HAL
open science

Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit

Boris Barraud

To cite this version:

Boris Barraud. Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2017, 164, pp.1499-1535. hal-01586457

HAL Id: hal-01586457

https://hal.science/hal-01586457

Submitted on 12 Sep 2017

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.

Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit

Boris Barraud

Docteur en droit (Laboratoire interdisciplinaire droit, médias et mutations sociales (LID2MS), Université d'Aix-Marseille)

Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif 2016-4, n° 164

En droit, la métaphore aquatique de la « source » évoque les lieux d'où jaillit le droit[1]. Les sources du droit désignent ainsi les *origines (formelles ou matérielles) des normes juridiques*. Le fait d'être une source du droit se rapproche donc du fait d'émettre, produire ou créer du droit. Et la fonction principale d'une théorie des sources du droit est de permettre de repérer les prescriptions juridiques au sein des multiples productions sociales, de permettre de tracer les frontières du continent juridique sur la carte du monde social.

La création du droit par une source peut être soit *directe en tant que source formelle*, soit *indirecte en tant que source matérielle*. Sources formelles et matérielles doivent être précisément séparées, les premières correspondant à la partie visible de la matière juridique là où les secondes se rapportent davantage à la face cachée de l'univers juridique et, donc, au domaine de l'informel. Par conséquent, l'élément le plus cardinal, au moment de circonscrire le concept de source du droit, consisterait à diviser celui-ci en deux sous-concepts : celui de *source formelle du droit* et celui de *source matérielle du droit*. Sources formelles/sources matérielles, telle serait la *summa divisio* des sources du droit ; et celle-ci ne serait pas une autre que la distinction du *contenant* et du *contenu* du droit.

Ensuite, si l'objet de ces pages résidera dans les grandes problématiques actuelles de la recherche sur les sources du droit, l'introduction qui débute visera à présenter brièvement les spécificités de ce champ d'étude particulier.

Tout d'abord, les sources du droit constituent, depuis quelques temps et aujourd'hui toujours, un domaine de recherche « à la mode ». Pour autant, il a été et il continue d'être visé par des critiques fortes, certaines d'entre elles, d'ailleurs, étant intimement liées au fait que cette thématique soit ainsi « à la mode ». Pratiquement toutes les branches du droit ont donné lieu à la publication d'un ouvrage (souvent une thèse de doctorat) intitulé « les sources du droit *x* ». Mais les sources en cause peuvent renvoyer à des objets fort disparates et tant les contenus que les intentions de ces divers travaux varient grandement. Aussi critique-t-on déjà la notion de source du droit en raison des grandes incertitudes qui l'entourent. Et ces critiques atteignent les travaux qui prennent pour objet les sources du droit.

La signification de l'expression « sources du droit » est souvent jugée ambigüe ou équivoque[2] et c'est avant tout parce qu'elle est frappée par des « difficultés ontologiques »[3] et en particulier par la polysémie, parce qu'elle est « passablement obscure »[4] et « déroutante »[5], parce qu'elle présente l'aspect d'une « nébuleuse sémantique »[6], qu'on se montre réservé quant à la pertinence d'adopter lesdites sources en tant qu'objet d'étude. Ont été recensées cinq[7] ou même huit[1] significations particulières de cette expression ; et

[1] *Cf.*, notamment, R. SÈVE, « Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores », *Arch. phil. droit* 1982, p. 259.

[2] En ce sens, qui dénonce l'emploi souvent maladroit du terme « source », F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9e éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, p. 187.

[3] P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1433.

[4] Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 4.

[5] P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *Arch. phil. droit* 1982, p. 251.

[6] M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2354.

[7] Ces cinq significations de la notion de « source du droit » seraient : le « fondement idéologique d'un système juridique donné », les « forces sociales », les « documents ou supports linguistiques du droit », les « normes juridiques dotées de force obligatoire » et les « activités productrices de droit » (Ph. JESTAZ, « Source délicieuse… (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 73 s.).

sans doute en existe-t-il bien davantage[2]. En raison de son équivocité, la notion de source du droit serait non seulement « inutile »[3] mais même « dangereuse »[4] tant elle conduirait à se représenter confusément le droit.

