

LES MAXIMES JURIDIQUES EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC : QUESTIONS HISTORIQUES ET THÉORIQUES

PAR

Robert KOLB

CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT À L'INSTITUT UNIVERSITAIRE
DE HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES (GENÈVE)

SOMMAIRE

- I. INTRODUCTION
- II. LA DISTINCTION ENTRE PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT ET MAXIMES
 - 1. L'évolution historique
 - 2. Les aspects théoriques
- III. CONCLUSION

I. — INTRODUCTION

1. Depuis la parution de l'ouvrage de référence de B. Cheng (1) sur les principes généraux et maximes juridiques en droit international, presque cinquante ans se sont écoulés. Pendant cette longue période au fil de laquelle les études spécialisées sur les aspects du droit international les plus divers ont proliféré, peu d'attention a été dévolue sinon aux principes généraux de droit, toujours sous-jacents d'une manière ou d'une autre, du moins à cette collection de règles et d'adages difficiles à appréhender que sont les maximes. Procédant de la tradition juridique commune aux peuples, elles trouvent leurs racines le plus souvent dans le droit romain et leur élaboration formelle dans le *ius commune* nourri par les civilistes et canonistes du moyen âge (2). Elles ont été reçues dans le droit anglais soit

(1) B. CHENG, *General Principles of Law As Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1953. Pour l'évolution historique des principes généraux de droit et leur rôle, voir aussi R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 3 et s.

(2) Sur le *ius commune* du moyen âge, voir E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milan, 1935. E. BESTA, *Introduzione al diritto comune*, Milan, 1938. A. ROTA, *Diritto comune*, Rome, 1946. F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milan, 1951. G. CASSANDRO, *Lezioni di diritto comune*, Naples, 1974. G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, 3 éd., Milan, 1989. G. ERMINI, *Scritti di diritto comune*, Padoue, 1976. H. THIEME, « Gemeines Recht », dans : A. ERLER/ E. KAUFMANN (éds), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. I, Berlin, 1964, pp. 1506

à travers une pré-réception du droit romain qui ne fit pas défaut dans le royaume norman (3), soit à travers une émergence autonome dans la jurisprudence du common law. Les commentateurs cherchaient à fixer au cas par cas la *ratio decidendi* (*reason, rule of law*) des espèces en la distinguant de la lettre, de la motivation ou des *obiter dicta* (4). Comme sur le continent,

et s. U. WOLTER, *Ius canonicum in iure civili*, Cologne/Vienne, 1975. H. COING, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, Wiesbaden, 1968. H.E. FEINE, « Zum Fortleben des römischen Rechtes in der Kirche », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, vol. 73, 1966, pp. 1 et s. H. DILCHER, « Romanistische Mediävistik », *Juristische Schulung*, vol. 6, 1966, pp. 387 et s. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 éd., Göttingen, 1967, pp. 26 et s., 45 et s. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Munich/Berlin, 1958, pp. 55 et s. W. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt des Rechtskultur in Italien*, Leipzig, 1938, pp. 172 et s. P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV*, thèse, Paris, 1964. C. LEFEBVRE, « Juges et savants en Europe », *Ephemerides iuris canonici (Rome)*, vol. 22, 1966, pp. 107 et s. P. VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford, 1929. E. MEYNAL, « Roman Law », dans : C.G. CRUMP/E.F. JACOB (éds), *The Legacy of the Middle Ages*, Oxford, 1926 (réimpression en 1951), pp. 363 et s. L. PROSDOCIMI, « La formazione dell'unità giuridica medievale e il diritto comune », dans : E. ROTA (éd), *Questioni di storia medievale*, Milan, 1946, pp. 607 et s. F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, t. I, Milan, 1954, pp. 139 et s., 345 et s. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa — Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milan, 1982, pp. 21-318. Pour une source historique, cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, t. I-VII, Heidelberg, 1834-1851.

(3) Sur ce point, voir VINOGRADOFF (n. 2), pp. 97 et s. CALASSO (n. 2), pp. 617 et s. CAVANNA (n. 2), pp. 584 et s. LEFEBVRE (n. 2), pp. 179 et s. H. PETER, *Römisches Recht und Englisches Recht*, Wiesbaden, 1969. F. PRINGSHEIM, « The Inner Relationship between English and Roman Law », dans : F. PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen*, t. I, Heidelberg, 1961, pp. 76 et s. W.W. BUCKLAND/A.D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, 2 éd., Cambridge, 1952. T.E. SCRUTTON, *The Influence of Roman Law on the Law of England*, Cambridge, 1885. C.K. ALLEN, *Law in the Making*, 6 éd., Oxford, 1958, pp. 157 et s. R. DAVID, « Droit commun et common law », *Mélanges T. Ascarelli*, vol. I, Milan, 1969, pp. 347 et s. P. STEIN, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today*, Cambridge, 1969. J.L. BARTON, *Roman Law in England*, dans : *Ius romanum medii aevi*, V, 13, a (1971). R.V. TURNER, « Roman Law in England before the Time of Bracton », *Journal of British Studies*, vol. 15, 1975, pp. 1 et s. T.F.T. PLUCKNETT, « The Relations between Roman Law and English Common Law down the Sixteenth Century : A General Study », *University of Toronto Law Journal*, vol. 3, 1939, pp. 24 et s. F.H. LAWSON, « The Teaching of Roman Law in the United Kingdom », *Mélanges P. Koschaker*, vol. II, Milan, 1954, pp. 271 et s. A. ALBERTI, *Scuole italiane e giuristi italiani nello sviluppo storico del diritto inglese. Contributo alla storia della penetrazione del diritto romano in Inghilterra*, Bologne, 1937. S. RICCIBONO, *Diritto romano nell'Europa medievale*, Milan, 1950, pp. 74 et s. E. RATHBONE, « Roman Law in the Anglo-Norman Realm », *Studia Gratiana*, t. XI, Bologne, 1967, pp. 253 et s. R.C. PALMER, « The Origins of the Legal Profession in England », *The Irish Jurist*, vol. 11, 1976, pp. 126 et s.

Parmi les ouvrages d'histoire du droit anglais, cf. F. POLLOCK/F.W. MATTLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2 éd., t. I, Cambridge e.a., 1898, réimprimé en 1968, pp. 111 et s. W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 7 éd., t. II, Londres, 1956, pp. 127 et s. et t. V, 3 éd., (1945), pp. 4 et s. T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, Boston/Londres, 1956, pp. 294 et s. Pour un bref aperçu, cf. G. WESENBERG/G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4 éd., Cologne/Vienne, 1985, pp. 75-79. Pour le droit écossais, cf. P. STEIN, *Roman Law in Scotland*, dans : *Ius romanum medii aevi*, V, 13, b (1968) ou P. STEIN, « The Influence of Roman Law on the Law of Scotland », *The Juridical Review*, vol. 8, 1963, pp. 205 et s. Pour le droit canonique, cfr. aussi S.E. THORNE, « Le droit canonique en Angleterre », *Revue historique du droit français et étranger*, vol. 13, 1934, pp. 499 et s. W. ULLMAN, « Canonistics in England », *Studia Gratiana*, t. II, 1954, pp. 519 et s. POLLOCK/MATTLAND, *op.cit.*, t. I, pp. 117 et s.

(4) Cfr. R.J. WALKER, *The English Legal System*, 4 éd., Londres, 1976, pp. 116 et s. A.K.R. KIRALFY, *The English Legal System*, 3 éd., Londres, 1960, pp. 86 et s. En perspective historique, cf. ALLEN (n. 3), pp. 183 et s.

cette concentration normative à partir d'une multitude de cas individuels a abouti à la croissance d'un corps spécial de règles. Quelques-unes devaient s'armer de normativité autonome, devenant des principes, d'autres restèrent des *topoi* sans conditions et domaines d'application nettement définis (maximes). Nous connaissons tous ces règles dont la vénérable ancienneté se pare d'incisives formules latines : *nemo ex propria turpitudine commodum capere potest* (5); *venire contra factum proprium non valet* (6); *nemo iudex in re sua* (7); *fraus omnia corrumpit* (8); *qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset* (9); *qui prior est tempore, potior est in iure* (10); *ignorantia facti non iuris excusat* (11); *privilegium personale personam sequitur et extinguitur cum persona* (12); *res transit cum onere suo* (13); *nemo potest ad impossibile obligari* (14); *locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria vel iactura* (15); *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (16); *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (17); *in pari turpitudine melior est*

(5) Voir *Dig.*, 17, 2, 63, 7 (Ulpien); *Dig.*, 50, 17, *regula* 134, 1 (Ulpien); *Codex Justinianus*, 7, 8, 5, (Alexandre Sévère); *Cod.*, 8, 55, 4 (Dioclétien). La formule actuelle de la règle fut forgée au moyen âge; voir F. STURM, « Aperçu sur l'origine du brocard *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 30, 1970/1, pp. 289 et s.

(6) Cfr. par exemple Azo, *Brocardica sive generalia iuris* (éd. 1568), rubr. 10, 28. *Dig.*, 1, 7, 25 pr (attribué à Ulpien). Voir E. REIZLER, *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912. En droit international la maxime a fondé la doctrine de l'estoppel; cf. J.P. MÜLLER/B. COTTIER, « Estoppel », *EPIL*, vol. 7, pp. 78-81, avec des renvois.

(7) Cf. *Codex Justinianus*, lib. 3, lit. 5. Cfr. CHENG (n. 1), pp. 279 et s. H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, pp. 158 et s.

(8) Cf. CHENG (n. 1), pp. 158-160. Voir déjà Azo (n. 5), rubr. 64 et Dioclétien, *Cod.*, 2, 4, 30.

(9) *Liber Sextus* (Boniface VIII, 1298), *Corpus iuris canonici*, 5, 12, *regula* 43. Cfr. déjà *Dig.*, 19, 2, 13, 11 (Ulpien). En droit international la maxime a fondé la doctrine de l'acquiescement; cf. J.P. MÜLLER/B. COTTIER, « Acquiescence », *EPIL*, vol. 7, pp. 5-7, avec des renvois.

(10) *Liber Sextus* (n. 9), *regula* 54. Voir déjà *Codex Justinianus*, lib. 8, tit. 17, 3, (Caracalla).

(11) *Liber Sextus* (n. 9), *regula* 13. Voir déjà *Dig.*, 17, 1, 29, 1 (Ulpien). Glose '*Qui sciens*' ad *Cod. Just.* 2, 11, 15. T. MAYER-MALY, « Ignorantia facti und ignorantia iuris », *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 170, 1970, pp. 133 et s.

(12) *Liber Sextus* (n. 9), *regula* 7. Cfr. déjà *Dig.*, 24, 3, 13 (Paulus); *Dig.*, 50, 15, 4, 3 (Ulpien); *Dig.*, 50, 17, 196 (Modestin). *Codex iuris canonici*, can. 74.

(13) Cf. DAMASUS, *Brocarda sive regulae canonicae* (vers 1230), tit. 93. Dans le droit international de la succession, cf. L. OPPENHEIM (éd. par R.Y. JENNINGS/A. WATTS), *International Law — A Treatise, Peace*, 9 éd., Londres, 1992, pp. 213, 682. Pour K. STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 47, 1934-I, p. 479, il s'agissait encore de l'une des rares règles générales admises dans le droit international de la succession d'États et fondée sur l'équité.

(14) *Liber Sextus* (n. 8), *regula* 6. Voir déjà *Dig.*, 50, 17, 185 (Celsus). Cfr. C. WOLLSCHLAGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, Cologne, 1970.

(15) *Liber Sextus* (n. 8), *regula* 48. Voir déjà *Dig.*, 50, 17, 206 (Pomponius) et *Dig.*, 12, 6, 14 (Pomponius).

(16) En droit romain l'adage se présentait sous la forme de : '*Alteri stipulari nemo potest*'. Cf. *Dig.*, 45, 1, 38, 17 (Ulpien). Le droit romain ne connaissait pas la représentation directe (cf. U. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart, 1969). Dans le droit international consensualiste, l'adage a pris la place d'un principe de droit. Il y découle de la souveraineté. C'est un exemple intéressant de rétroaction de la structure d'un ordre juridique sur le caractère de principe ou de maxime d'une proposition donnée.

(17) Ou : '*nemo dat quod non habet*'. Voir *Dig.*, 50, 17, 54 (Ulpien). *Dig.*, 50, 17, 175, 1 (Paulus) et 50, 17, 177 (Paulus). Voir aussi l'article 1599 du Code civil français ou les articles 405 et 932-4 du BGB allemand.

causa possidentis (18); *odia restringi et favores convenit ampliari* (19); *qui contra iura mercatur, bonam fidem praesumitur non habere* (20); *fidem non servanti fides servanda non est (inadimplenti non est adimplendum)* (21); *audiatur et altera pars* (22); etc. (23). Ces maximes (qui peuvent paraître vagues ou contradictoires (24)) sont en quelque sorte la quintessence du droit romain. Celui-ci vint à être considéré, à la fin du moyen âge, comme la *ratio scripta*. Il nourrit nombre de spéculations sur le droit naturel rationaliste (25). Certaines de ses maximes furent alors tout naturellement transportées vers le droit international interétatique en voie de formation (26).

