

CULTURE et PHILOSOPHIE du DROIT

Questions choisies

Licence
et concours



Éric Loquin
Isabelle Moine-Dupuis

ellipses

LES SOURCES DU DROIT (ÉRIC LOQUIN)

L'expression « sources du droit » est polysémique. Elle désigne à la fois les sources substantielles et les sources formelles du droit¹. Les sources substantielles ou encore matérielles sont constituées des matériaux qui fournissent aux règles de droit leur contenu, leur matière. Ces sources sont très nombreuses. Elles peuvent être morales, religieuses, philosophiques, historiques, politiques, économiques, idéologiques, sociales, techniques, doctrinales... Il peut s'agir aussi de systèmes organisés comme le droit naturel². « Le droit, écrit J. Carbonnier³, a pour particularité de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale ». Toute règle sociale, morale, religieuse, doctrinale, philosophique est susceptible de devenir une règle de droit.

Les sources du droit s'entendent aussi des modes de formation du droit. Il s'agit d'identifier « les auteurs du droit » et les modes de formation des normes juridiques. Ces sources font accéder les règles de comportement, quelles que soient leurs provenances, à la vie juridique.

L'objet de cette étude est la seconde acception de l'expression « sources du droit ». **Est source du droit l'autorité qui crée des règles de droit, celle qui transforme une règle sociale en règle juridique.**

La question des sources du droit ainsi comprise est l'un des points centraux de la philosophie du droit. Elle est nécessairement liée à la définition du droit lui-même. Comment reconnaître le droit ? On pourrait répondre par sa source. Le droit est produit par l'autorité habilitée à le créer. Le droit n'est que ce qui est issu d'une source de droit. Telle est la conception de la règle de droit dégagée par Hans Kelsen⁴. Si la norme émane de l'autorité compétente pour la créer et qu'elle est édictée dans le respect des procédures requises,

-
1. Sur la distinction, v° P. Roubier « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in « Le droit privé au milieu du xx^e siècle, Études offertes à G. Ripert, *LGDJ*, Paris, 1950, t. 1, p. 9 et suiv.
 2. V° X. Dijon, *Droit naturel*, Thémis, PUF, 1998, défini comme « le droit inhérent à la nature humaine ».
 3. *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 251.
 4. *Théorie pure du droit*, traduction de la 2^e édition, par CH. Eisenmann, Paris, *LGDJ*, 1999, p. 95.

elle est une norme juridique. À défaut, elle est en dehors du droit. Mais à l'inverse, les sources de droit peuvent être identifiées comme telles par leur production¹. La norme juridique n'est plus alors définie par sa source, mais par son contenu. La source du droit est ainsi qualifiée parce qu'elle produit des règles de droit.

En réalité, il est aisé de sortir de ce qui apparaît comme un cercle vicieux. En considérant les traits caractéristiques des règles de droit, lesquels sont constants dans le temps et dans l'espace, on remontera à leur source.

Reprenons alors la définition usuelle de la règle de droit, celle qui permet de distinguer la règle de droit des différentes règles produites par le corps social.

Comme toute norme la règle de droit a un caractère général et impersonnel. Elle ne vise aucune personne déterminée, mais un ensemble de destinataires qu'elle identifie, par exemple les pères et mères, les mineurs, les plaideurs, le juge, les contractants, l'auteur d'une faute. Une prétendue règle qui désignerait une personne déterminée serait une décision², par exemple la loi qui ordonnerait des funérailles nationales pour honorer une personne déterminée ou une décision de justice condamnant M. X. à réparer le dommage qu'il a causé par sa faute. Ce trait est commun à toutes les normes, juridiques ou non. La règle de savoir-vivre qui interdit aux convives de manger avec leurs doigts est générale et impersonnelle.

La règle de droit est extérieure à la volonté individuelle des personnes qu'elle concerne. Elle vise à organiser la société et à régir les relations qui s'établissent entre les membres de celles-ci. Robinson, seul sur son île, n'est pas soumis à des règles de droit et n'en a pas besoin. C'est seulement avec l'arrivée de Vendredi et la nécessité de vivre à deux que le droit apparaît. La règle de droit suppose qu'une autorité « dise » le droit en édictant des règles. Ce trait existe pour la règle religieuse et est absent de la règle morale qui peut être purement interne à la conscience d'une personne.

Le caractère spécifique de la règle de droit, qui distingue la règle de droit de toute autre règle, est qu'elle est sanctionnée juridiquement³ par une autorité, habilitée à le faire, c'est-à-dire à en tirer les effets juridiques qu'elle prévoit. La sanction de la règle de droit ne doit pas être assimilée à une répression. Certes, certaines règles de droit, les règles du droit pénal ou les règles disciplinaires sont coercitives, en ce sens que leur inobservation est

1. D. de Béchillon, qu'est-ce qu'une règle de droit? Odile Jacob, 1997, p. 45- R. Libacher, L'ordre juridique et le discours du droit, *LGDJ*, 2013, n° 108 et 247.