Il n'est dès lors guère surprenant que Kelsen se soit montré hostile à l'emploi de la métaphore de la source dans l'espace de la recherche juridique. Il s'y opposait en raison de son caractère excessivement incertain en faisant, selon lui, un instrument « vraiment inutilisable »[5] — et qu'il n'a donc pas utilisé, préférant recourir à une « expression qui définit sans équivoque le phénomène juridique que l'on a en vue »[6]. Et, à la suite de Kelsen, Bobbio et d'autres théoriciens du droit ont pu convenir que « "sources du droit" est une expression métaphorique qui doit être éliminée d'un discours rigoureux comme celui d'une théorie du droit qui prétend être scientifique »[7].

Ces difficultés et réserves n'ont néanmoins pas empêché le succès des sources du droit parmi la doctrine juridique — au contraire, elles y ont peut-être contribué. Il faut gager que, malgré leurs limites, la technique et le vocabulaire des sources du droit sont indispensables et irremplaçables. Ainsi ce champ d'étude est-il aujourd'hui mobilisé et interrogé par beaucoup d'enseignants-chercheurs en droit. Éventuellement, ces derniers peuvent en venir à étudier les sources du droit sans évoquer « les sources du droit », préférant utiliser des expressions telles que « pôles émetteurs de droit »[8], « pôles d'édiction du droit »[9], « producteurs de droit »[10], « lieux de production du droit »[11], « créateurs de droit »[12], « forces créatrices du droit »[13], « forces d'où surgit le droit objectif »[14] ou encore « phénomènes créateurs de droit »[15] ou « activités créatrices du droit »[16]. Mais l'objet ainsi désigné n'est pas un autre que les sources du droit.

Toujours est-il que les travaux consacrés aux sources du droit fleurissent, notamment sous la forme d'ouvrages collectifs, comme si le pluralisme des sources ne pouvait être étudié que par une pluralité d'auteurs[17]. Cependant, il ne semble s'agir là que d'une réapparition de l'intérêt à l'égard de ces questionnements, lequel a déjà été vif par le passé, spécialement au cours de la première moitié du XXe s.[18]. En outre, l'engouement pour les sources du droit ne se retrouve pas partout à l'étranger ; il est faible, en

---

[1] Ces sens se rapporteraient aux « sources fondatrices », aux « forces créatrices », aux « instruments créateurs », aux « organes créateurs », aux « créateurs », aux « processus créateurs », aux « activités créatrices » et aux « normes créées » (C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 529 s.).

[2] En ce sens, on dit des sources du droit que « cette formule est utilisée un peu partout comme une espèce de substitut commode à une certaine indécision terminologique. Le terme est suffisamment plastique pour cela » (D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 219). Et d'ajouter que « c'est aussi ce qui le rend trop ambigu pour un usage scientifique » (*ibid.*) et que, « décidément, cette notion mélange des univers incommensurables [puisque,] selon les obédiences, la source pourrait provenir de Dieu, du social, du psychique, de la nature, du politique, de l'économique etc. » (*ibid.*).

[3] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 57.

[4] P. AMSELEK, art. préc., p. 253.

[5] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 314.

[6] *Ibid.* Et l'illustre théoricien a pu noter que « l'expression imagée "source du droit" est particulièrement ambiguë » (H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État – La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. B. Laroche, V. Faure, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1997, p. 186) ou encore qu'elle « induit facilement en erreur » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 314).

[7] N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 229.

[8] Ph. JESTAZ, « Source délicieuse… », art. préc., p. 83.

[9] V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2283.

[10] E. PATTARO, « Le concept de "sources de droit" », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 318.

[11] Ph. JESTAZ, « Source délicieuse… », art. préc., p. 83.

[12] J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14e éd., Dalloz, coll. Sirey université, 2012, p. 59.

[13] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

[14] V° « Source », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, 8e éd., Puf, coll. Quadrige, 2007.

[15] G. CORNU, *Introduction au droit – Les personnes, les biens*, 12e éd., Montchrestien, 2005, n° 71 (cité par V. LASSERRE-KIESOW, art. préc., p. 2283).

[16] C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », art. préc., p. 530.

