

L'accès au droit, Principe du droit, principe de droit

XAVIER SOUVIGNET

ATER à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Il est paradoxal de traiter *en droit* de la question de l'accès au droit... Et ceci n'est sans doute pas le moindre des paradoxes !

Et pourtant, force est de constater, qu'en France au moins, le problème de l'accès au droit semble relever davantage de la science administrative, à la limite de la sociologie du droit, que de la réflexion juridique.

Par exemple, afin d'évaluer le degré d'accès d'une société à son droit, on analysera en priorité, et à grand renfort de statistiques, de sondages et d'enquêtes de terrain, la connaissance des citoyens de leurs droits, ainsi que des procédures permettant de les faire respecter ; on s'intéressera également au statut du droit dans la société, au prestige des juges, aux rôles des avocats, aux représentations de la justice ; on décortiquera enfin avec minutie les difficultés matérielles d'accès aux tribunaux, ainsi que leurs degrés d'engorgement¹... C'est donc d'abord à travers la problématique de l'*accessibilité* des citoyens au droit, que semble devoir se poser la question de l'accès au droit. Cette approche implique essentiellement des études en

¹ Ainsi peut-on apprécier la publication de nombreuses études de sciences sociales s'intéressant à cette question de l'accès au droit ; par exemple : A. BIHR et R. PFEFFERKORN, *Déchiffrer les inégalités*, Paris, La Découverte, Syros, 1999 ; F. CHAZEL et F. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991 ; Conseil d'État, *L'aide juridictionnelle : pour un meilleur accès au droit et à la justice*, Paris, La Documentation française, 1991 ; B. DEFFAINS, « Économie de la Justice », dans *Dictionnaire de la justice*, L. CADIET, (dir.), Paris, PUF, 2004 ; B. DEFFAINS et M. DORIAT-DUBAN, « Équilibre et régulation du marché de la justice : délai versus prix », *Revue économique*, n° 5, 2001, pp. 949-974 ; F. DUBET, *Les inégalités multipliées*, Paris, Édition de l'Aube, 2000 ; INSEE, *Données sociales 2002-2003 : la société française*, Paris, Insee, 2002 ; J. FAGET, « Regard sociologique sur l'accès au droit », dans *L'accès au droit*, F. LEDUT, (dir.), Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002 ; Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice 2005*, Paris, La Documentation française, 2005 ; G. ROUET, *Justice et justiciable au 19^{ème} et 20^{ème} siècle*, Paris, Belin, 1999 ; R. TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1995.

Il est par ailleurs remarquable, mais guère étonnant quand on connaît les préoccupations de la sociologie française, de constater que la question soit le plus souvent traitée à travers le prisme égalité/inégalité.

termes de réalité, d'efficacité, d'effectivité, et en termes d'égalité. L'accès des citoyens au droit apparaît alors essentiellement comme une question *de fait*, plus qu'une question, justement *de droit*.

Bref, on ne voit pas en quoi *a priori* le juriste pourrait éclairer en quelque façon la question de l'accès au droit. Tout au plus pourrait-il donner, s'il est praticien bien entendu, son opinion, fruit de son expérience personnelle.

Et pourtant l'*accès au droit* ne soulève-t-il pas des problématiques essentiellement juridiques ?

En fait, dénier à la doctrine juridique la légitimité de se pencher sur un tel problème, révèle une certaine représentation que l'on se fait du droit et des juristes. Gageons que la question ne saurait être abordée de la même manière dans un pays comme la France que dans une société de tradition anglo-saxonne. Que l'on nous pardonne ainsi d'emprunter une perspective d'abord sociologique afin de *désociologiser* notre objet !

En France, le droit apparaît comme une discipline aride de techniciens jargonneux, fort éloignée de la mission cognitive des sciences sociales. L'accès au droit constitue dans ce contexte intellectuel, où toute question est envisagée en terme de pouvoir et de domination, une problématique de pure sociologie.

Il n'est au contraire point nécessaire de s'attarder sur le prestige des juges et des *lawyers* aux États-Unis. Dans un tel environnement, où toute relation sociale est analysée à travers le prisme du contrat, le droit irrigue l'ensemble des sciences sociales. L'accès au droit constitue alors un problème éminemment et essentiellement juridique².

L'approche épistémologique de la question de l'accès au droit est enfin, et surtout, tributaire non pas seulement d'une représentation que l'on se fait du droit et des juristes, ou de leur importance réelle dans le champ social et intellectuel, mais également d'une conception *juridique* du droit, si l'on ose l'expression.

Si l'on considère le droit comme le produit d'un ordre social ou politique prédéfini³, ou encore une enveloppe de pure forme constituée par une série de normes, sans contenu *a priori* déterminé, la question juridique de l'accès au droit ne présente guère d'intérêt. Tout au plus pourra-t-on constater que tel ordre juridique

² Cf. sur ces questions la célèbre enquête de L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., Quadrige, 2007.

³ On pourrait qualifier la première conception de positiviste *sociologique*, la seconde de positiviste *traditionnelle*. Cette formulation peut paraître superficielle et peu opératoire. Néanmoins elle constitue une expression commode pour désigner le *premier* positivisme, (G. JELLINEK, R. CARRÉ DE MALBERG), précédant le normativisme kelsénien. Ce positivisme repose essentiellement sur un volontarisme en ce qu'il qui impute le droit à la seule volonté de l'État.

reconnaît, organise et prévoit de manière plus ou moins satisfaisante⁴, un certain nombre de droits et de procédures que l'on pourra classer dans une catégorie doctrinale « *accès au droit* ». La question présentera un tout autre intérêt dans un système, réel ou intellectuel, qui postule le droit comme valeur ou comme finalité. Dans un tel contexte l'accès au droit apparaît comme consubstantiel à l'idée même de droit.

Considérer l'accès au droit comme problématique essentiellement juridique relève alors d'un double pari. Le premier réside dans l'idée que notre objet possède des qualités proprement juridiques, c'est-à-dire que le concept même d'*accès au droit* serait susceptible d'une ou de plusieurs réponses en termes essentiellement juridiques. Le second pari consiste dans la conviction que notre objet donne à voir une certaine réalité du droit ; on veut ici développer l'idée que l'accès au droit ne se pose pas à tel ordre juridique de manière purement *contingente*, mais bien au contraire *nécessaire*.

Mais au fond, comment comprendre l'*accès au droit* ?

Doit-on considérer cette notion d'un point de vue subjectif : *un droit opposable pour les individus d'accéder au droit* ? Doit-on adopter une perspective plus objectiviste : l'accès au droit comme *principe ontologique du phénomène juridique* ?

Le terme d'*accès* mérite par ailleurs quelques attentions : s'agit-il d'un accès *intellectuel*, c'est-à-dire une connaissance, une intelligibilité ? S'agit-il d'une *saisine*, c'est-à-dire d'un accès à une autorité, on pensera ici évidemment au juge ? Finalement les mêmes hypothèses s'appliquent *mutatis mutandis* à la compréhension du terme *droit* : aspect normatif (accès aux normes), aspect organique (accès aux autorités), ou aspect matériel (accès à une décision juste, ou conforme à la vérité). On peut encore complexifier le problème en s'interrogeant sur la nature de ce droit, auquel il conviendrait d'avoir accès : le droit comme institutions, comme ensemble de normes valides (droit positif) ou comme justice, équité, voire vérité (droit naturel) ?

Il convient alors de s'interroger quant à la méthode la plus pertinente pour saisir juridiquement l'*accès au droit*. Plusieurs approches sont possibles.

La première approche consiste à considérer que l'objet *accès au droit* n'existe qu'à travers les manifestations normatives ou institutionnelles contenant l'énoncé « *accès au droit* »⁵. Point n'est besoin de nous étendre plus avant afin de montrer les

⁴ Ici l'étude scientifique laissera place à une considération plus dogmatique.

⁵ On s'intéressera alors principalement au fonctionnement des *Conseils départementaux d'accès au droit (CDAD)*, créés par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 *relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits*. Hébergés par les Tribunaux de grande instance du chef lieu de chaque département, les *CDAD* jouent un rôle d'information et de communication auprès des usagers du service public de la justice (ceux-ci ont succédé aux *Conseils départementaux de l'aide juridique*, créés par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique*). On regardera de près également les motifs qui ont présidé à la création du site Internet

limites d'une telle entreprise. Une deuxième approche considérera que l'*accès au droit* recouvre un ensemble de manifestations objectivement observables, organisant juridiquement ce que l'on pourra appeler, de manière plus ou moins arbitraire, *l'accès des individus au droit*. Cette démarche, scientifique et empirique, apparaît au premier abord satisfaisante, et semble présenter le moins d'inconvénients possibles sur le plan intellectuel. Néanmoins elle cache des présupposés théoriques et philosophiques qu'un positiviste conséquent doit savoir mettre à jour. Car comme la première approche, cette méthode suppose que le droit est réductible à un ensemble de normes valides susceptibles de vérification empirique. Cette conception du droit ne nous paraît pas forcément contestable. Seulement elle tend précisément à détruire le concept même de *droit* pour le remplacer par celui de *normes*. Il nous semble que la notion même d'*accès au droit* tend justement à construire un autre visage du droit, tout emprunt d'axiologie. Car s'il importe d'accéder au droit, c'est bien que celui-ci ne saurait être *a priori* insignifiant en son contenu.