(18) *Dig.*, 3, 6, 5, 1 (Ulpian). Cf. H.H. SEILER, « Paragraph 817, S.2. BGB und das römische Recht », *Mélanges W. Felgenträger*, Göttingen, 1969, pp. 379 et s. P. SAVEY CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité — Etude sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, thèse, Lyon, 1930, pp. 23 et s. H. HONSELL, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte*, Munich, 1974, pp. 85 et s.

(19) *Liber Sextus* (n. 9), *regula* 15. Glose 'Adiuvandae' ad *Dig.*, 28, 2, 19 (attribuée éventuellement à J. Bassianus). Glose 'Adfici mitte' ad *Dig.*, 18, 7, 7.

(20) *Liber Sextus* (n. 9), *regula* 82. Voir déjà *Cod. Just.*, 11, 48, 7, 3, à la fin (Valentinien I).

(21) *Liber Sextus* (n. 9), *regula* 75. DAMASUS, *Brocarda sive regulae canonicae* (vers 1230), tit. 51. Cf. F. MERZBACHER, « Die Regel Fidem frangenti fides frangitur und ihre Anwendung », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, vol. 99, 1983, pp. 339 et s.

(22) Cf. *Dig.*, 48, 17, 1 pr. (Marcien). L'une des premières formulations dans la forme actuelle se trouve chez A. SAUR, *Peinlicher Prozess*, Francfort-sur-le-Main, 1580. (voir LIEBS, cité à la note suivante, p. 32). En droit international, cf. P. HAMACHER, *Die Maxime audiatur et altera pars im Völkerrecht*, Vienne/New York, 1986.

(23) Parmi les nombreux recueils de principes, adages et brocards latins, cf. D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 4 éd., Munich, 1986. L. DE MAURI, *Regulae iuris*, 11 éd., Milan, 1976. H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 10 éd., Londres 1939. Voir aussi F. FROMMELT, *Regulae iuris*, Leipzig, 1878. A. JOUANNEAU, *Recueil de maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire*, 3 éd., Paris, 1932. H. ROLAND/L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, 1977. G.G. LEE, *Handbook on Legal Maxims*, Cebu City, 1985. H. ROLAND/L. BOYER, *Expressions latines du droit français*, 3 éd., Paris, 1993. A. MAYRAND, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3 éd., Cowansville, 1994.

(24) Cf. par exemple G. SCHWARZENBERGER, « The Fundamental Principles of International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 87, 1955-I, pp. 195 et s., partic., p. 208. Voir déjà CINUS, *Comment ad. C. 2, 4, 5* (cf. P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburg, 1966, p. 154. Voir aussi l'anecdote Rabelaisienne reproduite chez STEIN, *op. cit.*, pp. 162-3).

(25) Sur le droit romain comme 'ratio scripta', cf. A. GUZMAN, *Ratio scripta*, dans : *Ius commune, cahier spécial no. 14* (1981). Sur la réception du droit romain comme fondement des doctrines juridiques de l'époque des lumières aboutissant sur les grandes codifications, voir par exemple CAVANNA (n. 2), pp. 319 et s. WESENBERG/WESENER (n. 3), pp. 139 et s. H. THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, 2 éd., Bâle, 1954. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 3 éd., Munich, 1958, pp. 245 et s.

(26) Que le droit international classique ait reçu une multitude d'apports du droit romain (*ratio scripta*) a été maintes fois souligné; cf. déjà R. WISEMAN, *The Law of Nations : Or the Excellency of the Civil Law Above all other Human Laws whatsoever. Showing of How Great the Use and Necessity the Civil Law is to the Nation* (1656), cité par H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, 1927, p. 25. E.S. CREASEY, *First Platform of International Law*, Londres, 1876, pp. 83 et s. R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, vol. I, Londres, 1879, p. 34. Cfr. aussi K.H. ZIEGLER, « Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts », dans : *Ius commune*, t. IV, Francfort-sur-le-Main, 1972, pp. 1 et s. B. PARADISI, *I fondamenti storici della comunità giuridica internazionale*, Sienne, 1944. J. KOSTERS, « Les fondements du droit des gens », *Bibliotheca Visseriana*, t. IV, Leyden, 1925, pp. 156 et s. A. MIAJA DE LA MUELA, « Aportaciones históricas y actuales del derecho romano al orden interna-

2. Au regard de leur diffusion et du rôle permanent qu'elles ont joué dans l'appréciation juridique de différends internationaux, le peu d'intérêt qu'elles ont suscité dans la doctrine récente est regrettable. Certes, leur caractère ponctuel paraît les rendre particulièrement réfractaires aux constructions à visée générale, cherchant à les embrasser par voie de systématisation en les intégrant dans une vaste synthèse. Si une telle représentation peut s'appliquer à saisir la vie d'un principe général de droit, il en va par nature autrement des maximes. Celles-ci sont comme l'équité (27) des règles de pondération du cas individuel. Elles sont la monnaie du droit, sans laquelle la circulation monétaire étouffe. On n'en saisit l'esprit qu'en se pénétrant de ce charme particulier aux choses petites et parfois un peu fuyantes, qu'en s'ouvrant aux impératifs de la justice individuelle, qu'en mesurant les plis multiples de l'argumentation juridique, qu'en s'armant d'une patience poussant à explorer la casuistique la plus éparsée. Or, ainsi comprises, ces maximes ont le mérite de s'ouvrir sur la vie le plus intime du droit. Considérées sous l'aspect du poids qu'elles impriment aux cas individuels, elles apparaissent à l'opposé de leur formule abstraite comme des vecteurs concrets d'une topique juridique. Plus chargées des exigences et expressions spontanées de la justice, plus riches de signification humaine, elles s'éclairent jusque dans leurs replis d'un jour nouveau quand elles retrempe dans ce milieu particulier où elles trouvent leurs applications quotidiennes. C'est dans cet esprit que nous poursuivrons ici l'étude des maximes ayant une pertinence en droit international. Le dessein est de faire suivre la présente contribution introductive d'autres études consacrées chacune à une maxime particulière et susceptibles de s'ordonner en un cycle cohérent. Ainsi pourrait être dressée une carte bien plus détaillée du monde de ces princes de l'ombre, apte à reproduire avec plus de fidélité les reliefs,

cional », *Mélanges Santa Cruz Teijeiro*, Valence, 1974, pp. 531 et s. A.D. McNAIR, « The Debt of International Law in Britain to the Civil Law and the Civilians », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 39, 1953, pp. 183 et s. U. SCHEUNER, « L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 68, 1939-II, partic., p. 151. M. SØRENSEN, *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, pp. 141 et s. G. BARILE, « La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice », *Comunicazioni e studi*, vol. 5, 1953, pp. 177 et s. J.P.A. FRANÇOIS, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 66, 1938-IV, p. 176. G. BALLADIRE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, 8 éd., Milan, 1962, p. 96. Pour les principes généraux de droit en particulier, cf. J. SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, Kiel, 1928, pp. 46 et s.

Un autre apport du droit romain au droit international s'est véhiculé par la voie du *ius gentium* tel que reformulé au moyen âge. Sur le *ius gentium*, cf. le bref aperçu de A. TRUVOL Y SERRA, « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 173, 1981-IV, pp. 27 et s. Voir aussi M. VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, 4. vols., Leipzig, 1856-1875, vol. I-IV (réimprimés en 1966). P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, t. I, Paris, 1928, pp. 261 et s. M. LAURIA, « *Ius gentium* », *Mélanges P. Koschaker*, t. I, Weimar, 1939, pp. 258 et s. P. FREZZA, « *Ius gentium* », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, vol. 2, 1949, pp. 259 et s. G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Milan, 1974. G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milan, 1946. A. GUARINO, *Diritto romano*, 9 éd., Naples, 1992, pp. 161 et s. M. KASER, *Ius gentium*, Cologne/Weimar, 1993.

(27) Cfr. P. REUTER, « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », *R.B.D.I.*, vol. 15, 1980, p. 166.

parfois les accidents, qu'accuse leur application dans le domaine particulier du droit international public. A ce titre, il faut dire que le droit international est un droit particulièrement propice aux maximes (28). Elles permettent une pénétration limitée de la règle juridique dans un terrain souvent enclin aux fluctuations et aux contingences, marqué par la prédominance des situations particulières sur les situations générales (29), et naturellement réfractaire à la réglementation juridique par voie de préceptes rigoureux et systématiques (30).

Dans cette première contribution il sera question des racines historiques et de la nature des principes et maximes. Ces questions ne sont pas propres au droit international. Elles sont du domaine de l'histoire du droit et de la théorie générale du droit.

II. — LA DISTINCTION ENTRE PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT ET MAXIMES JURIDIQUES

1. — *L'évolution historique*

1. Longtemps il n'exista aucune différence réelle entre un principe de droit et une maxime : les propositions juridiques avaient toutes plus ou moins un caractère ponctuel. Cela tient à la nature du droit qui a été pendant très longtemps essentiellement jurisprudentiel. Tant sur le continent que dans les pays anglo-saxons cette approche a prévalu pendant des siècles jusqu'à l'époque du droit rationnel et des codifications (31). Les maximes

(28) Sur certaines caractéristiques structurelles du droit international, cf. F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2 éd., t. I, Munich, 1975, pp. 16 et s. KOLB (n. 1), pp. 162 et s.

(29) Cfr. Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4 éd., Paris, 1970, pp. 165-6, 421-2. BERBER (n. 28), pp. 22 et s. A. VERDROSS, « Abstrakte und konkrete Regelungen im Völkerrecht », *Völkerrecht und Völkerbund*, vol. 4, 1937/8, pp. 212 et s. J.L. BRIERLY, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58, 1936-IV, p. 16. H. MOSLER, « Völkerrecht als Rechtsordnung », *ZaöRV*, vol. 36, 1976, p. 27. M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, vol. 183, 1983-V, p. 39, 169-170. A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, t. I, Milan, 1956, p. 97. D. SCHINDLER, « Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 46, 1933-IV, p. 265. A. ROSS, *A Textbook of International Law*, Londres/New York/Toronto, 1947, p. 58-9, etc.

(30) Cfr. notamment Ch. DE VISSCHER (n. 29), pp. 163 et s.

(31) Sur le mouvement de la codification dans la perspective historique, cf. S. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm, 1960. J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles, 1967. G. TARELLO, *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*, Gênes, 1971. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne, 1976. H. COING, « Zur Vorgeschichte der Kodifikation : die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert », dans : *Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società italiana di storia del diritto, La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. II, Florence, 1977, p. 797 et s. G. ASTUTI, « La codificazione del diritto civile », *ibid.*, p. 847 et s. P. CARONI, « Kodifikation », dans : A. ERLER/E. KAUFMANN (éds), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. II, Berlin, 1971, pp. 907 et s. CAVANNA (n. 2), pp. 194 et s. WIEACKER (n. 2), pp. 322 et s. Pour un recueil de matériels, textes et bibliographie, cfr. aussi M.E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3 éd., Turin, 1967.

et les principes sont donc restés pendant des siècles des règles de raisonnement et de décision judiciaire confondus aux autres règles. Originellement ils n'ont de signification réelle que par leurs liens avec les cas particuliers dont ils représentent une rationalisation par induction. Ils sont une règle de synthèse (*quasi quaedam singulorum coniunctio disposita*) (32) obtenue selon les termes de BOETHIUS, *ex pluribus similitudine colligitur* (33).

Les règles des ordres juridiques modernes apparaissent sous un jour tout différent. L'ordre juridique moderne est fondé sur l'idée d'un système cohérent et complet de règles abstraites et générales édictées par un pouvoir politique et appliquées par voie de syllogisme (34). Au sein d'un tel système la différence entre une maxime, une règle et un principe s'accuse. La maxime n'est qu'une proposition issue de l'expérience juridique sans valeur précise dans le système des sources. Le principe s'arme au contraire d'autonomie normative; son champ d'application se précise et il vient à former une base de déduction. Voyons de plus près comment ces évolutions se sont faites.

2. a) Le droit romain qui était un droit d'actions n'a jamais dépassé le cadre du raisonnement casuistique (35). Cette approche casuistique se manifeste à plusieurs niveaux. La législation, tant à l'époque de la République qu'à celle du Principat, se limitait à réglementer des questions spécifiques. Les anciennes Douze Tables ne relèvent d'aucune systématique si ce n'est d'un rapprochement de normes par méthode d'association d'idées (36). Le droit prétorien (37) (c'est-à-dire le droit issu de l'administration juridique de magistrats ayant la fonction non seulement d'appliquer mais aussi de développer le droit) n'aspirait pas davantage à s'établir en système car il n'était qu'un ordre d'application subsidiaire : 'adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia' comme le formule Papinien (38). Les actions

(32) BULGARUS, *Introductiones Bulgari (Excerpta legum edita a Bulgarino causidico)* (entre 1123 et 1141), cf. P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966, p. 133.

(33) A.M.S. BOETHIUS, *In topica ciceronis commentarius* (éd. 1540), lib. IV, cité par STEIN (n. 32), p. 135.

(34) Sur les fondements idéologiques et théoriques du droit codifié, cf. les explications de L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padoue, 1981, pp. 25-178. Cfr. aussi W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, t. IV, *Dogmatischer Teil*, Tübingen, 1977, pp. 129 et s.

