principes généraux « reste incertaine », que leur formulation « relève de l'oraculaire et de l'incantation » et « qu'on s'est même demandé s'ils ne trouveraient pas leur origine dans une sorte de "révélation", voire de transcendance, ou plus prosaïquement dans une sorte de subterfuge autoritaire, un procédé rhétorique permettant au juge d'attribuer une puissance à ce qu'il ressent comme juste » (*ibid.*, p. 20).

¹¹² En 1939, le philosophe anglais J. L. Austin a énoncé cette distinction célèbre entre énoncés constatifs, qui ne font que décrire une situation, et énoncés performatifs qui ont pour effet de produire l'action qu'ils décrivent (« je vous marie »). Voy. J. L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

¹¹³ À la différence de la coutume et de l'usage, la constance dans le temps n'est en effet pas une condition préalable à la consécration d'un principe (P. VAN OMMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1114).

¹¹⁴ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., pp. 452 et s.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 470.

¹¹⁶ En ce sens, certes pour un auteur de *common law*, voy. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 191.

¹¹⁷ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », op. cit., p. 547 ; voy. de même J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, op. cit., t. 1, p. 542, n° 5.

¹¹⁸ P. VAN OMMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1117.

Entre la découverte ingénue et la création arbitraire se profile alors une troisième alternative qui renoue avec le sens ambigu du mot « invention ». Alors que le terme signifiait, à l'origine, « découverte d'une chose cachée », il est actuellement compris comme la « production d'une synthèse nouvelle d'idées, et spécialement, combinaison nouvelle de moyens en vue d'une fin »¹¹⁹. Ce vocable désigne alors parfaitement le mode d'élaboration des principes, mais à condition de conserver son ambiguïté, « tout à la fois création d'un droit nouveau et découverte d'un droit préexistant »¹²⁰. Dans l'élaboration des principes, la liberté des juges n'est donc pas entière mais se trouve encadrée par le corpus normatif qui leur préexiste¹²¹. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre les propos de P. Marchal, premier président émérite de la Cour de cassation, tout en nuances : « Si le juge ne crée pas les principes généraux du droit, on ne peut nier que sa démarche excède la simple constatation, sans pour cela contrevenir à l'article 6 du Code judiciaire qui lui interdit de prononcer par voie de dispositions générales ou réglementaires [...]. C'est le lieu de rappeler que le pouvoir créateur de la jurisprudence, qui s'est manifesté à maintes reprises [...], en a fait une source de droit [...]. Ce pouvoir créateur a suscité l'émergence des principes généraux du droit. Il est donc permis de dire que le juge "constate et crée tout à la fois dans le même temps" par la voie du raisonnement [...]. Les principes généraux du droit sont élaborés par le juge ; c'est dire qu'ils résultent d'un travail intellectuel »¹²².

19. Les incertitudes qui demeurent. Il n'en reste pas moins qu'il demeure toujours impossible de déterminer quel principe va se voir octroyer la prestigieuse qualité de principe général du droit et, en tout cas, le moment de cette consécration. N. MacCormick écrivait ainsi que, s'il existe une réelle différence entre les principes de droit et des principes moraux ou politiques, ceux-ci sont séparés par une « *terra incognita* » intermédiaire des principes qui se battent pour leur reconnaissance juridique¹²³. La Cour de cassation a ainsi récemment refusé au principe du pollueur-payeur le statut de principe général du droit¹²⁴ et la Cour constitutionnelle a estimé qu'il « n'existe pas de principe général de droit qui conférerait à toute personne faisant l'objet d'un acte administratif le droit d'introduire contre cet acte un recours administratif organisé »¹²⁵.

¹¹⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F.-Quadrige, 2002, v° Invention.

¹²⁰ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 494.

¹²¹ *Ibid.*, p. 497 ; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, op. cit., p. 85.

¹²² P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 28, n° 20.

¹²³ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 238.

¹²⁴ Cass., 22 juin 2020, R.G. n° C.18.0108.F, *Jurimpratique*, 2020/2, pp. 5-7.

¹²⁵ C. const., 28 mai 2020, arrêt n° 71/2020, B.12.2.

C'est parfois une autonomie jugée insuffisante qui leur barre l'accès au statut privilégié de principe général du droit. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'il n'existe pas de principe général du droit du contradictoire¹²⁶ ou de l'égalité des armes¹²⁷ qui se distingueraient du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense¹²⁸.

Enfin, le statut de principe général du droit peut demeurer incertain pendant un certain temps. Dans un arrêt du 24 février 1988, la Cour avait clairement affirmé que l'adage *Ius novit curia* (« la Cour connaît le droit »), qui avait été invoqué au soutien d'un moyen de cassation, ne constituait pas un principe général du droit¹²⁹. Cette conclusion ne paraissait toujours pas remise en cause en 2004¹³⁰. En 2005, en revanche, la Cour de cassation a consacré l'existence d'un principe général du droit suivant lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable¹³¹. Le juge n'a donc pas seulement l'obligation de connaître, mais également de dire le droit¹³². L'histoire ne va cependant pas toujours dans le même sens. Ainsi, alors que la doctrine pensait pouvoir interpréter un arrêt prononcé le 27 novembre 2014 par la Cour de cassation comme consacrant le principe général du droit de la loyauté procédurale en s'appuyant sur le « principe de loyauté qui s'impose aux parties dans le déroulement d'une procédure civile »¹³³, celle-ci a récemment décidé que ce principe « n'est pas

¹²⁶ Voy. notamment Cass., 30 juin 2015, R.G. n° P.15.0277.N.

¹²⁷ Cass., 11 décembre 2019, R.G. n° P.19.0888.F. Des motifs comparables pourraient expliquer le refus de la Cour de conférer ce statut au droit à un double degré de juridiction (voy. récemment Cass., 14 avril 2021, R.G. n° P.20.1060.F). Selon P. Marchal, en effet, « c'est précisément parce que la mise en œuvre du principe est complètement organisée par la loi et que celui-ci n'est que l'application d'un principe général du droit, en d'autres termes qu'il n'est pas autonome, que le principe de la double juridiction ne revêt pas le caractère d'un principe général du droit » (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 69). Pour E. Krings, en revanche, ce refus s'explique par le fait que la Cour de cassation a, de la sorte, considéré que notre procédure judiciaire « peut parfaitement fonctionner avec un seul degré de juridiction » et que ce double degré de juridiction « n'est pas une *conditio sine qua non* de ce fonctionnement » (E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », op. cit., p. 548, n° 14).

¹²⁸ Voy. notamment Cass., 30 juin 2015, R.G. n° P.15.0277.N. De même, la Cour de cassation n'a admis la théorie de la *rechtsverwerking* que comme critère de l'abus de droit (voy. les réf. cités en note 279).

¹²⁹ Cass., 24 février 1988, *Bull. et Pas.*, 1988, I, n° 387.

¹³⁰ J.-F. VAN DROOGENBROECK, *Cassation et juridiction – Jura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 337-342.

¹³¹ Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL. En réalité, et alors que les termes de « principe général du droit » étaient invoqués dans le moyen, la Cour n'utilise pas ceux-ci mais affirme uniquement que « le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable [...] ». Elle a depuis clarifié les choses : « En vertu du principe général du droit suivant lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable, il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions » (Cass., 4 mars 2013, *Pas.*, I, n° 526). Relevons que le moyen invoquait le « principe général du droit *jura novit curia* ».

¹³² En 2004, J.-Fr. Van Drooghenbroeck suggérerait la formulation suivante : « *iura dicit curia* » (J.-F. VAN DROOGENBROECK, *Cassation et juridiction – Jura dicit curia*, op. cit., p. 349).

¹³³ Voy. les réf. citées par J.-Fr. VAN DROOGENBROECK et T. MALENGREAU, « La loyauté procédurale abjurée », note sous Cass., 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021, p. 53.

un principe général du droit »¹³⁴. On relèvera encore que, alors qu'une partie importante de la doctrine reconnaît à la théorie du mandat apparent, voire à la théorie de l'apparence, le statut de principe général du droit¹³⁵ et que plusieurs de ses arrêts se réfèrent à cette doctrine¹³⁶, l'existence d'un tel principe a été expressément déniée par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 février 2018¹³⁷, sans toutefois proposer aucun fondement alternatif à la règle selon laquelle le pseudo-mandataire peut engager le pseudo-mandant, qui est, quant à elle, maintenue¹³⁸.

La situation se complique encore lorsqu'un principe est qualifié de principe général du droit par une haute juridiction mais pas par une autre. Ainsi, le principe de proportionnalité est un principe général du droit pour le Conseil d'État ou la Cour de justice de l'Union européenne mais pas pour la Cour de cassation¹³⁹. De même, l'adage « *patere legem quam ipse fecisti* » constitue, pour la Cour de cassation, « une maxime de droit et non un principe général du droit », de sorte que sa violation « ne donne ouverture à cassation que si elle constitue la violation d'une disposition légale ou réglementaire qui la consacre, ce qui n'est pas le cas en l'espèce »¹⁴⁰. Le Conseil d'État, en revanche, n'a vu aucun inconvénient à reconnaître à cet adage le statut de principe général du droit¹⁴¹. Enfin, et contrairement à la Cour constitutionnelle¹⁴² et au Conseil d'État¹⁴³, la haute juridiction vient de refuser le statut de principe général du droit à la force majeure, tout en admettant dans le même souffle « l'effet libératoire de la force majeure » en matière de délais pour agir à défaut de disposition légale excluant un tel effet¹⁴⁴. Les mêmes problèmes se posent lorsqu'un juge du fond croit pouvoir identifier un principe général du droit mais sans que cela soit confirmé par la Cour de cassation¹⁴⁵.

¹³⁴ Cass. (1^{re} ch.), 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021/3, pp. 53-54. Dans un article paru dans la foulée, un des conseillers auteurs de l'arrêt explique les motifs du refus de cette consécration (C. PARMENTIER, « Des principes généraux du droit : un faux et un vrai », *J.L.M.B.*, 2020/26, p. 1212), solution très critiquée par les auteurs cités dans la note précédente.

¹³⁵ Voy. et comp. les réf. citées dans R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 682, n° 297, II, note n° 2949.

¹³⁶ Voy. en particulier Cass., 26 septembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 523 ; Cass., 30 juin 2016, *Pas.*, 2016, n° 435 (qui se fondent sur la « *vetrouwensleer* » dans le texte original, terme traduit par « théorie de la confiance »).

¹³⁷ Cass., 22 février 2018, *Pas.*, 2018, n° 117, A.C., 2018, n° 117, avec les conclusions de M^{me} le premier avocat général R. Mortier, alors avocat général.

¹³⁸ Sur la théorie de l'apparence, voy. la contribution de J.-Fr. ROMAIN dans le présent ouvrage.

¹³⁹ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 123-124 et les réf. citées.

¹⁴⁰ Cass., 25 février 1991, *Pas.*, I, 1991, p. 614.

¹⁴¹ C.E., 27 mai 1988, A.S.B.L. *Fed. belge Chambre syndicale médecins c. État belge*, n° 30.165.

¹⁴² C. const., 15 juillet 1998, n° 88/98.

¹⁴³ C.E., 7 décembre 2012, n° 221.670, § 6.

¹⁴⁴ Cass., 24 octobre 2022, R.G. n° S.22.0007.F, www.juportal.be. Sur cet arrêt, voy. aussi la note n° 270.

¹⁴⁵ Voy. par exemple Bruxelles, 16 avril 2021, R.G. n° 2016/AR/1715, inédit (sur un principe général du droit de confiance légitime).

Section 2

Les principes généraux à découvert

20. Plan. À défaut de définition, la doctrine s'accorde généralement pour présenter les principes généraux du droit comme des règles de droit non écrites (Sous-section 1), qui présentent un caractère général (Sous-section 2) et subsidiaire par rapport à la loi (Sous-section 3).

Certains auteurs précisent encore qu'il s'agit de normes qui « sont «dégagées» surtout par le juge à partir des prémisses de notre ordre juridique »¹⁴⁶. Cette double dimension organique (intervention du juge) et méthodologique (« invention » du principe) a été analysée plus haut. Rappelons toutefois que si, en théorie, le juge n'a pas le monopole du constat de l'existence d'un principe général du droit (« surtout »), ce sera en pratique toujours le cas, compte tenu de la participation active du pouvoir juridictionnel à sa consécration. F. Zenati-Castaing relève, du reste, que c'est le juge suprême et non le juge du fond qui permet au principe d'accéder à ce statut¹⁴⁷, au point qu'on pourrait être tenté de conclure, de façon quelque peu circulaire, que les principes généraux du droit sont finalement les principes qualifiés tels par une juridiction suprême¹⁴⁸.

Sous-section 1

Le caractère non écrit

21. Un critère formel : l'hypertextualité. La recherche d'une caractéristique qui permettrait de distinguer les principes généraux d'autres normes recèle une première difficulté, à savoir la clarification de leur relation avec le droit écrit¹⁴⁹. P. Morvan estime que la vertu profonde du principe est son extériorité au droit écrit, son « extra-textualité », en ce sens qu'il s'établit « en marge d'une loi écrite, alimentant un droit positif non lacunaire, au prix d'une mise à distance des textes disponibles »¹⁵⁰. Le caractère écrit constituerait alors un critère d'identification négatif des principes généraux : ne pourrait être principe la norme contenue dans un tel support.

Une telle conception est sans doute trop radicale. Rien n'interdit en effet qu'un principe général soit repris dans un texte légal. Comme l'écrit W. J. Ganshof van der Meersch, on attribue un caractère non écrit aux

¹⁴⁶ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 495.

¹⁴⁷ F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », *op. cit.*, p. 269.

¹⁴⁸ Ce qui laisse entier le problème déjà évoqué du principe reconnu par l'une et pas par l'autre (voy. *supra*, n° 19).

¹⁴⁹ V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, Thèse dactyl., ANRT, 2004, p. 10.

¹⁵⁰ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, pp. 358, 389 et 736.

principes parce que leur existence n'est pas subordonnée à l'existence d'un écrit¹⁵¹, de sorte qu'il peut être exprimé dans la loi mais « n'est pas nécessairement rattaché à elle, fût-ce par un support léger »¹⁵².

À l'utilisation du préfixe latin « *extra* » suggéré par P. Morvan, qui évoque l'hétérogénéité, voire l'étrangeté, nous préférons par conséquent celle du préfixe grec « ὑπέρ », qui peut se traduire par la locution « au-delà de » et met en évidence la relation des principes au droit écrit. S'il n'est pas impossible qu'un principe soit repris dans un texte légal, son caractère hypertextuel révèle sa vocation à dépasser le sens de ce texte, comme ces liens hypertextes qui renvoient à quelque chose de plus substantiel qu'eux-mêmes¹⁵³. P. Marchal écrit que le principe est « autonome en ce qu'il existe et s'applique même en l'absence de texte »¹⁵⁴, soulignant de la sorte l'étroite connexion entre la dimension autonome des principes généraux du droit et leur indépendance par rapport à toute consécration écrite.

22. Impact d'une consécration écrite. W. J. Ganshof van der Meersch va jusqu'à affirmer qu'il n'existe pas de « différence de nature » entre le principe général du droit non écrit et celui qui est « formulé dans la loi »¹⁵⁵. Selon D. de Jonghe, S. Seys et Fr. Tulkens, cette affirmation appelle deux bémols.

Le premier est que la consécration textuelle d'un principe général « aura un effet sur son autorité ou sa force, de même que sur le rang hiérarchique qu'il occupe dans la hiérarchie des normes »¹⁵⁶. Cette problématique renvoie à la question de la subsidiarité des principes généraux du droit, sur laquelle nous reviendrons¹⁵⁷. La question de savoir si un principe peut être abrogé par le législateur est pour le moins complexe, entretient des liens étroits avec la subsidiarité des principes généraux du droit et n'a, à notre connaissance, jamais été tranchée. Si certains estiment que le « principe est inabrogeable »¹⁵⁸, d'autres ne voient pas d'inconvénient à ce que des principes soient modifiés, voire supprimés par la voie législative¹⁵⁹. Relevons déjà qu'une telle abrogation

¹⁵¹ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1971, p. 567.

¹⁵² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, p. 588.