L'approche retenue consistera à distinguer l'*idée* de l'accès au droit, de ses manifestations normatives concrètes. Nous pouvons observer en effet au sein des ordres juridiques un ensemble de règles et de principes normatifs participant de ce que l'on peut appeler *accès au droit*. Mais force sera pour nous de constater qu'une *idée* préexiste et préside à l'ensemble de ces manifestations. Cette idée réside dans *l'inscription du destinataire de la norme dans la norme elle-même*. Il nous faudra alors apprécier et définir les relations qu'entretiennent ces normes avec les finalités qu'elles entendent accomplir.

Notre ambition consistera donc en la redéfinition du concept d'*accès au droit* comme principe essentiellement juridique. Il nous semble justement que le succès du point de vue des sciences sociales sur cette question réside largement, au moins en France, en la perte de consistance juridique de la notion. Nous utilisons à dessein le terme de *perte*, afin de souligner l'aspect historique et donc relatif de cet état. En effet, l'histoire du droit, ainsi que le droit comparé, fournissent maints exemples de la place centrale de l'idée de l'accès au droit dans les systèmes juridiques.

Ainsi en droit romain le droit est avant tout un *accès à la justice*. D'une part parce que *droit* et *justice* se confondent⁶, d'autre part parce que le droit est essentiellement conçu comme *actio* devant le prétoire⁷.

Légifrance, dit le *service public de diffusion et d'accès au droit*, instauré par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002. On étudiera enfin les travaux de la *Commission Accès au droit et à la Justice* du Conseil national des barreaux.

⁶ « Celui qui s'adonne au droit doit d'abord savoir d'où vient ce mot (ius). Il tire son nom de la justice. En effet, selon l'élégante définition de Celse, le droit est l'art du bon et de l'équitable. C'est à bon droit qu'on nous qualifie de prêtres, car nous exerçons la justice et nous faisons connaître ce qui est bon et équitable, séparant l'équité de l'iniquité, distinguant le licite de l'illicite, cherchant à susciter le bien non seulement par la menace des peines, mais par la promesse de récompenses, pratiquant ce qui nous semble la vraie et

Les systèmes de *common law*, que l'on ose, sans condescendance continentale, qualifier de relativement *primitifs*⁸, donnent eux aussi à l'accès au droit, une place tout à fait centrale. Rejetant largement les catégories et concepts, et donc les solutions du *jus civile*, le⁹ *common law* a consisté historiquement en un certain nombre de procédures (*forms of action*) au terme desquelles une décision, incertaine *a priori*, pouvait intervenir¹⁰. L'attention des juristes tend, dans un tel système, à se porter moins sur le contenu de la décision, que sur la procédure aboutissant à une décision, voire surtout à la possibilité même d'accéder à une décision¹¹.

On devine que l'accès au droit ne se pose pas de la même façon dans les systèmes où le droit constitue moins une digue de protection de la société civile contre les ingérences de l'État, que justement un produit de l'État. Dans cette

non une fausse philosophie », ULPIEN, *Institutes, L.1*, traduit par J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, Précis Domat, 2^{ème} éd., 2000, p. 305.

⁷ « [...] un droit est d'abord conçu sous son aspect procédural, plutôt que sous son aspect substantiel ; la notion d'action est dès lors assimilable au droit lui-même », voilà ce que l'on peut lire à l'entrée « Actio (action) », in J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, Genève-Bruxelles, Schulthess, Bruylant, 2006, p. 2.

La procédure est jusqu'à l'avènement de l'Empire la source principale du droit, eu égard à la modestie de la législation. À telle situation de fait correspond une *actio*, véritable droit d'obtenir une décision de justice, délivrée par l'édit du préteur. Un nouveau cas soumis au préteur peut faire l'objet, si le magistrat le décide, d'une *actio* nouvelle. Cf. J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, Précis Domat, 7^{ème} éd., 2006, pp. 84 et s.

⁸ Ce terme de *primitif* n'entend exprimer aucun jugement de valeur. Il prétend juste constater que l'évolution historique d'un *état judiciaire* à un *état administratif*, au contraire de la France, n'a pas eu lieu en Angleterre. Ceci s'explique essentiellement par la victoire du Parlement sur le pouvoir royal à la fin du XVII^{ème} siècle mettant fin définitivement à l'expérience absolutiste des Stuart catholiques. Évidemment il serait ridicule aujourd'hui de ne pas prendre en compte les bouleversements qu'ont subis les systèmes de *common law* durant tout le XX^{ème} siècle : montée en puissance d'une administration publique, intervention du législateur, place plus grande de l'écrit au sein des sources du droit, etc. Néanmoins l'Angleterre demeure le modèle d'un système de régulation sociale par le *judge-made law*.

⁹ *Le common law* et non *la common law*, car on ne saurait, sans un certain franco-centrisme, assimiler *law* au seul acte voté par le Parlement. Si *common law* vient du vieux normand *commune ley*, loi commune, il désigne en fait le *droit* tout entier, formé du *common law stricto sensu*, de l'*equity* et du *statute law*. Cf. sur ce point É. PICARD, « Common law », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAN et S. RIALS (dir.), Paris, PUF, Quadrige, 2003, p. 238.

¹⁰ Ainsi doit-on comprendre l'adage *Remedies precede rights*, tout comme la formule de Sir Henry Maine, selon lequel le *common law* a été « secrété dans les interstices de la procédure », cité par R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2002, p. 72.

¹¹ Historiquement les cours royales qui forgent le *common law* à partir du XIII^{ème} siècle, ne sont que des juridictions d'exception. L'enjeu primordial est de faire admettre par les cours leur compétence, notamment par la délivrance préalable d'un *writ*, octroyé par la chancellerie royale. Cette procédure, là encore *primitive*, ressemble de très près au processus prétorien de création du droit à Rome dans les derniers siècles de la République (cf. *supra*) ; cf. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, p. 71.

dernière perspective, le droit se résorbe dans la loi, c'est-à-dire dans l'acte de commandement du souverain, seul juge du *bien commun*¹². La question juridique pertinente n'est plus alors l'accès au droit, mais celle de l'exécution de la loi par les organes que sont d'abord l'administration, ensuite les tribunaux¹³. On pourrait considérer le modèle français, non sans forcer la démonstration il est vrai, comme l'archétype de ces systèmes¹⁴.

La convergence des systèmes romano-germaniques avec ceux de *common law*, sur fond d'élaboration d'un *jus commune* européen, n'est plus à démontrer, et constitue à présent un stéréotype obligatoire de toute étude juridico-comparative. Il est néanmoins saisissant de constater à quel point celle-ci confère un relief particulier à la problématique juridique de l'accès au droit.

En particulier, il est remarquable de constater l'éclosion au sein des ordres des différents États européens, de nouvelles règles, tant de par leur contenu, leur forme, que leur mode d'énonciation. D'abord, ces règles s'intéressent moins à prescrire des contenus, qu'à indiquer des manières de les formuler. Ensuite, celles-ci ne prennent souvent pas la forme de normes d'interdiction, de permission ou d'habilitation, mais plutôt celle de *principes* ou d'*objectifs*. Enfin ces règles de droit sont le plus souvent formulées par des juridictions nouvelles, situées au niveau national et supra-national¹⁵.

Les juristes des États européens se trouvent alors aux prises avec des notions, souvent pour eux nouvelles, de *procès équitable*, de *sécurité juridique*, de *confiance légitime*, d'*accessibilité*, d'*intelligibilité*, de *prévisibilité* du droit, ... Quelle cause agit au sein de ces nouvelles règles sinon l'idée même de l'accès au droit ?

Ce n'est pas par hasard si ces règles de droit prennent le plus souvent la forme du *principe*. Ici réside, selon-nous, la clé du mystère de l'*accès au droit*. Encore convient-il d'appréhender le caractère protéiforme du concept de *principe*. Selon la célèbre typologie de Lalande¹⁶, trois types de principe doivent être distingués : le principe au sens ontologique, le principe au sens logique, enfin le principe au sens normatif. Même si une approche positiviste rigoureuse impose de séparer résolument ces trois

¹² On constate ici l'influence de la doctrine de l'Église dans la construction d'une représentation du droit dans les systèmes romano-germaniques ; cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 2006, p. 7.

¹³ Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 137 et s.

¹⁴ L. COHEN-TANUGI, précité.

¹⁵ Hormis le cas particulier des États-Unis, on peut considérer que la justice constitutionnelle constitue un phénomène juridique relativement nouveau dans l'histoire des institutions juridiques et politiques occidentales.

¹⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, 2002, pp. 827 et s.

types de principe¹⁷, nous constaterons que ceci s'avèrera impossible. En effet l'accès au droit constitue à la fois un élément inhérent au phénomène juridique, et une norme de droit positif. C'est de ces deux aspects dont il faudra rendre compte.

Ainsi l'accès au droit apparaît tant comme un principe *du* droit (I) que comme un principe *de* droit (II).