2. P. Mayer, La distinction entre règles de droit et décisions et le droit international privé, *Bibli. de droit international privé*, vol. XVII, Paris, Dalloz, 1973.

3. La sanction ne doit pas être assimilés.

réprimée par des punitions, des peines. Mais, la plupart des règles de droit ont des effets non coercitifs. Leur finalité est de reconnaître juridiquement des situations, des faits, pour leur donner des effets, ceux que la règle de droit prévoit. Cet effet est le plus souvent l'attribution d'une prérogative, d'un droit subjectif, d'une permission, qui est opposable aux autres sujets de droit.

La spécificité de la règle de droit est donc qu'elle est produite par une autorité habilitée à produire des règles de droit. La juridicité de la règle de droit naît de l'intervention d'une autorité habilitée à prendre en charge sa création, sa réalisation et à imposer son exécution dans le corps social. Est source de droit l'entité apte à créer des règles sociales obligatoires et à assurer leur efficacité, c'est-à-dire leur sanction. Autrement dit, s'interroger sur les sources du droit ne se limite pas à l'étude des autorités créant matériellement des règles de droit, mais aussi à celle des autorités réalisant son efficacité.

Pendant longtemps, la philosophie du droit a entretenu une conception « idéaliste¹ » des règles de droit. Le droit devait être trouvé dans la raison ou dans la nature. Si cette approche est apte à déterminer le contenu des règles de droit, elle ne permet pas d'identifier qui formellement crée ces règles pour les rendre applicables dans les sociétés humaines. C'est seulement à partir du XIX^e siècle que les philosophes du droit développent le « courant positiviste² » et s'intéressent aux sources formelles du droit et aux autorités qui les créent. Le courant positiviste rejette l'idéalisme. Le droit n'existe qu'à travers l'observation des règles effectivement posées et appliquées. Le droit est conçu comme un ordre normatif. Si le positivisme est impuissant à décrire les sources du droit en tant que contenu du droit, sinon par une tautologie, (le contenu du droit est ce que l'on trouve dans les règles de droit), seul le positivisme permet de comprendre comment une règle sociale devient une règle juridique, autrement dit comment naît la juridicité des normes.

C'est le concept d'ordre juridique qui permet, dans la pensée moderne, de comprendre le phénomène des sources des règles de droit. Il correspond le mieux au droit des temps modernes. B. Oppetit constate que seul le positivisme, à travers la notion d'ordre juridique, « rend compte de la vie concrète du droit³ ».

1. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 35

2. *Ibid.*, p. 52.

3. *Ibid.*, p. 93.

I. Le concept d'ordre juridique

Le concept d'ordre juridique relève du « discours sur le droit¹ ». Il est philosophique. Il fournit une explication du processus de formation et de réalisation du droit. Le concept d'ordre juridique a vu le jour en Allemagne au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles. Charles Leben² le définit comme « l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine ». La nature conceptuelle de l'ordre juridique explique qu'il n'existe pas une conception unique de l'ordre juridique, mais des doctrines de l'ordre juridique. La notion d'ordre juridique est née de la pensée normativiste. Celle-ci présente l'ordre juridique comme un ensemble de normes et de structures ou d'organes pouvant les sanctionner.

A. Définition de l'ordre juridique

Les théories normativistes de l'ordre juridique s'accordent sur une observation commune. L'existence d'un ordre juridique se reconnaît à la réunion de plusieurs éléments. L'ordre juridique est d'abord un ensemble de normes acceptées comme contraignantes par les membres d'un groupe social. Il est également un ensemble d'organes élaborant ces normes, les interprétant, les appliquant et les sanctionnant juridiquement. L'intervention et l'action de ses organes sont fondées sur la légitimité, c'est-à-dire la reconnaissance par les membres du groupe social de l'autorité de ces organes. Mais, les théories se séparent sur l'identification de l'ordre juridique, sur sa personnalisation.

a. Conception moniste de l'ordre juridique

L'ordre juridique s'identifie à l'État qui est la seule source de droit. *A priori*, le lien entre la règle de droit ainsi définie et l'État apparaît comme une évidence. La règle de droit apparaît comme une création de l'État, car seule la puissance publique peut lui donner sa force obligatoire et sanctionner juridiquement les normes qu'il crée. Cette identification de l'État à l'ordre juridique a été affirmée par la doctrine du positivisme étatique, laquelle relie le caractère contraignant de la règle de droit à l'autorité de l'État.

1. G. Timsit, L'ordre juridique comme métaphore, *Droits*, Rev. fr. de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, n° 33, *Ordre juridique*, p. 3.

