

100 %  
DROIT



# HISTOIRE CONTEMPORAINE DES SOURCES DU DROIT

2<sup>e</sup> édition

OSCAR FERREIRA



*illustré par  
des extraits de textes,  
des décisions de  
justice, des tableaux  
et des schémas*

ellipses

# Introduction

Sans doute due à Cicéron, sans pour autant parvenir à s'imposer avant le XIX<sup>e</sup> siècle, l'expression « sources du droit » présente quelque chose d'étrange au jeune étudiant comme au juriste confirmé<sup>1</sup>. Le mot « source » désigne littéralement « l'endroit où l'on puise », en somme, le principe, la cause et l'origine de quelque chose. Appliquée à notre discipline, l'expression devrait désigner des éléments extérieurs au droit, donc des influences plus ou moins évidentes liées à des concepts ou des convictions philosophiques, sociales, économiques, anthropologiques ou encore politiques. Bref, un ensemble qui vise à déterminer ce qu'est l'esprit du droit.

Pour prendre deux opposés extrêmes, il va de soi que la conception du droit défendue par la France républicaine n'est pas celle de l'Allemagne nazie<sup>2</sup>, et que leurs « sources » intellectuelles sont radicalement différentes. Notons ainsi que la doctrine française a, tout le long du XIX<sup>e</sup> siècle, employé le mot en référence aux sources historiques, c'est-à-dire aux origines, fondements et matériaux du droit tels qu'ils se présentent dans les codes napoléoniens, et en particulier le Code civil. C'est dans ce sens que l'emploient par exemple Aubry et Rau en 1850 dans la deuxième édition de leur *Cours de droit français*, intégrant ainsi dans les sources du droit les coutumes, le droit romain ou encore les ordonnances royales.

Aujourd'hui, pourtant, l'expression « sources du droit » désigne le plus souvent les formes que revêt le droit. L'idée porte la marque de Friedrich von Savigny (1779-1861) : par le biais du mot *Rechtsquellen*, ce professeur allemand visait ainsi les normes de droit en vigueur, dans un ordre juridique donné. Le succès sera progressif en France, le concept ne s'exportant véritablement que dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle ; les travaux de Guillaume Belime (1811-1844), professeur à Dijon,

---

1. Sur l'évolution de la notion : St. Goltzberg, *Les sources du droit*, Paris, PUF, 2016, p. 15-36. La paternité de l'expression offerte à Cicéron tient à cette phrase tirée de son *De legibus* (I, 6, 20) : *Visne ergo ipsius iuris ortum a fonte repetamus?* (« Veux-tu donc que nous remontions l'origine du droit à la source ? »). Elle soulève bien des interrogations : A. Ruelle, « Le regard de la romaniste : la forme normative ou la guerre comme raison du droit », in I. Hauchez et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthemis/PUSL, 2012, vol. 4, p. 755-807.

2. J. Chapoutot, *La loi du sang. Penser et agir en nazi*, Paris, Gallimard, 2014.

sur la philosophie du droit, font partie des premiers à en accuser réception<sup>1</sup>. Paradoxalement, compte tenu de l'ouverture de ces deux auteurs à l'histoire et à la philosophie du droit, les théories générales des sources du droit ont trop souvent eu tendance à isoler le droit de son contexte, sauf à opposer maladroitement sources nationales et sources internationales. Au demeurant, l'expression « sources du droit » s'avère problématique pour de nombreux théoriciens du droit : Hans Kelsen la juge « inutilisable<sup>2</sup> », en vertu de sa redoutable polysémie ; Paul Amselek la qualifie même de « dangereuse<sup>3</sup> » ... Un regard sur le passé s'impose donc pour saisir au mieux une notion devenue classique, mais ô combien contestée.

