

Les sources de droit

Sous l'ancien droit, on distinguait en France, entre les pays de droit écrit, situés au sud de la Loire et fortement influencés par le droit romain et les pays de coutumes, situés au nord de la Loire et influencés par le droit d'outre-Rhin. Avec la codification, le droit devient essentiellement écrit.

L'article 4 du décret-loi du 5 novembre 1870, fut le premier à poser **une présomption de connaissance de la loi** et ce, en ces termes : « Les tribunaux pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation. » L'article 65 de l'ancien code pénal prévoyait également : « Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse. »

Cette présomption est actuellement irréfragable. Il en résulte que l'ignorance ou l'erreur de droit ne figurent pas parmi les causes d'exclusion de la peine. Elles ne sont donc pas des causes d'exemption de responsabilité ou de dispenses de peine.

La présomption de connaissance de la loi connaît **deux exceptions** :

- D'une part, en droit civil, l'erreur de droit est assimilée à l'erreur de fait. Il en résulte que celui qui de bonne foi s'est placé en dehors de la loi peut obtenir l'annulation d'un l'acte juridique pour vice du consentement (Cass. Civ1. 4 nov. 1975, D. 1977.105, note J. Ghestin). La troisième chambre civile de la Cour de cassation a le 5 juillet 1995 (Bull. civ. III, n° 174, p. 119) eu l'occasion de juger que devait être annulée pour erreur, la vente au profit d'une personne qui bénéficierait d'un droit de préemption, alors que le bénéfice du droit lui avait été faussement reconnu. La victime d'une erreur de droit peut aussi échapper aux conséquences des sanctions attachées au non-respect de la loi. Par exemple, en cas de non-respect de certaines conditions de fond ou forme exigées par la loi, le mariage est nul, de nullité absolue ou relative. Or, non seulement la nullité met fin au mariage, mais encore elle l'anéantit rétroactivement. Il est réputé n'avoir jamais existé. La rétroactivité est cependant limitée et le mariage est dit putatif, à l'égard de l'époux de bonne foi. L'époux de bonne foi est celui qui ignorait la cause de

nullité au moment de la célébration du mariage. Ce dernier pourra donc échapper aux conséquences trop excessives de la nullité. Tous les effets qui se sont déjà produits seront maintenus. Il en ira ainsi de l'acquisition de la nationalité ou du droit à l'usage du nom du conjoint. L'époux de bonne foi pourra aussi conserver le bénéfice des règles du régime matrimonial, pour la liquidation du patrimoine.

- D'autre part, en droit pénal, l'article 4 du décret du 5 novembre 1870 (abrogé par l'ordonnance du 20 février 2004) prévoyait que lorsqu'une contravention avait été commise, dans le délai de trois jours francs, à compter de la publication de la loi créant l'incrimination, les tribunaux pouvaient écarter la peine encourue, si le contrevenant prouvait son ignorance de la loi. Le code pénal dispose aujourd'hui, dans son article 122-3 que « n'est pas pénalement responsable, la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ». De ce texte résulte donc une irresponsabilité pénale, au profit de celui qui peut se prévaloir d'une erreur de droit. Pour pouvoir utilement se prévaloir de l'ignorance de la loi, le justiciable doit cependant apporter la preuve de son impossibilité de la connaître. Il lui faut justifier d'une erreur invincible, donc non fautive. Cela signifie que celui qui se prévaut de son ignorance de la loi doit apporter la preuve qu'il a tout fait pour savoir s'il était dans son droit, si ses agissements étaient ou non conformes aux textes. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu retenir, dans une décision du 11 mai 2004, que « l'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-3 du code pénal ne peut résulter, que d'une erreur sur le droit que la personne n'était pas en mesure d'éviter et en raison de laquelle elle a cru pouvoir légitimement accomplir l'acte ; que n'a pu commettre une erreur de droit, au sens de ce texte, le salarié qui, ayant eu connaissance par son avocat des limites apportées par la jurisprudence, au principe selon lequel se rend coupable de vol un préposé qui appréhende frauduleusement des documents de son employeur, à l'insu et contre le gré de celui-ci, pendant le temps nécessaire à leur reproduction, lorsque ce vol est réalisé en vue d'une action prud'homale, en l'espèce, avait appréhendé des « brouillards » comptables et les avait reproduits à l'insu de son employeur pour les utiliser devant la juridiction prud'homale, au lieu de saisir le juge d'une demande de production de pièces ; qu'en jugeant du contraire, pour rejeter la demande en paiement de dommages et intérêts, la cour d'appel a violé chacun des textes susvisés ».