I – L'ACCÈS AU DROIT COMME PRINCIPE DU DROIT

Le principe au sens ontologique désigne une « *source ou cause d'action* »¹⁸. Chez Aristote, fondateur de l'ontologie, c'est-à-dire de la *science de l'être en tant qu'être*, le *principe* est une cause première. Dans cette optique, Descartes considérera, notamment, que Dieu est la cause première, le *principe*, de tout¹⁹. Par la suite, on appellera *principe*, ce qui contient les propriétés essentielles d'une chose. C'est dans cette acception plus commune de *propriété constitutive* que nous envisagerons l'accès au droit comme *principe* du droit.

L'accès au droit apparaît alors comme principe ontologique du droit (1). En retour, ce principe d'accès constitue une grille d'interprétation, et même une doctrine du droit (2).

1) *L'accès au droit, principe ontologique du droit*

Une épistémologie positiviste semble rejeter radicalement toute ontologie, donc toute idée de principe *du* droit (a). Néanmoins la considération du droit comme relation, et comme langage, permettra de dégager des principes *essentiels* du droit, au premier rang desquels le principe d'accès (b).

a) La difficile reconnaissance de principes ontologiques du droit

Pour le juriste, il ne saurait exister de principe au sens ontologique du terme, c'est-à-dire de propriétés essentielles. Seuls existent des principes, au sens normatif du terme, c'est-à-dire des normes. Cette séparation se rapporte à la *summa divisio* entre *droit* et *discours sur le droit*.

¹⁷ Cf. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999, pp. 6 et s. L'auteur rappelle en effet que l'on ne saurait confondre, au nom de l'autonomie du droit, ces trois types de principes. Le principe ontologique relève de la métaphysique, le principe logique relève d'un discours scientifique ; seul le principe strictement normatif constitue l'objet d'un discours du droit.

¹⁸ A. LALANDE, *op. cit.*, p. 828.

¹⁹ « Il est impossible que Dieu soit jamais la fin, s'il n'est le principe... S'il y a un seul principe de tout, [il y a] une seule fin de tout ; tout par lui, tout pour lui », PASCAL, *Pensées*, cité par A. LALANDE, *op. cit.*, p. 828.

Selon cette conception, cette division correspond à « une distinction de bon sens : l'activité de création du droit, d'édiction des normes n'est pas l'activité de rationalisation et de systématisation du droit, qui prend des normes déjà posées comme objet »²⁰. Si le droit exprime ce qui *doit être*, il appartient à la science du droit d'établir des axiomes de démonstrations, les méthodes de connaissance, les procédés épistémologiques qui permettent d'élaborer, de valider par la raison et de mettre en ordre les règles de droit²¹. Comme l'illustre l'expression de J.-L. Souriou, les « *idées juridiques* » s'opposent au « *traitement des idées dans le droit* »²².

Une séparation entre le droit, comme objet et comme science, et les autres disciplines, y compris la philosophie, est donc postulée comme naturelle ou évidente ou, ce qui est plus étrange de la part d'un discours positiviste, revendiquée comme nécessaire²³.

La construction de ces principes est l'œuvre de savants discours *sur* le droit, et ne saurait constituer des prescriptions valides de l'ordre juridique lui-même. Le positivisme ne peut donc logiquement assimiler de tels principes sans renier la distinction *normes juridiques / propositions de droit*²⁴, l'un de ses éléments mythologiques.

Plus fondamentalement encore une telle perspective, qui conférerait force normative à des constructions intellectuelles et rationnelles, impliquerait nécessairement la reconnaissance d'autres autorités normatives que les autorités formellement habilitées par l'ordre juridique. En particulier, la *doctrine du droit* ressuscitée²⁵, apparaîtrait comme la nouvelle et principale source du droit, ou plutôt

²⁰ Cf. le *Dictionnaire encyclopédique et théorique de sociologie du droit*, de A.-J. ARNAUD (dir.), Paris-Bruxelles, LGDJ, Story-Scientia, 1988, « Science du droit », p. 363 : « le discours scientifique tend au minimum à rationaliser les phénomènes étudiés en les ramenant sinon à l'uniformité, du moins à des régularités ordonnées. [...] sa tâche spécifique est [...] la systématisation des règles », cité par P. MORVAN, *op. cit.*, p. 34.

²¹ Sur ce point, cf. Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1985, n° 19, pp. 40 et s.

²² J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 1990, n° 43, p. 46.

²³ « Ce serait en effet persévérer dans l'erreur que d'analyser le principe à la lumière du langage courant ou de celui de toute autre discipline, fût-elle la discipline-mère de toutes les sciences. Le langage juridique a une finalité normative originale et les principes de philosophie doivent abandonner aux principes de droit leur domaine spécifique. Le principe défini comme être, objet du pensable, axiome, proposition première, cause génératrice... appartient au vocabulaire de la philosophie du droit, nullement au langage juridique », *ibid.*

²⁴ Dans la terminologie kelsenienne : *Rechtsnormen / Rechtssätze*, in *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Paris-Bruxelles, LGDJ, Bruylant, éd. française, 1999, p. 78 : « la science est fonction de connaissances et de description, elle n'est pas fonction de volonté et de prescriptions ».

²⁵ Car il conviendrait alors de parler bien davantage de *doctrine juridique* que de *science du droit* ; cf. É. PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique », *L'unité du droit : mélanges en hommages à Roland Drago*, Paris, Économica, 1996, pp. 79 et s.

une sorte d'oracle, un révélateur d'un droit qui, invisible et latent, lui préexisterait²⁶. Quant aux fondements proprement dits du droit, il faudrait les rechercher du côté de la Raison, de la Morale, de la Nature ou de l'Histoire. L'autonomie du droit et de la science juridique, si âprement revendiquée par le positivisme, dans l'ensemble de ses composantes, s'en trouverait irrémédiablement ruinée. Ainsi reconnaître des principes ontologiques en droit conduit nécessairement au *jusnaturalisme*.

Enfin le principe ontologique impose une problématique en terme de *contenus*, laquelle n'est recevable que dans ce que H. Kelsen a appelé une *théorie statique du droit*. « La " théorie statique du droit " envisage l'état du droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur »²⁷. Dans ce système, c'est bien « en vertu de leur fond ou contenu que ses normes sont valables »²⁸. Cette théorie considère un système de normes dont le contenu se laisse subsumer comme le particulier sous le général. Le principe au sens logique ou ontologique du terme est susceptible d'une telle analyse : du contenu qu'il pose, on peut déduire d'autres contenus.

Or pour le juriste autrichien cette perspective est juridiquement indéfendable. Car en effet celle-ci présuppose l'existence de « normes immédiatement évidentes ». Or accepter l'idée de normes immédiatement évidentes revient à reconnaître la normativité « d'une raison pratique, c'est-à-dire d'une raison qui pose des normes »²⁹. Encore une fois, telle perspective ruine la distinction fondamentale du kelsenisme entre activité cognitive, domaine où intervient la raison, et activité normative, domaine de la volonté³⁰.

b) Le droit comme relation et comme langage

Si l'n'existe pas d'ontologie du droit, alors on peut légitimement se demander sur quel objet devraient raisonner les juristes. Si la recherche d'une nature du droit apparaît vaine, au moins peut-on accepter l'idée de l'existence de conditions de l'existence du phénomène juridique.

« Sans la personne, pas de droit », proclamait le Professeur L. Vogel dans un ouvrage intitulé *Les droits de la personne, fondement du droit*³¹. L'idée ici affirmée est que la

²⁶ Pour choisir une image révélatrice de l'esprit de l'École historique, la doctrine apparaîtrait comme l'un de ces « organes conférant forme visible au droit » ; G.-F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, cité par A. DUFOUR, « Théorie des sources du droit dans l'École du Droit historique », *Archives de philosophie du droit*, tome 27, Sirey, 1982, p. 106.

²⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 78.

²⁸ *Ibid.*, p. 195.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 339.

³¹ L. VOGEL (dir.), *Des droits au droit : Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2006.

*personne*³² constitue la condition d'existence du droit. Cette recherche des conditions de possibilité, c'est-à-dire des *fondements* du droit³³, n'est pas sans poser quelques difficultés. D'abord parce que ces fondements, à supposer que la connaissance en soit possible, apparaissent fluctuants d'une société à une autre, d'une époque à une autre. Si la *personne* est aujourd'hui au fondement du droit, la *société* l'était hier chez les romains : *ubi societas, ibi jus*. Ainsi on peut poser comme condition d'existence du phénomène juridique un nombre infini de concepts : la famille, la cité, les échanges, le langage, etc., l'existence humaine même !

En fait ces possibles fondements du droit, qui viennent spontanément, et même naïvement à l'esprit, semblent tourner autour d'une seule et même idée, selon laquelle le droit, constitue *in fine* une relation. En ce sens, H. Kelsen précisait que « lorsque nous comparons les uns avec les autres les objets qui se sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents et aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de conduites humaines »³⁴.

Ainsi dans une conception normativiste du droit, on considérera que la norme, schéma d'interprétation, vise à provoquer une conduite d'autrui : « une norme est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »³⁵. Le droit comme ordre de conduites humaines se concrétise ainsi en trois fonctions distinctes : la *création* du droit, *l'application* du droit³⁶ et *l'obéissance* au droit³⁷. La norme est donc cette relation qui unit un auteur à un destinataire, un émetteur à un récepteur³⁸.