¹⁵³ V. Holderbach-Martin propose de retenir le terme « implicite » plutôt que « non écrit » car il « reflète davantage leur véritable dimension » (V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 13).

¹⁵⁴ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁵ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 568.

¹⁵⁶ D. DE JONGHE, S. SEYS et FR. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 503. On rappellera que plusieurs principes généraux du droit ont été intégrés dans le nouveau Code civil.

¹⁵⁷ Voy. ci-après la Sous-section 3 de la présente Section.

¹⁵⁸ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 659.

¹⁵⁹ J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *The Yale Law Journal*, 1972, p. 848 ; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 154. Précisons, pour autant que de besoin, que la notion de principe

par la voie législative n'est en principe pas possible pour les principes généraux du droit qui ont valeur constitutionnelle¹⁶⁰ et qu'elle paraît en tout état de cause peu plausible – du moins en totalité – pour des principes comme l'interdiction de l'abus de droit ou *Fraus omnia corrumpit*¹⁶¹.

23. La procédure en cassation. Le second bémol relève de la procédure devant la Cour de cassation. Plusieurs auteurs soulignent qu'un principe général du droit ne peut être visé isolément dans un moyen de cassation que s'il n'est pas consacré dans un texte légal. Dans le cas contraire, il faudrait invoquer le texte écrit sous peine d'irrecevabilité du moyen de cassation, et ce, même si le principe général du droit a une portée qui dépasse celle de la norme écrite¹⁶².

Les sources citées renvoient cependant pour la plupart à un discours prononcé par M. le procureur général E. Krings à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 3 septembre 1990 ainsi qu'à un arrêt prononcé le 26 mars 1980 par la Cour de cassation. Dans son discours, l'éminent magistrat affirmait que la Cour avait « décidé à maintes reprises que lorsqu'un principe général du droit est consacré par la loi, c'est la violation de celle-ci qui doit être invoquée, même si le principe, tel qu'il est généralement admis, revêt une portée plus large que la loi qui s'y réfère »¹⁶³. À l'appui de cette affirmation, il ne citait cependant que l'arrêt précité du 26 mars 1980. Or, il n'est pas certain qu'il faille y lire cette conclusion. Dans cette décision, la Cour de cassation a en effet considéré que, « si “la théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations” est éventuellement comprise dans les dispositions de ce droit, c'est la violation des dispositions légales dans lesquelles cette “théorie” trouve son incidence qui doit être invoquée et non la simple violation d'un prétendu principe ou de

général du droit telle qu'elle s'entend en droit belge ou français a une portée plus restreinte que celle retenue par ces auteurs issus de systèmes de *common law*.

¹⁶⁰ Voy. ci-après, n° 44.

¹⁶¹ Comme indiqué ci-avant (note 54), en ne consacrant pas certains principes généraux du droit dans le nouveau Code civil, le législateur ne les a pas pour autant désavoués, et certainement pas abrogés de façon implicite. Paradoxalement, c'est précisément leur consécration textuelle qui pourrait être de nature à en limiter la portée, sinon la plus-value en tant que normes non écrites (voy. ci-avant n° 10).

¹⁶² Outre les auteurs précités (D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 501-503), voy. notamment J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire... », *op. cit.*, p. 631 ; P. VAN OMMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1110, note 35 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 72. Voy. également le rapport annuel de la Cour de cassation de 2002-2003 (p. 145).

¹⁶³ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *op. cit.*, p. 547. Cette solution se justifie selon lui par le fait qu'il faut « admettre que dans ce cas le législateur a estimé devoir en restreindre la portée et, que, dès lors, c'est à la loi seule qu'il faut avoir égard » et que « les principes généraux du droit ne peuvent avoir qu'un rôle supplétif, c'est-à-dire lorsque le litige ne peut être réglé sur la base d'aucun texte légal et que seul un principe général du droit peut y suppléer » (*idem*). Sur le caractère « supplétif » des principes généraux du droit, voy. ci-après la Sous-section 3.

prétendues “règles” empruntés à “la théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations” »¹⁶⁴.

De deux choses l’une, cependant. Soit la Cour a considéré de la sorte que la confiance légitime constituait un principe général du droit mais qu’il ne pouvait être invoqué à peine d’irrecevabilité sans invoquer également – sinon seulement – la violation des dispositions légales particulières à partir desquelles il a pu être induit. Cette première interprétation permet sans doute d’appuyer l’affirmation précitée de M. Krings sur la nécessité d’invoquer par priorité la disposition légale spécifique qui aurait été violée. Il paraît cependant difficile de vérifier que cette solution aurait été consacrée « à maintes reprises ». Soit la Cour a uniquement disqualifié par cet arrêt la théorie de la confiance légitime en tant que principe général du droit, de sorte que son invocation ne pouvait mener à cassation¹⁶⁵. Force est de constater que la doctrine majoritaire, y compris celle issue de la Cour de cassation elle-même, a en tout cas retenu cette seconde interprétation¹⁶⁶, dont il résulterait, nous semble-t-il, qu’aucune conclusion ne peut être tirée en termes de recevabilité d’un moyen invoquant un principe général du droit.

En tout état de cause, on ne perçoit guère ce qui justifierait la première solution¹⁶⁷, qui ne paraît au demeurant plus être systématiquement appliquée par la Cour¹⁶⁸. En effet, si on admet que le principe général du droit constitue une « loi » au sens de l’article 608 du Code judiciaire ou une des « dispositions légales » visées par l’article 1080 du même Code, rien ne devrait empêcher un demandeur en cassation de s’en contenter dans sa requête à titre de source autonome de droit¹⁶⁹. Sauf erreur, aucune exigence

¹⁶⁴ Cass., 26 mars 1980, *Bull. et Pas.*, 1980, I, p. 915.

¹⁶⁵ Pour une proposition de reconnaissance de ce principe, voy. J. VAN MEERBEECK, « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *R.I.E.J.*, 2016, n° 76, pp. 97-119.

¹⁶⁶ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 62 ; N. GEELHAND, *Rapport annuel 2002-2003*, p. 146. Selon N. Geelhand, il faut sans doute voir dans cet arrêt un exemple de la politique restrictive de la Cour de cassation en matière de reconnaissance des principes généraux du droit qui a suivi l’enthousiasme initié par la célèbre mercuriale de W. J. Ganshof van der Meersch (« Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », note sous Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, pp. 100-101). Sur cette évolution, voy. *supra*, n° 10.

¹⁶⁷ Hormis peut-être un souci juridictionnel d’éviter l’accusation de gouvernement des juges en veillant à empiéter le moins possible sur les prérogatives du pouvoir législatif.

¹⁶⁸ Voy. ainsi Cass., 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F, où la Cour, saisie d’un moyen pris à la fois du principe général du droit selon lequel nul ne peut abuser de son droit et des articles 1382 et 1383 de l’ancien Code civil, prononce la cassation sur la seule base de la méconnaissance du principe général du droit invoqué. La solution d’E. Krings vient cependant d’être revendiquée récemment par l’avocat général H. Mormont dans ses conclusions avant Cass., 24 octobre 2022, R.G. n° S.22.0007.F.

¹⁶⁹ Comp. Cass., 19 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 746, avec les conclusions de M. l’avocat général Van Ingelgem, et le commentaire qui en est donné dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique* 2008, pp. 119 et s. : « Cet arrêt de la Cour, rendu en audience plénière, clarifie la portée de [l’article 1080 du Code judiciaire]. Dorénavant, il est établi que la recevabilité du moyen ne dépend plus de la mention dans le pourvoi de chaque maillon essentiel dans la “chaîne” de dispositions légales qui ont amené le juge à sa décision. [...] Il n’est pas exigé de viser la violation de chaque disposition légale distincte dans le raisonnement juridique

similaire n'est imposée, du reste, à celui qui invoque la violation d'un droit fondamental¹⁷⁰.

Enfin, si la solution de M. Krings devait malgré tout être confirmée, on pourrait légitimement se demander si elle n'entraîne pas un formalisme qui serait jugé excessif au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁷¹.

Sous-section 2

Le caractère général

24. Un critère matériel : la généralité de la norme. Pour W. J. Ganshof van der Meersch, « [c]'est à la généralité et non à l'importance de la règle qu'il y a lieu d'avoir égard pour distinguer le principe de la règle »¹⁷². M. Delmas-Marty se demande, dans le même sens, s'il ne faut pas « sans craindre le pléonasme, considérer que la différence, de la règle aux principes généraux, tient précisément dans le degré de généralité de ces derniers »¹⁷³. Si les principes généraux peuvent incontestablement être caractérisés par une certaine généralité, encore faut-il s'entendre sur la notion. Le Larousse et le Petit Robert distinguent notamment trois significations du mot « général ». Selon le premier sens, ce terme vise ce qui s'applique à un ensemble d'êtres, de choses, de cas ou d'individus. En cela, le principe ne se différencie pas d'une règle, dès lors que tous deux ont vocation, à certaines conditions, à

du juge d'appel ; il suffit que le moyen invoque la violation des dispositions légales se rapportant au grief concerné. » C'est ainsi, par exemple, que le moyen qui fait grief à l'arrêt de décider que la contestation a pour objet des droits civils au sens de l'article 144 de la Constitution et que « le juge des référés dispose [...] du pouvoir de juridiction pour connaître de la demande » est recevable alors même qu'il n'est pas pris de la violation des articles 556 et 584 du Code judiciaire (Cass., 13 juin 2014, *Pas.*, 2014, n° 426, avec les conclusions de M. l'avocat général Th. Werquin).

¹⁷⁰ Voy. par exemple Cass., 25 février 2022, R.G. n° F.20.0062.F, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général B. Inghels, qui statue sur le fondement du principe général du droit *non bis in idem*, invoqué conjointement avec les instruments internationaux qui le consacrent ; Cass., 15 avril 2021, R.G. n° C.19.0111.F, qui statue notamment sur le fondement des principes généraux du droit relatifs à la présomption d'innocence et au procès équitable, invoqués conjointement avec l'article 6 de la CEDH.

¹⁷¹ Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, en effet, les restrictions légales imposées à l'accès à une juridiction supérieure doivent respecter une exigence de proportionnalité qui implique notamment de vérifier « si les restrictions en question peuvent passer pour révéler un "formalisme excessif" » (Cour eur. D.H., 21 septembre 2021, *Willems et Gorjon c. Belgique*, §§ 76-89 et, plus récemment, Cour eur. D.H., 9 juin 2022, *Lucas c. France*, § 57). Dans le même sens, voy. D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 503.

¹⁷² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 566.

¹⁷³ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 83. *Contra*, voy. P. MORVAN, selon lequel le critère de généralité est stérile, en ce qu'il ne permet pas de différencier le principe d'autres normes, et inutile car il ne permet pas de justifier la primauté du principe sur les autres règles (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, pp. 282-297).

s'appliquer à de telles catégories, dans un nombre illimité de situations et sans épuiser leur normativité¹⁷⁴.

25. Général vs. précis. Selon un deuxième sens, « général » s'oppose à ce qui est précis ou détaillé. Les principes seraient des normes de généralité relativement haute et les règles, des normes de généralité relativement faible. Dans cette acception, plusieurs auteurs relèvent que la différence entre les deux est de degré, la séparation étant pour le moins difficile, sinon impossible à tracer¹⁷⁵.

Certaines normes d'un haut degré de généralité ne sont en effet pas des principes. Il en va ainsi du droit de chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine (art. 23 de la Constitution) ou de la liberté de l'enseignement (art. 24 de la Constitution)¹⁷⁶. Au contraire, les juridictions belges ont reconnu l'existence de principes tels le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée¹⁷⁷, le principe selon lequel « [l]a renonciation à un droit est de stricte interprétation et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation »¹⁷⁸, ou même le principe de « primauté du droit communautaire sur toutes les normes nationales »¹⁷⁹ dont la portée est relativement précise. Les principes généraux peuvent en outre présenter des degrés de généralité différents, certains s'appliquant à toutes les branches du droit (comme le principe d'égalité et de non-discrimination¹⁸⁰ ou de non-rétroactivité) alors que d'autres sont limités à certaines branches du droit (comme le principe dispositif en droit judiciaire).

26. Indéterminé vs. déterminé. Dans une troisième signification, le terme général renvoie à ce qui est « abstrait » ou « indéterminé ». En ce sens, le principe se distinguerait plus clairement de la règle. Alors que celle-ci serait « édictée en vue d'une situation juridique déterminée », le principe serait « général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications »¹⁸¹. Dans

¹⁷⁴ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 56 ; Ph. GÉRARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 78. Alexy parle d'« universalité » pour désigner cette qualité commune des principes et des règles (R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 46).

¹⁷⁵ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 83 ; C. R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 23-31.

¹⁷⁶ Dans le Code civil, citons par exemple le *numerus clausus* des droits réels (art. 3.3, al. 1^{er}), la priorité du droit réel antérieur sur le droit réel postérieur (art. 3.4), le principe de spécialité des droits réels (art. 3.8), la liberté contractuelle (art. 5.14), le consensualisme (art. 5.28), l'exécution de bonne foi des conventions (art. 5.73), etc. Voy. ci-après la contribution de J.-T. GODIN et B. DE LANGE.

¹⁷⁷ Cass., 22 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 422.

¹⁷⁸ Cass., 4 avril 2008, *R.C.J.B.*, 2009, p. 248 et note J. ESTIENNE.

¹⁷⁹ Sur ce principe, voy. ci-après la contribution de R. VANDERBECK et N. BERNARD.

¹⁸⁰ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 56. Ce critère de distinction sera repris ou cité par de nombreux auteurs. Sans prétention à l'exhaustivité, on peut citer W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 566 ; Ph. GÉRARD,

le même sens, le philosophe du droit allemand, R. Alexy, considère que les règles sont des normes dont les conditions sont soit réunies, soit absentes, alors que les principes sont des impératifs « *prima facie* » dès lors qu'ils n'ont pas les ressources pour déterminer par eux-mêmes leur propre portée¹⁸². Ainsi, il est impossible de prévoir toutes les situations dans lesquelles le *principe* de sécurité juridique pourrait être amené à s'appliquer, alors qu'il paraît assez facile d'envisager les différentes hypothèses d'application de la *règle* de la priorité de droite.

L'indétermination du principe ne tient par ailleurs pas uniquement à son applicabilité à telle ou telle situation, mais également à la façon dont il devra y être appliqué. Cette caractéristique a amené le philosophe du droit américain, R. Dworkin, à critiquer la notion de règle de reconnaissance élaborée par le philosophe du droit anglais positiviste, H. L. A. Hart, en ce qu'elle ne permettrait de rendre compte que des règles de droit et non des principes¹⁸³. Selon lui, alors que les premières suivent une logique du tout ou rien (« *all-or-nothing fashion* ») et déterminent les conséquences juridiques découlant de leurs conditions d'application, les principes indiquent une direction à suivre mais n'imposent pas une décision particulière. En outre, les principes ont une dimension de poids et d'importance que les règles n'ont pas et, si le conflit de règles entraîne l'invalidité de la règle qui est primée par une autre, le conflit de principes laisse le vaincu intact¹⁸⁴. Dans le même sens, R. Alexy estime que les principes sont des « exigences d'optimisation » en ce qu'ils peuvent être satisfaits dans des mesures variées et que leur degré approprié de satisfaction dépend de ce qui est possible non seulement factuellement, mais aussi juridiquement¹⁸⁵.

P. Van Ommeslaghe propose, pour sa part, de considérer les principes généraux du droit comme des « normes de droit positif, obligatoires comme telles et susceptibles de sanctions juridiques *pour autant naturellement qu'ils*

« Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 78 ; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 83 ; D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 504 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 23. Dans le monde anglo-saxon, J. Raz utilise un langage similaire : « *Rules prescribe relatively specific acts; principles prescribe highly unspecific actions* » (J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 838). Pour F. Zenati-Castaing, la spécificité de la généralité des principes généraux du droit par rapport aux règles tient moins à la possibilité qu'ils donnent lieu à une série indéfinie d'applications qu'à celle « d'en dégager plusieurs règles » (F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », *op. cit.*, p. 260).

¹⁸² R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 47-57.

¹⁸³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 22.