## La vision classique de Gény : présentation critique

En 1899, dans son premier ouvrage intitulé *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, François Gény (1861-1959) posait les bases d'une distinction qui deviendra classique en France. Celle-ci distingue les sources formelles du droit (loi, coutume), les seules que nomme Gény, des sources matérielles (tradition, jurisprudence, doctrine), qu'il identifie sans leur attribuer de nom<sup>4</sup>. Les premières sont des sources directes du droit, en raison de leur force contraignante et de l'autorité dont elles émanent, légitimes pour créer du droit, pourvu que l'on respecte certaines formes ; les secondes sont des sources secondaires, subsidiaires ou indirectes, qui fournissent plutôt une matière juridique, un élément de réflexion sur l'objet « droit », mais ne s'imposent pas par elles-mêmes faute de force contraignante.

Cette vision, quoique classique et d'ailleurs empruntée à Georg Puchta, l'un des disciples de Savigny, présente plusieurs défauts :

- Elle assèche le droit, en faisant croire que les choix de ses sources, donc de ses formes, n'obéit pas à des motifs extérieurs au droit, comme s'il s'agissait de vérités permanentes, valables en tout temps et en tout lieu. Gény ne repousse pas pour autant les sources réelles du droit, cet ensemble composite comprenant les valeurs, l'histoire, les mœurs ou encore les faits sociaux, qui contribuent à leur manière à influencer le droit ; mais il ne leur consacre guère de place. Sa vision se durcira même dans son testament intellectuel. Sans nier

---

1. La plupart des professeurs de droit mentionnés dans ce livre trouvent leur entrée dans le *Dictionnaire historique des juristes français XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2015, 2<sup>e</sup> éd. En complément, voir le site Siprojuris.

2. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, La Baconnière, 1953, p. 126.

3. P. Amselek, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 251.

4. Cl. Thomasset/J. Vanderlinden/Ph. Jestaz (dir.), *François Gény, mythe et réalités*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Dalloz, 2000 ; O. Cachard/Fr.-X. Licari/Fr. Lormant (dir.), *La pensée de François Gény*, Paris, Dalloz, 2013.

l'idéal de justice, il écartera le droit naturel, pour se limiter au droit positif, « le seul plein et complet en tant que droit », dans la mesure où « un droit sans force est imparfait »<sup>1</sup>.

- Elle est incomplète, parce qu'elle se limite, volontairement, au droit privé et au droit français : la vision de Gény ne s'occupe pas de la *common law* britannique, laisse de côté le poids de la religion dans plusieurs droits étrangers, ne se soucie plus des différents droits (romain, canonique) qui ont eu, et présentaient encore en partie, une importance dans le droit français – sauf à les insérer tacitement dans ce qu'il nomme la « tradition ».
- Elle est étatiste et suppose l'existence d'un État moderne et souverain. Aussi se concilie-t-elle bien souvent avec la théorie de la hiérarchie des normes de Hans Kelsen, qui se présente sous une forme de pyramide bâtie de façon abstraite et parfaite – ce qui paraît paradoxal, compte tenu du rejet de la notion de source du droit par ce maître autrichien. En ce sens, la « loi » comprend aussi bien la loi à proprement parler, que la constitution ou encore le règlement. Mais ceci laisse de côté le développement du pouvoir normatif de certaines institutions privées, indépendamment de la tolérance des États à leur égard – sauf à n'y voir qu'un « contrat », qui oblige parce que la loi, norme supérieure, le prévoit et impose son respect<sup>2</sup>. Que dire, pourtant, des fédérations sportives comme la FIFA, qui fixent des règles du jeu (ce qui semble neutre, mais ne l'est pas toujours) et une réglementation pointue (par exemple dans le domaine de la construction des stades) qui se heurte parfois aux droits étatiques ? Sans compter qu'elles opèrent parfois avec leurs propres tribunaux ; pour conserver l'exemple du sport : le Tribunal arbitral du sport.
- Elle ne livre aucune définition pertinente de la notion de source formelle<sup>3</sup>. Si la norme est valable en raison de sa seule forme, alors on ne comprend guère l'insertion de la coutume dans ce cadre, qui précisément n'a pas de forme et repose en grande partie sur l'*opinio iuris* comme Gény le reconnaissait lui-même : la conviction de la population que ladite règle coutumière est du droit et doit être suivie ou expressément écartée. Si la norme est valable en

1. Fr. Gény, *Ultima verba*, Paris, Pichon/Durand-Auzias, 1951, §9.

2. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1940, p. 33-76.