(35) M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2 éd., t. I, Munich, 1971, pp. 2 et s. M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen, 1962, p. 47 et s. J. STROUX, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam, 1949.

(36) Cf. M. KASER, *Römisches Privatrecht*, 14 éd., Munich, 1986, p. 23.

(37) Sur cette notion, cf. M. KASER (n. 36), pp. 17 et s., 32-3. KASER, *Das römische...* (n. 35), pp. 205 et s., avec des renvois. M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 éd., Göttingen, 1982, pp. 138 et s. M. KASER, « Ius honorarium und ius civile », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 101, 1984, pp. 1 et s. A. GUARINO *Diritto privato romano*, 8 éd., Naples, 1988, pp. 105 et s. P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, t. I, Paris, 1928, pp. 295 et s. P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, vol. II-1, Rome, 1929, pp. 204 et s., 222 et s. M. BREFONE, *Storia di diritto romano*, 4 éd., Bari, 1991, pp. 139 et s.

(38) *Dig.*, 1, 1, 7, 1.

qu'il conférerait, rassemblées dans les diverses éditions de l'*Edictum* (39), étaient calquées comme les *writs* du *common law* anglais (40) sur des faits spécifiques qui seuls les justifiaient. Leurs formules étaient élargies au cas par cas pour couvrir des situations similaires en recourant à des considérations téléologiques (*utilitas*; *actiones utiles*) ou d'équité (*aequitas*) (41). Enfin, les jurisconsultes étaient quant à eux appelés à contribuer à l'évolution juridique par voie de *consilia* ou de *responsa* (c'était un privilège conféré par le Prince) (42). Le *responsum* était un avis de droit rendu par écrit en réponse à une question posée au jurisconsulte par une partie à un litige. Toute l'activité doctrinale consiste à discuter des cas litigieux et de répondre aux problèmes juridiques qu'ils posent. Le Digeste qui rassemble ces diverses sources se présente dès lors comme une somme de *quaestiones* individuelles. Malgré quelques exceptions (43), la science juridique romaine est essentiellement une somme d'innombrables phénomènes de détail.

Avec la densification progressive de la casuistique il devint nécessaire de classer et de synthétiser les sources afin de maintenir la cohérence de la jurisprudence. On comprend dans ces conditions la prédilection pour la méthode analogique (*ubi eadem ratio, idem ius*) (44) qui ouvrait la voie à une systématisation partielle de ce matériel. Les jurisconsultes cherchèrent à dégager la raison commune sous-jacente à certaines de ses manifestations.

(39) Le texte de l'Édit fut définitivement arrêté sous Hadrien, d'où son nom de *Edictum perpetuum* (Édit perpétuel). Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3 éd., Leipzig, 1927 (réimprimé en 1985). KASER, *Römische...* (n. 37), p. 148. La rédaction de l'Édit perpétuel revint à l'un des plus grands juristes de tous les temps, Salvius Julianus (cf. H.H. SEILER, dans : M. STOLLEIS (éd.), *Juristen*, Munich, 1995, p. 317-8. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2 éd., Graz/Cologne, 1967, pp. 157 et s.).

(40) Cf. R. VAN CAENEGEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanwill*, Londres, 1959. F.E. HARMER, *Anglo-Saxon Writs*, Manchester, 1952. A.K. KIRALFY, *The Action on the Case. A Historical Survey*, Londres, 1951. T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5 éd., Londres, 1956, pp. 354 et s., 637 et s. D.M. STENTON, *English Justice Between the Norman Conquest and the Great Charter, 1066-1215*, Londres, 1965, pp. 26 et s. J.S. CRITCHLEY « The Early History of the Writ of Judicial Protection », *Bulletin of the Institute of Historical Research*, vol. 45, 1972, pp. 196 et s. Pour le parallélisme avec le droit romain, voir H. PETER, *Actio und Writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*, Tübingen, 1957. Pour un bref aperçu, cf. CAVANNA (n. 2), pp. 501 et s.

(41) Cf. KASER (n. 36), p. 32.

(42) Cf. KASER (n. 36), pp. 15 et s. KASER, *Römische...* (n. 37), pp. 178 et s. Cfr. aussi W. KUNKEL, « Das Wesen des *ius respondendi* », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 66, 1948, pp. 423 et s. M. HORVAT, « Note intorno allo *ius respondendi* », *Mélanges V. Arangio-Ruiz*, t. II, Naples, 1964, pp. 710 et s.

(43) Telle par exemple l'œuvre de GAIVS, *Institutiones*, divisée selon une réflexion systématique en *personae* (livre I), *res* (livres II et III) et *actiones* (livre IV). (Sur Gaius, cf. *infra*, note 51). L'influence de la rhétorique grecque sur cette œuvre a été soulignée par STROUX (n. 35), pp. 23 et s., 102 et s., non sans être contesté (cf. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 92-3).

(44) Cf. la Glose '*Aestimari*' ad *Dig.*, 9, 2, 32 pr. et N. EVERARDI, *Loci argumentorum legales* (éd. 1552 Lovanii), locus 13 (*locus a simili*), au début : « Uno modo sic, ubicunq[ue] est eade ratio vel aequitas, ibi debet esse eade iuris dispositio... ».

S'ébauchaient ainsi, par voie d'induction, des règles plus générales, représentant la raison commune d'une série de décisions concrètes. D'autres méthodes exégétiques accompagnaient cette démarche ascendante : par exemple la distinction entre *genera* et *species* derrière laquelle se profile la dualité de règle et d'exception (45). Le terme même de *regula* dans son acception juridique courante semble avoir été introduit par l'éminent et progressiste Labéon (46). Comme le dit P. STEIN, le mot *regula* indiquait « a normative proposition which governed all situations which could be subsumed under its *ratio* » (47). L'approche limitée et inductive est bien soulignée par la célèbre définition de Paulus : « Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat » (48).

Peu à peu ces règles furent recueillies dans des *Libri Regularum* (49). La première collection de *regulae*, comprenant quinze livres (50), est celle de Neratius. C'était un juriste proculien (51), membre du Conseil d'Hadrien (52). Elle devait rester la plus longue. L'auteur affirme certaines règles générales sans l'appui d'un appareil scientifique. Ces règles générales sont obtenues par le rapprochement de cas tributaires d'une *ratio iuris* analogue. D'autres juristes suivirent l'exemple dans des œuvres plus brèves dont il ne nous reste parfois que des fragments (53). Tel est le cas de Cervidius Scaevola (54), de Gaius (55), de Pomponius (56), de Paulus (57), d'Ul-

(45) Sur l'évolution de la méthode dans le droit romain, voir aussi. G. LA PIRA, « La genesi del sistema nella giurisprudenza romana : I problemi generali », *Mélanges F. Virgili*, Rome, 1935, pp. 159 et s. H. COING, « Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 69, 1952, pp. 24 et s.

(46) Cf. STEIN (n. 32), p. 65-6. Sur Labéon fils (Labeo), cf. B. KUPISCH, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 365-6.

(47) STEIN (n. 32), p. 66.

(48) *Dig.*, 50, 17, 1; voir à ce propos STEIN (n. 32), p. 67.

(49) Cf. STEIN (n. 32), pp. 79 et s. Sur les *regulae iuris*, voir aussi A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani*, Naples, 1966. R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milan, 1966.

(50) *Libri regularum* (début du 2^e siècle ap. J.C.).

(51) Sur la différence entre l'école proculienne et sabinienne, restée en grande partie obscure jusqu'à aujourd'hui, voir les remarques de V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 2 éd., Naples, 1940, pp. 271 et s. KASER, *Römische...* (n. 37), p. 187.

(52) Sur le Consilium (conseil d'État), cf. J. CROOK, *Consilium Principis : Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian*, Cambridge, 1955. KASER, *Römische...* (n. 37), pp. 179-180, 188. ARANGIO-RUIZ (n. 51), p. 240. Sur Neratius Priscus, cf. R. KNÜTEL, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 453-4. R. SYME, « The Jurist Neratius Priscus », *Hermes*, vol. 85, 1957, pp. 480-493. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2 éd., Graz/Cologne, 1967, p. 144-5.

(53) Cf. STEIN (n. 32), pp. 82 et s.

(54) Sur C. Scaevola, cf. B. KUPISCH, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 545. KUNKEL (n. 52), p. 217-8.

(55) Sur Gaius, cf. O. BEHREND, dans *Stolleis* (n. 39), p. 221-3. KUNKEL (n. 52), p. 186 et s.

A.M. HONORE, *Gaius — A Biography*, Oxford, 1962.

(56) Sur Pomponius, cf. H.H. SEILER, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 496. KUNKEL (n. 52), p. 170-1.

(57) Sur Paul, cf. R. KNÜTEL, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 477-9. KUNKEL (n. 52), p. 244-5.

prien (58), de Licinus Rufinus (59), de Marcien (60) et de Modestin (61). Ces recueils de *regulae* fournissaient parfois la base de brefs manuels de droit romain (62) : c'étaient des brefs précis de droit (*restatements of law*) formés d'une collection de règles exposées avec précision et faciles à retenir, dépouillées du support d'une démonstration de la pratique ou d'une reproduction de l'opinion.

Un pas supplémentaire — mais encore très modeste — de concentration conceptuelle fut franchi par l'école romaniste de Byzance. Elle manifesta une propension affirmée pour la formulation de *regulae* (κανων, *canon*) (63). La tradition de la philosophie et de la rhétorique grecques ainsi que le caractère plus étatiste de la collectivité byzantine semblent y avoir contribué. Cette tendance se manifeste lors de l'élaboration du *Corpus iuris* justinienien (64). Une certaine propension à la concentration peut déjà être perçue au niveau de la pratique de l'interpolation (65) des textes originaux tant décriée à l'époque de l'humanisme juridique (66). Dans l'énorme masse d'une casuistique couvrant plusieurs siècles d'évolution juridique et dès lors

(58) Sur Ulprien, cf. R. KNÜTEL, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 625-6. KUNKEL (n. 52), pp. 245 et s. T. HONORE, *Ulpian*, Oxford, 1982.

(59) Sur Licinus Rufinus, cf. STEIN (n. 32), p. 85 et KUNKEL (n. 52), p. 255-6.

(60) Sur Marcien, cf. KUNKEL (n. 52), p. 258-9.

(61) Sur Modestin, cf. R. KNÜTEL, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 430-1. KUNKEL (n. 52), pp. 259-261.

(62) Cf. ARANGIO-RUIZ (n. 51), p. 269.

(63) STEIN (n. 32), pp. 49 et s., 117. De manière plus affirmée, F. PRINGSHEIM, « Beryt und Bologna », *Mélanges O. Lenel*, Leipzig, 1921, pp. 244 et s. Sur le terme 'canon', cf. aussi L. WENGER, « Über canon und regula in den römischen Rechtsquellen », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, vol. 32, 1943, pp. 495 et s.

(64) Pour un bref aperçu de ce travail législatif, cf. D. LIEBS, *Römisches Recht*, 2 éd., Göttingen, 1982, pp. 96-103. Pour plus de détails, vois KASER, *Römische...* (n. 37), pp. 241 et s. ARANGIO-RUIZ (n. 51), pp. 370 et s. F. EBRARD, « Die Entstehung des Corpus iuris nach den acht Einführungsgesetzen des Kaisers Justinian », *Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte*, vol. 5, 1947, pp. 28 et s. F. WIEACKER, « Corpus iuris », dans : F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*, 2 éd., Stuttgart, 1961, pp. 242 et s.

(65) Sur l'interpolation (le mot vient de l'apprêtement de vieux vêtements), cf. E. ALBERTARIO, « La crisi del metodo interpolazionistico », *Mélanges P. Bonfante*, vol. I, Milan, 1930, p. 609 et s. L. CHIAZZESE, « Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane », *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, vol. 16, 1931. M. KASER, « Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 69, 1952, pp. 60 et s. L. PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris giustiniano*, Milan, 1953. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960. KASER, *Römische...* (n. 36), pp. 257 et s. ARANGIO-RUIZ (n. 50), pp. 385 et s. Cf. aussi l'œuvre monumentale de H.E. TROJE, *Graeca leguntur, Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Cologne/Vienne, 1971.