¹⁸⁴ Pour Raz, les règles peuvent également entrer en conflit et avoir des poids différents mais la différence avec les règles est que, en cas de conflit, la règle de prévalence sera toujours la même pour les règles alors que, pour les principes, cela dépendra des circonstances, des enjeux, etc. (J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 830). Pour N. MacCormick, il arrive également que les règles entrent en conflit avec des principes sans que cela entraîne leur invalidité (N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 232).

¹⁸⁵ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 47-57.

soient suffisamment précis pour pouvoir être appliqués et sanctionnés par les Cours et Tribunaux »¹⁸⁶. En réalité, le principe général du droit, considéré *in abstracto* et donc avant sa première application, ne présente jamais une telle précision. C'est seulement dans la configuration spécifique factuelle et juridique d'un cas d'espèce qu'il pourra se concrétiser de façon suffisamment précise pour être appliqué par une juridiction¹⁸⁷. En 1972, H. Buch faisait déjà ce constat, lorsqu'il écrivait que les principes généraux du droit sont « vides de contenu » et « ne deviendront un principe systématisateur et animateur de la société que dans la mesure où ils recevront un contenu concret »¹⁸⁸. Il est vrai cependant que son élaboration progressive par une haute juridiction est susceptible de lui conférer la précision qui l'apparente à une règle : il en va ainsi de l'exception d'inexécution, de l'enrichissement sans cause ou de l'abus de droit dont les conditions d'application sont aujourd'hui assez largement précisées et définies *in abstracto*.

27. L'indétermination du critère retenu. On peut cependant se demander si la généralité ainsi définie permet bien de caractériser tous les principes généraux du droit et si elle les distingue réellement des règles écrites¹⁸⁹.

En ce qui concerne la distinction mise en évidence par J. Boulanger, tout d'abord, on peut se demander si certains principes qualifiés de principes généraux du droit par la Cour de cassation comportent bien une série indéfinie d'applications. Il en va ainsi du principe suivant lequel un magistrat ne peut agir successivement dans la même affaire en qualité de partie poursuivante et comme membre du siège¹⁹⁰, du principe interdisant au juge de statuer sur une chose non demandée, du principe relatif à l'exception d'inexécution en matière contractuelle ou à la caducité des obligations en raison de la disparition de leur objet, ou encore du principe qui consacre le droit de visite des

¹⁸⁶ P. VAN OMMELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1109 (voy. également p. 1126).

¹⁸⁷ Cette spécificité pourrait expliquer que la Cour de justice de l'Union européenne soit restée longtemps silencieuse quant à la question de l'effet direct des principes généraux du droit. Sur ce point, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 186-193.

¹⁸⁸ H. BUCH, « À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », *op. cit.*, pp. 420-421.

¹⁸⁹ En ce sens, J. Raz conclut que la différence entre un principe et une règle n'est qu'une question de degré : « Consequently, there will be many borderline cases where it will be impossible to say that we definitely have a rule or definitely a principle » (J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 838). Plus radicale, M. de Béchillon estime que les principes généraux du droit « ne sont pas munis d'une nature juridique différente de celle des autres règles » (M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 276).

¹⁹⁰ En réalité, si la Cour de cassation a bien évoqué, dans un arrêt du 18 mai 1971, un « principe général de droit selon lequel un même magistrat ne peut agir successivement, dans une même affaire, comme partie poursuivante et comme membre du siège » (Cass., 18 mai 1971, *Pas.*, I, p. 864), elle semble avoir considéré par la suite que cette interdiction résulte en réalité du principe (plus) général du respect des droits de la défense (voy. notamment les arrêts cités ci-après, § 31, et notamment Cass., 4 avril 1984, *Pas.*, I, p. 920).

grands-parents de la famille d'origine d'un enfant adopté¹⁹¹. Ces différents principes paraissent en effet davantage consacrés « en vue d'une situation juridique déterminée » que généraux en ce qu'ils comporteraient « une série indéfinie d'applications » même si leur application elle-même peut, selon le cas, présenter une certaine indétermination. Deux possibilités, dès lors : soit le critère précité n'est pas parfaitement adéquat, soit ces principes n'auraient pas dû être qualifiés de principes généraux du droit¹⁹².

À l'inverse, certaines règles écrites présentent une dimension d'indétermination qui les apparente davantage aux principes qu'aux règles selon la distinction précitée. Les exemples sont innombrables et peuvent être identifiés dans toutes les branches du droit. On peut à tout le moins y ranger la plupart des droits fondamentaux, qu'ils soient consacrés dans la Constitution ou dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁹³.

28. L'insécurité juridique générée par les principes généraux du droit. On le comprend, s'il n'y a pas d'automatisme dans l'identification d'un principe général du droit, il n'y en a pas davantage au moment de déterminer son applicabilité et la façon dont il doit être appliqué *in concreto*. L'application d'un principe n'est en effet « pas absolument contraignante et dépend d'une appréciation implicite »¹⁹⁴. La situation se complique encore par la multiplication des principes généraux, dont plusieurs sont susceptibles d'interagir dans un même cas particulier, dans des configurations par définition aléatoires. S'il est sans doute possible d'établir des critères, voire un certain ordre de

¹⁹¹ Voy. les réf. citées par P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 60-61.

¹⁹² Se référant notamment au principe de l'exception d'inexécution ou au principe selon lequel la renonciation à un droit est de stricte interprétation, J. Kirkpatrick dénonce « une étrange tendance des plaideurs et de la jurisprudence belge à qualifier "*principe général du droit*" toute règle de droit qui n'est pas consacrée directement par un texte », alors qu'il s'agit « tout au plus de *règles de droit* régissant des matières déterminées » (J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire... », op. cit., pp. 632-633). Dans le même sens, P. Van Ommeslaghe estime que l'*exceptio non adimpleti contractus* et l'exigence d'une mise en demeure du débiteur défaillant s'apparentent davantage à des règles de droit qu'à des principes généraux dès lors qu'elles régissent de manière précise une situation donnée (P. VAN OMMEFLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1113). Il estime néanmoins que la différence entre principes généraux du droit et règles de droit est « essentielle pour conférer une cohérence au système, même si des hésitations sont possibles dans les cas marginaux » (*ibid.*, p. 1112).

¹⁹³ Il n'est du reste pas anodin que ce soit par le biais du véhicule normatif des principes généraux que ces droits se sont invités dans l'ordre juridique de l'Union européenne avant d'être consacrés dans la Charte des droits fondamentaux. L'article 6, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne dispose que les « droits fondamentaux [...] font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Sur la question, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », op. cit., p. 168. S'inscrivant dans le courant de l'herméneutique juridique, le philosophe allemand Jürgen Habermas considère même que, à l'exception de certaines règles très précises, « toutes les normes en vigueur sont indéterminées, pour ainsi dire, d'origine » (J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, pp. 219-239).

¹⁹⁴ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 275.

priorité, dans l'application des principes, celui-ci ne pourra, comme toute pondération d'intérêts, relever que de la probabilité et non de la certitude¹⁹⁵. En effet, la balance sera susceptible de pencher dans un sens différent selon les circonstances, elles-mêmes soumises à des évaluations tributaires de valeurs le plus souvent incommensurables. Il en résulte une inévitable imprévisibilité, peu compatible avec la sécurité juridique qui, elle-même, et le paradoxe n'est pas mince, constitue un principe général du droit.¹⁹⁶

Sous-section 3

Le caractère subsidiaire des principes

29. Plan. Si l'on se fie au discours officiel, les principes généraux du droit présenteraient un caractère intrinsèquement subsidiaire, qui traduirait leur subordination à la volonté du législateur (A). Un examen du droit positif conduit cependant à nuancer fortement, voire à remettre en cause cette présentation classique (B).

A. Le discours officiel : la soumission des principes généraux du droit à la loi

30. Principe et limites. Comme on le sait¹⁹⁷, le statut des principes généraux du droit en Belgique doit beaucoup à la mercuriale de M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch du 1^{er} septembre 1970, dont les enseignements ont été largement repris par la doctrine ultérieure. Celle-ci enseigne très généralement que les principes généraux du droit sont marqués par leur subsidiarité, qui traduit leur soumission à la loi. En effet, bien que ces principes constituent une source du droit à part entière, celle-ci ne peut dispenser le juge d'appliquer la loi ni prévaloir sur des dispositions légales contraires¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Selon S. Van Drooghenbroeck, l'adjudication des principes s'effectue « dans la concrétude des situations d'espèce, et ne produit par conséquent aucune véritable norme itérable dont il pourra être déduit mécaniquement, à l'avenir, de nouvelles solutions d'espèce : nous sommes ici au cœur de la rationalité juridique contextuelle, situationniste, que signe la montée en puissance des principes » (*La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 627).

¹⁹⁶ Selon Habermas, un système qui ne contient pas que des règles « ne peut pas se porter garant du même degré de prédictibilité des décisions de justice », notamment lorsque la sécurité juridique, « qui repose sur la connaissance d'attentes de comportement conditionnées de manière univoque, représente elle-même un principe qui, dans un cas concret, doit être mis en balance avec d'autres principes ». J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., pp. 241-242.

¹⁹⁷ Voy. *supra*, n° 8.

¹⁹⁸ Voy. A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique* 2002-2003, p. 143 ; D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., pp. 506 et s., n° 16 ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, op. cit., p. 78, n° 29 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 27, n° 44 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », op. cit., p. 567 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « À propos

Mieux encore : le législateur conserve le pouvoir d'intervenir à tout moment dans une matière déterminée pour consacrer le principe général du droit en lui donnant forme législative, l'organiser, l'infléchir, voire le condamner¹⁹⁹. Cet enseignement a été consacré par la Cour de cassation, qui considère 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 »²⁰⁰. Il ressort de cette jurisprudence que cette volonté peut ressortir du texte de la loi²⁰¹, mais également des travaux préparatoires²⁰². Cette priorité de la loi par rapport aux principes généraux du droit vaut par ailleurs également, dans les limites des compétences des entités fédérées, pour les décrets et les ordonnances²⁰³.

Ce pouvoir d'intervention du législateur marque également les limites de la subsidiarité²⁰⁴. En effet, dans la mesure où la loi n'y a pas dérogé dans une matière particulière, le principe général du droit conserve toute sa force pour le surplus. Corollaire de sa subsidiarité, le principe général du droit serait donc également supplétif, en ce sens qu'il a vocation à compléter la loi²⁰⁵. Le terme « supplétif » nous paraît toutefois devoir être évité dans la mesure où il risque de créer la confusion avec le statut d'ordre public, impératif ou supplétif de la règle de droit²⁰⁶.

des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, pp. 1120 et s., n° 12 ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel*, *op. cit.*, n° 47, p. 129 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, n° 6, p. 543 ; comp., dans un sens similaire, J.-F. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », *op. cit.*, n°s 16 et s., pp. 45 et s.

¹⁹⁹ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 567, 568 et 570 ; voy. aussi P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 25, n° 16. Il n'est pas interdit de voir dans les écrits de Dabin les signes annonciateurs de ce principe. Ainsi, dès 1929, il écrivait des principes généraux du droit (certes compris différemment) « qu'ils ne peuvent faire échec à l'introduction, dans le corps du droit positif, de dispositions parfaitement adéquates, mais qui auraient le seul défaut de ne pas se plier aux catégories existantes » (J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, *op. cit.*, p. 241).

²⁰⁰ Cass., 20 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 335 ; Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 215 ; Cass., 13 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, n° 32 ; voy. également Cass., 4 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 717, troisième moyen, troisième branche (où le mot « matière » est curieusement remplacé par celui de « cause »).

²⁰¹ Arrêt précité du 20 décembre 1990.

²⁰² Arrêt précité du 13 septembre 1989.

²⁰³ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 43, n° 26.

²⁰⁴ On réservera également les cas – certes rares – où la loi elle-même donne primauté aux principes généraux du droit, tel que l'article 2 du Code judiciaire (voy. ci-avant, n° 14).

²⁰⁵ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 25, n° 16, et p. 26, n° 17 ; voy. également A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 143.

²⁰⁶ Sur cette seconde acception du mot « supplétif », voy. not. l'art. 5.3, al. 2, du nouveau Code civil. Certains principes généraux du droit peuvent en effet être supplétifs dans ce sens technique : ainsi, le principe général du droit « relatif à la caducité des obligations en raison de la disparition de leur objet [...] n'est pas d'ordre public ni impératif » (Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 483 ; R.W., 2005-2006, p. 859, note C. CAUFFMAN). Voy. également sur cette question J.-F. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », *op. cit.*, n°s 13 et s., pp. 39 et s.

31. Illustrations. La jurisprudence de la Cour de cassation offre plusieurs illustrations du caractère subsidiaire des principes généraux du droit dans le sens indiqué.

Ainsi, la Cour de cassation considère de façon constante que le principe général du droit de la défense n'interdit pas au législateur de régler spécialement l'exercice de ce droit dans une matière déterminée, telle que l'extradition²⁰⁷, la milice²⁰⁸ ou la reddition des comptes des comptables envers le Trésor public²⁰⁹. Par ailleurs, se référant à l'article 292 du Code judiciaire, la Cour a considéré « qu'à supposer que les principes généraux du droit relatifs à l'impartialité du juge et au respect des droits de la défense, applicables devant toutes les juridictions, impliqueraient l'interdiction pour le magistrat instructeur de faire partie du siège du tribunal correctionnel appelé à statuer dans la cause, encore ces principes ainsi interprétés ne permettraient-ils pas au juge de s'écarter de la volonté que le législateur a manifestée d'une manière certaine au cours des travaux préparatoires du Code judiciaire, à savoir que le juge d'instruction reste compétent pour connaître de la cause qu'il a instruite, lorsque le tribunal correctionnel en a été saisi »²¹⁰. Le même principe général relatif à l'indépendance et à l'impartialité du juge ne peut être invoqué pour étendre les causes de récusation dès lors que celles-ci sont « limitativement énumérées par la loi »²¹¹.

²⁰⁷ Dès lors, la personne faisant l'objet d'une demande d'extradition ne peut se plaindre de ce que l'ordonnance d'exequatur d'un mandat d'arrêt étranger soit octroyée par la chambre du conseil sans débat préalable, celui-ci étant incompatible avec la loi du 15 mars 1874 (solution déduite de Cass., 23 mars 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 797). Il est permis de se demander si cette solution, de même que celle consacrée dans les différents arrêts énumérés ci-après, serait maintenue aujourd'hui, compte tenu de l'essor qu'ont connu depuis lors les droits fondamentaux ; comp. *infra*, n° 36.

²⁰⁸ Selon la Cour, « en vertu de l'article 45, § 3, des lois sur la milice coordonnées le 30 avril 1962, lorsque le conseil de révision a ordonné, après comparution du milicien, la mise en observation de celui-ci, il peut statuer sur les conclusions de l'expert médical sans faire convoquer le milicien, s'il estime une nouvelle comparution inutile » (Cass., 17 août 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1124 ; Cass., 27 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 97 ; Cass., 18 août 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 981).

²⁰⁹ Selon la Cour : « [...] qu'il s'ensuit que la demanderesse ne saurait se prévaloir d'une violation du principe général imposant le respect du droit de la défense, aux motifs qu'il n'y a eu ni publicité ni débat contradictoire ni exposé oral ou plaidoiries au cours d'une procédure devant la Cour des comptes ou relativement à l'arrêt rendu par celle-ci ; qu'en effet ces formalités n'ont pas été prescrites par le législateur, qui a estimé que par la procédure instituée tant les droits ou prérogatives de la puissance publique que les droits des comptables étaient sauvegardés » (Cass., 2 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 116, avec les conclusions de M. le procureur général F. Dumon, lequel prend néanmoins le sens de relever, pp. 121-122, que « la demanderesse n'allègue pas que les règles fixées par la loi, spécialement relatives aux droits du comptable d'avoir connaissance et pièces et de déposer un mémoire, auraient été méconnues »).

²¹⁰ Cass., 4 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 920, avec les conclusions de M. le procureur général J. Velu, alors avocat général ; dans le même sens, Cass., 13 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, n° 32. Comp. l'évolution ultérieure de la jurisprudence sur ce point, en particulier Cass., 15 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 565 (rendu sur le fondement de l'article 6 de la CEDH) et, sur ces questions, la thèse de doctorat de F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale : de la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Bruxelles, Larcier, 2005.