La maxime « **Nul n'est censé ignorer la loi** » concerne tous les textes ayant une valeur normative, dès lors qu'ils ont été régulièrement publiés. Elle s'applique donc aux lois, ordonnances, décrets et arrêtés. C'est par

une décision du 19 juin 1959 que le Conseil d'État a étendu la présomption de connaissance de la loi, à tous les actes réglementaires publiés au Journal officiel, y compris ceux pour lesquels cette publication n'est pas obligatoire.

Cette présomption ne concerne pas seulement le texte normatif, mais aussi son entrée en vigueur. Pour la jurisprudence, c'est donc en vain qu'une personne chercherait à se soustraire à l'application d'une règle de droit, en faisant valoir qu'elle ignorait que cette règle était entrée en vigueur. La présomption s'étend même à l'interprétation du texte en cause, ce qui suppose l'existence, chez tous les justiciables, d'une connaissance de l'interprétation du texte. L'ignorance du texte, de son entrée en vigueur, l'erreur sur son contenu et son interprétation sont donc soumises au même régime.

La présomption de connaissance de la loi régulièrement publiée, concerne l'ensemble du territoire français et seulement le territoire français. En conséquence, les Français résidant à l'étranger ne sont soumis à la loi que du jour où ils en ont effectivement connaissance.

Par contre, toutes les personnes résidant en France sont présumées avoir connaissance de la loi et un étranger ne saurait prétendre échapper à son application, en invoquant son ignorance de la loi française.

De même, l'âge, la situation, la condition ou l'état de vulnérabilité ne permettent pas d'écarter la présomption de connaissance de la loi.

Pour en savoir plus

- Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, coll. « Connaissance du droit », Dalloz-Sirey, 2005, 157 pages.
- www.legifrance.gouv.fr : sur ce site voir notamment la rubrique – À propos du droit – un article sur les sources du droit.

Liste des fiches

1. *La notion de sources de droit*
2. *Les sources écrites du droit*
3. *La place du droit international*
4. *Le domaine d'application de la loi dans le temps*
5. *Les sources non écrites*

FICHE 1. La notion de sources de droit

A. La définition de la règle de droit

1) La distinction entre le droit objectif et les droits subjectifs est importante. Le **droit objectif** comprend l'ensemble des règles de droit et non pas uniquement les lois votées par le Parlement. Toute disposition, ayant une valeur normative, constitue donc le droit objectif. Par contre, on appelle **droits subjectifs**, les droits individuels découlant du droit objectif. Ce sont donc les prérogatives, conférées à chaque individu. Toute personne a nécessairement des droits subjectifs, car elle est apte à être titulaire, de droits et d'obligations. Ces droits subjectifs découlent de la règle de droit.

2) La loi se distingue par ses caractères. Elle est **générale, permanente, obligatoire, abstraite** et elle émane de l'autorité publique.

La loi est connue de tous en vertu de sa publication et très souvent de sa codification. Nul n'est censé l'ignorer et ne peut ainsi se soustraire à son application. Toute méconnaissance de la loi expose à des sanctions civiles ou pénales.

Si la loi est obligatoire, elle n'est pas nécessairement impérative. La loi peut être impérative ou supplétive. Lorsqu'elle est supplétive, elle ne s'applique qu'à défaut de volonté contraire des parties. On dit alors de la loi qu'elle est supplétive de volonté. Les titulaires des droits subjectifs peuvent en effet, écarter les dispositions d'une loi supplétive. Une manifestation de volonté en ce sens est obligatoire. Sont supplétives les lois qui ne sont pas d'ordre public et qui concernent des droits dont les parties ont la libre disposition. Les lois impératives s'imposent toujours et les parties ne peuvent y déroger. La loi est contraignante et son application est sanctionnée par l'autorité publique, laquelle soit impose une obligation, soit confère un droit qui doit être respecté par autrui.

