Stefan GOLTZBERG, *Les Sources du droit*

Paris, Presses universitaires de France, coll. Que Sais-je ?, 2016, 128 pages

Julien Mumpwena Nsulong

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/questionsdecommunication/11326>

DOI : 10.4000/questionsdecommunication.11326

ISSN : 2259-8901

Éditeur

Presses universitaires de Lorraine

Édition imprimée

Date de publication : 1 septembre 2017

Pagination : 517-520

ISBN : 9782814303256

ISSN : 1633-5961

Référence électronique

Julien Mumpwena Nsulong, « Stefan GOLTZBERG, *Les Sources du droit* », *Questions de communication* [En ligne], 31 | 2017, mis en ligne le 01 septembre 2017, consulté le 26 octobre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/11326> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/questionsdecommunication.11326>

Stefan GOLTZBERG, *Les Sources du droit*

Paris, Presses universitaires de France, coll. Que Sais-je ?, 2016, 128 pages

De quoi parlons-nous, en disant sources du droit ? S'il est une notion en droit qui exige une clarification, c'est bien celle des sources du droit. On les trouve partout, parfois de façon indéterminée, imprécise. C'est cette question des sources du droit qui est au centre de la réflexion que mène Stefan Goltzberg dans ce livre. Au-delà de son sens littéral, de l'eau qui sourd, qui jaillit de la terre, cette métaphore de source est d'usage dans plusieurs disciplines, bien que de façons différentes. Mais toutes ces diverses acceptions ont en commun l'idée d'une origine, de provenance, ou un lieu d'approvisionnement (p. 7). Le premier chapitre, intitulé « Source, origine et prémisse » (pp. 7-14), propose une nouvelle définition de la source du droit. S'il est vrai que toutes les disciplines ne nourrissent pas un intérêt intellectuel et scientifique pour la notion de source, les juristes font en revanche un usage intensif des sources, « par le besoin d'identifier les points de départ, les prémisses, d'un raisonnement » (p. 8). Une source du droit est alors présentée comme un réservoir des prémisses acceptables.

Cependant, Stefan Goltzberg voudrait lever l'équivoque entre source du droit et origine du droit. Contrairement à beaucoup d'auteurs qui présentent la question des sources du droit comme étant celle de l'origine du droit, il estime que « la question des sources est indifférente à l'origine du droit et que celle des sources du droit est un détour pour traiter un point éminemment pratique, celui de l'acceptabilité des prémisses de l'argumentation » (p. 11). Ainsi, pour lui, invoquer une source du droit, c'est argumenter. Cette affirmation ne va pas de soi. Selon l'auteur, un argument à l'appui d'une thèse ne préexiste pas nécessairement à la thèse. Car on peut disposer d'une raison (éventuellement inavouable) pour faire quelque chose, sans disposer d'un argument, c'est-à-dire d'une raison susceptible d'être *invoquée* auprès d'un interlocuteur ou d'un auditoire (p. 11).

C'est ainsi qu'il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre la raison pour laquelle le juge prend sa décision et la source du droit qu'il avance. Cette question délicate divise en fait les partisans du formalisme juridique et ceux du réalisme juridique (pp. 12-14). Afin d'éviter cette confusion entre la source et l'origine, l'auteur sollicite également une autre distinction entre le contexte de découverte et le contexte de justification (p. 14). Cette clarification permet d'opérer une distinction nécessaire entre (1) l'origine *désignée* d'un droit, plus ou moins

mythique, (2) l'origine historique qui n'est pas toujours connue ou reconnue et (3) les sources du droit en tant qu'arguments présentables.

