
Le rôle des sources

par Michelle Cumyn et Mélanie Samson

Dans tous les domaines, il faut citer les sources sur lesquelles s'appuient ses travaux. Dans le domaine juridique, ces sources revêtent une importance particulière. Bien plus qu'une référence, ce sont les prémisses du raisonnement juridique¹. On tend d'ailleurs à confondre le droit avec ses sources :

Si par exemple nous voulons donner à un étranger un aperçu sommaire du droit français actuel, nous dirons qu'il consiste en un corps de législation complété par de la jurisprudence, le tout théorisé par les auteurs : cette assertion des plus banales montre bien que la loi, la jurisprudence et la doctrine ainsi évoquées sont des éléments intrinsèques au droit, voire le droit lui-même.²

À l'époque romaine, Cicéron est l'un des premiers juristes à évoquer la métaphore des sources du droit³. Elles désignent pour lui « les bases du droit »⁴ ou « l'origine du droit même »⁵, à savoir le droit naturel. C'est toutefois une conception plus étatiste qui prévaut aujourd'hui dans les systèmes juridiques occidentaux. Les règles établies par l'État sont considérées comme les principales sources du droit⁶.

Nous présentons à grands traits la classification des sources du droit (1), la hiérarchie des sources juridiques primaires (2) et le traitement des sources juridiques (3).

¹ Stefan Goltzberg, *Les sources du droit*, 2^e éd, coll Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France/Humensis, 2018 à la p 8.

² Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2015 à la p 1.

³ Cicéron, *Traité des lois*, trad par Georges De Plinval, Paris, Les Belles Lettres, 1959 aux pp 9 et suiv.

⁴ *Ibid* à la p 10.

⁵ *Ibid* à la p 11.

⁶ L'ambiguïté de la notion de source, quant à savoir si elle désigne les matériaux qui entrent dans la fabrication du droit ou plutôt l'expression du droit lui-même, explique certaines difficultés inhérentes à la théorie des sources du droit. Sans perdre de vue ces enjeux, nous retenons ici une conception pratique de la notion de sources : ce sont les autorités citées dans un texte juridique pour en soutenir le propos.

1 La classification des sources du droit

Parmi les autorités citées dans un texte juridique, certaines renseignent sur le droit en vigueur (les sources juridiques), tandis que d'autres proviennent d'une autre discipline ou d'un autre champ d'activités que le droit (les sources non juridiques).

Parmi les sources juridiques, certaines sont une source directe du droit applicable (les sources primaires). Elles comprennent la législation, certaines décisions des tribunaux (appelées jurisprudence) et les actes juridiques tels que le contrat ou le testament. D'autres sources juridiques complètent les sources primaires et en précisent le sens (les sources secondaires). Elles ne s'appliquent pas de manière autonome. Ces sources comprennent une autre partie de la jurisprudence et la littérature juridique (appelée doctrine).

Le rôle des sources dépend du système juridique d'appartenance. La jurisprudence est une source primaire dans la tradition de common law. Dans la tradition civiliste, la jurisprudence est, le plus souvent, une source secondaire qui interprète la législation ou une autre source primaire du droit. Le Québec possède un système juridique mixte empruntant aux traditions du droit civil et de la common law. La jurisprudence n'y joue pas le même rôle selon la matière où elle intervient.

Le tableau suivant énumère les principales sources citées dans les textes juridiques au Québec. À noter que le contenu des catégories n'est pas exhaustif et que plusieurs éléments du tableau peuvent faire l'objet d'un débat. Les sources du droit international n'y figurent pas⁷.