(66) Cf. par exemple J. CUJAS, *Observationum et emendationum libri* (1556-95). F. HOTMAN, *Antitribonianus* (1567). A. FAVRE, *Rationalia in Pandectas* (1605). Sur ces juristes cf. J. ORTO, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 146-7 (Cujas), J. ORTO, *ibid.*, p. 293-4 (Hotman), J. ORTO, *ibid.*, p. 200 (Favre). Cf. en général CAVANNA (n. 2), pp. 172 et s. WIEACKER (n. 2), pp. 88 et s., 161 et s. H.E. TROJE, « Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus », *Ius commune*, vol. 3, 1970, pp. 33 et s. TROJE (n. 65), pp. 3 et s. L. METZLER, *L'humanisme juridique*, Bruxelles/Luxembourg, 1952. G. KISCH, *Humanismus und Jurisprudenz*, Bâle, 1955. V. PIANO MORTARI, *La scienza giuridica del secolo XVI. Aspetti della scuola culta*, Catania, 1966.

nécessairement amorphe et souvent incohérente, des choix s'imposaient. La Commission de Tribonien appelée à préparer le *Corpus iuris* se vit obligée d'écarter des sources censées dépassées, d'emprêter d'autres sources au regard des évolutions sociales et juridiques, et enfin d'harmoniser des contradictions. Cette pratique aboutissait parfois à élever d'un ou plusieurs degrés l'abstraction des propositions juridiques. Dépouillées de certains accidents, elles confluaient vers la *ratio* commune sous-jacente. Sans nul doute cette orientation a culminé dans l'adjonction d'un dernier titre au Digeste (*Dig.*, 50, 17), *de regulis iuris*, justement célèbre pendant le moyen âge et jusqu'à l'époque des lumières (67). Les divers contenus du Digeste y furent brocardés afin de rendre accessibles les idées profondes qui reliaient d'un fil invisible les innombrables règles de détail. Le titre de *regulis iuris* joue par conséquent le rôle d'un phare éclaircur à l'extrême fin d'une gigantesque œuvre de compilation (68). En tout, 211 *regulae* les plus diverses furent ainsi codifiées (69). L'effort fut continué au moyen âge par la compilation de Boniface VIII (1298) (70).

b) Le processus de densification et de concentration normative fut poursuivi par les civilistes au moyen âge (71). Après une période de régression sociale et juridique dès le 3^e siècle (72) et en particulier après la chute de l'Empire romain d'occident (476 après J.C.) (73), un grand renouvellement

(67) Sur le titre 'de diversis regulis iuris antiqui', cf. STEIN (n. 32), pp. 114 et s. P. STEIN, « The Digest Title 'De Diversis iuris regulis antiqui' and the General Principles of Law », *Mélanges R. Pound*, Indianapolis, 1962, pp. 1 et s. A. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes, 1960, pp. 160 et s.

(68) *Constitutio tanta*, paragr. 8 (cf. O. BEHREND/S. KNÜTEL/B. KUPISCH/H.H. SEILER (éds.), *Corpus iuris civilis, Text und Übersetzung*, t. II, Digesten 1-10, Heidelberg, 1995, pp. 73 et s., 78-9 : « Cetera autem omnia, quae (...) [ad] significatione verborum veteribus inventa sunt quaeque regulariter definita, in sese recipit quinquagesimus, totius consummationis perfectus ». (En français : « Toutes autres choses (...) touchant à ce que les anciens juristes ont dit sur la signification des mots et ce qu'ils ont défini comme règle, est couvert par le cinquantième livre, par lequel toute l'œuvre s'achève »).

(69) Cf. par exemple dans l'édition du *Corpus iuris civilis* de Lyon, 1627, t. III, pp. 1869-1931.

(70) *Infra*, c).

(71) Cf. STEIN (n. 32), p. 131 et s. S. CAPRIOLI, « Tre capitoli intorno alla nozione di regula iuris nel pensiero dei glossatori », *Annali di storia del diritto*, vol. 5/6, 1961/2, pp. 221-374. S. KUTTNER, « Réflexions sur les brocards des glossateurs », *Mélanges J. de Ghellinck*, vol. 2, Gembloux, 1951, pp. 767 et s.

(72) Cf. F. WIEACKER, *Die Krise der antiken Welt*, Göttingen, 1974. F. WIEACKER, *Recht und Gesellschaft in der Spätantike*, Stuttgart, 1964. LIEBS (n. 64), pp. 76 et s. En perspective historique, cf. A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire*, 3 vols., Oxford, 1964.

(73) Cf. CALASSO, *Medio evo del diritto, Le fonti*, t. I, Milan, 1954, pp. 37 et s. VINOGRADOFF (n. 2), pp. 11 et s. Dans la doctrine se sont affrontés la théorie de la catastrophe et la théorie de la continuité selon les accents respectifs que les auteurs ont choisi de mettre soit sur les éléments de rupture (barbarisation du droit romain) soit sur les éléments de continuité (romanisation des droits barbares (*leges barbarorum*)). Cf. P.E. HÜBINGER (éd), *Kulturbruch oder Kulturkontinuität im Übergang von der Antike zum Mittelalter*, Darmstadt, 1968. M. MORA, « Zum Weiterleben des römischen Rechts », *Studia Gratiana*, vol. 13, 1967, pp. 283 et s. WIEACKER (n. 2), pp. 43 et s. Pour un bref aperçu de ces lois barbares, cf. H. SCHLOSSER, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 5 éd., Heidelberg, 1985, pp. 7-10.

des sciences, arts et du commerce s'étale tout au long du 11^e siècle (74). Avec la redécouverte des textes originaux du *Corpus iuris*, surtout du Digeste à la fin du 11^e siècle, s'ouvrit la grande période de la science juridique moyenâgeuse (75). Dans la pensée juridique du moyen âge, attachée à la tradition et non à la création du droit (principe d'autorité) (76), ce code représentait du droit en vigueur en vertu de l'idée de la *translatio imperii* (succession dans l'Empire romain) (77). Il est difficile d'assez insister sur la nature redoutable de la tâche qui était à entreprendre. Malgré tout l'effort d'harmonisation, le *Corpus iuris* demeurait une poussière de cas singuliers issus de l'évolution juridique pluriséculaire. Les dysharmonies et contradictions y abondaient (78). De plus, six cent ans séparaient l'instant en question de celui de l'édition du *Corpus*. Il est dès lors compréhensible que pour maîtriser un tel amas de droit ancien, l'accent de l'activité juridique se déplaça vers une méthode rigoureuse (dite scolastique), de nature systématique, seule capable de chercher à dégager tant les concordances que les discordances des textes (79). Cette méthode scolastique d'exégèse (*mos italicus*) (80) fut d'abord celle des glossateurs (81).

(74) Cf. P. WEIMAR (éd), *Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert*, Zurich, 1981. S. KUTTNER, « The Revival of Jurisprudence », dans : R.L. BENSON/G. CONSTABLE, *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, Oxford, 1982, pp. 299 et s.

(75) Un manuscrit du 6^e siècle de provenance méridionale (possessions byzantines de l'Italie du Sud) fut transféré vers 1050 à Pise (*Littera Pisana* ou *Florentina*). La nouvelle se répandit en toute l'Europe. Une copie de ce manuscrit arriva vers la fin du siècle à Bologne et fut l'objet d'études scientifiques (*Littera Vulgata* ou *Bononiensis*). C'est le point de départ de la renaissance juridique en Occident. Cf. P. WEIMAR, dans : H. COING (éd), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. I, Munich, 1973, pp. 155 et s. C.G. MOR, *Il Digesto nell'età preirneriana e la formazione della 'Vulgata'*, Milan, 1938.

Le *Codex*, les *Institutiones* et les *Novellae* étaient connues à travers les *Epitome Iuliani* (cf. CALASSO (n. 73), pp. 82, 84, 291 et s., 300, 314, 319). D'autres précis vulgarisateurs avaient cours au premier moyen âge, par exemple les *Pauli sententiae* (fin du 3^e siècle), les *Fragmenta Vaticana* (4^e siècle), les *Tituli ex corpore ulpiani* (4^e siècle), les *Epitome Gai* (4^e siècle) ou la *Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti* (5^e siècle). (Cf. CALASSO (n. 73), pp. 66 et s.).

(76) CAVANNA (n. 2), pp. 114-5, 118 et s. Cfr. aussi V. PIANO MORTARI, « L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali », *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. 8, 1954, pp. 457 et s. N. HORN, « Argumentum ab auctoritate in der legistischen Argumentationstheorie », *Mélanges P. Wieacker*, Göttingen, 1978, pp. 261 et s. M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello Statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milan, 1969, pp. 85 et s., 115 et s.

(77) Cf. W. GOEZ, *Translatio Imperii*, Tübingen, 1958.

(78) CAVANNA (n. 2), p. 115-6.

(79) Un exemple de cette méthode fut donné vers 1140 par Gratien avec la compilation de la '*Concordia Discordantium Canonum*', pierre angulaire de ce qui devait devenir le '*Corpus iuris canonici*'; cf. G. LE BRAS, « Canon Law », dans : C.G. CRUMP/E.F. JACOB (éds), *The Legacy of the Middle Ages*, Oxford, 1926, pp. 321 et s. K.W. NÖRR, « Die Entwicklung des Corpus iuris canonici », dans : COING (n. 75), pp. 835 et s.

(80) Cf. K. LUIG, « Mos gallicus, mos italicus », dans : ERLER/KAUFMANN (n. 2), t. III (1984), pp. 691 et s.

(81) Sur les glossateurs, cf. entre autres E. GENZMER, « I Glossatori », *Archivio giuridico Filippo Serafini*, vol. 119, 1938, pp. 113 et s. G. ROSSI, « Glossatori », *Novissimo Digesto italiano*, t. 7, 1961, pp. 1138 et s. CALASSO (n. 73), pp. 521 et s. CAVANNA (n. 2), pp. 105 et s. WIEACKER (n. 2), pp. 60 et s.

Le travail des glossateurs se décomposait en trois phases (82).

La première était d'ordre *philologique* : elle consistait en l'édition critique du texte à travers les divers manuscrits connus.

La deuxième était de nature *analytique* : il s'agissait de considérer le texte comme aspect d'un tout, dans lequel une place spécifique et compatible avec les autres textes devait lui revenir. Aussi, des passages analogues ou parallèles ainsi que contradictoires du *Corpus* entiers étaient produits (*allegatio*); une tentative de résoudre des conflits était entreprise (*solutio contrariorum*) notamment à travers la technique de la distinction (*distinctio*). Le résultat de ces recherches était consigné dans des gloses aux passages en question. Ainsi se tissait autour de ceux-ci un lierre de gloses qui pouvait atteindre l'ampleur d'un précis sur des questions déterminées (*summae*).

Le troisième et dernier pas était de caractère *synthétique* : l'on formulait de brèves phrases illustrant et résumant le texte (*generalia, notabilia*); à Bologne ces adages furent appelés '*brocardia*' (83). À côté de ces adages obtenus par induction l'on discutait à ce stade d'autres problèmes juridiques connexes (*disputatio*). Ce processus produisit donc une série de brocards relativement autonomes, résumant le contenu normatif de différents textes au regard de leur raison (*ratio iuris*) commune. Comme le dit P. STEIN : « The glossator's interest in *regulae* was a manifestation of a general tendency to abstract and generalize the decisions found in the Roman legal texts and to explore and make explicit their relation with each other » (84).

La nature exacte de ces *regulae* et surtout le degré de normativité à leur reconnaître évolua en quatre phases.

(1) Le degré minimal de normativité est celui qui ne voit en ces *regulae* qu'une description d'une série de *rationes decidendi* spécifiques. Ainsi, pour BULGARUS, un grand glossateur assez conservateur, la *regula* est une conjonction de cas particuliers : *quasi quaedam singulorum coniunctio disposita* (85). La *regula* n'est qu'un nom, obtenu par induction et qui n'a aucune autonomie normative par rapport aux espèces qui le fondent. PLACENTINUS, bien plus véhément et progressiste, suivra pourtant l'enseignement de Bulgarus sur ce point (86).

(2) Une conception déjà plus large est adoptée par J. BASSIANUS, disciple de Bulgarus (87). Pour Bassianus aussi la *regula* est fondée sur la réduction

(82) Pour des détails, cf. P. WEIMAR, dans : COING (n. 75), pp. 140 et s.

(83) Cf. VINOGRADOFF (n. 2), pp. 56 et s., 58. CALASSO (n. 73), pp. 526 et s., 532-4. CAVANNA (n. 2), pp. 109 et s.

(84) STEIN (n. 32), p. 131.

(85) *Supra*, note 32. Sur la conception de Bulgarus en général, cf. STEIN (n. 32), pp. 132 et s.

(86) Cf. STEIN (n. 32), pp. 137 et s., 138-9. Sur Placentinus, cf. P. WEIMAR, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 488-9; sur Bulgarus, cf. P. WEIMAR, *ibid.*, p. 316.

(87) Cf. STEIN (n. 32), pp. 139 et s.

des *singulae causae* à leur raison commune. Mais le principe sous-jacent aux cas considérés peut désormais devenir actif et à son tour s'appliquer par analogie à d'autres espèces. Il contribue à accroître la productivité des sources pour tous les cas tributaires des exigences d'une même *aequitas* (88). La *regula* devient ici un point ferme susceptible d'extension horizontale. Elle s'offre comme unité de base d'une théorie de l'analogie (89). Cette conception se retrouve chez AZO (90) et chez PILLIUS MEDICINENSIS (ou DE MEDICINA) (91).

(3) Un pas supplémentaire est franchi par le grand glossateur ACCURSIUS (Accurse) (92) qui rédigea la glose civiliste dans sa forme définitive (*glossa ordinaria*) et eut une influence considérable sur l'évolution juridique pendant plusieurs siècles (93). Pour Accurse, la *regula* peut valoir droit. Elle est en elle-même une norme. Dès lors, si un cas individuel n'ayant pas encore été tranché tombe sous la même *ratio* qui justifie l'existence de la *regula*, cette dernière doit lui être appliquée : *supra casibus in quibus eadem est aequitas, nec tamen sunt in iure positi, bene facit ius* (94). La même orientation que chez Accurse se retrouve chez DINUS, le commentateur du *Liber Sextus* de Boniface VIII (1298) (95). Plus qu'un simple *topos* susceptible d'extension horizontale par analogie, la *regula* devient ici une donnée normative capable de soutenir une démarche déductive de l'opérateur juridique. (Il va sans dire que toutes ces différences ne sont que graduelles dans les textes et qu'il s'agit ici de les mettre dans une lumière vive pour les besoins de l'exposé).