Le deuxième chapitre (pp. 15-36) a pour objet l'étude de l'évolution de la notion de source du droit. L'auteur souligne que l'on attribue souvent la paternité de la métaphore « source du droit » à Cicéron (pp. 15-17). En outre, il nous rappelle que « les sources du droit sont avant tout les *lieux*, les *loci* ou encore les *topoi*, les réservoirs topiques de l'argumentation juridique » (p. 17). Pour Stefan Goltzberg, le tournant décisif, dans la compréhension de sources du droit, intervint au ^{xix}^e siècle, bien que la notion de source, elle, était déjà présente en théologie puis dans les sciences philosophiques et historiques et qu'elle s'était généralisée au sens figuré aux ^{xviii}^e et ^{xviii}^e siècles. Ce sont, en fait, les juristes allemands du ^{xx}^e siècle qui vont exploiter pleinement cette métaphore déjà accessible en droit et dans d'autres disciplines. Ainsi, au paradigme de l'ordre, ces juristes vont-ils substituer celui de la source. La source va donc remplacer l'ordre comme paradigme de la science juridique (p. 18). Il s'y développe alors deux écoles, l'École historique du droit et celle de la codification du droit civil, cette dernière ramenant les diverses sources, en une source unique, une législation unique (pp. 18-21). Mais, pour l'École historique, il y a du droit avant la loi et avant l'État. Elle voit dans l'esprit du peuple la source du droit par excellence et elle distingue aussi clairement sources du droit et les sources de connaissance de droit (p. 19). Au sein de cette école, cependant, on peut différencier deux tendances : le courant romaniste et le courant germaniste. Le courant germaniste va minimiser la place de la législation dans les sources du droit, insistant en revanche sur le droit coutumier, populaire, germanique comme étant la meilleure expression de l'esprit du peuple. Dans ce courant, on peut signaler l'apport de Georg Puchta, à qui l'on doit la distinction entre source formelle et source matérielle (p. 23), distinction qui va essaimer, avec des changements de sens, dans les aires anglophone et francophone (pp. 24-36). Malgré la diversité des théories des sources du droit, Stefan Goltzberg note que nombre d'auteurs s'accordent sur le fait qu'une source formelle du droit vaut mieux, car elle est plus convaincante, qu'une source non formelle, matérielle (p. 23), bien qu'ils ne soient pas d'accord sur les sources recensées comme formelles ou comme matérielles. François Gény, par exemple, définit les sources formelles du droit, entre autres, comme « des injonctions d'autorités, extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, compétemment formées, ont pour

objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui serve à la direction de la vie juridique » (p. 28). Ce serait grâce à François Gény que la notion de source du droit devient en France, vers la fin du XIX^e siècle, une question scientifique.

Le troisième chapitre (pp. 37-85) présente les principales sources du droit, en commençant par les quatre sources formelles recensées par François Gény, à savoir, la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine. Un des intérêts de ce troisième chapitre est qu'il permet, pour chaque source citée, non seulement d'en saisir le sens, mais aussi de comprendre son évolution et la façon dont les diverses interprétations sont rendues possibles.

1. La loi. Celle-ci n'est pas n'importe quelle source du droit, elle est la source formelle du droit par excellence. Elle présente les avantages d'être officielle, obligatoire, impersonnelle, générale, explicite, écrite, promulguée, assortie de sanction étatique. Elle est donc, dans nos cultures, le prototype de la source du droit (p. 39). En effet, dans nos pays modernes, marqués par la séparation des pouvoirs, la loi s'oppose au jugement, puisque le législatif se veut séparé du judiciaire. En France, par exemple, trois éléments conditionnent l'entrée en vigueur d'une loi : la promulgation, la publication et le délai légal d'information (p. 42). Toutefois, la loi perd son caractère obligatoire par l'abrogation ou par la désuétude. Bien que générale, la loi connaît aussi des exceptions, que sont les dispenses et les dérogations (pp. 43-45). On comprend alors pourquoi la loi figure en premier lieu dans les différents catalogues des sources du droit ; elle passe pour la source la plus fiable et la plus prévisible. Elle sert donc de modèle aux autres sources du droit (p. 47).

2. La coutume. Elle est la fille du temps. Partant de son origine latine, *consuetudo*, elle équivaut au fait d'avoir fait sien un usage. Cicéron considérait la coutume comme « le droit qui a été consacré par le temps, en raison du consentement général, sans l'action de la loi » (p. 47). Cette définition dégage trois traits : la volonté de tous, l'ancienneté et le fait que la coutume évolue sans la loi. La coutume se distingue des autres sources du droit par trois caractéristiques (pp. 48-50) : le sens juridique et le sens non juridique de la coutume sont voisins ; elle est typiquement, voire exclusivement orale, bien que certains y voient une source ni écrite, ni orale, mais informulée, voire gestuelle ; et, parce que d'un usage normé, elle passe chronologiquement et logiquement, pour la première source du droit. Mais quel lien peut-on établir entre la coutume et la loi ? Selon Stefan Goltzberg, ce lien est étroit, bien que parfois conflictuel (p. 52). Il note que le droit canon, par exemple, a exercé une

influence sur l'évolution de la source coutumière, en particulier pour sa reconnaissance et la sélection des bonnes coutumes (pp. 53-54). Par ailleurs, l'auteur fait remarquer que la coutume a connu, dans sa compréhension, une évolution. Désignant au départ les droits d'origine publique exercés par le seigneur, plus clairement les exactions qu'il infligeait à ses habitants, elle renvoie finalement aux rapports de droit privé entre les habitants. Aujourd'hui, la coutume survit tant, par exemple, dans le droit international public, que dans les communautés qui n'ont pas ou pas totalement assimilé le modèle occidental.