On trouve notamment les traces de cette dimension relationnelle du droit dans une de ses manifestations principales : la loi, la norme *qui lie*. Dans sa généalogie des *Noms de la loi*, G. Timsit³⁹ retrace les diverses figures qu'emprunte la loi selon les âges.

³² On pourrait d'ailleurs considérer cette affirmation comme une tautologie, si l'on veut bien définir la personne comme le titulaire de droits et d'obligations, c'est-à-dire comme déjà juridiquement constituée.

³³ Il n'est pas de notion plus employée et donc des plus galvaudées que celle de *fondement*. Celle-ci est bien souvent utilisée avec légèreté par les juristes, tour à tour comme synonyme de *sources*, *d'origine* ou *d'inspiration*. Une utilisation rigoureuse du terme conduit à considérer comme fondement les *conditions d'existence ou de possibilité*.

³⁴ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 39.

³⁵ *Ibid.*, p. 13.

³⁶ On pourrait également ajouter fonction *d'interprétation* du droit. Mais il ne s'agit pas d'une fonction spécifique selon H. Kelsen, puisque celle-ci constitue à la fois une *création* et une *application* du droit ; *ibid.*, pp. 339-341.

³⁷ Même si « en un sens plus étroit et spécifique, on n'appelle fonctions juridiques que la création de droit et l'application du droit – à l'exclusion de l'obéissance au droit », *ibid.*, p. 237.

³⁸ H. Kelsen ne parle que d'*organes juridiques*.

³⁹ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1991.

Celle-ci est d'abord *parole*, puis *écriture* et enfin *silence*⁴⁰. Car le droit est d'abord un langage. Et c'est par le langage que le principe d'accès au droit se manifeste comme principe ontologique du droit.

Si le droit est avant tout échange et langage, nous avons dit *relation*, alors toute norme de droit tend à se placer elle-même sous l'autorité des lois qui régissent naturellement le discours, en premier lieu l'accessibilité et l'intelligibilité. L'accessibilité à un discours s'analyse comme la possibilité pour les destinataires d'en prendre connaissance ; l'intelligibilité d'un discours, comme la possibilité de le comprendre. Ces principes, *a priori* dépourvus de toute portée juridique, apparaissent alors comme conditions essentielles de l'existence de toute norme de droit.

Une approche intuitive et spontanée ratifierait d'ailleurs assez volontiers une telle définition du droit : sans un minimum *d'accessibilité* et *d'intelligibilité* de la règle de droit, il n'y a qu'arbitraire et chaos, c'est-à-dire le contraire même du droit.

Certes on peut fort bien considérer que telle ou telle norme ne remplit pas suffisamment ces conditions, sans pour autant perdre sa qualité de norme juridique. On peut même imaginer un régime politique fondé sur un système relativement, voire largement arbitraire. Mais aucune société humaine organisée ne saurait fonctionner *durablement* selon une sorte d'état d'exception permanent. Un état d'*exception* suppose logiquement une situation de *normalité*⁴¹. Or, une telle situation ne saurait reposer que sur une *qualité*⁴² minimum de la norme.

On peut raisonnablement considérer qu'une norme est *de qualité* quand elle obtient le plus efficacement les comportements humains qu'elle entend ordonner. En d'autres termes, une norme de qualité est efficace. Certes, on sait depuis H. Kelsen que *l'efficacité* n'est pas la *validité*. Mais le juriste viennois affirmait lui-même « qu'on ne [pouvait] pas nier qu'un ordre juridique dans son ensemble, ainsi qu'une norme juridique isolée, n'[étaient] plus regardées comme valides, et [perdaient] leur validité, s'ils [cessaient] d'être efficaces »⁴³. Si l'efficacité n'est pas le mode

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 28-35 : la parole vaut *pré-détermination* de la norme (volonté de l'auteur), l'écriture *co-détermination* (volonté de l'interprète), et le silence *sur-détermination* (représentations et croyances d'une communauté).

⁴¹ L'état d'exception, ou la *dictature*, a même pour unique objet de suspendre l'État de droit, afin de ramener l'ordre constitutionnel normal. La dictature est par nature « *une transition vers une situation juste dont [elle] est la condition de réalisation* ». Ainsi celle-ci « continue d'être placée sous la dépendance fonctionnelle de ce qu'elle nie » ; C. SCHMITT, *La Dictature*, Paris, Éditions du Seuil, novembre 2000 pour la traduction française, p. 17.

⁴² La *qualité de la loi*, notamment quand celle-ci constitue une ingérence dans l'exercice d'un droit, constitue d'ailleurs un objectif garanti par la Cour européenne des droits de l'homme ; cf. en particulier les arrêts CEDH, *Kruslin* et *Huwig c. France*, 24 avril 1990, Série A, n° 176-A et -B.

⁴³ H. KELSEN, « Eine "realistische" und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross : On Law and Justice », traduit par E. MILLARD, *Théories réalistes du droit*, Dossier n° 4, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 24.

d'existence spécifique des normes juridiques, elle constitue pour autant l'une des dimensions nécessaires de la juridicité.

Ainsi, aux exigences d'*accessibilité* et d'*intelligibilité* de la norme, nous ajouterons celle de la *prévisibilité*, c'est-à-dire de stabilité permettant le règlement d'une conduite, au titre de conditions d'efficacité de la relation que constitue le phénomène juridique. Ces principes, consacrés par le vocable moderne de *sécurité juridique*⁴⁴, sont les conditions nécessaires du consentement des destinataires à la règle, condition de possibilité de toute relation, donc de la règle elle-même. Car le célèbre adage *nul n'est censé ignorer la loi* ne constitue une fiction juridiquement efficace que pour autant que le système juridique permette d'en susciter la foi.

S'il est certainement vain d'identifier la ou les conditions d'existence du droit, tel n'est d'ailleurs pas notre objet, au moins l'idée de l'accès au droit apparaît comme l'une des dimensions essentielles de la *juridicité*. Le principe de l'accès au droit est contenu dans l'idée même du droit, et déductible de celle-ci.

2) *L'accès au droit, doctrine du droit*

Déduire le principe d'accès au droit de l'idée même de droit n'est pas sans signification sur la nature de celui-ci. Le principe d'accès au droit tend à dessiner une certaine figure de la juridicité, à la fois comme anthropologie (a) et comme finalité (b).

a) Le droit comme anthropologie

Si le principe d'accès au droit constitue un principe ontologique de celui-ci, il ne saurait pour autant constituer un élément technique sans portée philosophique et anthropologique forte. On veut dire ici que l'accès au droit nous donne à voir quelque chose de l'Être. On ne prétend pas ici spéculer quant à une quelconque nature humaine. Notre propos sera bien plus modeste : il se limitera à considérer le tableau d'une nature humaine *telle que dépeinte* par le principe d'accès au droit.

Nous avons vu que le principe de l'accès au droit se manifestait en premier lieu dans les exigences d'accessibilité, d'intelligibilité et de prévisibilité de la norme, c'est-à-dire dans l'impératif de sécurité juridique. Or l'exigence de sécurité juridique, si la

⁴⁴ Si H. Kelsen rejette la notion d'État de droit comme tautologie (« Dès lors que l'on reconnaît que l'État est un ordre juridique, tout État est un État de droit », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, précité, p. 304), un juriste normativiste comme O. Pfersmann place la sécurité juridique au cœur d'une théorie purement normativiste de l'État de droit, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », dans *Figures de l'État de droit*, O. JOUANJAN (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 53 et s.

notion est relativement nouvelle, notamment en droit français⁴⁵, renvoie à des constructions philosophiques et politiques bien précises. Elle puise notamment ses racines dans la philosophie des Lumières⁴⁶.

Les Lumières doivent être considérées comme une remarquable réaction de la Raison contre l'arbitraire. L'anthropologie qu'elles expriment éclate notamment dans les constructions de l'École du droit naturel moderne. L'Homme, postulé comme naturellement libre est placé au centre du système politico-juridique⁴⁷.

E. Kant héritier subversif⁴⁸ de ces constructions, peut être considéré comme le premier penseur de l'État de droit⁴⁹. L'État Kantien est en effet et avant tout un *état juridique*⁵⁰, constitué selon les principes rationnels *a priori* du droit, c'est-à-dire la liberté, l'égalité et l'autonomie politique des individus conditionnés par l'idée du pacte social. Cette exigence conduit nécessairement à la reconnaissance de certains principes d'organisation. L'accès au droit, dans son volet « sécurité juridique », accessibilité, intelligibilité et prévisibilité du droit, apparaît alors comme une exigence minimum de l'État de droit⁵¹.

Il existe donc un lien consubstantiel entre le principe de l'accès au droit et une anthropologie individualiste libérale, fondée sur *l'autonomie*. L'autonomie désigne cette capacité dont dispose l'être humain à faire usage de sa raison, au travers de sa conscience, afin de régler sa propre conduite. En d'autres termes il s'agit de sa

⁴⁵ Cf. notre deuxième partie *infra*.