3. Il en propose la définition suivante : « j'entends, par source formelle du droit positif, les 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 ». Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 237.

raison des « injonctions compétemment formées », alors il semble difficile là encore d'y inclure la coutume, qui pose sur ce terrain de multiples difficultés ; dès lors, la loi devient la seule source possible.

## La vision contemporaine de Jestaz : définition des six sources du droit moderne

Il est naturellement possible de livrer une théorie plus complète et satisfaisante<sup>1</sup>. Les privatistes ont d'ailleurs poursuivi le mouvement depuis le xx<sup>e</sup> siècle, de Louis Josserand jusqu'à Philippe Jestaz. Ce dernier distingue aujourd'hui six sources du droit<sup>2</sup>, ce qui nous permet de les définir et d'en faire notre point de départ :

1°) **La révélation** : il s'agit de la dictée d'une règle de droit par une divinité ou par son prophète. Jestaz y insère naturellement le droit musulman, en particulier la *Charia* (ou *Sharia*) qui comporte le Coran (parole de Dieu) et la *Sunna* (exemples du prophète)<sup>3</sup>. Mais il serait tout aussi juste d'évoquer le cas de la Torah, en ce sens que le mot a été traduit par les premiers chrétiens en *nomos*, puis en *lex*, et s'interprète ainsi comme du droit<sup>4</sup>. Une situation au demeurant conforme à la propre évolution de la Torah : entendue, à l'origine, comme un enseignement à destination des croyants, elle finit par devenir un ensemble de 613 commandements<sup>5</sup>. Une règle de conduite pratique, la *halakah* ou « loi juive », finit ainsi par s'imposer. Le poids de la morale religieuse (ou, si l'on veut être plus précis, de la morale commune interprétée par les dignitaires religieux)<sup>6</sup> est donc ici important, parfois exclusif. Pour autant, la France, en tant que « fille aînée de l'Église », a peu suivi cette première source du droit. En effet, comme le rappelait déjà Fustel de Coulanges, « le christianisme est la première religion qui n'ait pas prétendu que le droit dépendit d'elle » (*La cité antique*, Livre V, chap. III). Il n'existe aucun équivalent chrétien de la *halakah* et de la *Charia*. Dès lors, la place laissée aux droits des hommes y fut toujours conséquente.

Il est toutefois étonnant de voir Jestaz ajouter d'autres révélations modernes et laïques dans cet ensemble, à l'instar des droits de l'homme, des principes généraux du droit ou encore des principes fondamentaux reconnus par les

1. I. Hauchez et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées, op. cit.*, vol. 4.

2. Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2022, 3<sup>e</sup> éd.

3. A. Leca, *Droit musulman. Al-Sharia*, Aix-en-Provence, PUAM, 2021 ; voir aussi, sur un terrain empreint de sociologie : M. Benkheira, *L'Amour de la Loi. Essai sur la normativité en Islam*, Paris, PUF, 1997.

4. M. Villey, « Torah-Dikaion (I) », in *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 2009, p. 19-34.

5. I. Heinemann, *La Loi dans la pensée juive*, Paris, A. Michel, 1962 ; R. Brague, *La loi de Dieu*, Paris, Gallimard, 2005, p. 87.

6. *Ibid.*, p. 432-434.

lois de la République que dégagent les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Faut-il y voir une règle de conduite morale imposée non par des clercs, mais par des juges ?

