



HAL
open science

Source du droit (théorie des)

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

| Rafael Encinas de Munagorri. Source du droit (théorie des). 2005, p. 738. halshs-02289771

HAL Id: halshs-02289771

<https://shs.hal.science/halshs-02289771v1>

Submitted on 17 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sources du droit (théorie des)

Objet de la théorie des sources du droit

L'objet de la théorie des sources du droit prend pour point de départ des questions essentielles : d'où vient le droit ? comment se forme une règle juridique ? La loi, la jurisprudence et la coutume sont de nos jours présentées comme les principales sources du droit. Il en est cependant d'autres tout aussi importantes : traités internationaux, conventions collectives et contrats individuels, usages professionnels, actes administratifs, règlement intérieur d'une entreprise ou d'un groupement. Il existe une certaine fluidité entre ces différentes sources : une même règle de droit prend parfois, de manière simultanée ou successive, la forme d'une règle contractuelle, coutumière, jurisprudentielle, légale ou internationale.

Le défi posé par les sources du droit réside dans leur irréductible pluralité. Les règles de droit jaillissent de divers foyers normatifs issus des personnes publiques ou privées (groupements ou individus). L'ensemble de ces règles est appréhendé par la théorie des sources du droit sous deux aspects. Le premier est celui des sources dites réelles, c'est-à-dire des conditions sociales (historique, politique, économique) de production d'une règle juridique. Le second est celui des sources dites formelles qui, comme son nom l'indique, désigne les formes par lesquelles se concrétisent les règles de droit. Une loi votée par le Parlement se distingue ainsi d'une jurisprudence établie par une juridiction, d'une coutume formée par la répétition de pratiques considérées comme obligatoires, ou encore des usages contractuels du commerce international. La théorie des sources du droit consiste à rendre explicite les processus d'élaboration des règles juridiques et à en proposer l'agencement sur un mode plus ou moins hiérarchisé. Elle vise à identifier les règles de droit et à les ordonner au sein d'un système cohérent.

Enjeux de la théorie des sources du droit

Les enjeux de la théorie des sources du droit sont liés au pouvoir de tracer les frontières externes du domaine juridique et d'en assurer la mise en ordre interne. La rivalité entre plusieurs théories des sources du droit en atteste. Ces théories véhiculent différentes conceptions de la société à partir d'une question centrale : qui établit des règles de droit et comment ? Chacun tend à privilégier une source du droit à partir de ses convictions et de l'ordre juridique au sein duquel il raisonne : Jhering considérait que la loi était la source principale du droit, Lévy-Bruhl donnait la primauté à la coutume, Hayek à la jurisprudence et à l'ordre

spontané des marchés. Ces théories des sources du droit (légalisme, contractualisme, etc.) expriment les courants idéologiques les plus divers. Il en résulte des tentatives visant à déconsidérer les sources concurrentes pour les placer sous l'emprise d'une source considérée comme primordiale. Ce mouvement des idées correspond aussi à des cycles historiques. En France, la période postérieure au code civil de 1804 a été marquée par la prépondérance de la loi. Près d'un siècle a été nécessaire pour mettre fin à son absolutisme, en particulier grâce aux efforts de Gréy auteur d'un ouvrage intitulé « méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif » paru en 1899 qui a marqué son époque. La jurisprudence est aujourd'hui reconnue comme une source du droit à part entière, mais c'est parfois encore avec réticence, comme si elle ne pouvait s'épanouir que dans l'ombre de la loi. Malgré un certain conservatisme théorique, les évolutions se poursuivent. Les sources du droit ne sont pas figées. Ainsi l'indépendance prise par les juges, l'application des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le rôle occupé par les sources européennes, la mondialisation des règles du commerce international contribuent à renouveler une conception du droit trop souvent repliée sur l'État et la loi.

Les enjeux de la théorie des sources du droit peuvent être éclairés à partir de la notion de doctrine qui connaît une acception particulière parmi les juristes français. Loin de se réduire à l'exposé d'opinions formulées par des juristes, la doctrine désigne l'ensemble des auteurs écrivant sur le droit. Doctrine et théorie des sources du droit sont d'ailleurs apparues, de manière explicite, à la même époque, au cours du XIX^{ème} siècle. La doctrine s'est en effet donnée pour but de présenter les sources du droit de manière systématique. Elle a été le révélateur et la chambre d'écho des sources du droit. L'intervention des juristes semble ici inévitable. Comment connaître les lois, la jurisprudence, la coutume si ce n'est par l'intermédiaire des auteurs qui donnent à voir les sources du droit et prétendent dire ce qu'elles sont ? Dans cet élan, la doctrine s'est présentée, elle-même, comme une source du droit. Les juristes ont certes toujours constitué une source d'influence des solutions juridiques comme en témoigne la tradition des juriconsultes du droit romain et des glossateurs au moyen-âge. C'est toutefois l'émergence explicite d'une théorie des sources du droit qui a permis à la doctrine de se mettre en scène comme une autorité à même d'inspirer ou de concevoir le droit.

Statut de la théorie des sources du droit

Le statut de la théorie des sources du droit pointe alors une difficulté présente dans la pensée juridique française. Pour le comprendre, il faut rappeler que la doctrine correspond à un effort dogmatique, au sens d'une étude savante et raisonnée du droit positif dans la perspective de l'adoption d'une solution

souhaitable. Sa visée est normative. Or, cette dogmatique a été présentée par les membres de la doctrine comme scientifique. Au point d'ailleurs d'exclure d'autres approches théoriques des sources du droit plus ouvertes aux sciences humaines et sociales. La doctrine s'est alors constituée en autorité savante, détentrice du discours légitime sur les sources du droit. L'avantage d'une telle posture pour les juristes bâtisseurs de théories conduit à guider le droit par deux fils tenus dans une même main : d'un côté l'influence sur le droit tel qu'il se fait ou devrait se faire ; de l'autre le contrôle sur les théories prenant le droit pour objet. L'organisation d'une doctrine en science dogmatique du droit ne fait pas l'unanimité. Kelsen a dénoncé avec vigueur l'hypocrisie des juristes diffusant des idéologies morales ou politiques sous couvert de science du droit.

Les auteurs qui forment la doctrine n'assument ni leur part dogmatique en révélant leurs valeurs, ni leur part scientifique en explicitant leurs méthodes. La théorie des sources du droit apparaît alors comme un cheval de Troie épistémologique. La science juridique veut faire croire que le droit correspond à sa théorie. De l'intérieur pourtant, les auteurs agissent. Dire ce que sont les sources du droit, parler en leur sein jusqu'à prétendre les incarner est un stratagème qui ne manque pas d'efficacité. Les autorités productrices de droit sont confortées dans leur pouvoir ; la critique est discréditée lorsqu'elle s'écarte des constructions juridiques en vigueur. D'autres chemins conduisent à recomposer une théorie des sources à partir des réflexions menées dans le domaine de la philosophie et de la sociologie du droit. Entre les doctrines les plus au contact des solutions concrètes et celles qui jonglent avec les idées les plus générales, les théories des sources du droit déploient un spectre graduel qui ne manque pas de couleurs.

Rafael Encinas de Munagorri

Bibliographie :

Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, collection méthodes du droit, 2004.

Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1960, traduction française de la 2^e édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique*

du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.