⁴⁶ Nous parlons bien d'exigence philosophique et politique de sécurité juridique, pas de la sécurité juridique elle-même. Par exemple l'ordre politique médiéval, notamment celui du Saint-Empire, « outre sa vocation de préserver et de garantir le droit, [...] était aussi un État où régnait une forme de protection de la confiance légitime », Th. WÜRTEMBERGER, « L'État de droit avant l'État de droit », dans *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁷ « Le projet [...] de l'École du Droit naturel (« échafaudant ses constructions sur une définition première de la nature de l'homme ») avait été de rebâtir l'ordre juridique tout entier à partir des individus pris comme unique matière première. On supposait d'abord les hommes “ naturellement libres ” puis on reconstituait l'ordre public par le biais du “ contrat social ” comme un géomètre construit les figures à partir des lignes », M. VILLEY, « La “ Rechtslehre ” de Kant dans l'histoire de la science juridique », *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 150.

⁴⁸ L'École du droit naturel entend découvrir et déduire le droit naturel de l'observation de la *nature de l'Homme*. E. Kant considère au contraire qu'une telle opération est impossible : de la connaissance de l'être aucun devoir être ne saurait être déduit. Sur cette différence fondamentale, cf. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, J. VRIN, 1996, p. 147.

⁴⁹ Le néologisme *Rechtsstaat* est utilisé en 1798 par Johann Wilhelm Placidus pour désigner l'École kantienne.

⁵⁰ E. CARPANO, *États de droits et droits européens*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 69.

⁵¹ Cf. O. PFERSMANN, *op. cit.* Pour H. Kelsen, « le principe de l'État de droit [...] est pour l'essentiel le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 251.

faculté de déterminer la règle à laquelle il entend se conformer⁵². L'autonomie constitue ainsi la caractéristique propre de l'être humain, et en même temps sa marque distinctive⁵³.

Le lien entre autonomie des individus et qualité des normes apparaît alors manifeste : c'est parce que les individus sont fondamentalement *autonomes* que leurs comportements ne peuvent être durablement régis, non par la force et l'arbitraire, mais par des normes de droit, c'est-à-dire des règles de conduites accessibles, intelligibles et prévisibles.

Cette anthropologie fondée sur l'autonomie est profondément inscrite aujourd'hui dans le patrimoine des différents États européens. Elle s'exprime avec un éclat particulier, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, quand celle-ci considère qu'« on ne peut considérer comme une “ loi ” qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁵⁴.

À travers ce détour par le concept d'autonomie, le principe de l'accès au droit révèle une autre dimension du droit : la protection et la garantie de la liberté.

b) Le droit comme finalité

Le principe de l'accès au droit trouve un fondement anthropologique dans l'autonomie de l'individu. Mais si la faculté de l'homme de s'autodéterminer fonde son entrée dans l'état civil, donc dans sa sujétion à un régime de lois accessibles, intelligibles et prévisibles, alors ce même régime ne peut avoir pour finalité de nier cette faculté fondatrice.

C'est pourquoi l'État de droit de Kant est tout orienté à la protection de la liberté individuelle. L'idéal kantien du droit se confond avec l'idéal de justice ; or chez le philosophe de Königsberg, est juste « toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté

⁵² L'autonomie, *auto-nomos*, consiste bien étymologiquement en la capacité de se donner à soi-même ses propres règles. Cette définition de la liberté est également présente chez J.-J. Rousseau dans le *Contrat social* (1762).

⁵³ L'autonomie est donc constitutive de la *dignité humaine*, principe « à l'origine des droits qui sont reconnus à l'homme [...] ; [la dignité humaine] est le principe matriciel par excellence [...], le socle sur lequel est construite la philosophie des droits de l'homme » ; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *Recueil Dalloz* 1996, pp. 282 et s.

⁵⁴ Parmi de nombreux arrêts, cf. : CEDH *Sunday Times c/Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 49, Série A, n° 30 ; *Goodwin c/Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 31, Rec. 1996, II, 483.

de tout autre suivant une loi universelle »⁵⁵. Si l'idéal de justice est la liberté, alors il est possible de dire que la fin ultime du droit est la liberté. Mieux, le droit est lui-même liberté : « la liberté [...] est cette unique droit originaire revenant à l'homme de par son humanité »⁵⁶.

On retrouve cette conception du droit comme liberté chez F.-A. Hayek. Certes les prémisses de la construction sont bien différentes que celles que l'on retrouve chez Kant. Si Kant est un philosophe de la raison transcendante, Hayek est un théoricien de l'immanente nature des choses.

Le penseur autrichien oppose deux ordres⁵⁷ : *Kosmos*, un ordre mûri, issu de la pratique, et *Taxis*, un ordre fabriqué par la volonté. À chacun des deux ordres correspondent une conception et une pratique du droit. Le *Kosmos* voit le règne du *Nomos* : c'est un droit engendré par la pratique des individus, garanti et perfectionné par le juge. Le *Taxis* résulte de la *Thesis*, l'acte de commandement d'un législateur. Seul le *Nomos*, qui est naturellement antérieur à toute législation, constitue le vrai droit : le droit de la liberté⁵⁸.

Si le droit est liberté, ou en tous cas s'il se donne pour finalité de la garantir et de la préserver, alors le principe de l'accès au droit, dans sa dimension « sécurité juridique », constitue l'une des garanties de cette liberté.

Mieux, la sécurité juridique implique elle-même la garantie des droits et de la liberté⁵⁹. Le principe de l'accès au droit resurgit alors sous une autre dimension : celle de la protection juridictionnelle, et plus particulièrement celle du droit au juge.

Mais déduire uniquement un droit au juge de la nécessité de garantir les droits et la liberté, reviendrait à réduire la nécessité du prétoire à une pathologie : c'est la figure classique du juge protecteur de la société civile contre les ingérences de l'État. Or le juge n'est pas seulement un thérapeute ou un chien de garde ; et le pouvoir juridictionnel n'est pas seulement un pouvoir d'exécution des lois par des organes non-administratifs⁶⁰. C'est également et surtout le pouvoir de trancher une contestation, au moyen du droit. D'où le sens du mot *jurisdictio* : le juge est celui qui *dit* le droit. Par ailleurs si dire le droit constitue certes un pouvoir, une compétence,

⁵⁵ E. KANT, *Métaphysique des Mœurs, Doctrine du droit* (1797), trad. A. PHILONENKO, Paris, J. VRIN, 1993, § C, p. 107.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁷ F.-A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, I Règles et ordre*, trad. R. AUDOUIN, Paris, PUF, Quadrige, 1995, pp. 42 et s.

⁵⁸ Le droit se conçoit alors lui-même comme « science de la liberté », F.-A. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, éd. française, Paris, Litec, 1994, p. 178.

⁵⁹ C'est en tous cas l'interprétation choisie par la doctrine française qui fonde généralement le principe de la sécurité juridique sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ; cf. *infra*.

⁶⁰ Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pp. 137 et s.

c'est également une science, voire un art⁶¹, avec ses méthodes, ses techniques et ses pratiques érigés en rites. Ainsi le droit ne peut être *dit* que dans les *règles de l'art*. Ces règles se retrouvent partout et à toute époque : équité, indépendance, impartialité, publicité, contradiction.

Du droit comme langage se déduit le principe de l'accès au droit dans sa dimension « sécurité juridique » ; du droit comme liberté, se déduit le principe de l'accès au droit dans sa dimension « droit au juge ». L'accès au droit est donc bien un principe protéiforme mais essentiel de la juridicité. En tant que tel, il inspire et informe le droit positif, pour devenir un principe *de* droit.

II – L'ACCÈS AU DROIT COMME PRINCIPE DE DROIT

L'accès au droit constitue un principe reconnu et consacré par le droit positif. En ce sens il est un principe de droit. Reconnus dans l'ensemble des ordres juridiques européens et supranationaux, le principe de l'accès au droit constitue une véritable norme (1). Mais il s'agit d'une norme particulière, qui pour s'imposer, doit être justifiée (2).

1) *L'accès au droit comme principe normatif*

Avant d'apprécier les différentes reconnaissances de l'accès au droit en tant que norme (b), il conviendra de s'interroger quant aux contours du principe normatif (a).

a) Les contours du principe normatif

La notion de *principe normatif* ne va pas de soi. Il convient de le distinguer des autres principes qui ne sont pas des normes⁶², et des autres normes qui ne sont pas des principes.

Il revient en premier lieu à la doctrine publiciste, et plus particulièrement aux doctrines internationaliste⁶³ et administrativiste⁶⁴ le mérite d'avoir dégagé une

⁶¹ *Jus est ars boni et aequi*. Pour les Romains, le droit est l'art du bon et du juste. Cf. sur cette question l'œuvre de M. VILLEY, notamment *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001.

⁶² Comme par exemple les *règles de principe* qui s'opposent aux *exceptions* ; ou encore les *principes* d'interprétations du juge. Cf. sur ce point P. MORVAN, *op. cit.*, pp. 36 et s.

⁶³ Cf. notamment en droit international général : A. BLONDEL, « Les principes généraux dans la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ », *Mélanges Guggenheim*, Genève, IHUEI, 1968, pp. 201 et s., A. VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans le système des sources du droit international », *ibid.*, pp. 521 et s. ; ainsi que la thèse d'A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse, Paris, 1974.

première approche du *principe normatif*. Par-delà les différences entre disciplines, il est possible d'en dresser un portrait, fût-il grossier.