²¹¹ Cass., 23 juillet 2002, *Pas.*, 2002, n° 404 ; Cass., 14 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 513 ; voy. également dans le même sens Cass., 4 février 2000, *Pas.*, 2000, n° 93 (à propos de l'article 6 de la CEDH).

En matière pénale, la Cour de cassation semble en outre considérer, bien que sa motivation soit sur ce point assez elliptique, que le principe général du droit *non bis in idem* est inconciliable avec l'article 13 de la loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, en vertu duquel « la juridiction répressive belge ne doit [...] tenir compte d'une décision rendue à l'égard d'un inculpé par une juridiction répressive étrangère que si l'infraction dont elle a été saisie a été commise à l'étranger »²¹². De manière très didactique, la Cour a également décidé qu'« [a]yant une valeur égale à celle de la loi, le principe général de droit n'est ni une norme qui puisse s'appliquer contre elle ni une règle à laquelle il soit interdit au législateur de déroger ». Cette justification est d'autant plus remarquable qu'elle n'apparaissait pas strictement nécessaire à la solution du problème que la Cour avait à trancher. Elle s'empresse en effet d'ajouter que « [l]e principe général relatif à l'application rétroactive de la peine moins forte, consacré par l'article 2, alinéa 2, du Code pénal, n'est pas applicable aux lois qui, modifiant le calcul de la prescription, ne commencent aucune peine. Rien n'interdit dès lors au législateur de différer l'application dans le temps d'une loi nouvelle supprimant une cause de suspension de l'action publique »²¹³. Si le principe général invoqué par le demandeur en cassation n'avait pas vocation à s'appliquer aux lois supprimant une cause de suspension de l'action publique, il n'existait à vrai dire pas de véritable conflit entre le principe général du droit et la loi.

Enfin, la subsidiarité des principes généraux du droit marque également la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit privé. On peut citer un arrêt de la Cour de cassation ayant censuré un jugement qui avait ordonné, sur la base du principe général du droit prohibant l'enrichissement sans cause et prévoyant la répétition de l'indu, le remboursement du minerval perçu par un élève étranger dont les parents ne résident pas en Belgique, au motif que ce principe général se heurtait à la loi du 21 juin 1985 prévoyant que « les minervaux ou droits d'inscription complémentaires perçus entre le 1^{er} septembre 1976 et le 31 décembre 1984 ne seront en aucune façon remboursés »²¹⁴.

La Cour a également décidé qu'on ne peut « invoquer la violation du principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques en lui conférant une interprétation contraire à l'article 61, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 13 juin 2005 » relative aux communications

²¹² Cass., 20 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 335 ; voy. de même Cass., 22 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 195. Comp. C.E.D.H. (gr. ch.), 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, n° 24130/11, §§ 102 et s., rendu sur le fondement de l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH, qui ne prévoit pas pareille restriction.

²¹³ Cass., 29 juin 2011, *Pas.*, 2011, n° 432.

²¹⁴ Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 215.

électroniques, laquelle consacre « l'interdiction de retirer ou d'interrompre une prestation d'accès ou d'interconnexion pour le départ d'appel sans l'autorisation préalable [de l'IBPT] ou d'un tribunal, lorsque cela cause un préjudice à l'opérateur qui a souscrit ce service »²¹⁵.

On peut encore citer le cas de « la règle de droit suivant laquelle, dans les contrats synallagmatiques, l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat » (*res perit debitori*). Certes, cette règle n'est pas expressément qualifiée de principe général du droit, mais elle a très tôt été dégagée par la Cour de cassation par un processus d'induction amplifiante²¹⁶ à partir, notamment, de l'article 1722 de l'ancien Code civil²¹⁷. Or, ce principe doit céder devant la règle particulière, issue de l'article 1138 de l'ancien Code civil, selon laquelle, dans les contrats translatifs de propriété, « le transfert des risques est lié au transfert de la propriété, lequel se réalise, en règle, au moment de l'échange des consentements »²¹⁸.

32. Fondements. Dans le discours officiel, une double justification à la subsidiarité des principes généraux du droit par rapport à la loi est généralement avancée.

Sur un plan purement technique, on insiste d'abord sur le caractère *général* du principe général de droit²¹⁹. Sans le nommer clairement²²⁰, la subsidiarité des principes généraux du droit par rapport à la loi trouverait donc sa justification dans le principe *lex specialis*²²¹ plutôt que dans une différence de nature entre les deux normes. Du reste, cette opinion est cohérente avec celle considérant que le principe général du droit ne change pas fondamentalement de nature lorsque le législateur décide de le consacrer ou de l'organiser dans une loi²²². On a toutefois déjà souligné les difficultés liées à la notion de généralité comme critère de distinction entre les principes généraux (non écrits) et les règles (écrites), de sorte que cette justification doit être appréciée avec prudence²²³.

²¹⁵ Cass., 4 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 717, troisième moyen, troisième branche.

²¹⁶ Sur laquelle voy. *supra*, n° 13.

²¹⁷ Cass., 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 582 ; Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1976, I, p. 270, quatrième moyen ; voy. désormais art. 5.100, al. 1^{er}, C. civ. (nouveau).

²¹⁸ Cass., 29 mai 2020, n° C.19.0292.F, avec les conclusions de M. l'avocat général P. de Koster ; voy. également Cass., 9 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1014 et, désormais, art. 5.80 C. civ. (nouveau).

²¹⁹ Voy. *supra*, n°s 24 et s.

²²⁰ Voy. cependant, pour un lien explicite avec le principe *lex specialis* (tout en plaçant le principe général du droit à un niveau hiérarchiquement inférieur à celui de la loi), D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 507, n° 16.

²²¹ Lequel n'est pas un principe général du droit, « mais seulement une règle d'interprétation en cas de concours entre dispositions légales » (Cass., 2 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n° 472 ; voy. aussi Cass., 8 juin 2000, *Pas.*, 2000, n° 349). Sur cette règle, voy. ci-après la contribution de C. BOTMAN.

²²² Voy. *supra*, n° 22.

²²³ Voy. *supra*, n°s 24 et s.

Une seconde justification semble *a priori* plus convaincante dans la mesure où elle renvoie au rôle de la loi et du Parlement dans une société démocratique²²⁴. Elle n'en demeure pas moins fuyante²²⁵ et constitue le corollaire du raisonnement avancé – toujours dans le discours officiel – pour établir la force obligatoire des principes généraux du droit : puisque ceux-ci puisent leur force obligatoire dans l'approbation tacite du législateur²²⁶, il faut logiquement admettre que, lorsqu'il exprime une volonté contraire certaine – en particulier en réglant lui-même une matière déterminée –, le législateur retire son approbation au principe général du droit et fait primer sa volonté propre spécifique sur celui-ci²²⁷. Cette justification est certes déjà plus convaincante, mais on ne se dissimulera pas non plus toute l'artificialité qu'il peut y avoir à prétendre déceler la volonté tacite d'une personne²²⁸, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une entité abstraite et fictive telle que le législateur²²⁹.

La fragilité presque congénitale des deux fondements avancés pour justifier la subsidiarité des principes généraux du droit explique sans doute pourquoi celle-ci ne se vérifie pas toujours en pratique²³⁰.

33. Distinction avec d'autres notions. La subsidiarité des principes généraux du droit, telle que définie, ne doit pas être confondue avec deux autres formes de subsidiarité²³¹.

²²⁴ Voy. *supra*, n^{os} 12 et s.

²²⁵ Sur les difficultés à concilier l'émergence des principes généraux du droit avec le rôle de la loi, voy. *supra*, n^{os} 16 et s.

²²⁶ Voy. *supra*, n^o 15. Voy. déjà antérieurement les conclusions de M. le premier avocat général P. Mahaux, alors avocat général, avant Cass., 29 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, pp. 1000 et s., spéc. p. 1003, qui approuvait la pensée de Buttgenbach et Dembour selon laquelle, bien que la Belgique soit un pays de droit écrit, « ce droit comprend, outre la loi, tout ce que le législateur n'a pas dit et que la doctrine et la jurisprudence ont constaté, en se basant sur une volonté dégagée, non seulement de l'interprétation rigoureuse d'un texte législatif, mais de l'esprit général d'une législation. Les principes généraux du droit ne sont pas autre chose et lorsque le législateur, averti de l'interprétation que la doctrine et la jurisprudence donnent à sa pensée présumée, ne s'insurge pas contre cette interprétation, c'est qu'il y souscrit et admet tacitement que ces principes prennent place dans notre droit positif ».

²²⁷ Voy. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 568, qui rappelle que « dans nos systèmes constitutionnels [...] domine la suprématie de la loi ». Dans un ordre d'idée voisin, comp. le fait qu'une clause d'un contrat qui ne fait que reproduire la solution prévue par une disposition légale supplétive n'est en principe pas abusive dès lors « qu'il est, en principe, légitime de présumer que le législateur national a établi un équilibre entre l'ensemble des droits et des obligations des parties à certains contrats » (C.J.U.E., 20 septembre 2018, *OTP Bank et OTP Faktoring*, aff. C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, pt 53).

²²⁸ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *op. cit.*, p. 78, n^o 29.

²²⁹ Voy. à ce propos R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Massachusetts)/London (England), Harvard University Press, 1986, p. 318 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 3^e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2011, pp. 398 et s., n^{os} 191 et s.

²³⁰ Voy. *infra*, n^{os} 34 et s.

²³¹ Voy. également *supra*, n^o 30, sur les deux sens du mot « supplétif ». Au niveau européen, la notion de subsidiarité revêt également une importance particulière et un sens distinct (voy. en droit de l'Union l'article 5, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne et le protocole n^o 2 et, sur la notion dans le

Premièrement, elle se distingue de la question de savoir si d'autres voies de droit sont disponibles. Certes, l'absence d'autre voie de droit constitue une condition de fond pour que l'enrichissement injustifié – autrefois dénommé enrichissement sans cause – puisse être invoqué avec succès²³². Il en va de même de la subrogation réelle²³³. Mais cette condition est propre à ces mécanismes, dont le fondement d'équité commande de les enserrer dans des bornes étroites²³⁴, et ne peut être généralisée aux autres principes généraux du droit²³⁵.

Deuxièmement, la subsidiarité des principes généraux du droit ne doit pas être confondue avec le caractère principal ou subsidiaire des demandes ou moyens formulés par une partie au procès²³⁶. Quoique subsidiaire à la loi, un principe général du droit peut parfaitement être invoqué dans une thèse principale – soutenant que la loi n'y a pas dérogé (ou qu'il a rang constitutionnel) –, la loi en question étant invoquée à titre subsidiaire au cas où la thèse principale ne serait pas accueillie²³⁷.

B. Le constat empirique : l'essor des principes généraux du droit

34. Plan. Au-delà du discours officiel, force est de constater que la subsidiarité des principes généraux du droit à la loi n'offre qu'une vision imparfaite

cadre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, J. VAN MEERBEECK, « L'arrêt *Le Ski* : épée à Bruxelles, bouclier à Strasbourg ? », *J.T.*, 2021, pp. 613-618).

²³² Art. 5.136 C. civ. (nouveau) : « L'appauvri ne peut invoquer l'enrichissement injustifié lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription. » On notera que cette condition était antérieurement contestée par certains auteurs (voy. not. J.-F. ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », note sous Cass., 19 janvier 2009, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 122 et s., n° 47 et s., et comp. la justification donnée dans la Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 166 et s.).

²³³ Art. 3.10 C. civ. : « Un droit réel s'étend de plein droit à tous les biens qui viennent en remplacement de l'objet initial du droit réel, parmi lesquels les créances qui se substituent au bien, telle l'indemnité due par des tiers, à raison de la perte, de la détérioration ou de la perte de valeur de l'objet, pour autant que le droit réel puisse être exercé de manière utile sur le nouvel objet et qu'il n'y ait aucun autre moyen de sauvegarder le droit » (nous soulignons).

²³⁴ Voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., pp. 33 et s., n° 26, B.

²³⁵ Ainsi, par exemple, l'application du principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution n'a jamais été exclue par le fait que le créancier dispose, par ailleurs, de la possibilité d'agir également en exécution en nature ou en responsabilité contre son débiteur ; le créancier dispose au contraire d'un choix de principe entre les différentes sanctions de l'inexécution qui lui sont ouvertes (choix consacré désormais à l'article 5.83 du nouveau Code civil). De même, le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense est fréquemment invoqué en cassation aux côtés d'autres principes ou règles (devoir de motivation, violation de la foi due aux actes, principe dispositif, règles substantielles, etc.) sans que son application soit exclue par l'éventuelle applicabilité de ces autres principes ou règles.

²³⁶ Voy. art. 744, al. 1^{er}, 3^e et 4^e, C. jud.

²³⁷ Comp. dans le même sens Cass., 9 juin 2017, *Pas.*, 2017, n° 379 : « Le caractère subsidiaire [de l'enrichissement sans cause] n'empêche toutefois pas que le demandeur fonde, en ordre principal, son action sur un ou plusieurs autres fondements et, en ordre subsidiaire, sur l'enrichissement sans cause au cas où le juge considérerait que les premiers fondements sont en réalité inexistantes. »

et tronquée de l'état du droit positif. Ainsi, alors qu'il est admis qu'ils peuvent compléter la loi sans la contredire, la frontière entre ces deux hypothèses est souvent poreuse (1). Mieux encore, certains principes généraux du droit assument ouvertement une fonction correctrice des règles légales (2). Le tableau est encore compliqué par le fait que la subsidiarité est manifestement une notion évolutive, en ce sens qu'un principe à l'origine soumis à la loi peut, au fil de la jurisprudence, être finalement utilisé pour consacrer des solutions *contra legem* (3). Enfin, la prise en compte de la hiérarchie des normes conduit à repenser entièrement la question de la subsidiarité (4).

1. Une fonction complétive déformée

35. Position du problème. Comme on l'a dit, dans la conception officielle des principes généraux du droit, ceux-ci ne peuvent aller à l'encontre des règles édictées par le législateur dans une matière déterminée ; ils peuvent en revanche parfaitement compléter la loi lorsque celle-ci n'avait pas vocation à traiter la matière de manière exhaustive²³⁸.

La distinction, claire sur le plan des principes, s'avère toutefois délicate en pratique²³⁹, au point qu'il est permis de penser que le caractère « complétif » ou « supplétif » des principes généraux du droit est parfois mis en avant pour occulter et justifier ce qui n'est au fond rien d'autre qu'une correction apportée à la loi.

36. Illustration – Droits de la défense. Nous avons vu que la Cour de cassation n'hésitait pas à écarter l'application du principe général du droit dans des matières spécialement réglées par le législateur, notamment en matière de milice²⁴⁰. Sous l'influence sans doute de l'essor des droits fondamentaux, elle n'a cependant pas toujours fait preuve de la même retenue.

Dans plusieurs décisions, elle a en effet considéré, en matière d'impôts sur les revenus, que les articles 9 et 10 de la loi du 6 septembre 1895 « ne s'opposent pas au dépôt, par les parties, de pièces nouvelles devant la cour d'appel, dès lors que ces pièces sont produites pour répondre à des moyens ou arguments nouveaux présentés en conclusions par l'adversaire et que les droits de la défense de celui-ci ont été respectés ». En effet, « les délais prévus

²³⁸ Voy. *supra*, n° 30.

²³⁹ Voy. également les décisions examinées par J.-F. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », *op. cit.*, n°s 16 et s., pp. 45 et s. Cet auteur y voit l'illustration que les principes généraux du droit « sont en principe *non subsidiaires*, c'est-à-dire qu'ils sortent leurs effets pleinement et directement, en tant que type de norme et source formelle de droit, indépendamment du truchement de la loi écrite [...]. Toutefois, lorsque la loi intervient pour donner une certaine expression à un principe, ou une application dans un domaine donné, une forme de subsidiarité du principe apparaît alors par rapport à la loi ».

²⁴⁰ Voy. *supra*, n° 31.

par l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1953, en tant que cette disposition remplace les articles 9 et 10 de la loi du 6 septembre 1895, ne sauraient valoir à l'encontre du principe général que constitue le droit de défense, inséparable de tout acte de juridiction »²⁴¹. *Exit* donc la subsidiarité de ce principe général du droit par rapport à la loi !