(88) *Quae paribus in causis paria iura desiderat*. Cf. STEIN (n. 32), pp. 139-140. CAPRIOLI (n. 70), p. 275.

(89) L'analogie est liée au moyen âge à la théorie de l'*aequitas* s'opposant à une textualité stricte; cf. H. LANGE, « Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 71, 1954, pp. 319 et s. A. STEINWENTER, « Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie », *Mélanges F. Schulz*, vol. II, Weimar, 1951, pp. 345 et s.

(90) Azo fut un élève de J. Bassianus (cf. P. WEIMAR, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 53) dont il fit assez largement sien l'enseignement. Dans son *Apparatus maior de regulis* (vers 1190), puis dans ses *Brocardica* (ou *Brocarda*) (éd. 1568), il attribue une place considérable aux *regulae* pour son raisonnement juridique. Fidèle à ses prédécesseurs, il entend la *regula* comme étant une *coniunctio causae* en attribuant au mot *causa* le sens de *ratio* (*Comment. ad lege I*). Ailleurs Azo compare le brocard aux *topoi* du rhétoricien et conclut qu'il peut servir comme base à des arguments par analogie : *brocarda sunt loci generales quibus argumenta ad causas de facto adnotamus*. (Cf. STEIN (n. 32), pp. 142-145. CAPRIOLI (n. 71), pp. 360 et s.).

(91) *Libellus Disputatorius* (vers 1185), cité par STEIN (n. 32), p. 144-5. Sur Pillius, cf. P. WEIMAR, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 484-5, avec des renvois.

(92) Sur Accurse, cf. P. WEIMAR, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 18-9, avec des renvois.

(93) Par exemple à travers la règle 'quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia'; cf. E. LANDSBERG, *Über die Entstehung der Regel 'Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum'*, Bonn, 1879. G. ASTUTI, *La glossa accursiana*, Milan, 1967.

(94) Glose '*Regula est ad Lex 1*', cf. STEIN (n. 32), p. 146.

(95) Dinus accepte la vue d'Accurse parce que l'*identitas rationis* exclut qu'une décision dans des cas similaires sur le point décisif soient divergentes. (*Tractatus super regulis iuris in Sexto* (éd. 1518), cf. STEIN (n. 32), p. 151. CAPRIOLI (n. 71), p. 368 et s. Sur Dinus, cf. P. WEIMAR, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 171-2. Sur le *Liber Sextus*, cf. *infra*, c.).

(4) Un pas final, avant les codifications, sera accompli par les juristes de l'époque humaniste. Les juristes les plus divers tenteront d'exposer les contenus du Digeste en principes et maximes facilement abordables. Ce sera le cas de DECIUS (96), MOLINAEUS (Dumoulin) (97), HOTMAN (98), CORASIUS (99), PECKIUS (100), J. GOTHOFREDUS (Godefroy) (101), E. BRONCHORST (102), plus tard de POTHIER (103) ou de BOURJON (104). De nombreux auteurs ayant écrit sur les *regulae* pourraient encore être cités. Il en est ainsi de J.B. DIAZ DE LUCO (105), H. ULNER (106) ou d'autres encore, comme PRATEUS (107). Une mention à part échoit à cette place à Francis BACON (108) et à William BLACKSTONE (109) pour le droit anglais. Les *regulae* sont désormais parfois traitées comme principes de droit. Ainsi pour Bronchorst (1554-1627), les *regulae* sont des '*prima iuris principia*' (110); pour J. CORAS (CORASIUS), il s'agit de règles de droit universel, des '*generalia iuris principia et elementa*' (111). Selon P. STEIN, Godefroy considère ces

(96) *De regulis iuris* (avant 1521). Cf. STEIN (n. 32), p. 162. Sur Decius, cf. E. HOLTHÖFER, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 166-7.

(97) *Notae solennes* (1560). Cf. STEIN (n. 32), p. 162. Sur Du Moulin, cf. J. OTTO, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 181-2.

(98) *Novus commentarius de verbis iuris* (1563), *ad. regula*, cité par STEIN (n. 32), p. 172. Sur Hotman, cf. J. OTTO, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 293-4.

(99) *De iuris arte libellus* (1560), cap. 6, cf. STEIN (n. 32), p. 165. Sur Coras, cf. E. HOLTHÖFER, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 156-7.

(100) P. PECKII, *Partitio titulorum VI de regulis iuris, et de verborum significatione, ad titulos Institutionum D. Iustiniani relata* (éd. Coloniae Arippinae, 1583). P. PECKII, *Commentaria ad regulas iuris canonici* (éd. Helmstadii, 1588). Cf. STEIN (n. 32), p. 166.

(101) *Commentarius in titulum de diversis regulis iuris antiqui* (1652), cf. STEIN (n. 32), p. 167-8. Sur J. Godefroy, cf. E. HOLTHÖFER, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 240-2.

(102) *De regulis iuris* (éd. 1607/8, puis 1624), cf. STEIN (n. 32), p. 166-7. Sur Bronchorst, cf. M. ASHMANN, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 100-1.

(103) *Pandectae in novum ordinem digestae* (1748-1752), *ad. Dig.* 50, 17, cf. STEIN (n. 32), p. 178-9. Cf. aussi CAVANNA (n. 2), pp. 365 et s.

(104) *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (1747). Cf. CAVANNA (n. 2), p. 368. R. MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code Civil*, Paris, 1971.

(105) *Regulae iuris* (éd. Lyon, 1589).

(106) *Regulae iuris antiqui* (éd. Francfort, 1565)

(107) *Regulae generales iuris* (éd. Lyon, 1589). Voir aussi : G. MAYNERIUS, *Commentaria in titulum Pandectarum de regulis iuris* (éd. 1545). F. JAMETIUS, *Commentarius in XLIII leges sub titulo De regulis iuris Pandectarum* (éd. 1549). H. DONELLUS, *Commentarius ad titulum Digest. de diversis regulis iuris antiqui* (éd. 1583). S. MEDICES, *Tractatus de regulis iuris* (éd. 1587). Pour un aperçu général, cf. H. COING (éd), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. II/1, Munich, 1977, pp. 211-212.

(108) *Maxims of the Law* (1630). Cf. STEIN (n. 32), pp. 170 et s. Sur Bacon, cf. K. LERCH, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 56-8. HOLDSWORTH (n. 3), t. V (1945), pp. 238-254. Que le *common law* ait reçu un grand nombre de maximes de l'école romaniste peut être constaté en consultant un ouvrage de référence, savoir le BROOM (n. 23).

(109) *Commentaries on the Laws of England* (1765-70), t. I, (éd. Oxford, 1766), p. 68-9 où il identifie ces maximes aux coutumes du royaume : « For the authority of these maxims rests entirely upon general reception and usage; and the only method of proving, that this or that maxim is a rule of the common law, is by shewing that it hath been always the custom to observe it » (p. 68). Cf. STEIN (n. 32), p. 176. Pour d'autres juristes anglo-saxons ayant contribué aux règles et maximes du droit, tels que H. Finch (mort en 1625) ou W. Noy (1577-1634), cf. STEIN (n. 32), p. 174-5.

(110) *De regulis iuris* (1624), dédicace et prolegomènes. Cf. STEIN (n. 32), p. 167.

(111) *De iuris arte libellus* (1560), cap. VI. Cf. STEIN (n. 32), p. 165.

regulae comme « foundations on which the law rests, springs from which it flows, seeds from which it grows, promontories in the legal ocean, sparks, keys, storehouses » (112). La *regula* est devenue une puissante base de déduction. Elle l'est devenue à un tel point que les abus ne sont pas rares en pratique (113). Avec ces évolutions la voie était ouverte pour les règles abstraites et générales des codifications modernes et des principes juridiques qui y ont trouvé place. A ce stade, l'abolition des statuts personnels aboutissant à la création d'un concept unique et concentré de sujet de droit (le terme est de cette époque), le modèle du droit naturel rationaliste et déductiviste, les postulats de garantie des libertés au sein d'un État au pouvoir consolidé, le rôle essentiel attribué à la sécurité juridique garante des postulats libéraux, tous ces facteurs et bien d'autres appellent l'édiction de normes abstraites et générales. Le principe n'en est qu'un aspect.

c) Les canonistes repriront et intensifièrent l'effort de rédaction de *regulae* en prolongement au titre '*de regulis iuris antiqui*' du Digeste. Le mouvement y arriva à son apogée. Dans les cinq livres couvrant les décrétales du Pape Grégoire IX (1227-1241) onze *regulae* avaient déjà pu être codifiées (114). C'est ensuite dans l'important *Liber Sextus* (1298) (115) joint aux cinq livres grégoriens sur ordre de Boniface VIII qu'un titre réservé aux *regulae iuris* nous livre quatre-vingt huit règles ou principes, d'ordre très divers (116). Certains sont des expressions de la sagesse juridique générale, d'autres de vrais principes, d'autres des maximes, savoir des propositions d'art juridique largement dépourvues de normativité propre, telles des maximes d'interprétation ; d'autres encore sont des présomptions. Quelques exemples ont été donnés dans l'introduction à cette étude (117). La majorité de ces *regulae* ont leur pendant dans le titre du Digeste qui a servi de modèle.

C'est dès la fin du 12^e siècle que les canonistes avaient suivi le modèle civiliste en matière de *regulae*. Bernard DE PAVIE fut le premier à compiler les décrétales Papales promulguées depuis le *Decretum gratiani*. Il ajoute à cet ouvrage, la *Compilatio prima* (1187-1191), un chapitre intitulé '*de regulis iuris*' (118) ; dans sa *Summa Decretalium* qui suivit, il discuta pour la

(112) STEIN (n. 32), p. 168.

(113) Voir la caricature de Rabelais reproduite par STEIN (n. 32), p. 162-3.

(114) La compilation avait été faite par le dominicain espagnol Raymond de Penafort (vers 1180-1275) et fut publiée en 1234. Elle porte le nom de *Liber Extra* (*Liber decretalium extra decretum Gratiani vagantium*). Cf. G. LE BRAS/C. LEFEBVRE/J. RAMBAUD, *Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident*, t. VIII, (*L'Âge classique*), Paris, 1965, pp. 235 et s. H.E. FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 5^e éd., Cologne/Vienne, 1972, pp. 276 et s.

(115) Cf. LE BRAS/LEFEBVRE/RAMBAUD (n. 114), p. 247 et s. FEINE (n. 114), *loc. cit.* Pour les *regulae*, cf. STEIN (n. 32), pp. 148-152.

(116) *Corpus iuris canonici, Liber sextus, lib. V, tit. XII, de regulis iuris*.

(117) Voir *supra*, notes 9, 10, 11, 12, 14, 15, 19, 20.

(118) *Compilatio prima*, 5, 37.

première fois les *regulae* du point de vue canoniste (119). Rien ne différencie la démarche de celle des civilistes. L'œuvre de Bernard fut suivie de celle de DAMASUS (120), puis par celle du grand commentateur du *Liber Sextus*, DINUS, dont il a déjà été question (121). Pour ce dernier les *regulae* ne sont pas uniquement des propositions descriptives saisissant la *ratio* commune à plusieurs cas. Elles sont de vrais principes normatifs susceptibles d'application à des cas nouveaux. De descriptives les *regulae* sont devenues prescriptives.

d) La raison du succès des *regulae* tient à leur utilisation fréquente dans la pratique judiciaire (122). Celle-ci s'explique par le maniement facile et par l'autorité dont ces *regulae* revêtent l'argument du plaideur. Mais elle a aussi été favorisée par la situation juridique et l'organisation judiciaire du moyen âge. A l'éparpillement des pouvoirs correspondait une pluralité de statuts juridiques (noble, commerçant, ecclésiastique, non-catholique, etc.), rattachés à l'ancien principe de personnalité du droit (123). Le droit y suivait la personne selon son statut et se multipliait en conséquence sous l'aspect subjectif (124). S'y ajoutaient, notamment en Italie, les inextricables conflits entre droits communs (*ius commune, leges imperii*) et droits particuliers (*statuta*) (125). Le droit s'y multipliait ici sous l'angle objectif, c'est-à-dire des sources (126). D'où la difficulté pour le juge de dire le droit dans tout rapport juridique qui ne fût pas local. Or l'essor économique et social et la constitution de cercles, comme les commerçants, où prévalait une certaine égalité (et qui aspiraient à l'unité et la sécurité juridiques) appellèrent le développement du seul droit universel, le droit romain, lié historiquement au droit canonique (*utriusque ius*) (127). Ces aspirations se trouvaient servies par la systématisation de ce droit au moyen de la raison et par

(119) Cf. STEIN (n. 32), p. 144. Sur Bernard de Pavie, cf. P. LANDAU, dans : *Stolleis* (n. 39), p. 81-2.

(120) *Brocarda sive regulae canonicae* (vers 1230). Cf. CAPRIOLI (n. 71), pp. 306 et s., 350. STEIN (n. 32), p. 144-5.