[17] Par exemple, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées* (4 volumes), Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013 ; L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR, dir., *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011 ; *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges Philippe Jestaz*, *op. cit.*

[18] Par exemple, E. EHRLICH, *Contribution à la théorie des sources du droit*, Heymann (Berlin), 1902 ; P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Mélanges Georges Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 9 s. ; *Les sources du droit – Études en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934 ; G. DEL VECCHIO, « Le problème des sources du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 20 s. ; B. HORVATH, « Les sources du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 132 s. ; G. TASSITCH, « Les sources du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 235 s. ; H. SINZHEIMER, « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », *Arch. phil. droit* 1934, p. 73 s. ; M. DJUVARA, « Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif », in *Mélanges René Capitant*, Dalloz, 1939, p. 231 s. ; H. LÉVY-BRUHL, « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'année sociologique* 1951, p. 3 s.

particulier, dans les pays de *common law*[1]. L'attrait pour la problématique des sources du droit est donc réel, à l'heure actuelle, surtout dans les pays de droit d'origine romano-germanique.

Par ailleurs, il importe de souligner combien, à l'exception — tout à fait remarquable — de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice[2], mais aussi de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[3] et de certains codes étrangers[4], *la typologie des sources du droit est peut-être une affaire foncièrement, si ce n'est naturellement, doctrinale*. Et l'examen des sources du droit est une tâche dont se saisit traditionnellement la doctrine de droit privé plus que la doctrine de droit public. Il serait pourtant logique que les sources du droit soient considérées tel un objet d'étude transversal. François Terré relève ainsi qu'un ouvrage récemment consacré aux « nouvelles sources du droit » s'attache autant au droit public qu'au droit privé[5]. Et l'auteur de cet ouvrage d'observer que son sujet « méconn[aît] les frontières académiques et notamment la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé »[6], que les nouvelles sources du droit qu'il étudie « contribuent à l'effacement des frontières entre le public et le privé »[7].

Toutefois, par habitude, la présentation universitaire du droit est l'œuvre des juristes civilistes, donc des juristes privatistes[8]. Les facultés de droit ont consacré et maintenu l'usage consistant à considérer le cours d'introduction au droit, qui est tout spécialement un cours d'introduction aux sources du droit, comme un cours de droit civil. Sans doute la préférence pour pareille approche civiliste trouve-t-elle son explication dans le fait que le droit civil est perçu comme le socle de la culture et de la pensée juridiques françaises, dans le fait qu'il est regardé, depuis 1804, comme le droit commun là où le droit administratif s'est construit, à partir de 1873, tel un droit d'exception[9]. Toutes les notions et classifications fondamentales auraient été influencées ou inspirées par le droit civil et, par conséquent, la plupart des problématiques de la théorie du droit appartiendraient à la sphère du droit privé. Ainsi les introductions au droit privé sont-elles intitulées « introduction au droit » quand les introductions au droit public sont intitulées « introduction au droit public »[10]. De plus, que ce soit François Gény, illustre civiliste, qui ait principalement contribué à la refondation de la théorie des sources du droit au XXe s. ajoute à la domination des juristes privatistes et on évoque leur « emprise » ou même leur « accaparement » de cette question[11] qui serait « l'apanage de la doctrine civiliste »[12].

La mainmise des juristes privatistes sur la pensée des sources du droit peut néanmoins paraître surprenante puisqu'une théorie des sources du droit se concentre sur des institutions qui, au sens de la plupart des auteurs, sont majoritairement, si ce n'est uniquement, publiques-étatiques. Seulement s'attache-t-on non à l'origine formelle des règles mais à leurs objets et à leurs destinataires pour classer une branche du droit parmi l'un ou l'autre des pans du droit. Reste que, pris dans « une tradition qui oppose radicalement droits privé et public, où toute proposition qui franchit la frontière est plus difficilement accueillie [et où] le nombre des juristes aptes à aller au-delà des limites est restreint »[13], les travaux sur les sources du droit sont généralement amarrés au droit privé. La présente étude intéresse donc plus spécifiquement la recherche en droit privé[14].

---

[1] Toutefois, C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 7e éd., Oxford University Press, 1964.

[2] « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ; La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ; Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; Sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ».

[3] « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis ».

[4] Ainsi l'article 1er du Code civil suisse dispose-t-il que, « à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur [sources formelles]. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence [sources matérielles] ».

[5] F. TERRÉ, « Préface », in V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. XVIII.

[6] V. LASSERRE, *op. cit.*, p. 15.

[7] *Ibid.*, p. 350.

[8] En ce sens, R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 26.

[9] *Cf.* B. BARRAUD, « Les sources du droit administratif – Évolution et actualité de l'"exception administrative" », *Rev. adm.* 2013, p. 497 s.