- 2°) **La loi**, qui se définit comme un texte obligatoire, de caractère général et abstrait, élaboré, voté, promulgué et publié par un pouvoir étatique ou supra étatique, telle l'Union européenne. Pour la France, cela donne un texte voté par le Parlement, promulgué par le chef de l'État et publié au Journal officiel de la République française (J.O. ou J.O.R.F.). Cette vision n'en demeure pas moins sujette à caution<sup>1</sup> : la loi est, historiquement, un commandement, qui a pu provenir d'autorités différentes d'un État. Surtout que ce dernier concept date du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>2</sup>.
- 3°) **La jurisprudence** qui, étymologiquement, signifie la vertu de prudence appliquée au droit (*iuris prudentia*), en précisant que la *prudentia* englobe à Rome la sagesse, la connaissance et le savoir-faire. Concrètement, ce terme invite à rechercher le juste à réaliser et l'injuste à éviter, dans une conception romaine très influencée par Aristote (*Ethique à Nicomaque*, VI, V, 1-5)<sup>3</sup>. Cicéron ne saurait mieux le dire, lui qui définissait la *prudentia* comme « la connaissance du bien et du mal, et de ce qui n'est ni l'un ni l'autre. Elle se compose de la mémoire, de l'intelligence et de la prévoyance. Par la mémoire, l'âme se rappelle le passé ; l'intelligence examine le présent ; la prévoyance lit l'avenir [...] »<sup>4</sup>. Art du juste et de l'injuste, la « jurisprudence » évolue toutefois en raison du monopole d'édiction du droit (*ius*) obtenu par l'Empereur romain : elle devient alors une science du droit existant, conçu par le pouvoir impérial. La *prudentia* laisse ainsi la place à la *scientia* ; la jurisprudence se mue en une connaissance savante du droit positif, celui en vigueur<sup>5</sup>. Historiquement, cette notion est donc plus large que celle de nos contemporains. Présentement, suivant un glissement sémantique qui s'opère dès le XVIII<sup>e</sup> siècle mais ne s'impose qu'au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>6</sup>, les droits continentaux européens limitent le concept de jurisprudence aux jugements des cours suprêmes appelés à marquer le droit et les décisions judiciaires à venir. Ils la cantonnent à une suite de décisions judiciaires concordantes sur une même question de droit, qui revêtent une autorité particulière en ce qu'elles déterminent le sens des jugements futurs, en fixant l'interprétation de telle ou telle loi.

---

1. On lira en outre avec intérêt la thèse de Th. Raptopoulos, *L'entrée en vigueur de la loi*, Paris, Dalloz, 2020.  
 2. O. Ferreira, *Histoire de la construction de l'État*, Paris, Ellipses, 2022.  
 3. A. Tosel (dir.), *De la prudence des Anciens comparée à celle des Modernes*, Paris, les Belles lettres, 1995.  
 4. *De l'invention oratoire*, livre II, LIII, in *Œuvres complètes de Cicéron*, Paris, Fournier, 1816, t. II, p. 315-316.  
 5. A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2011.  
 6. P.-N. Barenot, *Les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Paris, LGDJ, 2022, p. 7-12.

Au contraire, dans l'Antiquité, la jurisprudence s'assimilerait plutôt à l'ensemble des sources du droit, dès lors qu'elles expriment la prudence du droit et de la justice. C'est, notons-le, cette dernière acception qui prévaut dans les pays anglo-saxons, avec cette dualité caractéristique *common law/equity*.

4°) **L'acte juridique**, produit des particuliers, notamment les conventions qui « légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (ancien art. 1134 al. 1), sachant que le nouvel art. 1103 du Code civil, issu de la réforme du droit des obligations de 2016, a modifié sa formulation : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Un domaine aujourd'hui riche, en particulier dans le milieu de l'entreprise et des accords collectifs, qui pose bien des difficultés aux partisans des théories classiques de Gény et de Kelsen. Pourtant, ce dernier, au rebours d'une majorité de la doctrine du xx<sup>e</sup> siècle, insérait l'acte juridique dans les sources du droit : « Dans son sens le plus étendu on peut dire qu'il y a une source du droit dans toute norme générale ou individuelle, dans la mesure où il en découle des obligations, des responsabilités ou des droits subjectifs »<sup>1</sup>. Un truisme qui se vérifie chaque jour un peu plus.