2. De quelques doctrines de l'ordre juridique, *Droits*, n° 33, p. 19.

Ihéring¹ écrit « qu'il n'existe d'autres contraintes que celle de l'État : le droit n'est pas une idée logique, mais une idée de force ». C'est l'État qui se trouve à l'origine de la règle de droit. La contrainte étatique prime toute autre contrainte, émanant de groupes quelconques internes à la société étatique.

Pour Hans Kelsen², le droit est le produit des différents organes de l'État, hiérarchisés et compétents à cet effet pour produire des normes sous l'autorité de la Constitution. Kelsen développe la théorie de la hiérarchie des normes : « Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, du rapport supériorité-subordination : la norme qui crée la relation est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toute au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide formée de plusieurs étages. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création a été réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et que cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale ». Concrètement, la norme fondamentale est identifiée par la Constitution d'un État.

Pour Kelsen, tout acte juridique est à la fois application d'une norme supérieure et création, d'une norme inférieure, réglée par cette norme. L'ordre juridique est « une série de normes en cascade, qui s'enchaînent et s'engendrent successivement, en prenant appui les unes sur les autres : au sommet, une norme positive suprême, supérieure à toutes les autres et qui définit leurs conditions de production (La constitution dans le droit étatique) ; à la base, des normes étroitement encadrées par les normes placées au-dessus d'elles et dont la part de création, d'innovation est réduite, mais jamais complètement nulle ; entre les deux, différents degrés ou paliers, dont le nombre varie selon la complexité de l'ordre juridique, et qui sont à la fois déterminés (par les niveaux supérieurs) et déterminants (pour les niveaux inférieurs)³ ». L'ordre juridique de Kelsen fonde **le concept d'État de droit** qui soumet l'État lui-même au respect de la règle supérieure et aux normes inférieures créées conformément à elle.

1. La lutte pour le droit, réédition, Dalloz, 2006.

2. Théorie pure du droit et de l'État, (trad. Ch. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962.

3. J. Chevallier, L'ordre juridique, Le droit en procès, Ouvrage collectif, Paris, *LGDJ*, 1999.

L'État est ainsi la personnification de l'ordre juridique¹, car il détient dans le corps social le monopole du pouvoir de contrainte. Il y a une identité absolue entre l'État et le droit qui constitue un seul et même ordre de contrainte. Il n'y a pas lieu de distinguer l'État et son ordre juridique comme le faisait avant lui les philosophes du droit, L'État est l'ordre juridique². Il en résulte que, hors la production normative de l'État, il n'y a pas de droit. Dans l'espace territorial étatique, il n'y a plus qu'un seul ordre juridique légitime et souverain, celui de l'État : toutes les normes juridiques sont censées émaner directement ou indirectement de lui et elles ne sont valides que si elles s'insèrent dans son ordre juridique, en respectant strictement ses déterminations.

Kelsen ne nie pas l'existence d'un ordre juridique international constitué par la communauté des États, « la société internationale », qui constitue un ordre juridique dès lors qu'il est susceptible d'être organisé³. Mais, Kelsen considère que le droit international et le droit étatique ne représentent pas deux systèmes de normes distincts et indépendants. Ils s'articulent l'un à l'autre. Constatant qu'il existe autant d'ordres juridiques étatiques qu'il y a d'États et étant donné que c'est le droit international qui réalise leur coordination et leur délimitation, il énonce que nécessairement le droit international est un ordre juridique supérieur à tous les ordres étatiques, qu'il réunit en une communauté juridique universelle⁴. Kelsen reste ainsi fidèle à sa théorie moniste de l'ordre juridique⁵. Cependant, compte tenu du caractère inorganisé de la communauté des États à l'époque où il écrit, Kelsen inscrit sa doctrine dans la prévision d'une organisation progressive future de cette communauté qui fera apparaître cet ordre juridique international personnalisé par « un État universel ».

Enfin, il est intéressant de relever que Kelsen⁶ admet, prenant pour exemple les normes créées par les corporations, que l'ordre juridique étatique peut « absorber » des normes qu'il n'a pas créées. Ces normes font partie de

1. Théorie pure du droit, traduction de la 2^e édition, par CH. Eisenmann, Paris, *LGDJ*, 1999, p. 95.

2. *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. Ch. Eisenmann, Paris 1997, *LGDJ*, p. 111.

3. V° *infra*, p. 51.

4. *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 196.

5. On trouve une doctrine voisine chez G. Scelle, à la même époque, lequel défend la conception moniste intégrale de l'ordre juridique international qui ne signifie d'ailleurs pas pour lui une primauté de l'ordre juridique international sur les ordres juridiques internes, mais une véritable « fusion » des ordres juridiques étatiques dans l'ordre juridique international. La question de la supériorité des ordres juridiques ne se pose même pas dès lors que l'on accepte « le principe de l'unité fondamentale de l'ordre juridique universel », (*Règles générales du droit de la paix*), *RCADI*, 1933-IV (46), p. 693.