Qu'il apparaisse sous le vocable de *principe*, *principe général* ou encore *principe général du droit* ou de *droit*, le principe, au sens normatif, s'analyse bel et bien comme une *règle de droit*. Cette règle de droit a la particularité d'être *non écrite*⁶⁵ et *jurisprudentielle*, c'est-à-dire dégagée à l'occasion d'une décision de justice. Néanmoins elle n'est pas l'œuvre d'un arbitraire judiciaire, mais le fruit d'une *découverte*, en fait d'une induction, opérée par le juge, à partir des différents textes dont il est chargé d'assurer le respect. Les principes généraux prennent ainsi en charge la fonction essentielle de *compléter* un système juridique, postulé ou induit comme nécessairement *lacunaire*. La doctrine leur concède également la fonction de transposer au sein du système juridique des exigences de nature axiologique.

Pour le droit communautaire : J. BOULOUIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire communautaire*, Dalloz, 1992 ; G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux. Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1999 ; R. KOVAR, « Ordre juridique communautaire, sources non-écrites », *J.-CL. Europe*, Fasc. 411 ; R. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 1996 ; F. PICOD, « Principes généraux du droit », *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 858 ; D. SIMON, « Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, p. 73 ; F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalités du droit communautaire et des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; enfin cf. l'ensemble des contributions dans *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Édition Apogée, 2006, 830 p.

Pour le droit de la Convention européenne le champ est moins balayé : K. GRABARCZYCK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Aix-Marseille-Paris, PUAM-Économica, 2008 ; M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Paris II, 2006.

⁶⁴ Cf. les thèses de B. JEANNEAU, *Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, 287 p. ; et de J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit*, Paris, Dalloz, 2003, 766 p.

Cf. aussi : J. BOULANGER, « Les principes généraux du droit et le droit positif », *Mélanges Ripert*, 1950, t 1, p. 55 ; G. BRAIBANT, « L'arrêt Syndicat général des ingénieurs conseils et la théorie des PGD », *EDCE*, 1962, n° 16, p. 67 ; R. CHAPUS, « De la valeur juridique des PGD et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Recueil Dalloz* 1966, chron., p. 99 ; B. GENEVOIS, « Les PGD (Aspects de droit administratif) », *RIDC (Journée de la Société de Législation Comparée)*, t. 2 ; 1980, p. 279 ; et « Principes généraux du droit », *Répert. Dalloz contentieux adm.*, t 3, 2000 ; F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, p. 495 ; et « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722 ; B. JEANNEAU, « La théorie des PGD à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, n° 33, p. 33 ; M. LETOURNEUR, « Les PGD et la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE* 1951, n° 5, p. 19 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, « La notion de PGD dans la jurisprudence récente », *AJ* 1976, p. 596 ; G. MORANGE, « Les PGD sous la V^e République », *RDP* 1960, p. 1188 ; et « Une catégorie juridique ambiguë : les PGD », *RDP* 1977, p. 761.

⁶⁵ Ainsi qualifie-t-on de tels principes de *sources non écrites* du droit.

Dans sa monumentale contribution relative au *Principe de droit privé*, terre considérée traditionnellement comme aride pour la prospérité des principes⁶⁶, P. Morvan⁶⁷ entreprend la déconstruction de plusieurs décennies d'études doctrinales sur les principes, toutes disciplines confondues. La contribution du privatiste constitue donc une charge féroce contre une doctrine publiciste, coupable d'avoir subverti la véritable nature du principe normatif, notamment en le confondant systématiquement avec le principe logique⁶⁸. Démontrant l'existence et l'importance de tels principes en droit privé, l'auteur dégage deux critères permettant de l'identifier.

Le premier critère se situe en amont, au niveau de l'élaboration : contrairement au mythe du principe relevant de *l'esprit des lois*, il apparaît que celui-ci est fondamentalement d'extraction *extra-legem*. Le deuxième critère se situe en aval, au niveau des fonctions : c'est ici le mythe du *principe complétant la loi* qui est contesté, celui-ci endossant en fait une fonction *contra-legem*, c'est-à-dire de neutralisation du droit écrit.

Le principe normatif est donc bien une norme obligatoire, en ce qu'elle opère une éviction du droit écrit. En ce sens, elle ne constitue pas un simple standard ou objectif. Mais il s'agit d'une norme particulière car spécifiquement d'origine jurisprudentielle. Ceci ne signifie d'ailleurs en aucun cas que le principe ne peut avoir une existence à l'état scriptural, mais seulement qu'il est consacré en tant que norme par une décision de justice.

Caractère *extra-legem*, fonction *contra-legem*. Il conviendra de mesurer l'accès au droit à l'aune de cette définition.

b) Les reconnaissances du principe d'accès au droit

Le principe d'accès au droit en tant que tel ne connaît aucune consécration, législative, ni jurisprudentielle. Néanmoins il convient d'analyser son existence positive à travers ses deux volets, à savoir la sécurité juridique et le droit au juge. Nous en rechercherons donc les éléments éventuels *d'extra-* et de *contra-légalité*.

⁶⁶ Il est en effet souvent soutenu que les principes généraux ne sauraient prospérer que dans des systèmes juridiques faiblement codifiés, ce qui n'est pas le cas à l'évidence du droit privé, cf. l'étude de P. MORVAN, *op. cit.*, pp. 93 et s.

⁶⁷ P. MORVAN, *op. cit.*

⁶⁸ Cf. notre définition *supra*.

i) Le caractère *extra-legem*

Le principe de sécurité juridique constitue l'exemple le plus parfait du principe normatif. Reconnu en tant que tel par aucun texte de nature constitutionnelle⁶⁹ ou conventionnelle, celui-ci est néanmoins consacré par un grand nombre d'ordres juridiques européens nationaux et supra-nationaux.

C'est en Allemagne que le principe est né⁷⁰, et où il a reçu les développements jurisprudentiels les plus importants. Selon la Cour de Karlsruhe, la sécurité juridique, impératif de valeur constitutionnelle, est la condition de l'effectivité de la Loi fondamentale et le préalable nécessaire à l'exercice de la liberté⁷¹.

Imprégné de la conception allemande, le droit européen, dans sa dimension luxembourgeoise et strasbourgeoise, consacre largement le principe de la sécurité juridique. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme dans la célèbre affaire *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979⁷², rappelle que « le principe de sécurité juridique [est] nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire ». Néanmoins la jurisprudence du juge de Strasbourg reste relativement pauvre en la matière en comparaison de son homologue de Luxembourg. Qualifiée d'« exigence fondamentale »⁷³ ou de « règle de droit supérieure »⁷⁴, la sécurité juridique occupe une place tout à fait « axiomatique »⁷⁵ au sein de l'ordre juridique communautaire. Cette situation centrale s'explique en grande partie par la nature largement économique du droit communautaire, laquelle implique une particulière stabilité.

La France n'a consacré que très récemment la sécurité juridique sous forme de « principe »⁷⁶. Néanmoins d'une manière « clandestine mais efficiente »⁷⁷, la sécurité juridique agissait depuis longtemps au sein du droit français, à travers notamment le

⁶⁹ La sécurité juridique n'est reconnue en Europe occidentale que par la relativement récente Constitution espagnole de 1978, en son article 9 al. 3.

⁷⁰ Selon Th. Würtenberger, « la protection de la confiance légitime du citoyen dans la pérennité des positions juridiques acquises semble depuis longtemps profondément ancrée dans la conscience politico-juridique allemande », dans *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁷¹ *BverfGE*, 72, 2000 (257)

⁷² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31.

⁷³ CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries*, aff. 48/69, *Rec.* 619.

⁷⁴ CJCE, 14 mai 1975, *CNTA*, aff. 74/74, *Rec.* 533.

⁷⁵ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁶ CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, *Rec.* 154.

⁷⁷ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, p. 301.

principe de non-rétroactivité des actes administratifs⁷⁸, ou l'exigence de la qualité de la loi⁷⁹.

Quant au volet « *droit au juge* », composante du principe d'accès au droit, il constitue le contentieux privilégié de la Cour de Strasbourg, essentiellement à travers l'article 6-1 de la CEDH, relatif au droit à un procès équitable. Le droit au juge se concrétise essentiellement par le *droit d'accéder à un tribunal*. Ce principe mérite d'être qualifié de principe normatif, dans la mesure où, nonobstant l'article 6-1 de la Convention il résulte d'une pure construction jurisprudentielle.

Dans un arrêt *Golder c. Royaume-Uni*⁸⁰, en date du 21 février 1975, la Cour européenne des droits de l'homme consacre un droit d'accès à un tribunal, en même temps qu'elle en reconnaît l'absence dans le texte conventionnel⁸¹. Par un raisonnement *a absurdo*, la Cour considère qu'« on ne comprendrait pas que l'article 6-1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès »⁸².

Le juge Sir Gerald Fitzmaurice condamnera sévèrement, dans une longue opinion séparée, cette œuvre « *législative* »⁸³.