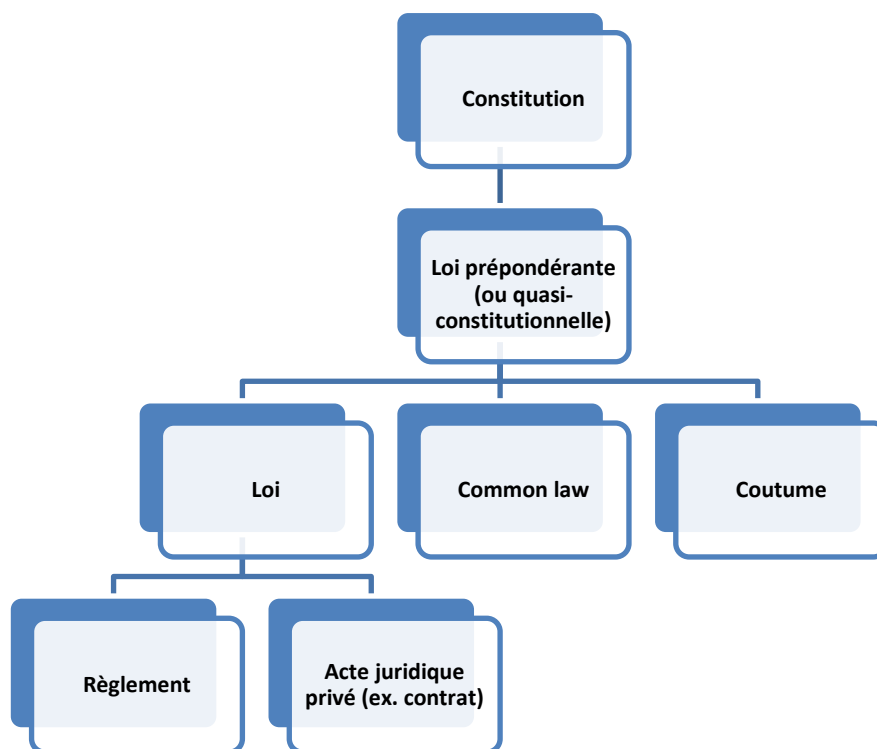
Catégorie	Contenu de la catégorie	Remarques
Législation	- Texte constitutionnel - Loi - Règlement	La législation est la source primaire par excellence.
Coutume	- Usage (art 1434 CcQ) - Convention constitutionnelle	La coutume est une source primaire reconnue, mais son rôle est restreint en droit

⁷ Voir la capsule sur les sources du droit international public.

		contemporain. On sous-estime peut-être son importance.
Jurisprudence	<ul style="list-style-type: none"> - Décision d'un tribunal judiciaire - Décision arbitrale - Décision d'un tribunal administratif 	La jurisprudence peut établir, modifier, préciser ou illustrer le droit applicable. En droit civil québécois, elle est une source secondaire, mais elle devient une source primaire en droit public, lorsque s'applique la common law.
Actes juridiques	<ul style="list-style-type: none"> - Contrat - Testament - Convention collective 	Les actes juridiques lient leurs auteurs et parfois certains tiers. Il s'agit d'une source primaire.
Doctrine	<ul style="list-style-type: none"> - Monographie - Ouvrage collectif - Article de périodique - Dictionnaire, encyclopédie 	La doctrine est produite par des juristes et revêt un caractère savant. Son autorité dépend de l'expertise reconnue de l'auteur et du lieu de publication, mais aussi de ses qualités intrinsèques : caractère approfondi de la recherche et justesse de l'analyse. La doctrine est une source secondaire.
Divers	<ul style="list-style-type: none"> - Politique, directive, circulaire, avis ou recommandation du gouvernement ou d'un autre organisme public - Travaux préparatoires à l'adoption d'une loi - Code de conduite - Rapport d'un organisme, gouvernemental ou non 	Certaines de ces sources peuvent se rattacher à une catégorie précédente. Leur caractère juridique est incertain. Il s'agit tout au plus de sources secondaires.