Le conflit entre les deux normes apparaît toutefois de manière encore plus éclatante lorsque l'on envisage la portée de l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire. Celui-ci prévoit que le juge doit ordonner la réouverture des débats « avant de rejeter la demande en tout ou en partie sur une exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui ».

La Cour de cassation a, dans un premier temps, donné une interprétation restrictive de cette disposition²⁴², dont le regretté professeur Kirkpatrick a bien montré qu'elle était conforme à la volonté certaine du législateur telle qu'elle s'était exprimée dans les travaux préparatoires²⁴³. Elle a décidé en effet que cette règle « ne vise que le cas où le juge rejette en tout ou en partie la demande sur une exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui ; qu'elle ne s'impose pas au juge lorsque, comme en l'espèce, il accueille la demande ». Ayant par ailleurs rappelé que « l'exercice du droit de la défense peut être limité par une disposition de la loi », elle en conclut que l'arrêt attaqué pouvait légalement rejeter des débats une lettre contraire au secret professionnel, alors qu'aucune des parties n'avait invoqué celui-ci²⁴⁴.

À première vue, la subsidiarité semble parfaitement respectée : le législateur étant intervenu dans une matière déterminée pour régler l'exercice des droits de la défense, le juge ne pourrait aller à l'encontre de sa volonté certaine en se fondant sur un principe général du droit. Hors le cas où, comme en l'espèce, les travaux préparatoires permettent de déterminer l'intention du législateur, le raisonnement repose essentiellement sur un argument *a contrario* : puisque l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire impose la réouverture dans certains cas déterminés, il ne l'impose pas dans les autres cas non visés. L'argument *a contrario* doit cependant être manié avec une grande

²⁴¹ Cass., 21 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1010 ; Cass., 2 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 926 (deux espèces). Voy. de même, à propos des art. 281 à 283 du CIR64, Cass., 10 mars 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 608 (dont la formulation est adoucie puisque l'idée selon laquelle les dispositions légales « ne sauraient valoir à l'encontre du principe général que constitue le droit de défense » est omise, sans pour autant remettre en cause la solution).

²⁴² Voy. également Cass., 19 décembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 485, dont il ressort que le juge n'est pas tenu de rouvrir les débats lorsqu'il « ne rejette point la demande en se fondant sur une exception d'incompétence, de nullité, de prescription, de forclusion, d'irrecevabilité ou de quelque autre exception au sens de l'article 774 du Code judiciaire ».

²⁴³ Voy. J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi... », *op. cit.*, pp. 281 et s., spéc. p. 291, n° 12.

²⁴⁴ Cass., 4 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 814.

prudence²⁴⁵, ce qui explique sans doute, au moins pour partie, les hésitations suivantes.

En effet, la jurisprudence ultérieure de la Cour casse systématiquement, pour violation des droits de la défense, la décision qui s'abstient de rouvrir les débats alors même que la demande a été accueillie et non rejetée²⁴⁶. Dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 1983, M. le procureur général E. Krings ne dissimule pas que « [l]es Chambres législatives ont considérablement restreint la portée de [l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire], en limitant son application au rejet de la demande sur une *exception* que les parties n'avaient pas invoquée » mais estime que « [q]uoi qu'il en soit, la jurisprudence de la Cour va au-delà du texte de la loi. Elle ne le contredit pas mais elle le complète et a, étant donné la nature du principe général du droit, un caractère tout aussi impératif »²⁴⁷. On peut difficilement rêver d'un aveu plus candide de la fonction correctrice exercée par les principes généraux du droit sous couvert de compléter la loi.

2. Une fonction correctrice assumée

37. Position du problème. Il arrive également que la fonction correctrice de certains principes généraux du droit soit ouvertement assumée, en ce sens qu'ils sont invoqués pour faire échec à l'application de dispositions légales sans que la doctrine officielle de la subsidiarité des principes généraux du droit semble susciter de difficulté²⁴⁸.

38. Illustration – Abus de droit. Le mécanisme correcteur par excellence est sans doute la théorie de l'abus de droit²⁴⁹. Si son statut de principe général du droit ne suscite plus aujourd'hui de discussion²⁵⁰, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, M. le procureur général W. J. Ganshof van der

²⁴⁵ Voy. à ce propos F. LAURENT, *Principes de droit civil, op. cit.*, pp. 354 et s., n° 279 et s.; Fr. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, pp. 123 et s.

²⁴⁶ Voy. Cass., 29 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 805 ainsi que les nombreuses décisions postérieures citées par J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi... », *op. cit.*, p. 290, n° 12, note n° 33; *adde* not. depuis lors Cass., 4 septembre 2020, R.G. n° C.19.0613.N.

²⁴⁷ E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 520, n° 38. Voy. également P. MARCHAL, *Principes généraux du droit, op. cit.*, p. 45, n° 27 : « Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, le principe général du droit de défense oblige le juge à rouvrir les débats en dehors des prévisions de l'article 774, alinéa 2, avant d'accueillir ou de rejeter la demande pour un motif de droit dont les parties n'ont pu débattre. »

²⁴⁸ Voy. par exemple P. MARCHAL, *Principes généraux du droit, op. cit.*, p. 38, n° 25-3, qui admet que les principes généraux du droit puissent être utilisés afin « de prévenir ou de corriger les effets d'une application mécanique de la loi ».

²⁴⁹ Sur cette notion, voy. ci-après la contribution de Th. LÉONARD.

²⁵⁰ Voy. not. Cass., 28 septembre 2018, *Pas.*, 2018, n° 512. Sous sa forme moderne, il trouve sa première consécration dans un arrêt du 10 septembre 1971 (*Pas.*, 1971, I, p. 28), lequel « a, de manière implicite, reconnu à l'abus de droit les caractères d'un principe général du droit » (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit, op. cit.*, p. 242, n° 221).

Meersch faisait valoir que, si cette théorie ne constitue qu'une application de la notion de faute, elle ne présenterait pas l'autonomie suffisante pour être reconnue comme principe général du droit²⁵¹. Désormais, on admet largement que, tout en étant consacré par des dispositions légales – à savoir autrefois l'article 1382 de l'ancien Code civil en matière extracontractuelle et l'article 1134, alinéa 3, du même Code en matière contractuelle²⁵², et désormais l'article 1.10 du nouveau Code civil ainsi que, spécialement en matière contractuelle, l'article 5.73, alinéa 2, 2^o, du même Code –, l'abus de droit constitue également un principe général du droit²⁵³.

La fonction correctrice de l'abus de droit est indéniable²⁵⁴. Et puisque les droits dont l'abus est sanctionné et qui peuvent se voir réduits, voire *de facto* supprimés, sont généralement d'origine légale, il faut bien admettre que le principe général prohibant l'abus de droit, « cette véritable mērūle juridique »²⁵⁵, n'est nullement subsidiaire à la loi. Il est d'autant plus remarquable, à cet égard, que l'abus de droit trouve à s'appliquer même lorsqu'il se fonde sur des dispositions pénalement sanctionnées²⁵⁶, d'ordre public ou impératives²⁵⁷ ou encore « lorsque ce droit est fondé sur la loi et est réclamé par une procédure régulière »²⁵⁸. De soumission des principes généraux à la loi, il n'est plus guère question.

Certes, on pourrait tenter de sauver les apparences en avançant qu'en édictant un droit, le législateur n'entend pas couvrir l'hypothèse où il en serait

²⁵¹ Voy. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 590.

²⁵² Voy. Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 (« Attendu que si le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134 du Code civil interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci, pareil abus suppose que lorsque cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélatrice de l'autre partie ») et, de manière plus claire encore, Cass., 1^{er} février 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 66, qui ajoute : « Attendu que le moyen, en cette branche, invoque l'abus de droits conventionnels ; qu'en tant qu'il considère que les articles 1382 et 1383 du Code civil ont été violés, il est irrecevable. »

²⁵³ L'invocation de ce principe général du droit n'est toutefois pas nécessaire à la recevabilité d'un moyen de cassation, pour autant qu'une autre base légale adéquate soit invoquée (concl. de M. le procureur général J.-F. Leclercq, alors premier avocat général, avant Cass., 24 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 490, p. 1470, pt 1). Sur la problématique inverse, à savoir celle de la nécessité d'invoquer une base légale plus spécifique qu'un principe général du droit, voy. ci-avant n° 23.

²⁵⁴ Voy., sur les conditions et les effets de l'abus de droit, la contribution de Th. LÉONARD dans le présent ouvrage.

²⁵⁵ Selon la formule frappante de J. HANSENNE, « De quelques précisions quant à la prescription en matière de servitudes légales », obs. sous J.P. Visé, 6 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 201.

²⁵⁶ Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 315 ; A.C., 2004, n° 315, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général.

²⁵⁷ Voy. Cass., 2 avril 2015, *Pas.*, 2015, n° 238, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. Leclercq ; Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 491 ; Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 315 ; A.C., 2004, n° 315, avec les conclusions de M. le procureur D. Thijs, alors avocat général ; Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 656.

²⁵⁸ Cass., 9 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 458, avec les conclusions de M. le procureur général A. Henkes, alors avocat général.

abusé, de sorte qu'il ne s'agirait pas d'une matière déterminée où il aurait spécialement réglé la question²⁵⁹. En réponse à cette objection, on relèvera un intéressant arrêt du 18 février 2008 qui, après avoir relevé que l'ancien article 63, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 considère comme abusif le licenciement d'un ouvrier engagé pour une durée déterminée, « qui est effectué pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise », décide que cette disposition « n'interdit ni à l'ouvrier qui ne se prévaut pas de son application de faire valoir que, fût-il fondé sur des motifs liés à son aptitude ou à sa conduite, ou sur les nécessités du travail, son licenciement est entaché d'un abus de droit résultant de l'exercice du droit de licenciement d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal que ferait de ce droit un employeur prudent et diligent, ni au juge saisi de pareille contestation de vérifier ces circonstances »²⁶⁰. L'intervention spécifique du législateur pour régler les contours de l'abus dans une matière déterminée n'apparaît donc pas toujours suffisante pour entraver l'application de la théorie. Plus largement, cet argument confirme que la frontière entre les cas où le principe complète la loi et ceux où il la contredit est pour le moins difficile à tracer²⁶¹.

39. Autres illustrations. L'abus de droit est loin d'être le seul principe général du droit dont la fonction correctrice est reconnue. On en évoquera ci-après quelques-uns, sans pouvoir entrer dans tous les détails que chacun d'eux mériterait.

La fonction correctrice du principe général du droit *Fraus omnia corruptit* est ainsi bien admise²⁶². De manière générale, ce principe fait obstacle à ce que le dol ou la fraude profite à son auteur, et tend à

²⁵⁹ Comp. *supra*, n° 30. Il ne s'agit, au fond, que d'une variante de la formule célèbre de Planiol selon laquelle « le droit cesse où l'abus commence » : sur cette idée et ses limites, voy. P. A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé. Observations sans prétentions », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 44, n° 7, et pp. 47 et s., n°s 11 et s.

²⁶⁰ Cass., 18 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 119, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. Genicot (qui se réfère, il est vrai, aux travaux préparatoires pour établir que « l'insertion de l'article 63 en faveur des ouvriers tendait à compenser, sur le plan des causes de licenciement, la différence de traitement dont ces derniers souffraient envers les employés au regard des délais de préavis, et non, par conséquent, à limiter les droits que l'ouvrier pouvait tenir de l'article 1382 du Code civil » ; dans cette mesure, il n'existe donc pas de volonté certaine du législateur d'écarter l'application du principe général du droit prohibant l'abus de droit).

²⁶¹ Voy. *supra*, n° 35.

²⁶² Voy. A. LENAERTS, *Fraus omnia corruptit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme ?*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 348 et s., n°s 318 et s. ; M. MEIRLAEN, *Ongeschreven rechtsgrenzen. Verbod van rechtsregelontduiking, Fraus omnia corruptit en verbod van (rechts)misbruik*, Brussel, Intersentia, 2022, pp. 226 et s., n°s 165 et s. ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier* (« *Fraus omnia corruptit* »), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 778 et s., n°s 341 et s. Sur ce principe, voy. ci-après la contribution d'A. CHARLIER et C. JANSSEN.

l'anéantissement des conséquences juridiques qui découlent d'un comportement frauduleux²⁶³. Pour justifier cet effet dérogatoire aux règles légales, la doctrine tentait jusqu'à présent de soutenir qu'elle serait conforme à la volonté du législateur, dans la mesure où ce correctif serait implicitement contenu dans chaque règle légale à laquelle il est dérogé²⁶⁴. Nous avons vu, cependant, que l'invocation de la volonté tacite du législateur présente toujours un caractère assez artificiel²⁶⁵. La question sera désormais simplifiée par la consécration de ce principe général du droit à l'article 1.11 du nouveau Code civil²⁶⁶.

La théorie du mandat apparent constitue une autre illustration du pouvoir correcteur des principes généraux du droit. On sait en effet que, selon l'article 1998 de l'ancien Code civil, « [l]e mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». Et pourtant, même en l'absence de ratification, on admet que le mandant soit tenu par l'excès de pouvoir commis par le mandataire en son nom à la triple condition qu'il ait existé une apparence de pouvoirs, que le tiers avec lequel le mandataire a traité ait pu légitimement y croire et que cette apparence soit objectivement imputable au mandant, sans qu'une faute de ce dernier soit pour autant requise²⁶⁷. La théorie du mandat apparent trouve désormais sa consécration légale à l'article 1.8, § 5, du nouveau Code civil²⁶⁸.

Il existe également une abondante jurisprudence admettant une dérogation aux délais, même prévus à peine de déchéance, en présence d'un cas avéré de force majeure ou d'erreur invincible²⁶⁹. En l'absence de base légale

²⁶³ Voy. not. Cass., 30 septembre 2021, n° C.21.0002.N, pt 4, avec les conclusions de M. l'avocat général M. Deconynck.

²⁶⁴ Voy. A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, op. cit., p. 348, n° 318 ; M. MEIRLAEN, *Ongeschreven rechtsgrenzen*, op. cit., pp. 182 et s., n°s 125 et s.

²⁶⁵ Voy. *supra*, n° 32.

²⁶⁶ « La faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur. »

²⁶⁷ Voy. Cass., 26 octobre 2012, *Pas.*, 2012, n° 571 ; Cass., 2 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 494 ; Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 357 ; Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 54 ; Cass., 20 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 547.

²⁶⁸ « Le représenté est également lié par l'acte juridique accompli par un représentant sans pouvoir si l'apparence d'un pouvoir suffisant lui est imputable et si le tiers pouvait raisonnablement tenir pour vraie cette apparence dans les circonstances données. L'apparence est imputable au représenté si celui-ci a librement, par ses déclarations ou son comportement, même non fautifs, contribué à créer ou à entretenir l'apparence. »

²⁶⁹ Voy. not. Cass., 9 mars 2022, R.G. n° P.21.0830.F, avec les conclusions de M. l'avocat général D. Vandermeersch ; Cass., 12 janvier 2022, R.G. n° P.21.0974.F, avec les conclusions de M. l'avocat général D. Vandermeersch ; Cass., 3 novembre 2021, R.G. n° P.21.1036.F, avec les conclusions de M. l'avocat général D. Vandermeersch ; Cass., 18 juin 2020, R.G. n° C.19.0322.N.

particulière pour justifier ces solutions, on peut admettre qu'elles se fondent sur un principe général du droit²⁷⁰.

Les exemples pourraient être multipliés²⁷¹.