6. *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 235.

l'ordre juridique étatique dès lors que ce dernier, par l'une de ses normes renvoie à leur application. C'est le cas par exemple des États qui reconnaissent la compétence des lois religieuses en matière de statut personnel ou qui renvoie à la coutume dans certaines matières. Ce renvoi intègre ces normes dans l'ordre juridique étatique.

Cette dernière remarque ouvre la porte de la conception institutionnelle de l'ordre juridique et du pluralisme des ordres juridiques.

b. Conception institutionnelle de l'ordre juridique : le pluralisme des ordres

La théorie institutionnelle de l'ordre juridique a été développée par le juriste italien Santi Romano dans son ouvrage « L'ordre juridique », publié en 1917¹. Celle-ci a été également développée, en France, par Maurice Hauriou telle qu'il l'a exposée dans ses « Principes de droit public² » à la même époque. Pour les théories institutionnelles de l'ordre juridique, **toute institution est potentiellement un ordre juridique et donc une source de droit.**

L'État n'est pas la seule autorité susceptible de créer des règles de droit et de les sanctionner juridiquement. Pour comprendre ce phénomène, il faut introduire le concept d'institution, qui est un instrument conceptuel indispensable à la compréhension de la création des règles de droit.

L'existence d'un ordre juridique est liée au processus **d'institutionnalisation** des groupes sociaux. Comme l'a écrit Jacques Chevallier³, « il n'y a d'ordre juridique concevable que si les individus ont conscience de faire partie d'un ensemble qui les englobe et les dépasse et dont la personnalité propre est projetée dans une figure symbolique, chargée de décliner l'identité du groupe et d'assurer la continuité des significations ». L'institution est identifiée à l'ordre juridique dont elle est la source.

Santi Romano part du constat kelsenien selon lequel l'ordre juridique ne se limite pas à être un ensemble de normes réglant les rapports sociaux : « le droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure ; [...] Ceci étant, l'expression droit désigne un ordre dans son intégralité et son unité, c'est-à-dire une institution⁴ ».

1. Traduction française par Lucien François et Pierre Gothot, Introduction, Ph. Franceskakis, Dalloz, 1975 – Réédition, Dalloz, 2002, Introduction, P. Mayer.

2. *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916.

3. L'ordre juridique, in « Le droit en procès, ouvrage collectif, PUF, 1984.

4. L'ordre juridique, *op. cit.* § 10.c, p. 19.

Hauriou¹ définit l'institution comme « tout arrangement permanent, par lequel, à l'intérieur d'un groupe social donné, des organes disposant d'un pouvoir de domination, sont mis au service des buts intéressant le groupe, par une activité coordonnée à celle de l'ensemble du groupe [...] ».

Santi Romano considère que l'institution est un ordre juridique et que l'État est lui-même une institution parmi d'autres. Comme Kelsen, Santi Romano soutient que « le droit n'est que forme et que son existence et son concept sont indépendants de son contenu matériel ». Mais Santi Romano refuse le monisme de Kelsen. Toute institution, quelle qu'elle soit, est un ordre juridique et il ne peut y avoir de droit sans organisation capable de rendre juridique la norme. Il en résulte que toute institution est source de droit.

Là est le fondement du pluralisme des ordres juridiques. Tout groupement social organisé est un ordre juridique et est source de droit. Peu importe que ce groupement soit un État ou une institution privée. L'État est bien sûr un ordre juridique pour Santi Romano, mais également les personnes morales de droit privé, la famille, l'entreprise, l'Église, la communauté internationale des États. S'agissant par exemple de l'Église, Santi Romano écrit que « l'ordre de l'Église et celui de chaque État pour les matières ecclésiastiques sont deux ordres juridiques distincts et différents dont chacun a sa sphère, ses sources, son organisation et ses sanctions propres ».

B. Les rapports entre les ordres juridiques

Pour analyser les rapports entre les différents ordres juridiques, Santi Romano a créé et largement utilisé une notion originale, celle de « *relevance juridique*² », selon laquelle l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre (est) conforme aux conditions mises par un autre ordre ». La *relevance* est la mesure permettant d'établir dans quelle mesure un ordre juridique tient compte de l'existence d'un autre ordre juridique : « Un ordre peut en ignorer ou aussi en nier un autre ; il peut le prendre en considération, en lui attribuant un caractère différent de celui qu'il s'attribue lui-même et il lui est par conséquent loisible de le considérer comme un pur fait ; mais on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas le reconnaître comme ordre juridique, ne fût-ce que dans une certaine mesure, pour certains effets et avec les qualités qu'il peut juger opportun de lui conférer. Même, il faut observer que pour lui

1. Principes de droit public, *op. cit.*, p. 41.

2. « *Rilevanza* ».