2 La hiérarchie des sources juridiques primaires

Dans la première moitié du 20^e siècle, Hans Kelsen affirme que le droit « n'est pas un complexe de normes en vigueur les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont superposées, ou subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures »⁸. Ainsi, la constitution trône au sommet, et les autres sources primaires doivent s'y conformer. La loi est supérieure aux règlements et aux actes juridiques privés. Ces rapports hiérarchiques qui conditionnent la validité des sources juridiques primaires peuvent être représentés sous la forme d'une pyramide inspirée de la pensée de Kelsen :



Il appartient à l'auteur d'un texte juridique de s'assurer de la validité des sources primaires qui fondent son raisonnement. Par exemple, les articles du Code criminel déclarés inconstitutionnels par les tribunaux ne sont parfois abrogés que plusieurs années plus tard. Bien que toujours en vigueur, de tels articles sont privés d'effet. De même, la règle de droit établie par un précédent peut être modifiée ultérieurement par une loi ou par

⁸ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd trad par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 à la p 266.

un nouveau jugement. Enfin, les clauses illégales d'un contrat sont nulles et ne lient pas les parties. C'est le cas, par exemple, d'une clause qui limite la responsabilité civile d'une personne pour le préjudice corporel qu'elle cause à autrui (art 1474 al 2 du Code civil).

3 Le traitement des sources juridiques

Le droit contemporain gagne en complexité. Les normes infra- et supra-étatiques se multiplient, un phénomène attribuable notamment à la déréglementation par l'État de certains secteurs d'activités et à la mondialisation de l'économie. Ces développements ont une incidence sur l'identification des sources du droit et sur la manière d'envisager leurs interactions.

Il faut ainsi tenir compte d'un éventail de sources plus large qu'auparavant, tout en demeurant vigilant quant à leur valeur juridique. Il convient d'envisager la relation entre les sources juridiques primaires comme une relation de complémentarité plutôt que de subordination stricte des sources inférieures aux sources supérieures. L'interprétation des sources les unes à la lumière des autres permet souvent de résorber les conflits apparents entre elles.

Les juristes doivent toujours considérer les sources du droit avec un œil critique. Dépendamment de l'auteur et du mode de diffusion, les opinions doctrinales ne sont pas toutes d'égale valeur. C'est également le cas pour les jugements et même pour les lois.

Références suggérées

Bergel, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 5^e éd, Paris, Dalloz, 2012.

Carbonnier, Jean, *Droit civil*, 2^e éd, t 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2017.

Cicéron, *Traité des lois*, trad par Georges De Plinval, Paris, Les Belles Lettres, 1959.

Cumyn, Michelle et Mélanie Samson, « La méthodologie juridique en quête d'identité », (2013) RIEJ 1.

Cumyn, Michelle et Charles Tremblay-Potvin, « Mondialisation et sources du droit au Québec », dans Association Henri-Capitant, *La mondialisation. Journées allemandes*, t 64, Bruxelles, Bruylant, 2017, 199.

Émond, André et Lucie Lauzière, *Introduction à l'étude du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

Émond, André, *Introduction au droit canadien*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, en ligne : <edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/131/1013588831>.

Gény, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2^e éd, t 1 et 2, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

Goltzberg, Stefan, *Les sources du droit*, 2^e éd, coll Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France/Humensis, 2018.

Hachez, Isabelle et al, dir, *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2013 (4 volumes).

Issalys, Pierre et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.

Jestaz, Philippe, *Les sources du droit*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2015.

Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e éd trad par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

Lasserre-Kiesow, Valérie, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit » (2006) *Recueil Dalloz* 2279.

Le May, Denis, *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, 4^e éd revue et augmentée, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, en ligne : <edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/86/1112005632>.

Revue de droit de McGill, *Manuel canadien de la référence juridique*, 9^e éd., Toronto, Carswell, 2018.

Turp, Daniel et James Leavy, *Sources et méthodologie du droit québécois et canadien : notes et documents*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 1983.

Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon

Faculté de droit, Université Laval
Pavillon Charles-De Koninck, local 6257
1030, avenue des Sciences-Humaines
Québec (Québec) G1V 0A6
CANADA

Courriel : crj@fd.ulaval.ca
Twitter : [@CRJ_LP_Pigeon](https://twitter.com/CRJ_LP_Pigeon)

*Capsule mise à jour le 13 novembre 2019