3. Une subsidiarité évolutive

40. Position du problème. Dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 1970, M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch enseignait déjà que « [l]e principe général n'est pas immuable ; il est, comme la loi, tributaire de l'évolution sociale de la collectivité nationale et de son organisation politique »²⁷². Cette mutabilité des principes généraux du droit constitue cependant un défi supplémentaire à la thèse de la subsidiarité des principes à la loi, dans la mesure où certains principes, dans un premier temps écartés en raison de leur contradiction avec des règles légales, vont dans un second temps prendre

²⁷⁰ Voy. déjà Cass., 27 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 112 : l'article 1148 de l'ancien Code civil « n'est en soi que l'application aux conventions du principe général que la force majeure exclut la faute et fait obstacle aux déchéances attachées par la loi à l'exercice d'un droit circonscrit dans un certain délai ; Attendu que si dans un but de paix sociale, pour ne pas laisser indéfiniment en suspens les intérêts opposés des justiciables, la loi punit avec raison de la perte de son droit celui qui a négligé de l'exercer dans un délai déterminé, il est inadmissible qu'elle ait voulu infliger cette peine à celui qu'un événement supérieur à sa volonté a mis dans l'impossibilité invincible, au cours de ce délai, de pourvoir à la sauvegarde de ses intérêts ; Attendu en effet que l'exception tirée de la force majeure repose sur ce principe élémentaire de morale qu'à l'impossible nul n'est tenu et qu'il faut en conclure que la force majeure, qui domine la volonté humaine et fait échec à la loi elle-même, forme nécessairement exception à toutes les règles du droit, fussent-elles d'ordre public ». Comp. cependant Cass., 24 octobre 2022, R.G. n° S.22.0007.F, avec les conclusions nuancées de M. l'avocat général H. Mormont (qui, tout en citant de nombreuses applications de l'effet libératoire de la force majeure auquel il reconnaît un caractère « transversal et correcteur », estime que, dans la jurisprudence de la Cour, cet effet se fonde plutôt sur une interprétation large de l'article 1148 de l'ancien Code civil ou des dispositions légales auxquelles il est dérogé).

²⁷¹ On songe à la jurisprudence décidant qu'« [a]ucune disposition constitutionnelle ou légale *ni aucun principe général du droit* ne dispensent le pouvoir exécutif, lors de l'exercice de ses compétences, de l'obligation, qui découle des articles 1382 et 1383 du Code civil, de réparer le dommage causé à autrui par sa faute », dont la formulation laisse entendre qu'un principe général du droit aurait le pouvoir de déroger aux articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil (voy. Cass., 16 juin 2022, R.G. n° C.21.0219.N ; Cass., 12 mars 2020, R.G. n° C.18.0383.N, avec les conclusions de M^{me} le premier avocat général R. Mortier ; Cass., 27 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 518 ; Cass., 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 288 ; comp. Cass., 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 752, qui ne visait pas les principes généraux du droit). On peut également voir l'expression de la fonction correctrice des principes généraux du droit dans l'interprétation mesurée donnée par la Cour de cassation à l'article 1794 de l'ancien Code civil, lequel s'applique « à tout ouvrage quelconque, matériel ou intellectuel, pourvu qu'il s'agisse de l'entreprise d'un travail déterminé par son objet ou un terme exprès » (Cass., 4 septembre 1980, *R.C.J.B.*, 1981, p. 523, note X. DIEUX, lequel souligne, n° 7, p. 545, que cette restriction se justifie par le fait que les contrats à durée indéterminée « sont en effet résiliables unilatéralement par chacune des parties, en vertu d'un principe général dont l'article 1780 est une expression et dont le dessein est de protéger la liberté individuelle. [...] La supériorité du but poursuivi par ce principe justifie par ailleurs qu'il soit d'ordre public [...] et qu'il prime l'article 1794 du Code civil » ; on notera que le principe général du droit en question a depuis lors été codifié à l'article 5.75, alinéa 2, du nouveau Code civil).

²⁷² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 569 ; voy. également A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 116 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 26, n° 18.

leur ascendant sur celles-ci. Inversement, le législateur réagit parfois pour contrecarrer l'expansion d'un principe jugé trop envahissant. Ces mouvements en sens opposés renvoient en tout cas une image plus nuancée que celle à laquelle la vision traditionnelle de la subsidiarité des principes généraux du droit aurait pu laisser penser.

41. Illustration – Confiance légitime, sécurité juridique, apparence et respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Les tensions auxquelles les impératifs contradictoires de légalité et de sécurité juridique – tous deux érigés au rang de principes généraux du droit – peuvent donner lieu, et les multiples terrains sur lesquels cet affrontement est mené, sont trop complexes pour que l'on puisse ici épuiser la question²⁷³. On se bornera dès lors à évoquer quelques illustrations marquantes.

Le premier cas qui vient à l'esprit est sans doute celui des limites du principe de confiance légitime, présenté par certains comme une composante des principes de bonne administration et, plus largement, comme le prolongement du principe de sécurité juridique. Une première tendance dans la jurisprudence de la Cour de cassation confère, spécialement en matière fiscale, une primauté absolue au principe de légalité en cas de conflit avec la confiance légitime de l'administré²⁷⁴. D'autres décisions, rendues notamment sur la question des effets dans le temps des arrêts de la Cour constitutionnelle, adoptent une position plus nuancée en prévoyant une mise en balance des principes de légalité et de sécurité juridique²⁷⁵. Une évolution semble donc

²⁷³ Pour plus de détails, voy. not. S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges-Bruxelles, die Keure-la Charte, 2007, pp. 47 et s. ; J. VAN MEERBEECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : des faux amis ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 695 et s. ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, nos 28 et s., pp. 568 et s.

²⁷⁴ Voy. Cass., 31 janvier 2020, R.G. n° F.18.0025.F, avec les conclusions de M. le procureur général A. Henkes ; Cass., 10 mars 2016, *Pas.*, 2016, n° 174 ; Cass., 9 mars 2015, *Pas.*, 2015, n° 174 ; Cass., 11 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 123, pts 2 et 3 ; A.C., 2011, n° 123, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général ; Cass., 18 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 765, avec les conclusions de M. le procureur général A. Henkes, alors avocat général ; Cass., 10 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 736, pt 1, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général ; Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 232, avec les conclusions de M. l'avocat général P. de Koster (comp. depuis lors la modification apportée à l'art. 2244 de l'ancien Code civil, dont la portée a encore été étendue par C.C., 23 décembre 2021, n° 21/2021 et C.C., 19 décembre 2019, n° 40/2019) ; Cass., 20 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 578 ; Cass., 29 novembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 574 ; Cass., 26 octobre 2001, *Pas.*, 2001, n° 577, avec les conclusions de M. le procureur général A. Henkes, alors avocat général ; Cass., 6 novembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 598 ; Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 596, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général ; Cass., 30 octobre 2000, *Pas.*, 2000, n° 587.

²⁷⁵ Voy. Cass., 21 avril 2022, R.G. n° F.20.0150.N ; C.C., 9 juillet 2013, n° 97/2013, pts B.9 et s. ; C.C., 30 mai 2013, n° 73/2013, pts B.8 et s. ; C.C., 9 février 2012, n° 18/2012, pts B.8.1 et s. ; T.B.P., 2012, p. 354, note S. VERSTRAELEN ; C.C., 7 juillet 2011, n° 125/2011, pts B.5.4 et s. ; Cass., 6 mai 2013, J.T., 2013, p. 455 ; Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 512, pt 5, avec les conclusions de M. l'avocat général C. Vandewal ; Cass., 1^{er} mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 139 ; A.C., 2010, n° 139, pts 3 et 4, avec les conclusions de M^{me} le premier avocat

se dessiner dans cette seconde direction, spécialement dans la jurisprudence des chambres de langue néerlandaise. Au surplus, la primauté du principe de confiance légitime sur celui de légalité peut parfois se justifier lorsque le premier tire sa force du droit de l'Union, supérieur dans la hiérarchie des normes aux règles du droit interne²⁷⁶.

L'évolution est encore plus frappante si l'on envisage l'incidence de la bonne foi du bénéficiaire d'un paiement indu. Sans concession, un arrêt du 26 mai 2003 décide ainsi que « l'arrêt, qui décide que la demanderesse doit renoncer à la récupération des sommes indûment payées à la défenderesse à titre de majorations d'allocations familiales pour enfants handicapés du 1^{er} janvier 1993 au 22 décembre 1994 en se fondant sur la théorie du "respect dû aux anticipations légitimes d'autrui", viole les articles 1235, 1376 et 1377 du Code civil »²⁷⁷. Plus encore que ces dispositions, c'est sans doute les articles 1378 à 1380 qui auraient pu être convoqués puisque, en limitant l'étendue de l'obligation de restitution selon que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi, ils semblent exprimer la volonté certaine du législateur de maintenir en toute hypothèse l'existence d'une telle obligation dans son principe, quel qu'ait été l'état d'esprit du bénéficiaire du paiement. Dans ses conclusions, le ministère public, tout en mettant en doute l'existence et l'autonomie du principe général du droit invoqué, justifiait quant à lui la solution par l'idée « qu'en toute hypothèse, le juge ne peut faire prévaloir un principe général du droit sur un autre qui repose sur un texte écrit de rang supérieur, en l'occurrence le principe de légalité qui, je le répète, trouve directement un fondement dans l'article 159 de la Constitution »²⁷⁸. La subsidiarité des principes généraux du droit par rapport à la loi se trouvait donc réaffirmée, fût-ce en ressentant le besoin de l'appuyer par une invocation de la hiérarchie des normes²⁷⁹.

La surprise fut donc totale lorsque, par un arrêt du 9 mars 2020, la Cour de cassation revint sur sa jurisprudence en élaborant une solution prétorienne relativement complexe à énoncer mais qui aboutit, en substance,

général R. Mortier, alors avocat général ; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 346, pt 3 ; Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 653, pt 3 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1368, note P. POPELIER.

²⁷⁶ Voy. en ce sens Cass., 2 septembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 451 ; A.C., 2016, n° 451, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général. *Adde*, sur la portée du principe de confiance légitime en droit de l'Union, Cass., 20 mars 2018, *Pas.*, 2018, n° 193, et, pour un arrêt rendu sur le fondement de l'article 1^{er} du Premier protocole à la CEDH (mais jugé non pertinent en l'espèce dès lors qu'il ne ressortait pas des travaux préparatoires de la loi fiscale que celle-ci pût générer une confiance légitime dans le chef du contribuable), Cass., 17 mai 2021, R.G. n° F.17.0030.F, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général B. Inghels.

²⁷⁷ Cass., 26 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 319, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. Leclercq, alors premier avocat général.

²⁷⁸ Conclusions préc., p. 1064, pt 3.

²⁷⁹ Voy. à ce propos *infra*, n° 42. Cet argument ne suffit toutefois pas à clore le débat dès lors que le principe de la sécurité juridique peut lui-même prétendre au rang constitutionnel (voy. J. VAN MEERBECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : des faux amis ? », *op. cit.*, pp. 730 et s., n° 47, et réf. citées).

à faire primer les exigences de la sécurité juridique sur celles de la légalité lorsque l'*accipiens* de bonne foi a transmis le paiement reçu à un tiers²⁸⁰. Il est remarquable que, dans ses conclusions, le ministère public semble fonder la solution sur la théorie de la confiance légitime, dont il admet qu'elle ne constitue pas un principe général du droit, mais qui constitue selon lui un critère spécifique de l'abus de droit²⁸¹. La question de la compatibilité de cette théorie avec le texte des articles 1376 à 1380 de l'ancien Code civil n'est cependant pas abordée. Le problème rebondira certainement sous l'empire du nouveau Code civil, dont les articles 5.133 à 5.137 ne consacrent pas cette jurisprudence²⁸² et dont les travaux préparatoires indiquent clairement ne pas ériger l'apparence en source autonome d'obligations²⁸³. Il restera à voir si la Cour de cassation se montrera fidèle à la volonté ainsi exprimée et, dans la négative, comment elle justifiera cette nouvelle entorse à la subsidiarité des principes généraux du droit.

Tout aussi marquante est la position récemment adoptée par la Cour sur la question de la protection de la propriété apparente en matière immobilière. En droit belge, la position orthodoxe était résumée par un arrêt du 3 septembre 2013, décidant que « [l]a circonstance que, depuis sa vente au profit de tiers de bonne foi, des droits réels tels que des droits hypothécaires ont été établis sur le bien immeuble dont le juge ordonne la restitution, n'empêche pas ce juge pénal d'annuler le contrat de vente et ce, avec effet rétroactif »²⁸⁴.

²⁸⁰ Voy. Cass., 9 mars 2020, R.G. n° C.19.0216.N, pts 8-10, avec les conclusions de M. l'avocat général Vanderlinden.

²⁸¹ Voy. not. en ce sens S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in M. Dupont (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 293 et s., n° 21 et s. (à propos de la reconnaissance de la *rechtsverwerking* comme critère spécifique de l'abus de droit). Ces auteurs se fondent notamment sur Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 571 (arrêt qui se fonde néanmoins formellement sur le critère spécifique de la disproportion) ; *adde* depuis lors, de manière nuancée, Cass., 23 mai 2019, R.G. n° C.16.0474.F (« [s]i le seul fait de ne pas exercer un droit durant un certain temps n'est pas, en soi, constitutif d'un abus de ce droit, l'inertie du détenteur du droit peut être abusive en raison des circonstances qui l'entourent »).

²⁸² Ainsi, en cas de paiement indu, l'article 5.134, alinéa 1^{er}, renvoie au régime uniforme des restitutions prévues aux articles 5.115 à 5.122, lesquels ne donnent effet à la bonne foi du débiteur de la restitution qu'en ce qui concerne la perte de la chose (art. 5.120) et des fruits (art. 5.122). Quant à l'enrichissement injustifié, la règle du double plafond est consacrée sans référence à la bonne ou mauvaise foi des parties (art. 5.137).

²⁸³ Voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 17 (« L'apparence créée, ou confiance légitime, n'est pas consacrée, en tant que telle, en tant que source d'obligations ou plus largement d'effets juridiques. Les contours de celle-ci restent, en effet, difficiles à définir avec précision, ce qui risque d'être préjudiciable à la sécurité juridique. La Cour de cassation ne l'a, au demeurant, pas consacrée explicitement en tant que principe général du droit, malgré le souhait d'une partie de la doctrine (réf. citées par P. WÉRY, II, 2016, n° 259) ; deux arrêts récents, rendus en matière de transport maritime, font certes référence à la "vertrouwensleer", sans toutefois la qualifier explicitement de principe général du droit (Cass., 30 juin et 26 septembre 2016, R.G.D.C./T.B.B.R., 2017, p. 507 et 508 note B. VERHEYE) »).

²⁸⁴ Cass., 3 septembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 413, pt 22. Le fait que la restitution soit en l'espèce ordonnée par un juge pénal n'y change rien, l'annulation du contrat avec effet rétroactif étant envisagée comme une forme de réparation civile due à la personne lésée conformément à l'article 44 du Code pénal (pts 17 à 19 de l'arrêt).

En d'autres termes, en matière immobilière, l'annulation du contrat produit ses effets *erga omnes* et est ainsi opposable au créancier hypothécaire, fût-il de bonne foi, tenant ses droits d'un acquéreur dont le titre est annulé. La solution, qui découle directement des articles 74 et 109 de la loi hypothécaire, pouvait également se déduire des articles 2265 et suivants de l'ancien Code civil²⁸⁵ : en effet, puisque la bonne foi d'un sous-acquéreur disposant d'un juste titre lui permet déjà de bénéficier d'un délai de prescription abrégé, c'est nécessairement que, dans le système de la loi, sa seule bonne foi ne le soustrait pas à l'effet rétroactif²⁸⁶.

Ici aussi, la surprise fut grande lors du prononcé d'un arrêt du 22 janvier 2021 qui, après avoir rappelé le texte de l'article 74 de la loi hypothécaire, décide que, si le titre du constituant hypothécaire est éteint avec effet rétroactif, l'hypothèque est également éteinte par voie de conséquence, sous réserve de la protection des tiers qui ont acquis des droits réels limités de bonne foi et à titre onéreux ; l'extinction du titre n'affecte donc pas les droits hypothécaires du tiers qui a acquis ses droits de la personne dont le titre avait été transcrit et qui avait la confiance légitime d'avoir traité avec le véritable titulaire du droit²⁸⁷. À nouveau, il sera intéressant de voir si cette jurisprudence se maintient sous l'empire du nouveau Code civil, à l'encontre de la volonté exprimée par le législateur lors de l'élaboration tant du Livre 3²⁸⁸ que du Livre 5²⁸⁹.

²⁸⁵ L'argument demeure pertinent sous l'empire de l'article 3.27 du nouveau Code civil, puisque celui-ci fait encore varier le délai de la prescription acquisitive en matière immobilière selon que l'acquéreur soit de bonne ou de mauvaise foi. La règle a seulement été simplifiée en supprimant l'exigence supplémentaire du juste titre et en ramenant, vu les moyens de transport et de communication moderne, le délai de 10 à 20 ans à un délai fixe de 10 ans (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 66).