5°) **La coutume**. Elle se formerait à la suite de la rencontre de deux éléments : un élément matériel, à savoir un précédent en général répété dans le temps (*diuturnus usus*), et un élément psychologique, l'*opinio iuris seu necessitatis*, que l'on peut définir comme la croyance en l'existence obligatoire de la coutume et de sa sanction en cas de non-respect, sauf convention contraire. Une définition qui se rapproche de celle du Livre préliminaire du Code civil, art. 5 : « La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune ». Soulignons néanmoins l'existence d'une troisième condition, progressivement abandonnée depuis la fin du xix<sup>e</sup> siècle sous la pression des analyses sociologiques du droit ; Gény en instruisait lui-même le procès<sup>2</sup>. Depuis le xiii<sup>e</sup> siècle, en effet, la doctrine romano-canonique faisait dépendre la force obligatoire de la coutume du consentement tacite des autorités publiques : pour qu'une coutume soit valable, le pouvoir étatique doit donc connaître son existence et ne pas s'y opposer. Toutefois, comme le soulignait Maurice Hauriou (1856-1929), le droit spontané bénéficie la plupart du temps d'une positivité parfaite en dehors de toute reconnaissance étatique, en tant que droit « déjà établi par la nation »<sup>3</sup>. La prise en compte de ces éléments fournis par la sociologie moderne a ainsi contribué à ensevelir cette dernière condition, jugée trop étatique. Cette troisième condition n'existait d'ailleurs pas

1. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 126.

2. Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 335-340.

3. Sur cette remise en cause du fondement légal et étatique du droit : J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 148-153.

durant la majeure partie du Moyen Âge, à une période où l'État n'est pas encore conceptualisé<sup>1</sup> ; il est cependant possible d'en voir des signes avant-coureurs à travers le rejet des « mauvaises coutumes » (*mala et impia consuetudo*) : pour être effectives, les coutumes devaient en effet être raisonnables, « bonnes » en somme. Il est aisé d'y voir un héritage romain : une constitution de l'empereur Constantin affirmait déjà qu'une coutume ne peut vaincre « la raison ou la loi »<sup>2</sup>. Tacitement, cela implique un contrôle des autorités, en particulier du Roi en tant que gardien des coutumes.

Mais la coutume peut également être « négative » : c'est ce qu'on appelle la désuétude, l'abandon progressif de la force obligatoire d'une loi par l'irrespect de la population qui cesse de voir en elle une norme positive. Le Digeste parlait déjà d'une abrogation « vivante » de la loi. Et nous en trouvons plusieurs exemples, à commencer par la fameuse interdiction du port du pantalon par les femmes, posée par une ordonnance du 16 brumaire an IX (abrogée officiellement en 2013) ou, plus près de notre milieu, et pour le grand bonheur de Gaston Jèze, le décret impérial du 31 juillet 1809 (art. 7), imposant le port de la toge pour faire cours.

6°) **La doctrine**, c'est-à-dire la pensée des docteurs en droit et, par extension, l'ensemble de la communauté des docteurs en droit, en particulier celle des enseignants-chercheurs. Forgé à partir du latin *docere* (instruire, enseigner, transmettre un savoir théorique et/ou pratique), le terme est assurément lié aux grands enseignants du droit. Ceux-ci doivent, en principe, suivre les recommandations de Cicéron aux fins de séduire et de convaincre les dépositaires des autres sources du droit : *docere, delectare, movere* (« instruire, séduire, émouvoir »). Aujourd'hui, sa force repose autant sur leurs écrits, relayés par des revues juridiques, que sur l'oral, à travers leurs enseignements en direction de personnes appelées à faire ou à dire le droit.