Pour la reconnaissance de l'accès à un tribunal en droit interne, on se limitera à rappeler le célèbre arrêt *Dame Lamotte*⁸⁴ du Conseil d'État par lequel la Haute juridiction reconnaît un droit au recours⁸⁵ ouvert, même en l'absence de texte, contre tout acte administratif.

⁷⁸ CE Ass, 25 juin 1948, *Société du journal « l'Aurore »*, Rec. 289.

⁷⁹ CC, décision n° 99-241 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, R. p.136. ; décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, R. p. 49. Ces décisions de la jurisprudence constitutionnelle consacrent l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi comme des objectifs à valeur constitutionnelle.

⁸⁰ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A, n° 18, *AFDI* 1975, 330, note R. PELLOUX.

⁸¹ *Ibid.*, § 28.

⁸² *Ibid.*, § 35.

⁸³ *Ibid.*, *Opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice*, § 32 : « Il existe une différence considérable entre une " législation législative ", édictée dans l'exercice d'un pouvoir souverain, et une législation fondée sur une convention, qui elle-même résulte d'une négociation, et limitée à ce qui a été accepté ou peut à bon droit être censé l'avoir été. Dans ce dernier cas, une bien plus grande réserve est requise de l'interprète : on ne doit donc pas interpréter la convention comme prévoyant plus que ce qu'elle contient ou qu'il faut nécessairement dégager ce qu'elle contient ».

⁸⁴ CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. 110.

⁸⁵ Depuis, les différentes juridictions nationales ont étoffé leur jurisprudence en matière de droit d'accès à un tribunal : CE, 7 janvier 1972, *Élections au Conseil de l'Unité d'enseignement des lettres et sciences humaines de l'Université de Limoges*, Rec. 26, concl. THÉRY ; CC, décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Autonomie de la*

ii) La fonction *contra-legem*

La fonction *contra-legem* de ces principes ne fait aucun doute. D'abord la sécurité juridique s'exerce directement à l'encontre même d'une norme : acte administratif, loi, décision juridictionnelle. C'est en effet de la qualité de la *loi*⁸⁶ dont il s'agit de faire le procès.

Les manifestations du droit au juge opèrent également comme éviction du droit écrit. Dans la jurisprudence *Dame Lamotte* donné en exemple, le principe général du droit dégagé vient faire échec à la loi du 23 mai 1943, laquelle prohibait pourtant bien explicitement tout recours.

On devine aisément la charge subversive attachée à une telle norme, notamment dans des systèmes de droit écrit. En fait, en tant que principe normatif, l'accès au droit demeure extrêmement difficile à justifier.

2) *Le principe d'accès au droit, norme à justifier*

Parce qu'il s'écarte des cadres de la conception dominante⁸⁷ de la norme, le principe de l'accès au droit, d'essence *extra-legem*, aux fonctions *contra-legem*, doit être justifié par l'ordre juridique. Ainsi celui-ci doit être refondé (a) et médiatisé (b).

a) Le droit d'accès, norme à re-fonder

Nous avons vu que le principe d'accès au droit trouvait son fondement juridique dans une certaine ontologie du droit. Néanmoins une telle considération est inacceptable, en tant que telle, dans une conception des ordres juridiques fondés sur la décision démocratique.

Point n'est besoin de nous attarder sur les contradictions entre démocratie et État de droit⁸⁸, à moins de réviser le concept de démocratie⁸⁹. L'accès au droit, à la

Polynésie française, AJDA 1996, 371, obs. SCHRAMMECK ; pour la Cour de cassation : Ass. Plén., 30 juin 1995, *M.X.*, *Recueil Dalloz* 1995, concl. JEOL.

⁸⁶ La loi au sens de la Cour européenne des droits de l'homme doit s'entendre au sens matériel et non au sens formel. À la fois « le droit écrit et le droit non écrit » (affaire *Sunday Times*, précitée, § 47), il s'agit de l'ensemble du droit en vigueur.

⁸⁷ On peut considérer comme *conception dominante* dans le champ intellectuel français, la définition selon laquelle une norme trouve le fondement de sa validité dans une norme supérieure, et *in fine*, dans une constitution démocratiquement établie. On voit ici qu'une telle conception combine étrangement des éléments *normativistes* (la question de la validité objective de la norme) et *décisionnistes* (la norme comme produit d'une décision souveraine). Sur la conception décisionniste du droit, cf. C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, Léviathan, 1993.

⁸⁸ Cf. en particulier : E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, *op. cit.* ; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, Clef, 4^{ème} éd., 2003, 160 p. ; L. HEUSCHLING, *Rechtsstaat, Rule of law, État de droit*,

fois dans sa substance (principe ontologique du droit) et dans ses manifestations positives (principe normatif), emprunte la logique, non de la démocratie, c'est-à-dire de la volonté populaire, mais de l'État de droit. Celui-ci repose, par-delà les multiples constructions intellectuelles dont il a fait l'objet, sur le culte du règne du droit, c'est-à-dire sur une certaine objectivité et rationalité du droit, non sur le gouvernement des hommes, fut-il démocratiquement élu.

Par ailleurs, la problématique purement juridique de la *légalité* ne peut totalement faire l'impasse sur celle de la *légitimité*⁹⁰. Même le droit, *surtout* le droit, doit savoir se munir de cette « dimension symbolique » qui le dotera de cette « force particulière » ; ce que P. Legendre appelle le « passeport du sacré »⁹¹. Ainsi pour durer les systèmes juridiques doivent être *fondés*, c'est-à-dire *justifiés*.

L'État de droit⁹² ne peut plus reposer comme la démocratie sur la mythologie du peuple souverain⁹³, mais sur l'arbitrage du juge⁹⁴. Néanmoins la démocratie, au sens de régime politique fondé sur la souveraineté populaire demeure en Occident⁹⁵ le paradigme de toute légitimité. Or la décision démocratique s'objective juridiquement dans des normes positives. Il est donc impératif pour le juge, sous peine de susciter la condamnation infamante de « *gouvernement des juges* »⁹⁶, d'ancrer les principes normatifs dans l'ordre juridique positif, en d'autres termes, de doter les principes normatifs d'un fondement positif.

Les jurisprudences relatives au principe de l'accès au droit, constituent donc un remarquable exercice de justification.

Paris, Dalloz, 2002, 739 p ; M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. Évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Aix-Marseille-Paris, PUAM-Économica, 1992 ; pour une conception contraire, cf. É. PICARD, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen », dans *Gouvernement des juges et Démocratie*, S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 211.

⁸⁹ C'est-à-dire de considérer que la démocratie n'est plus une *forme*, suivant la célèbre définition de A. Lincoln, « le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple », mais un *contenu* à garantir et à défendre. Telle est d'ailleurs la conception de la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui la société démocratique se caractérise par le triptyque « pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture » ; cf. arrêt CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A 24.

⁹⁰ Sur les fondements de cette distinction, cf. C. SCHMITT, *op. cit.*

⁹¹ Cité par J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 63.

⁹² C'est le cas en particulier de la République fédérale allemande.

⁹³ Puisque l'État de droit implique en particulier la nécessité d'un contrôle juridictionnel des normes démocratiquement adoptées.

⁹⁴ Cf. *supra* les distinctions de *Nomos* et *Thesis* de F.-A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, précité.

⁹⁵ À des degrés variables évidemment selon les sociétés.

⁹⁶ Cf. S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *op. cit.*

La sécurité juridique a trouvé son fondement en Allemagne dans le principe du *Rechtsstaat*, constitutionnalisé par la Loi fondamentale (ci-après LF) de 1949. En effet l'article 28⁹⁷ de la LF fait de l'*État de droit* une source directe de la normativité constitutionnelle, en l'érigeant en principe constitutionnel fondamental de l'ordre juridique⁹⁸. Depuis 1953, la Cour de Karlsruhe considère que la sécurité juridique constitue le corollaire nécessaire du principe de l'*État de droit*⁹⁹.

On peut tout de même s'interroger sur la solidité d'un tel fondement. D'abord, le principe du *Rechtsstaat* est absent des articles 1 à 20 LF, lesquels jettent les bases de l'ordre constitutionnel fédéral. De plus, l'article 28 LF ne semble concerner que l'ordre juridique des *Länder*¹⁰⁰. Il a donc été considéré que le *Rechtsstaat* constituait un « principe directeur », « immanent » en quelque sorte, à la loi fondamentale¹⁰¹.

La théorie de l'immanence a été également développée afin de justifier la consécration de la sécurité juridique en droit communautaire. En effet, selon la CJCE, la sécurité juridique constitue « un principe général inhérent à l'ordre juridique communautaire »¹⁰². On peut s'étonner qu'ici, le concept de « *Communauté de droit* »¹⁰³ n'ait pas servi de fondement. Plus prudente, la Cour de Strasbourg, qui considérait depuis 1979 que le principe de sécurité juridique était « nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire »¹⁰⁴, a jugé préférable, de le rattacher par la suite, au principe de prééminence du droit¹⁰⁵. Là encore il s'agit d'un fondement relativement branlant puisque la prééminence du droit, dont la Cour n'a jamais donné de définition, n'est mentionnée que dans le préambule de la Convention¹⁰⁶, ainsi que dans le Statut du Conseil de l'Europe¹⁰⁷.