(121) *Supra*, texte et note 92. Cf. DINUS, *Tractatus super regulis iuris in Sexto* (éd. 1518) ; à ce propos, voir CAPRIOLI (n. 71), pp. 368 et s. STEIN (n. 32), p. 150-2. Voir aussi J. COELIUS, *Regulae iuris canonici et Sexto Decretalium Bonifacii VIII* (éd. Nuremberg, 1626).

(122) STEIN (n. 32), p. 162.

(123) Cf. R.C. VAN CAENEGEM, « Das Recht im Mittelalter », dans : W. FIKENTSCHER/H. FRANKE/O. KOEHLER (éds), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg i.B./Munich, 1980, pp. 609 et s. S.L. GUTERMAN, *From Personal to Territorial Law*, Metuchen, 1972. CALASSO (n. 73), pp. 71 et s., 105 et s.

(124) Cf. CAVANNA (n. 2), pp. 213 et s.

(125) C'était le particularisme juridique : *ius particulare praevalet iuri magis generali*. Cf. CALASSO (n. 73), pp. 409 et s., 453 et s. W. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien*, Leipzig, 1938. M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello Statuto — Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milan, 1969. C. CALISSE, « Intorno alla relazione fra statuti e diritto comune », *Mélanges G. Bonolis*, t. I, Milan, 1942, pp. 154 et s. A. LIVA, *Le gerarchie delle fonti di diritto nelle città dell'Italia settentrionale*, Milan, 1976. R. TRIFONE, *Diritto romano e diritti particolari nell'Italia meridionale*, dans : *Ius romanum medii aevi*, V, 2, d. (1962).

(126) Cf. CAVANNA (n. 2), pp. 200 et s.

(127) Cf. U. WOLTER, *Ius canonicum in iure civili*, Cologne/Vienne, 1975. W. TRUSEN, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland*, Wiesbaden, 1962.

l'émergence d'un nombre commensurable de principes généraux d'empire universel.

e) Au regard de ces aspects historiques, il est possible d'insister sur les points suivants.

(1) De nombreux principes et maximes se sont développés parallèlement à partir des *regulae iuris* du moyen âge (128).

(2) L'un des traits saillants de l'évolution de la pensée juridique depuis l'antiquité, c'est la faveur croissante témoignée à la méthode systématique. Elle seule permet d'ordonner une expérience juridique accumulée de manière amorphe. L'une de ces modalités de systématisation est la formulation de principes généraux.

(3) Ces principes sont donc d'abord l'expression d'une *méthode* : le *procedere a similia* (analogie). Les *regulae* sont en ce sens un regard méthodique sur un corps de droit donné. Elles ont été au début l'œuvre d'une *induction* exprimant la *ratio* commune à une série de cas particuliers. L'abstraction des *regulae* était dès lors une 'abstraction concrète'. La *regula* s'élève au-dessus des cas individuels dont elle exprime l'essence commune ; mais elle ne se trouve jamais détachée de son objet pour vivre une vie propre. C'est les propositions spécifiques que l'on aperçoit derrière elle. Le principe et la maxime sont jusqu'à aujourd'hui liées aux normes plus spécifiques (principe) ou aux cas individuels (maximes) qui les concrétisent. Ce qui a changé tient au fait que certaines propositions se sont vues dotés de force normative propre, basculant dans un paradigme en partie déductif. Ils sont devenus des principes généraux. D'autres sont restés des *topoi* d'argumentation juridique. C'est les maximes.

(5) Les principes et règles dont il est question ont été développés par les efforts plusieurs fois séculaires de la doctrine, mais c'est les pressions sociales qui ont assuré leur essor et leur succès. C'est les transformations structurelles propres à la société médiévale, la mobilité accrue des acteurs sociaux et la poussée des rapports commerciaux, qui ont rendu nécessaire une nouvelle systématisation des anciennes sources. Pensée doctrinale et transformations sociales se rejoignent et se réclament.

2. — *Les aspects théoriques*

Sans approfondir la question et sans chercher, moins encore, de jeter les bases d'une théorie générale, il est tout de même nécessaire de considérer à cette place ce qui distingue un principe général d'une règle et ceux-ci d'une maxime, afin d'établir au moins une hypothèse de travail.

a) Dans la théorie du droit, il y eut dès les années cinquante un effort de reconsidérer la notion de norme juridique et de normativité juridi-

(128) Sur leur distinction, *infra* II.2.

que (129). Ces efforts s'inscrivent dans le sillage de la critique du positivisme, surtout du positivisme légaliste (*Setzungspositivismus*) (130). La normativité juridique n'est plus définie en fonction de la source formelle qui confère à une proposition l'estampille officielle du pouvoir, seul légitimé à la création du droit. Elle est au contraire recherchée dans ce champ bien plus vaste de réalités et de concepts qui s'imposent de fait au raisonnement de l'opérateur juridique et qui, en pesant sur la décision qu'il prend, sont susceptibles d'être constatés et analysés (131). Dans cette perspective, des principes, des maximes, des axiomes, des propositions émanant de l'expérience et de la sagesse judiciaires, des standards, des valeurs sociales et d'autres concepts encore sont englobés dans le phénomène juridique. Ils deviennent normatifs. Dès lors des distinctions s'imposent entre cet amas très hétéroclite et les règles traditionnelles de l'ordre juridique.

b) Il faut avouer qu'en dehors d'un groupe restreint de théoriciens du droit, la nécessité d'une distinction raisonnée entre diverses propositions normatives n'a guère été sentie. Il suffit pour s'en convaincre de jeter un rapide regard sur les dictionnaires juridiques qui continuent à confondre les principes, les règles et les maximes sans même un début de réflexion critique (132). Mais il faut ajouter que même les théoriciens mentionnés ne distinguent que certaines propositions avec netteté (par exemple principe/règle); la maxime est considérée, eu égard à sa flexibilité, comme un principe de droit (133). Les auteurs qui au contraire proposent des distinctions

(129) Cf. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1. Ed., Tübingen, 1956 (nous citerons ici d'après la 4^e éd., Tübingen, 1990, identique à la première). R. DWORKIN, « Is Law A System of Rules? », dans : R. SUMMERS (éd.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, 1968, pp. 25 et s. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, 1977, pp. 22 et s. R. ALEXI, « Zum Begriff des Rechtsprinzips », dans : W. KRAWIETZ/K. OPALEK/A. PECZENIK/A. SCHRAMM (éds.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Suppl. 1, Berlin, 1979, pp. 59 et s. Pour les observations critiques que Kelsen a formulées contre ces conceptions plus larges de la normativité juridique, cf. E. WIEDERIN, « REGEL — PRINZIP — NORM », dans : S.L. PAULSON/R. WALTER (éds.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Vienne, 1986, pp. 144 et s.

(130) U. PENSKI, « Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln », *Juristenzeitung*, vol. 44, 1989, p. 112-3. ESSER (n. 129), pp. 1 et s., 69 et s., 87 et s., 242 et s., 267 et s., partic., 289 et s., 327 et s. DWORKIN, *Taking...* (n. 129); p. 22.

(131) ESSER (n. 129), pp. 132 et s.

(132) Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (édité par A.J. ARNAUD), Paris/Bruxelles, 1988, définit les principes du droit comme « règles (...) qui servent de base au droit, comme sources de sa création, application ou interprétation » (*loc. cit.*, p. 317) alors que la règle est définie comme étant une « énonciation ayant une fonction prescriptive » (*loc. cit.*, p. 346). Dans G. CORNU (éd.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, 1998, le principe est défini comme « règle ou norme générale » de caractère soit juridique soit non-juridique, ou comme « maxime générale juridiquement obligatoire » (*loc. cit.*, p. 652-3). La règle a son tour est définie comme toute « norme juridiquement obligatoire » (*loc. cit.*, p. 716). La maxime est décrite comme « principe général du Droit, souvent énoncé sous forme d'adage » (*loc. cit.*, p. 526), c'est-à-dire dans une « expression lapidaire issue de la tradition juridique, énonçant, sous une forme concise et frappante, une règle de droit, une sentence morale ou un fait d'expérience » (*loc. cit.*, p. 23).

(133) Cf. ESSER (n. 129), p. 90-1, 99, 132-4. C'est une conception généralement acceptée dans le droit anglo-saxon : ESSER (n. 129), pp. 203 et s. Voir aussi H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 10. Ed., Londres, 1939, p. V.

nettes s'en tiennent le plus souvent à une conception traditionnelle des sources. Ils reviennent à la position selon laquelle seules les règles de droit formellement posées par le législateur peuvent être considérées comme étant des normes juridiques (134).

c) La doctrine moderne a essayé d'élaborer des théories plus nuancées. Penchons-nous d'abord sur la distinction entre *principes et règles*, car c'est la distinction majeure. Ce en quoi il semble y avoir un accord assez général, c'est que tant les principes que les règles sont des normes juridiques (135). Les uns et les autres ont pour contenu un devoir (*Sollen*). Ils se distinguent ainsi des standards qui ne constituent que des étalons de mesure d'une moyenne ou d'une normalité sociales dans un domaine, une société et un moment donnés. Ces standards servent par cela à la mise en œuvre d'une norme formulée de manière flexible et ouverte (136).

Si tant les principes que les règles sont des normes, un critère doit permettre leur distinction en tant que types différents de normes. Les critères proposés sont très nombreux. Il n'y a de place ici que pour les mentionner (137).

(1) Selon une manière de voir très répandue, ce critère réside dans la *généralité ou l'abstraction du contenu normatif* (138). Comme le dit F. BYDLINSKI, le principe « est une proposition normative de grande généralité (c'est-à-dire avec un important secteur de la réalité couvert par son champ normatif) et donc assez vague, à laquelle font défaut une définition plus

(134) Cf. sur ce point G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milan, 1950, pp. 7 et s. Que certaines maximes fassent partie du droit positif au sens strict et peuvent être rattachées aux principes généraux de droit ne fait pas de doute : ainsi par exemple la règle-maxime *in dubio pro reo* dans le droit pénal ou *ad impossibilia nemo tenetur* dans le droit des obligations. Voir à ce propos N. BOBBIO, « Principi generali di diritto », dans : *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIII, Turin, 1966, p. 894.

(135) Cf. PENSKI (n. 130), p. 106. BOBBIO (n. 134), p. 890. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 75. R. ALEXY, « Rechtsregeln und Rechtsprinzipien », dans : *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suppl.* no. 25, Stuttgart, 1985, p. 14.

(136) Car souvent les normes sont formulées de manière à contenir des clauses générales telles que 'raisonnablement', 'selon les bonnes mœurs', 'selon la diligence ordinaire', etc. Ainsi, la diligence due peut se déterminer au regard des règles et pratiques ayant cours dans une branche professionnelle. Le juge se les approprie afin de préciser ce que requiert la norme juridique. Le standard est donc une technique de renvoi aux valeurs et pratiques sociales permettant d'éviter tout divorce trop important entre la règle de droit et les réalités sociales. Sur les standards en droit, voir S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, 1980, avec de nombreux renvois. Dans notre contexte, cf. ESSER (n. 129), p. 95-7.

(137) Pour un aperçu général, voir ALEXY, *Theorie...* (n. 135), p. 72-4 et ALEXY, *Rechtsregeln...* (n. 135), p. 14-5. Les exemples qui suivent sont repris en bonne partie de cet auteur.

(138) Cf. J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 838. G.C. CHRISTIE, « The Model of Principles », *Duke Law Journal*, 1968, p. 669. G. HUGHES, « Rules, Policy and Decision Making », *Yale Law Journal*, vol. 77, 1968, p. 419. A. SIMONIUS, « Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 71, 1952, p. 239. J. WOLF/O. BACHOF/R. STOBBER, *Verwaltungsrecht*, 10. éd., Berlin, 1994, p. 263-4. Contra : ESSER (n. 129), p. 51.

précise des conditions d'application ainsi que des effets juridiques » (139). Selon un critère connexe, la différence résiderait uniquement dans la *précision du champ d'application* (*Anwendungsfälle*) (140). Ou encore, comme l'affirment d'autres auteurs, les principes sont des normes qui ne fixent qu'un but sans préciser les moyens, alors que la règle les déterminent la conduite exigée ou interdite (141).

(2) Un autre critère concerne l'*origine* : les principes relèvent d'une croissance profonde et latente et ne sont pas créés par le législateur ; les règles sont du *ius positum* et sont donc créées par celui-ci (142).

(3) Suivant un autre critère, principes et règles se distinguent quant à la fonction et aux *modalités d'opération*. Le principe ne s'applique que selon un schéma de plus-ou-moins, en fonction des conditions factuelles et juridiques dans lesquelles il est appelé à opérer. Son application est contextuelle et suppose toujours une mise en balance avec d'autres principes concurrents dans un système ouvert. Le principe est donc une norme d'optimisation entre valeurs fondamentales et concurrentes (*Optimierungsgebot*). La règle au contraire s'applique selon le schéma du tout-ou-rien. Soit les conditions de son application sont réunies et alors elle doit trouver pleine mise en œuvre, soit elles ne sont pas réunies et alors elle ne s'applique pas. Dans le cas de conflits entre règles, contrairement au cas de conflit de principes où un ajustement mutuel a lieu, l'une d'entre elles doit l'emporter sur l'autre. Des règles secondaires de collision telles que celles de la *lex posterior*, de la *lex specialis* ou de la *lex superior* s'appliquent (143). La situation en cas de collision devient ainsi un indicateur de la nature d'une proposition.