3. La jurisprudence. L'usage de la jurisprudence se justifie par le fait que, d'une part, les lois écrites seules ne suffisent pas pour rendre justice, dire le droit et, d'autre part, par l'obligation pour le juge de motiver sa décision, « c'est-à-dire de fournir la source du droit, typiquement la disposition légale justifiant la décision » (p. 56). Toutefois, Stefan Goltzberg montre combien la notion de jurisprudence a subi une évolution dans sa compréhension, ce qui rend d'ailleurs sa définition moins aisée (p. 57). Ce terme a changé de sens depuis l'invention du terme latin *jurisprudencia*, et il n'a pas le même sens en latin, en français ou en allemand. Comprise par certains comme une science, mieux une prudence, une connaissance pratique du juste et de l'injuste, la jurisprudence est définie, en français, au sens extensif comme la somme de décision de justice (*ibid.*). En anglais, le terme jurisprudence désigne aussi bien la philosophie du droit que la théorie juridique. Ce sens est presque assimilable à la doctrine, « puisqu'il s'agit de textes portant sur le droit et n'émanant pas d'un pôle de décision (du législateur ou du juge) » (p. 59). En allemand, en revanche, le concept de jurisprudence se dit *Rechtsprechung*, tandis que *Jurisprudenz* peut se traduire par droit, ou plus précisément, par une science juridique. Il évoque « l'idée d'une méthode ou d'une méthodologie, une orientation » (p. 60). Qu'à cela ne tienne, pour Stefan Goltzberg, « ces quatre sens du mot jurisprudence (en latin *juris prudentia*, en anglais *jurisprudence*, en allemand *Jurisprudenz*, et en français "jurisprudence") se répondent mutuellement » (*ibid.*). Ainsi, le prudent, « à Rome, abordait le droit en théoricien et en praticien. Mais il s'est vu peu à peu remplacé à la faveur de la montée en puissance de la source législative à Rome. L'histoire du droit amputera quelque peu l'approche du prudent, puisque la jurisprudence des arrêts se verra progressivement coupée de la doctrine des auteurs, au point que chacune perdra son complément de nom pour devenir tout simplement, la jurisprudence et la doctrine. Les sens anglais et allemand rappellent la partie théorique, réflexive de l'ancienne signification du mot "jurisprudence" » (*ibid.*).

Après cette clarification, Stefan Goltzberg décortique le sens de ce que l'on appelle décision de principe, décision d'espèce et arrêt de règlement (pp. 61-62). Il distingue en outre plusieurs notions. Le principe de *stare decisis*, dans les pays de *common law*, consiste à maintenir ce qui a été décidé ; le *distinguishing* est la technique par laquelle l'avocat ou le juge mettent en lumière les différences entre le précédent et le cas d'espèce (p. 65) ; l'*obiter dictum* est l'expression qui signifie, « soit dit en passant ». Ainsi, dans la mesure où la formulation même du précédent importe, s'agit-il de déterminer si tel ou tel terme s'impose comme contraignant ou non (p. 67). Dans le droit romano-germanique, il permet « à la Cour de cassation de donner son avis non nécessaire pour le cas d'espèce (raison pour laquelle on l'appelle *obiter dictum*) mais, éventuellement, contraignant pour l'avenir » (p. 67) ; le revirement consiste pour le juge, dans le cas où il n'a pas réussi à s'écarter d'un précédent potentiel et quand il se voit contraint d'appliquer la règle de droit contenu dans un précédent, de reconnaître alors « qu'il modifie une jurisprudence constante et le cas échéant, qu'il s'éloigne de la doctrine » (p. 68) ; les opinions dissidentes et concordantes sont des opinions séparées de la jurisprudence (pp. 69-70) ; enfin, Stefan Goltzberg se demande si la jurisprudence est une source de droit (pp. 70-72). À cette interrogation, il répond positivement « du moins dans la mesure où on peut l'invoquer comme prémisse dans une argumentation juridique » (p. 72).