## Du besoin d'une histoire contemporaine des sources du droit (interne)

En livrant une théorie dans leurs *Introductions au droit*, les privatistes détachent les sources de leur contexte et de leur histoire, sauf à livrer quelques rappels convenus. À de rares exceptions près, ils en donnent une vision asséchée, descriptive et détachée de leurs racines intellectuelles européennes. La classification succincte

1. J. Gilissen, *La coutume*, Turnhout, Brepols, 1982, p. 31.

2. Code de Justinien, 8, 52, 2.

présentée ici suffit à résumer leur propos ; elle est importante, car elle précise les contours des outils que tout juriste devra utiliser, leurs sens originaire et actuel, mais n'explique guère le processus d'évolution, les débats et les querelles qui animent les rapports de force entre sources du droit, jamais totalement neutralisés.

Les historiens du droit, de leur côté, commettent une autre erreur : indépendamment de leurs mérites intrinsèques, leurs manuels se cantonnent souvent à étudier l'histoire des sources avant la date symbolique de 1880 – sur laquelle nous reviendrons – sauf à livrer des apports convenus sur la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Jean Gaudemet (1908-2001) pouvait conclure, dans la dernière édition de *Les naissances du droit* : « Volontairement, nous arrêtons notre enquête à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle. Les doctrines, les méthodes, les orientations qui sont apparues depuis cette époque relèvent “d'historiens de l'actuel” »<sup>1</sup>. Le dialogue entre privatistes et historiens du droit est donc souvent rompu, pour le plus grand mal de la communauté des juristes<sup>2</sup>.

En revenant aux sources et en tirant profit des enseignements du doyen Alain Desrayaud<sup>3</sup> et de Philippe Jestaz reçus à Paris XII, notre propos vise au contraire à réconcilier les deux camps. Nous chercherons à comprendre la situation actuelle en France, à saisir pourquoi la loi, au sens large, a occupé une place prépondérante, au détriment des autres, à l'exception tardive de la jurisprudence ; pourquoi cette place tend de plus en plus à être contestée, amoindrie, en dépit des demandes de la société civile pour « plus de droit(s) ». Pour ce faire, nous n'hésiterons pas à solliciter plusieurs branches de l'histoire du droit, à commencer par l'histoire des idées politiques et juridiques, tout en cherchant toujours à revenir aux sources, en les citant le plus souvent. Ces sciences dites « auxiliaires » sont en effet fort utiles, parfois primordiales ; nous oublions trop souvent que le droit, même s'il se dit « pur », n'est jamais neutre et que le langage des sources du droit « n'est qu'une façon de parler de choix politiques »<sup>4</sup>.

Pour diverses raisons scientifiques, cette histoire se confond en partie avec l'histoire du grand XIX<sup>e</sup> siècle (1789-1914), que Léon Daudet qualifia péremptoirement de « stupide », avec pour pivot incontournable l'histoire de notre Code civil ; mais elle poursuivra son enquête en amont, si cela s'avère nécessaire à la clarté du propos, et plus encore en aval, au XX<sup>e</sup> siècle ; elle fera finalement le lien avec l'actualité, en

1. J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 2006, 4<sup>e</sup> éd., p. 373.

2. Sur le problème et les enjeux posés par le choix des dates de début et de fin d'une histoire contemporaine : Fr. Audren/A.-S. Chambost/J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020, p. 41-54.

3. Ses *Éléments de commentaire du discours préliminaire du Code civil* (2006) n'ont pas dépassé le stade de l'auto-publication ; son ouverture sur les sources du droit, entre 1789 et 1804, constitue l'une de nos principales références.

4. E. P. Haba, « Logique et idéologie dans la théorie des “sources” », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 244.