Le non-respect de la règle de droit trouve sa sanction dans l'exercice du pouvoir judiciaire. Le rôle du juge est d'assurer le respect de la règle de droit

B. La distinction de la règle de droit et des autres règles

1) Les règles de bienséance, les règles morales ou religieuses doivent être distinguées des règles de droit. Les **règles de bienséance** reposent sur un code de bonne conduite. Elles ne s'imposent que dans les rapports individuels et traduisent une marque de respect. Elles ne font pas l'objet d'une sanction étatique, mais d'une sanction morale et collective. La société réprouve le non-respect des règles de bienséance. Dans un restaurant, le pourboire n'est pas obligatoire, mais il est d'usage de laisser un pourboire. Il en va de même des règles protocolaires qui s'imposent dans certains

milieux, sans pour autant avoir de force contraignante, si ce n'est au regard de l'opinion collective.

Le non-respect des règles de bienséance ou protocolaires est sanctionné par la réprobation générale, mais aucune sanction étatique n'est applicable.

Les **règles morales ou religieuses** ne sont pas plus contraignantes au regard de l'autorité. Elles s'imposent cependant, à chaque individu, au plus profond de sa conscience. C'est là encore, une sanction personnelle et intérieure, qui renvoie tout individu, aux règles morales ou religieuses. L'application de cette sanction ou plutôt son ressenti, dépend alors, uniquement des croyances de chacun ou de ses valeurs morales.

Mais, les règles religieuses reposant sur les croyances individuelles se distinguent des règles morales ou de bienséance.

En effet, la religion impose également sa loi et dans certaines sociétés ou dans certains domaines, le droit laïc cohabite avec le droit « religieux »

Enfin, certains pays tirent leurs lois, de la religion d'État. D'ailleurs, sous l'Ancien Régime, le droit canon pénétrait incontestablement la société civile et non seulement influençait, mais encore continuera pendant longtemps, à influencer le droit.

2) Morale et droit entretiennent des relations certaines.

Pour Kant, **droit** et **morale** s'opposent, tant par leur finalité que par leur sanction. Le droit a une finalité sociale, alors que la morale a une finalité individuelle. Le non-respect du droit est sanctionné et celui de la morale, non. Ripert devait opposer un démenti flagrant à cette théorie en relevant, que la morale imprègne nécessairement le droit.

Il est vrai que la contrainte étatique, distingue, sans conteste, la morale du droit. Il est vrai aussi, que toute règle de droit ne participe pas de la morale, et que toute règle morale n'est pas nécessairement prise en compte par le droit. Néanmoins, l'autonomie n'est pas totale et le droit se réfère très souvent à la morale. C'est ainsi, que l'article 6 du code civil dispose qu'« on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». En outre, l'article 1134 du code civil prévoit que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Or, la bonne foi s'apprécie au regard de la morale. Enfin, et toujours à titre d'exemple, il est incontestable que les lois sur la bioéthique de 1994 ont pris en compte la morale pour réglementer ou interdire certaines pratiques, comme les expérimentations sur le corps humain, le clonage ou les conventions de mère porteuse.

FICHE 2. Les sources écrites du droit

A. Les sources internes

1) **La Constitution** figure au rang le plus élevé des sources écrites, ce avec les autres sources à valeur constitutionnelle, telles que les préambules. Texte fondateur de la V^e République, la Constitution qui date du 4 octobre 1958 a été modifiée 23 fois. Elle renvoie à trois textes fondamentaux ayant valeur constitutionnelle : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la charte de l'environnement de 2004 laquelle dispose dans son article 1 que « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » et dans son article 2, que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ».

2) Les autres sources écrites du droit sont la loi et les règlements. **La loi** est la règle de droit votée par le Parlement. Sa conformité à la Constitution est appréciée par le Conseil constitutionnel. L'article 34 de la Constitution tel que rédigé depuis la révision du 23 juillet 2008 détermine les matières réservées à la loi. Il est ainsi prévu que la loi fixe les règles concernant notamment, les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté ; le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures et le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant : le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; la création de catégories d'établissements publics ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ; les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé et ainsi que le de dernier alinéa de précise l'article 34, elle détermine, les principes de l'organisation générale de la défense nationale ; de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ; de l'enseignement ; de la préservation de l'environnement ; du régime de la propriété, des droits réels et des

obligations civiles et commerciales ; du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

L'article 37 prévoit quant lui : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. »

Les dispositions réglementaires à valeur normative sont les règlements.