4. La doctrine. Stefan Goltzberg rappelle, partant de l'étymologie, que la doctrine est liée à l'enseignement et que la bonne doctrine serait « celle qui s'enseigne facilement, et les bons étudiants, ceux qui apprennent facilement, docilement » (p. 73). Mais comment définit-on aujourd'hui la doctrine ? Positivement, écrit l'auteur, « il s'agirait de l'opinion des auteurs, ou plus précisément l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit » (*ibid.*). Mais cette définition, trop stricte, exclut de nombreux auteurs de doctrine qui n'enseignent pas. D'où cette autre définition : elle serait l'opinion savante de ceux qui écrivent sur le droit (*ibid.*). Le lecteur lira avec intérêt toutes ces nuances qu'apporte Stefan Goltzberg. C'est pourquoi, en raison de ces difficultés, la doctrine se définit parfois négativement : elle devient alors une source du droit (ou de droit) indépendante des pôles décisionnels » (p. 74). Cette dernière définition ne manque pas non plus de susciter certaines inquiétudes qu'on lira dans le texte. Somme toute, qu'elle soit définie positivement ou négativement, la doctrine « désigne au moins trois réalités distinctes qui entretiennent des relations étroites : le droit savant (élaboré par une collectivité d'enseignants ou du moins de "sachants"), l'influence (difficile à

mesurer) de ceux qui savent et enfin la collectivité des auteurs (se reconnaissant mutuellement comme pairs : commentateurs, compilateurs, codificateurs) » (pp. 74-77). Mais la grande question reste celle de savoir si la doctrine est une source du droit. Sur cette question, les auteurs divergent, une fois de plus. Stefan Goltzberg, quant à lui, soutient ce qui suit : « Sans être une source du droit, la doctrine se classe dans le groupe des sources de droit, dans la mesure où elle contribue à la formation du droit, par exemple, en *proposant* des interprétations du droit positif et en *suggérant* l'adoption de nouvelles règles de droit » (p. 78). L'auteur termine ce chapitre par d'autres sources : les actes juridiques, faits juridiques, *instrumentum et negotium* (pp. 79-81) ; le contrat (pp. 81-83) ; les standards (pp. 83-84) et les principes généraux du droit (pp. 84-85).

Le quatrième chapitre (pp. 86-107) porte sur la problématique de la « Transformation des sources : du formalisme à la ventriloquie ». Il aborde successivement (a) le rapport entre le formalisme et le consensualisme où cette bipolarité « permet de rendre compte de l'évolution des cultures juridiques de quelque type que ce soit » (p. 86) ; (b) la règle par opposition au cas, deux types de casuistiques où il est question de la distinction et/ou du rapport entre la règle universelle et le cas particulier ou cas d'espèce ; (c) la promulgation, publication, affichage, signature, ratification qui permet la connaissance de la règle par ceux à qui elle s'adresse passant ainsi d'un droit muet, implicite à une loi explicite et publiée ; (d) la compilation, codification, canonisation ; (e) la mise par écrit, législation de la coutume ; (f) la désuétude : coutume *contra legem* ; (g) la loi des citations, ou comment neutraliser des autorités ; (h) l'interdit du commentaire : Justinien, Code civil ; (i) et enfin la ventriloquie qui serait le fait de parler au nom d'autrui. Le juriste est donc considéré comme ventriloque : « Le juriste *fait comme s'il* se mettait à l'écoute des sources qu'il choisit, alors qu'il les choisit *sciemment*, tantôt parce qu'il pense que telle est la source applicable, tantôt simplement pour *convaincre* son auditoire, cette source étant de nature à justifier une conclusion à laquelle il adhère pour toutes sortes de raisons » (p. 107).

Le cinquième et dernier chapitre (pp. 108-118) est consacré au droit comparé. Stefan Goltzberg souligne ici, entre autres faits celui selon lequel « le droit comparé se doit de prendre en compte la manière dont l'articulation des sources est *désignée* : ce n'est pas tout de décrire ce qui se passe, encore faut-il décrire la façon dont les juristes (si la culture en question possède des juristes) verbalisent et nomment les sources » (p. 109). C'est ainsi qu'il relève, de façon succincte, (a) la famille romano-germanique,

(b) la *common law*, (c) des systèmes mixtes comme le système israélien et le droit camerounais, (d) la bible hébraïque comme source du droit en tant que référence du judaïsme et du christianisme (p. 115).

Que conclure ? Stefan Goltzberg a présenté les sources du droit sous un angle peu conventionnel. L'originalité de l'ouvrage tient à trois choses. D'abord, l'auteur opère un tourmant rhétorique et argumentatif dans la façon d'aborder les sources du droit. Il soutient que les sources ne relèvent pas nécessairement de l'origine, et donc de l'antériorité. En outre, la source, bien que sélectionnée éventuellement *a posteriori*, est logiquement antérieure du point de vue du contexte de justification. Ainsi, dans une argumentation juridique, la source est-elle le *topos*, le *locus*, la raison que le juge met en avant pour soutenir une conclusion. C'est pourquoi le problème des sources est celui de l'identification des prémisses du raisonnement. Ensuite, l'auteur s'efforce de remettre en question l'idée selon laquelle une règle de droit procède nécessairement de l'autorité étatique, écrite, publique, générale et contraignante. Enfin, les sources ne sont pas des objets qui existeraient indépendamment de nous. Elles sont des êtres complexes : elles fonctionnent parce qu'elles sont reconnues et désignées comme sources.