⁹⁷ Le principe de l'*État de droit* est également repris dans une loi constitutionnelle de 1992, révisant l'article 23 LF.

⁹⁸ Cf. C. GREWE, « L'*État de droit* sous l'empire de la Loi fondamentale », dans *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 385 et s.

⁹⁹ *BverfGE*, 1, 380 (257).

¹⁰⁰ L'article 28 LF est rédigé comme suit : « L'ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un *État de droit* républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi fondamentale [...] ».

¹⁰¹ Sur ces questions, cf. E. CARPANO, *op. cit.*, pp. 197 et s.

¹⁰² CJCE, 10 février 2000, *Schröder*, aff. C-50/96, *Rec.* 619.

¹⁰³ Notion dégagée lors d'un célèbre arrêt CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts »*, aff. 294/83, *Rec.* 1353.

¹⁰⁴ Cf. l'arrêt CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *précité*.

¹⁰⁵ CEDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, JCP, 2000, I, p. 203, obs. SUDRE.

¹⁰⁶ « Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle, Sont convenus de ce qui suit ».

Quant au juge administratif français, qui n'a reconnu la sécurité juridique qu'en 2006¹⁰⁸, il est, suivant sa propre tradition, beaucoup plus avare de justification. Néanmoins la doctrine considère généralement que la sécurité juridique trouve son fondement dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen¹⁰⁹.

Même quand le juge ne justifie pas ces décisions, il est remarquable que la doctrine tente de le faire à sa place.

En ce qui concerne le droit au juge, nous nous en tiendrons à la reconnaissance par le juge de Strasbourg du droit d'accès à un tribunal, précédemment évoqué dans l'arrêt *Golder*¹¹⁰. Alors que l'article 6-1 de la Convention européenne ne pouvait constituer un fondement pertinent, la Cour avait considéré que cette stipulation devait être « lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention [...], ainsi que des principes généraux du droit »¹¹¹. Au cœur de ce projet se situe encore une fois, la prééminence du droit, à laquelle les Hautes parties contractantes seraient *sincèrement attachées*¹¹². La fragilité de ce fondement avait, là encore, été dénoncée par le juge Fitzmaurice : « L'importance que le paragraphe 34 de l'arrêt de la Cour attache à la " prééminence du droit " est très exagérée. Si grand qu'en soit le poids, cet élément ne se trouve mentionné qu'incidemment dans le préambule de la Convention. Ce sont surtout des considérations humanitaires, et non le souci d'assurer la prééminence du droit, qui ont animé les États contractants »¹¹³.

¹⁰⁷ *Préambule* : « Inébranlablement attachés aux valeurs [...] qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit sur lesquels se fonde toute démocratie véritable » ; article 3 : « Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹⁰⁸ Arrêt CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, précité.

¹⁰⁹ Cf. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 424 ; F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, pp. 67 et s.

¹¹⁰ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, précité.

¹¹¹ *Ibid.*, § 36.

¹¹² *Ibid.*, § 34 : « Si les gouvernements signataires ont décidé de " prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle ", c'est en raison notamment de leur attachement sincère à la prééminence du droit ».

¹¹³ *Ibid.*, *Opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice*, note 20.

b) Le droit d'accès, norme à médiatiser

Une autre forme de justification du principe de l'accès au droit découle de sa nécessaire médiatisation. L'*accès au droit* constitue une notion trop vague et générale pour pouvoir positivement s'imposer d'elle-même. Celle-ci a donc besoin de trouver des médiations, lesquelles organiseront et garantiront son effectivité au sein des ordres juridiques positifs. La rencontre entre la norme, nécessairement générale, et le fait qu'elle entend régir, nécessairement particulier, impose à celle-ci qu'elle se précise, qu'elle se particularise.

Voilà pourquoi le principe ontologique de l'accès au droit trouve à se concrétiser positivement aux moyens d'autres normes, comme la sécurité juridique et l'accès au juge. Ces dernières normes sont elles-mêmes subdivisables en une multitude de sous-principes : principe de non-rétroactivité, de confiance légitime, de légalité, d'accessibilité, d'intelligibilité, pour la sécurité juridique ; droit d'accès à un tribunal, procès équitable, pour le droit au juge.

Ainsi l'accès au droit peut être considéré comme un véritable « principe matriciel », engendrant « d'autres droits de portée et de valeur différentes », « dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même »¹¹⁴.

Enfin la médiatisation de l'accès au droit est rendue nécessaire dans la mesure où celui-ci ne constitue non pas seulement une norme, à laquelle s'imposeraient des réponses selon un mode binaire, mais surtout un idéal à atteindre, empruntant plus volontiers une *logique de flou*¹¹⁵, caractéristique du droit post-moderne¹¹⁶.

Paradoxalement, l'accès au droit, principe inhérent de l'idée même de droit, et à ce titre principe intemporel, apparaît dans ces manifestations normatives comme une figure spécifique de la contemporanéité juridique.

¹¹⁴ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de “ principes matriciels ” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* 1995, chron., p. 211.

¹¹⁵ Cf. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'Homme*, Paris, PUF, Quadriga, 2004.

¹¹⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003.

RÉSUMÉ :

*La question de l'accès au droit, constitue, au moins en France, un objet d'étude privilégié des sciences sociales. Dans cette perspective, cet objet est défini comme l'accessibilité matérielle et culturelle des citoyens au droit positif. Pourtant, l'accès au droit implique des problématiques essentiellement juridiques. Il convient alors de redéfinir celui-ci comme l'inscription du destinataire de la norme dans la norme elle-même. Ainsi reconstitué comme concept purement juridique, l'accès au droit ne se pose plus aux ordres juridiques positifs de manière purement contingente, mais au contraire nécessaire. Le concept de principe, permet de rendre compte de la double nature de l'accès au droit : à la fois comme élément essentiel du droit, et comme norme de droit positif. Il importe alors de considérer l'accès au droit comme principe du droit (principe ontologique), et comme principe de droit (principe normatif). L'accès au droit constitue une dimension essentielle de la juridicité, conçue comme langage et comme garantie de l'autonomie. En tant que principe du droit, il inspire et informe le droit positif, pour devenir un principe de droit, c'est-à-dire un principe normatif, dont les propriétés résident dans son élaboration extra-*legem*, et dans sa fonction *contra-*legem**. Ainsi, plus que tout autre, l'accès au droit, principe éminemment subversif, est une norme à justifier.*

SUMMARY:

*At least in France access to law issue turns to be a central topic for the Social Sciences. In that sense, we define this object as the citizen material and cultural access for the positive right. However, access to law is mainly involved with legal issues which have to be redefining as the recipient registration of the convention in the convention itself. The access to law, considered as a pure legal concept, is not asked to the legal positive orders anymore. Thus this opposition is more required than incidental. Concept of principle shows up the access to law double nature. First of all as a central part in law and as a norm for the positive law. So, we have to consider the access to law as a principle of the law (ontological principle) and a rule of the law (prescriptive principle). The access to law constitutes a central dimension of legality, considered as a language and as a guaranty of autonomy. As a rule of law, it inspires and notifies the positive law by ending up to be a rule of law. It is a prescriptive rule which properties are based in its extra-*legem* elaboration and in its *contra-*legem** function. Thereby, the access of law is more than anyone else a subversive rule. It is a norm, which has to be justified.*

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- BRONDEL S., FOULQUIER N. et HEUSCHLING L. (dir.), *Gouvernement des juges et Démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001
- CARPANO É., *États de droits et droits européens*, Paris, L'Harmattan, 2005
- CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003
- CHEVALLIER J., *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, clef, 4^{ème} éd., 2003, 160 p.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003
- COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, Quadrige, 2^{ème} éd., 2007
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'Homme*, Paris, PUF, Quadrige, 2004
- GREWE C., « L'État de droit sous l'empire de la Loi fondamentale », dans O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 385
- HAYEK F.-A., *Droit, législation et liberté, I Règles et ordre*, trad. R. AUDOUIN, Paris, PUF, Quadrige, 1995
- HEUSCHLING L., *Rechtsstaat, Rule of law, État de droit*, Paris, Dalloz, 2002, 739 p.
- JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001
- Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Paris-Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1999
- MATHIEU B., « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 301
- MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de " principes matriciels " en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*. 1995, chron., p. 211
- MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999
- PFERSMANN O., « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l' " État de droit " », dans O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 53 et s.
- PICARD É., « Common law », dans D. ALLAN et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, p. 238

-
- PICARD É., « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen », dans S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et Démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 211
 - PICARD É., « Science du droit ou doctrine juridique », *L'unité du droit : mélanges en hommages à Roland Drago*, Paris, Économica, 1996, p. 79
 - REDOR M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. Évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Aix-Marseille-Paris, PUAM-Économica, 1992
 - SCHMITT C., *La Dictature*, Paris, Éditions du Seuil, novembre 2000
 - SCHMITT C., *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, Léviathan, 1993
 - TIMSIT G., *Les noms de la loi*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1991
 - VILLEY M., « La " Rechtslehre " de Kant dans l'histoire de la science juridique », *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 150
 - VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001
 - VOGEL L. (dir.), *Des droits au droit : Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2006
 - WÜRTEMBERGER Th., « L'État de droit avant l'État de droit », dans O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 79