²⁸⁶ Voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 684 et s., n° 297, V, et réf. citées.

²⁸⁷ Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.20.0143.N, avec les conclusions de M^{me} le premier avocat général R. Mortier ; *Jurimpratique*, 2020, p. 52, note G. CARNOY et V. LIBION ; *N.F.M.*, 2021, p. 38, note V. SAGAERT ; *R.D.C.*, 2021, p. 785, note M. VAN DE LOOVERBOSCH ; *R.G.D.C.*, 2022, p. 285, note M.E. STORME et R. JANSEN ; *R.W.*, 2020-2021, p. 1335, note B. VERHEYE ; *T. Not.*, 2021, p. 286, note.

²⁸⁸ En matière immobilière, en effet, il n'existe aucune protection générale de l'acquéreur de bonne foi, les règles belges de la publicité foncière ayant de tout temps été considérées comme étant de nature déclarative et non constitutive (art. 3.30, § 2, C. civ. et art. 74 et 109 de la loi hypothécaire ; voy. not. L. BARNICH, « La publicité foncière dans le Livre 3 du nouveau Code civil », *Rev. not. b.*, 2020, p. 500 ; V. SAGAERT, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, t. V, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, n° 1356, pp. 1176 et s. – qui plaide cependant, n°s 1357 et s., pp. 1178 et s., pour la protection de la propriété apparente – ; B. VERHEYE, *Onroerende register-publiciteit*, Bruges, de Keure, 2021, n°s 209 et s., pp. 293 et s., et n°s 221 et s., pp. 310 et s.). On citera également l'article 3.15, 3°, et la portée tout à fait limitée de l'article 3.34, alinéa 2, selon lequel « [l']anéantissement rétroactif d'un droit réel ne produit pas d'effet à l'égard des aliénations et actes de disposition portant sur ce droit réel consentis en faveur de tiers de bonne foi, après l'introduction de l'action, mais avant la mention marginale de la demande, ou à défaut, celle du jugement ». Aucune protection contre l'effet rétroactif de la nullité n'est donc conférée en matière immobilière aux tiers de bonne foi ayant acquis la chose avant l'introduction de l'action en nullité (voy. déjà R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 296, pp. 677 et s., et réf. citées).

²⁸⁹ En effet, la nullité jouit, dans le Livre 5, d'un effet rétroactif opposable *erga omnes* (art. 5.62, al. 1^{er}, et Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021,

4. Une difficile conciliation avec la hiérarchie des normes

42. Position du problème. Tirant leur force de l'approbation tacite du législateur, les principes généraux du droit jouissent, dans le discours officiel, d'une force équivalente à la loi, sous la seule réserve qu'ils doivent céder face à la volonté contraire du législateur lorsque celui-ci décide de régler à sa manière une matière déterminée²⁹⁰. Cette vision implique notamment que les principes généraux du droit jouissent d'un rang supérieur à celui des normes réglementaires²⁹¹, de sorte, par exemple, qu'un arrêté royal ne pourrait valablement écarter l'application du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense²⁹² ou qu'un acte administratif doit être conforme au principe général du droit de bonne administration²⁹³.

Sous cette réserve, les principes généraux du droit ne suscitaient à l'origine guère de difficulté sous l'angle de la hiérarchie des normes, car à l'époque où la doctrine officielle de la subsidiarité des principes généraux du droit s'est cristallisée – à savoir dans la mercuriale de M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch prononcée le 1^{er} septembre 1970 –, la question d'un contrôle de la loi au regard des principes généraux du droit ne se posait pas. En effet, d'une part, cette mercuriale a été prononcée avant le célèbre arrêt *Le Ski* consacrant la primauté du droit international d'effet direct sur les normes contraires du droit interne²⁹⁴ et, d'autre part, avant la création de la Cour d'arbitrage par la loi du 28 juin 1983, le contrôle direct de la constitutionnalité des lois était considéré comme exclu²⁹⁵. La question

n° 55-1806/001, p. 5, p. 73). Si une exception est introduite à l'article 5.95, alinéa 3, à l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution envers les tiers de bonne foi, c'est délibérément qu'elle n'a pas été étendue à la nullité : en effet, « les intérêts privés du vendeur ne paraissent pas préférables en soi à ceux du sous-acquéreur de bonne foi. La situation se distingue ici de celle de la nullité du contrat principal, le souci de restauration de la légalité l'emportant en principe sur les intérêts privés du sous-acquéreur, fût-il même de bonne foi » (Proposition de loi précitée, p. 123 ; voy., pour plus de détails, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 1149 et s., n°s 545 et s.).

²⁹⁰ Voy. *supra*, n°s 30 et s.

²⁹¹ Note signée F.D. sous Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 915 ; D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 506, n° 16 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 44, n° 26 ; P. VAN OMMELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1122, n° 12 ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel*, op. cit., n° 47, p. 129 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., t. 1, n° 6, p. 544.

²⁹² P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 15.

²⁹³ Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 233 (qui justifie cette solution par référence à un autre principe général du droit : « Le contrôle de la légalité des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, confié au juge par l'article 159 de la Constitution, ne constitue qu'une application particulière du principe du droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure. »).

²⁹⁴ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886, avec les conclusions de M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch.

²⁹⁵ Dès lors, selon W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », op. cit., p. 572, s'interroger sur l'éventuelle existence de principes généraux du droit de rang

de la subsidiarité des principes généraux à la loi s'est toutefois singulièrement complexifiée du fait de cette double évolution.

43. Principes d'origine internationale. Il existe, comme on le sait, des principes généraux du droit consacrés par le droit international, qu'il s'agisse des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » visés à l'article 38.1, c, du Statut de la Cour internationale de justice ou de principes généraux reconnus par les traités internationaux, tels que le droit à un procès équitable consacré à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹⁶. On admet aujourd'hui largement que, pour autant qu'ils soient dotés d'un effet direct dans l'ordre juridique interne, ils priment les lois internes contraires²⁹⁷. Tel est, du reste, spécialement le cas des principes généraux du droit de l'Union, en vertu de la primauté dont ce dernier est doté²⁹⁸. Ainsi, c'est en se fondant sur le principe général du droit de non-discrimination en fonction de l'âge et, plus généralement, de l'égalité de traitement que la Cour de justice a conclu à l'écartement dans les rapports entre deux particuliers de l'application d'une législation nationale contraire à la directive 2000/78/CE, alors même que celle-ci est, comme toute directive, théoriquement dépourvue d'effet direct horizontal²⁹⁹. On notera par ailleurs que les principes généraux du droit de l'Union jouissent d'une primauté sur les actes dérivés du droit de l'Union et peuvent dès lors être invoqués en vue d'en contrôler la légalité³⁰⁰.

constitutionnel était dépourvu d'intérêt pratique, puisque ceux-ci n'auraient pu en toute hypothèse dispenser le juge d'appliquer la loi.

²⁹⁶ Une question intéressante, qu'il n'est pas possible ici d'approfondir, est celle des rapports entre les principes généraux de droit international et le traité. La tendance générale en la matière semble être d'admettre la subsidiarité du principe général du droit international par rapport au traité, fondée sur l'adage *lex specialis* (comp. dans le même sens, en droit interne, *supra*, n° 32), sous la double réserve que certains principes (i) peuvent s'avérer plus spécifiques que les règles contenues dans les traités ou (ii) se voir reconnaître le statut de règle de *jus cogens* (voy. M. ĐORDESKA, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations* (1922–2018). *The Evolution of the Third Source of International Law through the Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice*, Leiden and Boston, Brill, 2020, pp. 168 et s., et les réf. citées à la jurisprudence internationale).

²⁹⁷ Voy. les concl. de M. le procureur général F. Dumon avant Cass., 2 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, pp. 117 et s., spéc. p. 119 ; D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 507, n° 17 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 49, n° 32 ; P. VAN OMMELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1122, n° 12 ; voy. aussi A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 146.

²⁹⁸ Voy. A. BOSSUYT, *op. cit.*, pp. 150 et s. Voy. par exemple l'article 6.3 du Traité sur l'Union européenne, qui dispose que « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

²⁹⁹ Voy. C.J.U.E. (gr. ch.), 19 avril 2016, arrêt *DI*, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, pt 35 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 19 janvier 2010, arrêt *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, pt 51 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 22 novembre 2005, arrêt *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, pt 77. Sur cette jurisprudence, voy. not. R. JAFFERALI, « The Horizontal Effect of Human Rights: A Typology of the Methods of Reasoning Applied by Belgian Courts », in B. HEIDERHOFF, S. LOHSE et R. SCHULZE (dir.), *EU-Grundrechte und Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 149 et s., spéc. pp. 159 et s., et réf. citées.

³⁰⁰ W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel*, *op. cit.*, n° 48, p. 130. Voy. par exemple, à propos du principe général du droit de solidarité, C.J.U.E. (gr. ch.), 15 juillet 2021, arrêt *Allemagne c. Pologne*, C-848/19 P,

La primauté du droit international sur le droit interne aboutit à relativiser singulièrement l'idée d'une quelconque subsidiarité des principes généraux du droit (interne) face à la loi. En effet, pour peu que ceux-ci traduisent une valeur également protégée par le droit international, la logique se trouve inversée et c'est désormais la loi qui doit courber l'échine face au principe général du droit. Reprenons ainsi les différentes hypothèses où la Cour de cassation a estimé que la loi avait dérogé, en le modalisant dans une matière déterminée, au principe général du droit relatif au respect des droits de la défense³⁰¹ : ce constat ne suffit désormais plus à clore le débat, puisqu'il convient encore de vérifier si cette loi est elle-même compatible avec le droit à un procès équitable consacré par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et, dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, sur l'interprétation desquels la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice conservent respectivement le pouvoir du dernier mot. Et puisque le principe (interne) des droits de la défense et le principe (international) du procès équitable se recoupent, la prétendue subsidiarité du premier face à la loi se trouve dans cette mesure vidée de son sens.

Bien sûr, ce n'est pas à dire que la loi confrontée à un principe général du droit sera nécessairement condamnée. Le débat se trouve simplement déplacé sur un autre terrain, à savoir celui de l'interprétation de la norme internationale consacrant ce principe. Ainsi, pour contourner la tendance marquée de la jurisprudence de la Cour de cassation à conférer une primauté absolue de la loi sur le principe de confiance légitime de l'administré³⁰², une partie de la doctrine s'est efforcée de démontrer que cette jurisprudence pouvait être contraire, tantôt au droit de l'Union, tantôt à la protection des « biens » assurée par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme³⁰³. Si la Cour a été sensible à l'argument dans le premier cas³⁰⁴, elle s'est jusqu'à présent montrée plus réservée dans le second³⁰⁵.

ECLI:EU:C:2021:598, pts 44 et s. Sur ces principes, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », *op. cit.*

³⁰¹ Voy. *supra*, n° 31.

³⁰² Voy. *supra*, n° 41.

³⁰³ Voy. les intéressantes réflexions de D. GARABEDIAN, « Impôt et confiance légitime : abandonner la distinction entre questions de fait et questions de droit », *R.G.C.F.*, 2017, p. 295.

³⁰⁴ Voy. Cass., 2 septembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 451 ; A.C., 2016, n° 451, pt 11, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs (« Le principe de confiance relève du droit primaire de l'Union européenne et doit être respecté par le droit communautaire dérivé comprenant les directives. Dans la mesure où il est fondé sur le soutènement juridique inexact que le principe de confiance doit, par définition, être écarté au profit du principe de légalité, le moyen, en cette branche, manque en droit »).

³⁰⁵ Voy. Cass., 17 mai 2021, R.G. n° F.17.0030.F, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général B. Inghels, censurant une décision d'appel qui avait fait prévaloir une « interprétation unanime » de la Convention préventive de

44. Principes à valeur constitutionnelle. La question de la subsidiarité devient plus complexe encore lorsque l'on envisage l'existence de principes généraux du droit de rang constitutionnel³⁰⁶. On admet en effet aujourd'hui l'existence de tels principes qui occupent une place supérieure à la loi dans la hiérarchie des normes³⁰⁷. Ceux-ci peuvent être utilisés par la Cour constitutionnelle (le cas échéant en combinaison avec les normes dont elle assure le respect) pour censurer les lois contraires³⁰⁸ et, même en dehors de cette hypothèse, ils commandent de retenir une interprétation conforme de la loi à ces principes³⁰⁹.

Le principe général du droit relatif à la séparation des pouvoirs constitue une belle illustration de ces enseignements³¹⁰. On sait en effet, depuis l'arrêt *Flandria*, que l'Administration n'est pas soustraite à l'application du droit de la

double imposition belgo-coréenne qui « se fondait sur les travaux préparatoires de la loi d'approbation de la convention, sur le commentaire administratif des conventions, sur les circulaires administratives et était confirmée par la jurisprudence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire en charge du contentieux fiscal jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 2015 ». La Cour relève qu'« [i]l ne ressort ni de cet exposé des motifs dont l'arrêt fait état ni des autres documents parlementaires relatifs à la loi d'approbation qu'à l'époque des faits, la convention préventive ainsi approuvée devait être interprétée » dans le sens retenu par l'arrêt attaqué et considère, dès lors, que cet arrêt viole l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel en statuant « sur la base d'une unanimité d'interprétation qui ne s'avère pas telle ». Il n'échappera pas au lecteur que concentrer ainsi l'analyse sur la question de l'interprétation des travaux préparatoires de la Convention permet d'esquiver le débat sur la question de savoir si le commentaire administratif et les circulaires administratives suffisaient pour être la source d'une confiance légitime digne de protection au regard de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel.

³⁰⁶ Selon P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 47 et s., n° 30, « parmi les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle qui servent à l'exercice de la fonction législative et réglementaire, on cite : le principe d'égalité, consacré par les articles 10, 11 et 11bis ; le principe de légalité, consacré par l'article 159 ; le principe de la sécurité juridique et celui de la proportionnalité ; le principe de la séparation des pouvoirs et celui de l'indépendance des juges, dont l'article 151 ne constitue qu'une application limitée qui doit être complétée par le principe général du droit, ainsi que le principe de l'impartialité des juges qui en est le corollaire ».

³⁰⁷ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 507, n° 17 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 47, n° 29 ; P. VAN OMMESELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1122, n° 12 ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel*, op. cit., n° 47, p. 129 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., t. 1, n° 8 et s., pp. 545 et s. Tout comme les principes généraux du droit de nature législative sont subsidiaires aux lois, les principes généraux du droit de nature constitutionnelle sont tenus pour subsidiaires aux dispositions constitutionnelles écrites (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 46, n° 28 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., t. 1, n° 27 et s., pp. 568 et s.).

³⁰⁸ Voy. P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 15. En revanche, un contrôle direct de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire est en principe exclu (J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., n° 11, pp. 548 et s.).

³⁰⁹ Voy. Cass., 24 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 453, pt 3, avec les conclusions de M. l'avocat général C. Vandewal ; A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », op. cit., p. 142. Comp. dans le même sens, sur l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, Cass., 12 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 473.

³¹⁰ Voy. à ce propos J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., n° 19 et s., pp. 556 et s.

responsabilité civile extracontractuelle consacré par les articles 1382 et 1383 du Code civil³¹¹. Toutefois, dès cet arrêt fondateur, il était clair que ces dispositions devaient se concilier avec le principe de la séparation des pouvoirs – entendu, il est vrai, dans le sens étroit et probablement belge des termes – qui « interdit aux cours et tribunaux de faire des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes de l'autorité administrative »³¹². Par conséquent, même si une condamnation à la réparation en nature – par exemple sous la forme de l'exécution de certains travaux relatifs à des biens de l'État – peut être obtenue à l'encontre de l'Administration, la faute consistant en l'adoption d'un acte administratif illégal ne peut en principe donner lieu à une réparation en nature qui prendrait la forme d'une annulation de cet acte par le juge³¹³. De manière plus générale, le principe de la séparation des pouvoirs impose au juge de respecter la liberté politique de l'Administration³¹⁴, et ce, tant au stade du constat de la faute³¹⁵ que du choix de la réparation³¹⁶.