(4) Suivant un critère encore différent, le principe a une *relation plus directe avec les valeurs*, la justice, l'idée du droit. Son contenu axiologique plus explicite lui imprime des caractéristiques particulières (144).

(139) F. BYDLINSKI, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, Vienne/New York, 1988, p. 121. Voir aussi, *ibid.*, p. 124 (traduit de l'allemand).

(140) Cf. ESSER (n. 129), 51. K. LARENZ, *Richtiges Recht*, Munich, 1979, p. 23. T. KLAMI, *Legal Heuristics*, Vammala, 1982, pp. 31 et s.

(141) Cf. PENSKI (n. 130), p. 107-8.

(142) Cf. T. ECKHOFF, « Guiding Standards in Legal Reasoning », *Current Legal Problems*, vol. 29, 1976, pp. 209-210. S.I. SHUMAN, « Justification of Judicial Decisions », *Mélanges H. Kelsen, California Law Review*, vol. 59, 1971, p. 723, 729.

(143) Cf. ALEXY, *Zum...* (n. 129), pp. 63 et s. ALEXY, *Theorie...* (n. 135), pp. 71 et s. ALEXY, *Rechtsregeln...* (n. 135), pp. 14 et s. DWORIN, *Taking...* (n. 129), pp. 24 et s. Voir aussi H. GROSS, « Standards as Law », New York University School of Law, *Annual Survey of American Law*, 1968/9, p. 578, qui distingue selon qu'il s'agit de 'normes d'argumentation' ou de 'normes de comportement'.

(144) Cf. C.W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2 éd., Berlin, 1983, p. 50. H.J. WOLF, « Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen », *Mélanges W. Jellinek*, 3 éd., Berlin/Heidelberg/New York, 1975, p. 458. WOLF/BACHOF/STOBER (n. 138), p. 263 : « Rechtsgrundsätze sind fundamentale Rechtsnormen die sich ergeben aus der Anwendung des Prinzips der Gerechtigkeit (...). Sie sind wegen ihres allgemeinen Charakters mit objektiver Erkenntnisgewissheit aus dem Rechtsprinzip ableitbar... »

(5) Pour d'autres auteurs l'importance d'une proposition normative pour l'ordre juridique tout entier peut en elle-même justifier la classification d'une proposition normative parmi les principes (145). Ces deux dernières théories se distinguent par la nature quantitative de leurs critères, alors que celle fondée sur le comportement de collision propose un critère qualitatif.

(6) Enfin, il a été affirmé que principe et règle se distinguent à raison des catégories de la puissance et de l'acte : *le principe est la cause rationnelle et le fondement des règles*, les règles en dérivent (146).

d) Ce dernier aspect nous amène à un concept cardinal en matière de principes. La grande majorité des auteurs admettent que les principes se caractérisent par leur haut degré de généralité. A ce niveau ils expriment avant tout des valeurs juridiques, éthiques ou sociales (147). Mais pour opérer à l'intérieur du système juridique, ces repères généraux du droit, (*guiding legal ideas, leitende Rechtsgedanken*), auront tendance à faire chuter leur contenu dans des propositions normatives plus concrètes, aptes à s'appliquer directement. La théorie du droit parle ici de *concrétisation* d'un principe (148). La législation, la pratique ou la science du droit chercheront à rattacher ces manifestations plus concrètes au principe comme étant ses dérivées. C'est là un point capital qui a été mis en exergue notamment par la doctrine allemande. Le principe n'est pas destiné à rester une abstraction. Il exprime le fonds commun d'une série de normes plus concrètes et plus opératoires. Ainsi, le principe de l'État de Droit (*Rechtsstaatsprinzip*) peut se décomposer en principes de la légalité des actes administratifs, de la subordination de l'exécutif au pouvoir judiciaire, de la séparation des pouvoirs, de l'égalité juridique, de la publicité des lois, de l'interdiction de la rétroactivité de la loi, de *nulla poena sine lege*, de l'impersonnalité de la loi, de l'indépendance du juge, de l'interdiction de juridictions d'exception formées *ad hoc*, du juge naturel, de procès contradictoire et public, etc. Le principe de la bonne foi se décompose quant à lui en la protection de la confiance légitime (*Vertrauensschutz*), en la doctrine de la responsabilité pour apparence, en la règle de la non-contradiction qualifiée (*venire contra factum proprium non valet, estoppel*), en l'interdiction de l'abus de droit, en

(145) Cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 éd., Berlin/Heidelberg/New York, 1975, p. 464. BYDLINSKI (n. 139), p. 123. A. PECZENIK, « Principles of Law », dans : *Rechtstheorie*, vol. 2, Berlin, 1971, p. 30. E. BETTI, *Allgemeine Auslegungstheorie als Methodik der Geisteswissenschaft*, Tübingen, 1967, p. 652 (« oberste, der Rechtsordnung innewohnende Wertungsrichtlinien »; « Überschuss an deontologischem oder wertendem Sinngehalt »).

(146) Cf. ESSER (n. 129), p. 51. N. MAC CORMICK, « Principles of Law », *Juridical Review*, vol. 19, 1974, p. 222. N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, pp. 152 et s.

(147) PENSKI (n. 130), p. 108, 112. ESSER (n. 129), pp. 39 et s., 369 et s. ALEXY, *Rechtsregeln...* (n. 135), p. 22. CANARIS (n. 144), pp. 46 et s., 51. DWORKIN, *Taking...* (n. 129), p. 22. LARENZ (n. 145), p. 466. BYDLINSKI (n. 139), pp. 1 et s.

(148) Cf. LARENZ (n. 145), pp. 458 et s. Sur l'importance de la concrétisation pour toute mise en œuvre du droit, cf. F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 7 éd., Berlin, 1997, pp. 128 et s., 186 et s., 309 et s.

la maxime que nul ne peut profiter de son propre tort, etc. En systématisant tous ces aspects épars en quelques idées juridiques générales appelées principes, on s'ouvre la possibilité de percevoir l'unité de l'ordre juridique en tant que système fondé sur une série de points de gravité fondamentaux (149). Cette dimension verticale du droit a été négligée par la doctrine francophone avec sa tendance marquée pour des solutions nominalistes. Elle se borne le plus souvent à dire que les principes sont vagues.

Ainsi décrits, les principes ont plusieurs fonctions auxquelles des maximes peuvent participer. Ils forment d'abord une Constitution matérielle, d'ordre éthique et juridique, propre à une société (BYDLINSKI parle à cet égard d'une souche fondamentale de '*rechtsethische Prinzipien*' (150)). Ces principes ont ensuite un rôle directeur dans l'application du droit. Ils peuvent même fonder de nouvelles concrétisations au sens indiqué de ce terme, en s'offrant comme points forts d'une argumentation juridique. Ils ont par cela un rôle dynamique (151). Ces aspects s'appliquent à un moindre degré aussi aux maximes.

e) Que penser des divers critères de distinction entre principes et règles proposés par la doctrine ? Peut-il y avoir, comme certains le pensent (152), une distinction logique et donc qualitative entre principes et règles ? Cela est certes possible en fonction d'une définition *a priori*. Mais plusieurs relativisations s'imposent ici.

En premier lieu, une proposition normative joue un rôle différent dans un système de droit codifié qu'elle ne le joue dans un ordre casuistique comme le droit romain ou le *common law* anglo-saxon (et même, en partie, le droit international). Comme ESSER l'a bien montré, aucune distinction nette n'est faite entre principes, règles et maximes dans le *common law*. Dans l'appréciation des précédents comme dans l'analyse de cas douteux (*hard cases*), toutes sortes de propositions les moins formalisées peuvent servir de points de départ ou de critères directeurs du raisonnement juridique (153). Des critères de raison, l'analogie, des *policy reasons*, des maximes, trouvent tout naturellement leur place dans l'argumentation juridique. L'ordre juridique anglo-saxon n'a jamais été enfermé dans un système de sources étroit, issu de la gangue du positivisme étatiste.

En second lieu, la fonction que les propositions en question sont appelés à avoir varie dans le temps. Dans le *ius commune* romano-canoniste les *regulae iuris* avaient force de loi parce qu'elles emportaient la conviction judiciaire (154). Encore au 19^e siècle, les maximes issues des anciennes *regu-*

(149) CANARIS (n. 144), pp. 46 et s., 46 : « Das [Rechts]system lässt sich daher als eine axiologische oder teleologische Ordnung von allgemeinen Rechtsprinzipien definieren ».

(150) Cf. BYDLINSKI (n. 139), pp. 115 et s., 291 et s.

(151) Cf. ESSER (n. 129), pp. 88, 242 et s., 318-9.

(152) DWORKIN, *Taking...* (n. 129), p. 24. ALEXU, *Theorie...* (n. 135), p. 75.

(153) ESSER (n. 129), pp. 183 et s., 242 et s.

(154) Cf. STEIN (n. 32), pp. 148, 162 et s.

lae iuris constituait dans certains États des raisons autonomes de cassation devant les organes judiciaires suprêmes (155). De plus, étant donné que la jurisprudence peut à travers une application régulière qui fixe progressivement les conditions d'application d'une proposition la transformer en règle, voire en principe, les limites entre principes, règles et maximes ne peuvent pas être rigides. Elles se déplacent constamment.

Un autre argument militant contre une distinction qualitative est l'extraordinaire multiplicité des propositions normatives qualifiées généralement de principes (156). Essayer de les réduire à un type commun ne peut alors faire avancer qu'au prix d'exclusions passablement arbitraires qui s'écartent d'un usage bien enraciné. Entre principes et règles strictement définis il y aurait dans un tel cas nombre de catégories intermédiaires. De plus, aucun des critères de distinction proposés ne semble à lui seul décisif. La « généralité » du principe est le plus répandu et sans doute le plus important (157). Mais il est aussi des principes assez concrets qui ne sont tels qu'eu égard à leur importance dans l'ordre juridique, importance dont témoigne leur présence dans les systèmes juridiques les plus divers. C'est le cas du principe *audiatur et altera pars* (entendez les deux parties au procès) (158). La capacité de servir de fondement à des concrétisations normatives caractérise d'autres principes. Il est des principes intimement liés avec les valeurs et l'idée du droit (*Rechtsidee*, justice matérielle) alors que s'autres ne le sont pas. Par exemple : le principe de bonne foi et le principe du caractère écrit ou oral du débat judiciaire. Les droits fondamentaux de l'homme et les libertés de la personne font appel à l'idée d'optimisation entre normes fondamentales pour la gestion sociale (liberté, liberté autrui,

(155) Voir E.E.H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, vol. I, Paris, 1923, pp. 199 et s.

(156) BYDLINSKI (n. 139), p. 123.

(157) L'article 38 (1, c) du Statut de la Cour internationale de Justice et plus généralement le concept de principes généraux de droit en droit international public reposent sur cette acception. Il s'agit toujours de principes qui par leur généralité peuvent se retrouver dans les divers ordres juridiques internes parce qu'ils sont inhérents à l'idée du droit — à condition de les dépouiller des particularités dont un ordre juridique concret les a revêtus en son sein. Voir B. VITANYI, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées' », *R.G.D.I.P.*, vol. 86, 1982, pp. 48 et s. Dans un sens plus large le principe général tend à s'identifier à l'ensemble du droit non-écrit qui n'est pas issu d'une accumulation de faits (pratique) d'ordre coutumier. Il tend à s'identifier au droit non-écrit extra-coutumier, qu'il s'agisse de normes suprêmes ou du simple procédé d'analogie. Cette notion de principe général s'étend aux 'principes constitutionnels', à d'autres règles logiquement nécessaires (p.e. *pacta sunt servanda*), aux principes normatifs suprêmes inhérents à tout droit (p.e. le principe de bonne foi), aux principes exclusivement propres au droit international (p.e. le non-recours à la force, l'autodétermination, etc.), aux principes de technique juridique communs (p.e. *lex posterior derogat legi priori*), aux principes plus ponctuels mais toujours communs à l'expérience juridique (p.e. force de la chose jugée, règle sur les preuves indirectes) et jusqu'aux procédés relevant de la simple technique d'analogie. Chacun de ces aspects dévoile une façon d'être différente de la notion générale de 'principe'. Dans une interprétation large, l'article 38 (1) (c) du Statut de la Cour peut recouvrir l'un quelconque de ces aspects.