Par ailleurs, ce livre définit les sources en général, y compris des sources non écrites, comme des prémisses dans l'argumentation. Qu'il me soit permis d'évoquer la culture africaine, qui est essentiellement orale et d'établir un lien entre les sources du droit telles que décrites dans cet ouvrage et la culture africaine. Celle-ci assiste à la disparition des anciennes bibliothèques coutumières : les anciens. Une réflexion sur les sources pourrait conduire à penser la nécessité pour les facultés de droit, en Afrique, de prendre en charge les coutumes. Les coutumes africaines, qui fondent les traditions en Afrique noire, sont orales. Nous baignons donc dans un régime d'oralité (p. 50). D'ailleurs, Stefan Goltzberg mentionne notamment le droit camerounais car il faut reconnaître la place centrale qu'occupent la coutume et la tradition dans la résolution des litiges. Ce sont les sages et le collège des notables, sans oublier la place du chef, qui deviennent comme des références ou des sources « crédibles » pour rappeler ce que « la tradition dit », ce que « la coutume dit ». Or, on assiste souvent à une confrontation de ces sources coutumières, à une opposition des sources qui peut rendre insoluble un litige. Par conséquent, il y a une fragilité dans l'usage des sources coutumières en raison de leur oralité. C'est là que l'autorité du chef intervient pour trancher, car il n'y a pas, à proprement parler de séparations des pouvoirs dans le régime coutumier. Le chef et ses notables incarnent l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Ce « dépôt du droit coutumier » s'apprend

par initiation, laquelle n'intéresse plus beaucoup les générations actuelles. Comme on peut le constater, cette génération d'anciens, bibliothèque culturelle et coutumière, disparaît. Ceux qui succèdent aux anciens y arrivent presque « amputés » de certaines informations. En outre, les jeunes, confrontés à des difficultés de survie, manifestent une désaffection à l'égard de ces coutumes et traditions. Dans beaucoup de litiges, qu'ils soient fonciers, matrimoniaux, ou quand il s'agit de conflits ethniques, la palabre africaine recourt à ses sources du droit non écrites. Les droits nationaux demandent, pour certaines matières, de recourir à la coutume. Il serait peut-être temps qu'une réflexion sur les sources du droit aborde la question de l'opportunité d'une codification des sources du droit, au sein des facultés de droit, en Afrique. Car, comme on dit, quand un vieillard meurt, c'est une bibliothèque qui disparaît. Il faudra redonner de la valeur à nos coutumes parce qu'elles sont les sources qui permettent de dire le droit. La survie des traditions et la pérennité des coutumes ne seront assurées que quand elles seront prises en charge par les facultés de droit.

L'ouvrage de Stefan Goltzberg permet, d'une part, de se rendre compte de l'évolution dans la conception des sources et, d'autre part, de voir comment, ailleurs, les coutumes ont évolué et se sont cristallisées. Sa lecture conduit du droit romain au droit traditionnel africain en passant par le droit talmudique, le droit canonique, le droit de *common law* et le droit français. L'ouvrage est donc une contribution sérieuse pour la compréhension des sources en droit. Les tâtonnements et hésitations dans l'usage des sources conduisant parfois à une remise en question du jugement rendu, ils peuvent être réduits quand on sait ce qu'on dit à partir des sources honnêtement identifiées. Nous convions donc les hommes de droit, les hommes intéressés par le droit, à se les approprier.

Julien Mumpwena Nsulong

Université catholique du Congo, CG-1534

jumpwena@gmail.com

Corinne GRENOUILLET, Catherine VUILLERMOT-FEBVET, dirs, *La Langue du management et de l'économie à l'ère néolibérale. Formes sociales et littéraires*

Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Formes et loisirs, 2015, 294 pages

L'ouvrage dirigé par Corinne Grenouillet et Catherine Vuillermot-Febvet est la restitution d'un colloque sur le thème « Discours du management, du travail, de l'économie : représentation/fiction », qui s'est déroulé à Strasbourg du 5 au 7 juin 2013, colloque qui entendait croiser plusieurs disciplines.