³¹¹ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, avec les conclusions de M. le procureur général P. Leclercq, alors premier avocat général.

³¹² Arrêt précité, p. 239 ; voy. de même Cass., 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, n° 491, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. Leclercq, alors premier avocat général.

³¹³ Voy. Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341, avec les conclusions de M. le procureur général J. Velu, alors avocat général, lequel considère p. 1357 : « Hors les cas où la loi lui confère la compétence d'accomplir des actes de nature administrative, le Pouvoir judiciaire ne peut, certes, faire acte d'administrateur. Il ne peut se substituer à l'autorité administrative en ce sens qu'il ne peut accomplir en lieu et place de celle-ci des actes que cette autorité seule a la compétence d'accomplir. Il ne peut notamment ni annuler ni réformer des actes administratifs. » En revanche, il ne nous paraît pas exclu que cette annulation (ou un retrait) soit décidée par l'Administration en vue de procéder à la réparation à laquelle elle serait condamnée dans le respect de sa liberté politique : comp. à cet égard *infra*, note n° 316.

³¹⁴ Voy. not. Cass., 26 décembre 2014, *Pas.*, 2014, n° 813 ; A.C., 2014, n° 813, avec les conclusions de M. l'avocat général C. Vandewal.

³¹⁵ Voy. ainsi, en cas de carence administrative, Cass., 16 juin 2022, R.G. n° C.21.0219.N ; Cass., 12 mars 2020, R.G. n° C.18.0383.N, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général R. Mortier ; Cass., 27 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 518 ; *adde* Cass., 27 mars 2003, *Pas.*, 2003, n° 211.

³¹⁶ On tend ainsi à considérer que « lorsque plusieurs solutions s'offrent à l'administration pour, en nature, réparer le dommage qu'elle a occasionné par sa faute, l'administration qui dispose d'une compétence discrétionnaire doit trouver, dans le dispositif du juge, le pouvoir de l'exercer pleinement, sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs [...]. La même logique conduit à devoir préciser que si la compétence est liée ou si elle est discrétionnaire et qu'il n'existe qu'une manière de réparer en nature le dommage occasionné, le juge ne heurte pas le principe en cause en ordonnant de prendre la – seule – mesure qui s'impose » (D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », note sous Cass., 4 septembre 2014, R.G.D.C., 2015). Pour une application de cette seconde hypothèse, voy. Cass., 25 janvier 2021, R.G. n° C.18.0055.N, pt 8. On ajoutera que, même lorsque l'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix du mode de réparation, elle « demeure liée par l'obligation de résultat de rétablir la victime dans ses droits » (conclusions précitées, *Pas.*, 1980, I, p. 1357, n° 9, note n° 71). Rien ne paraît dès lors s'opposer au prononcé d'une injonction ordonnant à l'Administration, sous peine d'astreinte, de rétablir la légalité en atteignant un certain objectif (imposé le cas échéant par une norme supérieure), tout en lui laissant le choix des moyens pour y parvenir (voy. en ce sens S. VAN DROOGHENBROECK, « Flandria, Anca, Ferrara Urgenda ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.*, 2020, pp. 750 et s.).

Si la reconnaissance de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle paraît donc inverser la logique de la subsidiarité des principes généraux par rapport à la loi, on aurait tort de penser que les rapports entre ces deux sources en seraient pour autant figés. D'une part, en effet, le principe de légalité – et à travers lui la supériorité de la loi sur les autres sources – est parfois érigé au rang de principe général de droit de nature constitutionnelle sur le fondement de l'article 159 de la Constitution³¹⁷. Dans cette mesure, le simple fait qu'un principe général du droit soit de nature constitutionnelle ne suffirait plus à garantir sa prééminence sur la loi, puisqu'il entrerait par hypothèse toujours en conflit avec un autre principe général de même rang. D'autre part, la seule circonstance qu'un principe général du droit serait de « simple » rang législatif n'implique pas encore automatiquement son éviction par la loi puisqu'il serait toujours susceptible, du fait de sa combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'emporter sur celle-ci³¹⁸. Cette double nuance aboutit à brouiller définitivement les cartes de la subsidiarité³¹⁹.

C. Pour un changement de paradigme

45. Faire le deuil de la ligne claire. La première observation que suscitent les développements qui précèdent est que la subsidiarité par rapport à la loi ne constitue plus, en l'état du droit positif, une caractéristique inhérente aux principes généraux du droit. Elle découle notamment de la circonstance que certains principes généraux sont en quelque sorte dupliqués dans des normes d'origine internationale ou européenne, qui se voient de ce fait reconnaître une prééminence sur la loi interne³²⁰. Mais il y a plus. Raisonner en termes de subsidiarité est d'autant plus difficile que tant la loi – au travers du principe de légalité – que certains principes généraux du droit peuvent prétendre aujourd'hui à une certaine forme de reconnaissance constitutionnelle³²¹. Du reste, même pour les principes généraux « ordinaires » de valeur législative, on constate une tentation de la jurisprudence à présenter comme simplement complémentaires des principes dont l'application va en réalité à l'encontre de la

³¹⁷ Voy. ainsi les arrêts de la Cour constitutionnelle cités *supra*, note n° 275, ainsi que les conclusions précédant l'arrêt du 26 mai 2003 citées *supra*, note n° 277.

³¹⁸ Voy. ainsi très tôt, concernant le principe général relatif au respect des droits de la défense, C.A., 18 novembre 1992, n° 72/92, pt B.4.4 (même si la Cour conclut en l'espèce à l'absence de violation). Dans sa jurisprudence plus actuelle, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à conférer directement à ce principe ainsi qu'à celui du droit à un procès équitable une valeur constitutionnelle sans s'embarrasser d'un détour par le principe d'égalité (voy. par exemple C.C., 17 décembre 2020, n° 167/2020, pts B.5.3 et B.5.5).

³¹⁹ Ainsi que l'observe P. Morvan, « principes et hiérarchie des normes font mauvais ménage » (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., pp. 598 et s).

³²⁰ Voy. *supra*, n° 43.

³²¹ Voy. *supra*, n° 44.

volonté du législateur³²², à admettre plus ou moins ouvertement l'aptitude de certains principes à corriger l'application de la loi³²³ ou encore des hésitations et des revirements sur la question de la prééminence entre le principe général du droit et la loi³²⁴.

Il est permis de se demander si ces incertitudes ne sont pas l'expression d'un malaise plus profond et si le discours officiel relatif à la subsidiarité des principes généraux du droit n'est pas l'héritier d'un temps révolu où il était encore permis de croire à l'existence d'une pyramide des normes où chaque règle trouvait sa juste place³²⁵.

Ce n'est certes pas à dire que la subsidiarité des principes généraux du droit aurait perdu toute vertu explicative ou opératoire. Mais loin de pouvoir encore constituer le point final de la discussion, elle ne constituerait plus que le point de départ – une première approximation – du raisonnement à construire.

46. Prendre acte du pouvoir créateur des juges. La subsidiarité des principes généraux du droit était censée constituer l'expression de leur soumission à la loi et, à travers eux, celle du juge. On l'a vu, les efforts déployés par la doctrine officielle pour convaincre que les principes généraux du droit ne sont pas une création jurisprudentielle, le juge se contentant d'en constater l'existence, ne peuvent emporter la conviction. Il ne fait aucun doute que les principes généraux du droit sont en partie le fruit d'un travail d'élaboration du juge, même si ce processus est, sauf en ce qui concerne le moment de la consécration, rarement arbitraire³²⁶. C'est en partant de cette prémisse que la question de leur rapport à la loi devrait être (ré)examinée.

47. Un juste milieu entre servilité et arbitraire. Les choses ainsi mises en perspective, il devient à la fois plus aisé, mais en même temps plus subtil, de sonder les rapports de soumission entre les principes généraux du droit et la loi.

En effet, si l'on admet que les principes généraux du droit ne sont qu'une manifestation parmi d'autres du pouvoir créateur de la jurisprudence, il n'existe pas *a priori* de raison d'apprécier différemment dans ce domaine les limites posées à ce pouvoir.

On sait à cet égard que le juge jouit en pratique d'un pouvoir étendu dans l'interprétation des règles dont l'application lui est confiée. Loin d'être

³²² Voy. *supra*, n° 35 et s.

³²³ Voy. *supra*, n° 37 et s.

³²⁴ Voy. *supra*, n° 40.

³²⁵ Sur le dépassement de ce modèle, voy. l'ouvrage classique de Fr. OST. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

³²⁶ Voy. *supra*, n° 16 et s.

cantonné au rôle de bouche servile de la loi, il n'en devient toutefois pas pour autant un despote arbitraire : sa compétence s'exerce en effet « entre répétition et invention »³²⁷, à la recherche d'un juste milieu qui ménage à la fois les exigences de la cohérence de l'ordre juridique et de la légalité et celles de la justice dans les cas individuels³²⁸.

Le juge se trouve donc écartelé entre deux pôles, et ce sont ces tiraillements qui peuvent sans doute expliquer les hésitations que nous avons constatées³²⁹. D'une part, en effet, le juge demeure attaché à des valeurs politiques fortes que l'ordre juridique promeut, parmi lesquelles la démocratie et l'État de droit, cette dernière notion reposant notamment sur le principe de sécurité juridique qui garantit la prévisibilité et l'accessibilité de la règle. Ces valeurs l'incitent à s'en tenir aux règles écrites, spécialement lorsqu'elles ont été coulées dans des normes législatives et que la volonté des assemblées parlementaires s'est exprimée clairement. Mais, d'autre part, le juge ne peut faire entièrement abstraction dans son raisonnement d'autres valeurs substantielles, telles que le souci d'équité, de justice sociale ou de protection de la partie faible.

À cet égard, le modèle du droit-intégrité de R. Dworkin a bien mis en lumière que, lorsqu'il donne une interprétation du droit existant, le juge s'efforce non seulement de proposer une solution cohérente, mais fait également un choix entre plusieurs interprétations possibles sur la base de considérations d'équité politique et de justice³³⁰. Dans la tradition juridique belge, c'est souvent aux principes généraux du droit qu'on recourt pour donner corps aux valeurs substantielles³³¹. Dans cette mesure, on serait presque tentés de parler de principes *généreux* du droit, puisque ceux-ci sont généralement mobilisés pour conférer aux justiciables une protection que la loi écrite leur aurait refusée³³².

Les plus alarmistes s'empresseront d'objecter que ce pouvoir reconnu aux juges risque à tout instant de faire basculer le système juridique dans le

³²⁷ Formule empruntée au titre du chapitre VII de l'ouvrage de Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit.

³²⁸ Voy. à ce propos R. JAFFERALI, « La rétroactivité dans le contrat ou la recherche du juste milieu », R.G.D.C., 2015, pp. 130 et s., n° 9.

³²⁹ Voy. *supra*, n° 45.

³³⁰ Voy. R. DWORKIN, *Law's Empire*, op. cit., pp. 225 et s., et, pour une présentation succincte, R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », op. cit., pp. 58 et s., n° 14.

³³¹ Voy. D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., pp. 529 et s., n° 35 et s. ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 665, n° 318.

³³² Il est vrai qu'en droit privé, la reconnaissance d'un droit à une partie se fait souvent au détriment de l'autre ; comp. la difficulté à déterminer comment, en cas de constat d'une discrimination, l'égalité peut être « rétablie vers le haut » en droit privé (voy. à ce propos R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 132 et s., n° 73, et réf. citées).

tant décrié « gouvernement des juges ». L'objection est loin d'être absurde³³³. Elle nous paraît toutefois devoir être relativisée.

Tout d'abord, en pratique, le rôle dévolu aux valeurs dans le raisonnement juridique et, en particulier, aux principes généraux du droit, demeure au final modeste, quoiqu'essentiel³³⁴. Les principes généraux du droit permettent en effet d'orienter le raisonnement lorsque la loi écrite n'offre pas de réponse claire aux questions qui lui sont posées (fonction supplétive). Ils sont en outre parfois invoqués pour écarter, parmi les différentes interprétations possibles de la loi, celles qui seraient incompatibles avec eux (fonction correctrice). Mais ils n'ont nullement vocation à se substituer systématiquement aux règles légales en vigueur, d'autant que la reconnaissance des principes généraux du droit s'inscrit dans une logique temporelle longue³³⁵.

Ensuite et surtout, il n'y a pas lieu d'enfermer le juge dans un choix binaire entre une décision légale et une décision juste : l'interprétation doit au contraire parvenir à convaincre qu'elle est à la fois légale (c'est-à-dire conforme à l'état du droit positif) et juste (c'est-à-dire conforme aux valeurs de celui qui en prend connaissance)³³⁶. Tout le travail du juge consistera donc à construire une argumentation juridique qui justifie le recours aux principes généraux du droit, et l'éventuelle prééminence qu'il leur confère sur la loi dans un cas déterminé, de manière suffisamment cohérente³³⁷ pour parvenir à emporter l'adhésion de la communauté des juristes et, plus largement, de la communauté politique. C'est cette adhésion, dans le modèle pragmatique contemporain de l'interprétation, qui fournit le critère ultime de validité de la solution retenue³³⁸ et qui rend également légitimes les éventuelles réactions

³³³ En effet, si l'émancipation du juge par rapport à la loi est parfois salutaire, spécialement depuis que la Seconde Guerre mondiale a fait prendre conscience « qu'un État et sa législation pouvaient être iniques, et même criminels » (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 136, n° 71), on aurait tort, cependant, de se défier uniquement du législateur. Ainsi, l'essor qu'a connu la « jurisprudence des valeurs » en Allemagne pendant la période 1933-1945 s'explique principalement par la volonté des juristes d'adapter les règles de droit à l'idéologie nazie sans devoir s'embarrasser d'une modification formelle de la loi (voy. H.-P. HAFERKAMP, « Richter, Gesetz und juristische Methode in der Wertungsjurisprudenz », *ZfPW*, 2016, pp. 319 et s., spéc. pp. 324 et s.). Comme on le voit, si l'appel aux valeurs peut constituer un contrepoids précieux aux dérives autoritaires des gouvernants, il peut tout aussi bien être instrumentalisé pour saper les garanties de l'État de droit.

³³⁴ R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », *op. cit.*, pp. 47 et s., n° 6. Comp. dans le même sens la double fonction, supplétive et de contrôle supérieur, assignée au droit naturel par P. FORIERS, « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », in *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 411 et s., spéc. p. 418.

³³⁵ Voy. *supra*, n° 18.

³³⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique*, *op. cit.*, p. 136, n° 71.

³³⁷ « [L]e juge, obligé de juger, demeurera dans le cadre du système qui règle la matière ; il ne s'écartera pas de l'ordre juridique propre à celle-ci ; il a le devoir de rester en harmonie avec les principes qui le régissent » (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 560). Sur l'importance de la cohérence dans le raisonnement juridique, voy. R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », *op. cit.*, pp. 37 et s.

³³⁸ Voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, pp. 671 et s., n° 321.

du législateur ou du Constituant, lesquels peuvent décider à tout moment de remettre en cause l'interprétation retenue par le juge sous le couvert d'un principe général du droit³³⁹.

En définitive, il n'existe donc pas à notre sens de réponse univoque et péremptoire à la question des prétentions concurrentes de la loi et des principes généraux du droit à la supériorité. Seule une discussion raisonnée et argumentée permettra, pour chaque conflit envisagé, d'emporter la conviction.

Conclusion : une norme anarchique

48. W. J. Ganshof van der Meersch avait sans doute raison d'écrire, il y a soixante ans, que « les principes généraux du droit mettent en cause, sans doute, les aspects les plus créateurs et donc les plus délicats de la fonction juridictionnelle »³⁴⁰. Ces normes atypiques résistent à tous les efforts visant à les enfermer dans des catégories bien définies. Leur dimension énigmatique n'a d'égal que leur potentiel effet sur le cours d'un litige, voire sur l'ordre juridique, particulièrement en matière de droit privé. Il était donc temps d'y consacrer un ouvrage, qui ne pourra être qu'une pierre à un édifice en perpétuelle reconstruction.

³³⁹ Dans le même sens, D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 529, n° 35 et note n° 191.

³⁴⁰ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, p. 579.