Les règlements émanent du pouvoir exécutif. Il peut s'agir de décrets du président de la République ou du Premier ministre, d'arrêtés ministériels, préfectoraux ou municipaux.

Cependant, tous les décrets ou arrêtés n'ont pas le caractère de règles de droit. Il en va ainsi des décrets concernant une situation individuelle.

Enfin, **les ordonnances** relèvent de l'article 38 de la Constitution qui prévoit que le Gouvernement peut demander au Parlement de prendre des ordonnances, dans des domaines relevant de la loi.

B. Les sources internationales

1) Il s'agit des **traités internationaux**, signés entre plusieurs États, dont la négociation et la ratification relèvent des pouvoirs du président de la République, avec éventuellement, autorisation du Parlement. Selon l'article 55 de la Constitution, les traités ou accords, régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles des lois, sous réserve, de réciprocité, c'est-à-dire de leur application par l'autre partie.

2) Le **droit communautaire** est issu du traité de Rome du 25 mars 1957 qui a institué la Communauté économique européenne comprenant 27 États membres et appelée Union européenne depuis le traité de Maastricht du 7 février 1992. Il vise essentiellement la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux entre les États membres.

Outre différents traités, le droit communautaire repose sur des **textes dérivés** émanant du Conseil et du **Parlement** de l'Union européenne. Il s'agit : des règlements, actes supranationaux, applicables dans tout État membre, des directives qui imposent aux autorités nationales des États membres, des résultats à atteindre, mais leur laissent toute liberté, quant à la mise œuvre des moyens nécessaires et des décisions qui sont obligatoires, mais destinées, soit à un état, soit à des particuliers. Avis et recommandations ne sont pas considérés comme des sources du droit, car ils n'ont pas de force obligatoire.

Le respect du droit communautaire est assuré par le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes.

Le **droit européen** émane du Conseil de l'Europe et concerne essentiellement l'unification des droits fondamentaux des personnes et leur protection. Le texte le plus important est la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950. Le respect de ce droit est assuré par la Cour européenne des droits de l'homme.

FICHE 3. La place du droit international

A. La reconnaissance de la valeur normative du droit international

1) L'article 55 de la Constitution prévoit expressément la supériorité du droit international sur les lois internes.

La Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de préciser le fondement de la valeur normative propre du droit communautaire en droit interne, et ce, en plus de la référence à l'article 55 de la Constitution, fondement qui n'a jamais été contesté par les juridictions françaises.

Elle se fonde ainsi, sur le transfert de compétence accepté par les États membres et sur la spécificité de l'ordre juridique créé.

2) La reconnaissance de la valeur normative du droit communautaire en droit interne est le plus souvent directe. Il en va ainsi des traités institutifs, en raison même de leur nature, et des règlements en vertu d'une disposition explicite des traités. Il reste cependant que le problème se pose concernant les décisions et directives qui doivent faire l'objet de mesures d'exécution par tous les États membres. Ces mesures d'exécution vont en effet assurer leur réception dans l'ordre juridique interne. Sur ce point, on relève toutefois une divergence de jurisprudence entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions françaises. Dans une décision société Sace du 17 décembre 1970, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que l'application directe des directives et des décisions était possible. Elle a, par ailleurs, précisé que l'applicabilité directe des directives, ne peut pas être refusée systématiquement et que sa reconnaissance dépend des caractères propres à chaque directive. Elle distingue ainsi, entre celles qui ont un caractère réglementaire, qui sont donc suffisamment précises pour être appliquées et celles qui ne l'ont pas. Elle leur reconnaît ainsi, un effet direct, chaque fois que l'objectif fixé par une directive ne suppose pour être atteint, aucune disposition particulière, quant à la forme et aux moyens. La jurisprudence française reste cependant marquée par un principe important rendu par le Conseil d'État le 22 décembre 1978 arrêt Cohn-Bendit. Dans cette décision, le Conseil d'État a clairement refusé tout effet direct aux directives.

L'assouplissement ultérieur de la jurisprudence permet de conclure à une meilleure intégration du droit communautaire, en droit interne français, sur ce point, sans que pour autant le sort des directives ne fasse complètement l'unanimité.