(158) K. Larenz parle ici de principes-règles (*rechtsatzförmige Prinzipien*). Cf. LARENZ (n. 145), p. 463-4.

intérêt public). Il s'agit d'un autre type de principes. Dès lors la réduction des multiples rapports entre les principes et les règles à une ligne de démarcation nette relève du fameux lit de Procruste et ne saurait se recommander.

f) Les *maximes* ont souvent été qualifiées de principes. Il s'agissait de les distinguer des règles, tenues seules pour directement applicables en tant que droit, selon l'enseignement traditionnel des sources. Droit positif consigné dans des sources formelles d'un côté, vagues idéaux de justice extra-positifs de l'autre (159). Or, du moment qu'on avait élargi la sphère du juridique au-delà du *ius positum*, la question pouvait se poser en quoi les principes se distinguent des maximes. S'agit-il de la même chose? Les maximes, sont-elles une sous-catégorie de principes? Surtout : peut-on, eu égard aux qualités intrinsèques, distinguer nettement une maxime d'un principe? L'analyse serrée des phénomènes montre qu'ici encore une distinction nette est impossible. C'est vrai, tout d'abord, si l'on compare les ordres juridiques. Un regard sur les ordres du *common law* ou sur les ordres qui se sont succédés dans l'histoire suffit pour s'en convaincre. Arrêtons-nous toutefois sur un système juridique déterminé. Pourra-t-il y avoir, dans ce cadre limité, une distinction nette? Aucun ordre juridique n'en a connu. La seule différence toute graduelle dont on puisse faire état est celle de l'ampleur de la normativité. La maxime est avant tout un *topos* juridique, un aspect d'expérience et de justice, utile à la solution de questions litigieuses (160). La maxime est dépourvue d'une normativité autonome dotée d'un champ d'application relativement stable et circonscrit (161). Sa sédentarisation normative est donc très limitée. La méthode de ses applications est d'ordre intuitif et inductif. C'est dans l'interprétation et le raisonnement judiciaire qu'elles jouent leur rôle de ferment (162). Véritable vecteur d'une

(159) Ainsi Demolombe, juriste de l'École de l'Exégèse, disait à propos de la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* : « Où donc est-elle écrite cette maxime? Et en vertu de quel texte prononce-t-on contre une partie figurant en justice une telle indignité? ». Voir G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4 éd., Paris, 1949, p. 184.

(160) Cf. ESSER (n. 129), p. 93-4, partie., pp. 99-101 et en général, pp. 218 et s.

(161) Pour J. Esser, la maxime peut exprimer ou réaliser dans un domaine retreint le contenu normatif d'un principe général, en être, en un mot, l'une des concrétisations. Mais ici encore la maxime reste seulement un critère directeur, un guide pour l'opérateur juridique : ESSER (n. 129), p. 317-8.

(162) De fait, le domaine de l'interprétation des traités est particulièrement riche de telles maximes. Pour certains juristes il n'y a en conséquence pas de vraies règles juridiques régissant le processus interprétatif. Il n'y aurait que des propositions hétéroclites et des standards dépourvus de la précision qui caractérise la règle de droit (cf. D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, 1929, p. 112. A.P. SERENI, *Diritto internazionale pubblico*, t. III, Milan, 1962, pp. 1330 et s. L. OPPENHEIM/H. LAUTERPACHT, *International Law — A Treatise, Peace*, surtout la 6^e éd., Londres, 1947, p. 856-7. OPPENHEIM (n. 13), p. 1270. G. SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, 5^e éd., Londres, 1967, p. 166. Voir en général, M.F. KÖCK, *Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention, Schriften zum Völkerrecht*, vol. 51, Berlin, 1976, pp. 68 et s. S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, 1974, pp. 70 et s.). La Commission du droit international elle-même s'est interrogée sur la possibilité de codifier ces règles et n'a cessé de mettre l'accent sur la flexibilité inhérente à ces règles : *Ann. C.D.I.*, 1964-II, p. 54-5. *Ann. C.D.I.*, 1966-II,

topique juridique (163), les maximes se borneront à offrir des critères de solution, dont le poids dépendra des circonstances. Dans des situations particulièrement favorables, leur poids pourra être déterminant. Plus souvent, elles fourniront à l'interprète une série d'instruments à l'aide desquels il peut donner vie à une norme. Contrairement à la norme qui maintient entre elle et les activités sociales un inévitable écart, la maxime est donc une notion intensivement factuelle. C'est une fenêtre sur les faits. Plus proche de ceux-ci, elle s'interdit tout champ d'application déterminé nettement et *a priori*.

Le principe général s'écarte de la maxime par sa normativité, son autonomie, la précision plus grande quant à son champ d'application et, s'il s'agit d'un principe suprême, par la concrétisation de ses contenus en une série de principes, règles et normes intermédiaires, aptes à réaliser à un échelon plus spécifique l'idée générale ou la valeur juridique dont il est porteur. Le principe général est avant toute chose une norme générale, parfois une norme de normes (*super-norme* et *supra-norme*); c'est une fenêtre sur les normes. Il domine ou surplombe l'ordre juridique. Son « épaisseur » le distingue du caractère ponctuel de la maxime.

g) Il faut toutefois mettre en garde encore une fois devant la tentation de vouloir donner trop de rigueur à ces différences élaborées ici sous l'angle d'une typologie idéale (164). En premier lieu, il est des principes très ponc-

p. 101-2, para. 1. *Ann. C.D.I.*, 1966-II, p. 238, para. 4. En sens contraire, un ancien spécialiste de l'interprétation affirmait qu'elle doit se faire suivant des règles certaines (VATTEL, *Le droit des gens* (1758), liv. II, chap. XVII, para. 268).

(163) Sur la topique, cf. l'ouvrage classique de T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5 éd., Munich, 1974. E. MERTNER, « Topos and Commonplace », *Mélanges O. Ritter (Strena Anglica)*, Halle, 1956, pp. 178 et s. U. DIEDERICHSEN, « Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 19, 1966, pp. 697 et s. O. WEINBERGER, « Topik und Plausibilitätsargumentation », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 59, 1973, pp. 17 et s. F. WIEACKER, « Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft », *Mélanges P.J. Zepos*, vol. I, Athènes/Freiburg i. B., 1973, pp. 391 et s. C. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, Dordrecht/Boston/Londres, 1980. C. PERELMAN/L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, t. I, Paris, 1958 (2 éd., Paris, 1970). U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1968. Comme il est connu, les considérations sur la *topique* qui devaient avoir un grand succès avec la renaissance de l'aristotélisme au moyen-âge, remontent précisément à Aristote. Selon le Stagirite, il y a deux manières de connaître et de démontrer. Il y a d'un côté les principes ou axiomes (αρχαί, *archai*; ἀξιώματα, *axioma* nécessairement vrais et qui fournissent une base de déduction. Tel est le cas de la non-contradiction, du tiers exclu, de certains aspects de la mathématique, de certaines définitions. (*Organon, Première et Deuxième Analyt.*; cf. aussi *Métaphysique*, IV, 3, 1005 b 5). De l'autre côté, il y a des propositions particulières (*topoi*) généralement acceptées ou sur lesquelles l'accord est susceptible de se faire entre les participants à un débat, et qui servent à tirer des conclusions dialectiques ou rhétoriques. Ils représentent des arguments forts (cf. *Organon, Topique*, par exemple *Rhét.* I, 2, 1358a, 11 et s.). Toutes ces parties formeront l'essentiel de la *logica nova* du moyen âge.

(164) Sur ces types idéaux au sens que leur donnait Max Weber, cf. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5 éd., Tübingen, 1976, pp. 1 et s. M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 5 éd., Tübingen, 1982, p. 190ss (7 éd., Tübingen, 1988). Sur la typologie en droit, cf. aussi K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, 2 éd., Heidelberg, 1968, pp. 237 et s. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6 éd., Berlin e.a., 1991, pp. 460 et s. H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2 éd., Munich, 1977, pp. 471 et s.

tuels (p.e. *audiatur et altera pars* dans le débat judiciaire), comme il est des maximes assez générales (p.e. *nemo commodum capere potest ex propria turpitudine*). L'apparence seule ne peut pas décider de l'appartenance d'une règle aux principes ou aux maximes.

En second lieu, il est aussi des propositions juridiques générales qui s'analysent comme principes dans certaines branches du droit tandis qu'elles demeurent des maximes dans d'autres. La règle selon laquelle l'accessoire suit le principal (*accessorium sequitur principale*) a acquis la densité d'un principe de droit dans le domaine des droits réels, alors qu'il n'est pas plus qu'une maxime ailleurs.

En troisième lieu, la distinction s'efface encore davantage dans une perspective temporelle ou diachronique. Le critère décisif, c'est la *fonction* qu'une proposition est appelée à remplir à une période donnée de la vie juridique. Pour cela il faut tenir compte des apports de la jurisprudence et de la doctrine. Leur effort tend à faire condenser autour de propositions abstraites un tissu toujours plus vaste de règles plus concrètes, aptes, en faisant corps avec elles, d'en transformer la nature et le rôle (165). Ainsi, dans l'évolution juridique, nombre de maximes finissent par se doter d'un corps normatif propre, en voyant se spécifier progressivement leurs conditions d'application et leurs effets juridiques. Elles deviennent ainsi des principes.

Enfin, tout dépend aussi — comme il a déjà été dit pour ce qui est du *common law* — de l'ordre juridique dont il est question. La maxime *nemo commodum capere potest...* a pu acquérir la configuration de principe dans les codes nationaux. C'est le cas en Suisse avec l'article 66 du Code des obli-

(165) Comme H. Henkel l'a bien montré, de nombreux principes de droit sont issus d'une consolidation normative de standards juridiques. Sur la base de l'ordonnement de la pratique issue de standards en des catégories constituées par un ensemble d'éléments typiques (*Fallgruppen*), émergent parfois des concepts ou idées juridiques plus généraux (*Rechtsgedanken*). Ils tendent à s'affermir, puis à s'affirmer. Par la définition progressive de leurs conditions d'application, par la différenciation des régimes qui tendent à créer un sentiment d'ordre, par le travail de la science du droit qui cherche à en dégager le contenu juridique, finissent par se dégager des linéaments normatifs capables de se condenser en principes (*Grundsätze*). Le courant descendant du standard vers les faits de la vie finit ainsi par nourrir un contre-courant ascendant vers les concepts normatifs. Voici les termes évocateurs du théoricien allemand : « [Es] bilden sich in einer ständigen Praxis allmählich Übereinstimmungen heraus, die erkennen lassen, dass es hier in der Fallentscheidung immer wiederkehrende Wertungs- und Beurteilungsgefüge gibt, die eine typisierende Betrachtung erlauben und es infolgedessen ermöglichen, den Raum der Generalklauseln in rechtliche Ordnungsbereiche zu gliedern. Im Zusammenwirken mit der dogmatisierenden Wissenschaft gelingt es dann, die zunächst vollkommene Unbestimmtheit der Klauseln durch Herausbildung von 'Rechtsgedanken' zu überwinden und ihnen weitgehend die Form begrifflich-dogmatisch gefestigter 'Grundsätze' zu geben. Auf diese Weise werden die Räume der Generalklauseln, die ursprünglich jeder Positivierung entbehren und infolgedessen auf der Landkarte der Kodifikationen als weisse Flächen erscheinen, zu einem Gebiet gegliederten positiven Rechtssystems, in dem tragende Rechtsgedanken verfestigt sind ». (HENKEL (n. 164), p. 480).

gations (166). Dans le droit anglais, les conditions de son application semblent aussi s'être progressivement cristallisées, comme en témoigne la précision avec laquelle ses exceptions ont été élaborées (167). La maxime a ainsi parcouru le chemin qui la séparait des principes. Rien de tel en droit international dont le caractère peu développé et peu technique — la « rough jurisprudence of nations » selon le mot de HALL (168) — n'a d'aucune façon permis d'en objectiviser les critères d'application.

III. — CONCLUSION

L'objet de cette étude a été de montrer l'évolution historique ainsi que les implications théoriques de l'existence d'une série de propositions juridiques particulières qu'on appelle communément maximes. A défaut d'avoir fait l'objet de l'intérêt doctrinal, elles trouvent une application très fréquente dans l'administration du droit. Historiquement leur émergence est due à la tendance vers la concentration et vers l'abstraction des ordres juridiques. Il n'est donc qu'en apparence paradoxal qu'elles aient fleuri comme point de repère stable, comme *ratio iuris* distillée d'un amas de casuistique, dans les ordres basés sur l'action comme moyen de réalisation du droit. En leur sein elles constituaient des pôles ordonnateurs indispensables à la pensée juridique. C'est le cas notamment du droit romain, du *ius commune* romano-canoniste du moyen âge et du *common law* anglo-saxon. Les *regulae iuris* du moyen âge en constituent le point d'orgue.

Sur le plan de la théorie, les maximes ont suscité l'intérêt des auteurs engagés à découvrir les forces réelles qui déterminent l'argumentation judiciaire ou juridique, formulant ainsi une critique immanente au positivisme légaliste. Si dans cette optique les maximes ont souvent pu être rattachées aux principes de droit, elles se distinguent de ceux-ci à raison de leur normativité limitée. Ils constituent généralement des *topoi* d'argumentation juridique, restant en deçà de la force dont jouissent les principes.

(166) Cf. par exemple P. ENGEL, *Traité des obligations en droit Suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 401-2. R.J. MUNZ, *Artikel 66 des Obligationenrechts*, thèse, Zurich, 1958. L'art. 66 du Code des obligations suisse dispose qu'« il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs ».

(167) Cf. H. NIEDERLANDER, « Nemo turpitudinem suam allegans auditur. Ein rechtsvergleichender Versuch », *Mélanges M. Gutzwiller*, Bâle, 1959, pp. 621 et s., pp. 626-630. BROOM (n. 23), pp. 191 et s., 497 et s.

(168) W.E. HALL, *A Treatise on International Law*, 8 éd., Oxford, 1924, p. 395, note 2.