[10] Par exemple, M. GOUNELLE, *Introduction au droit public – Institutions, fondements, sources*, 2e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 1989 ; R. ETIEN, *Initiation au droit public*, Ellipses, 1998 ; J. JIANG, *Théorie du droit public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010.

[11] B. CUBERTAFOND, « Du droit enrichi par ses sources », *RDP* 1992, p. 353.

[12] M. LEHOT, art. préc., p. 2338.

[13] Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 111.

[14] Il faut néanmoins croire qu'un travail portant sur les sources du droit est susceptible d'intéresser les chercheurs en droit public autant que les chercheurs en droit privé. Cela conduit à poser cette question : la *summa divisio* droit public-droit privé ne devrait-elle pas se

Puisque la *summa divisio* des sources du droit consiste à séparer les sources matérielles et les sources formelles, seront envisagées en ces pages les unes puis les autres. Or les enjeux qui s'attachent à leurs études respectives sont incomparables : concernant les sources matérielles, il faudrait davantage s'y consacrer plutôt que de n'avoir d'égards que pour les seules sources formelles, ce qui est largement la marque des travaux contemporains sur les sources du droit (*I*) ; quant aux sources formelles, il s'agirait de réviser substantiellement les connaissances que l'on a pu croire acquises et ordonnées autour du triptyque « loi / jurisprudence / coutume » (*II*). Étudier plus souvent et plus en profondeur les sources matérielles et reconsidérer la typologie des sources formelles seraient donc les deux principaux défis que la recherche sur les sources du droit devrait relever.

I. Premier défi : étudier les sources matérielles du droit

Les chercheurs-juristes ont tendance à n'examiner que les seules sources formelles du droit. Face à cette habitude positiviste, on souligne que les travaux qui en découlent offrent une représentation étanche des sources qui ne permet pas de rendre compte de leurs interactions[1]. Souvent, les recherches portant sur les sources du droit laissent de côté la *problématique des rapports entre les sources*, laquelle conduit à se pencher sur les sources matérielles et non plus sur les sources formelles[2]. François Terré souligne les « objections que [la notion de source du droit] suscite aux yeux des esprits qui lui reprochent de préférer l'apparition à la trajectoire et la surface au courant »[3]. En effet, une loi dictée par une « force créatrice » privée quelconque et une loi élaborée de façon arbitraire et autonome par le Parlement devraient s'analyser en termes différents ; or une approche axée sur les sources formelles conduit à les analyser en termes identiques : ce sont des lois, sans autre forme de procès.

Il paraît dès lors bienvenu d'étudier les sources matérielles du droit — « sources des sources »[4] ou « sources des sources formelles » (*A*) qui sont ô combien diverses, ce qui fait leur richesse (*B*) —, cela en complément ou même indépendamment de l'étude des sources formelles. Or, aujourd'hui, l'attention portée aux sources matérielles demeure trop rare, le climat positiviste-formaliste qui règne dans les facultés de droit incitant à se focaliser sur les sources formelles (*C*). Beaucoup de travaux restent donc à entreprendre relativement aux sources matérielles du droit (*D*), à condition que le chercheur-juriste soit capable de se considérer tel un véritable chercheur en sciences sociales.

A. Les sources matérielles ou les sources d'inspiration des sources formelles du droit

La question des sources matérielles est à rapprocher de celle *des causes et des motivations du droit*, là où la question des sources formelles est à rapprocher de celle *des moyens et des manifestations du droit*. Les normes juridiques ne se construisent pas et n'évoluent pas *ex nihilo* ; elles ne sont pas arbitraires et sans causes. Si la loi est une source du droit, cette source « ne jaillit que sous la pression des nappes d'eau souterraines qu'il est intéressant de découvrir »[5].

Également qualifiées — ce qui illustre combien, à l'inverse des sources formelles, il est ici question d'une véritable « auberge espagnole »[6] — de « substantielles »[7], de « réelles »[8], de « profondes »[9], de

---

présenter davantage sous les traits d'une « *ratio divisio* », soit sous les traits d'une distinction du droit public et du droit privé pérenne mais relativisée, n'étant plus considérée comme la caractéristique primaire et structurante de l'ensemble du droit positif et, plus encore, de l'ensemble des sciences et de la pensée du droit ? *Cf.* B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *RRJ* 2014, p. 1101 s.

[1] Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996, p. 299.

[2] Par exemple, M.-A. FRISON-ROCHE, « Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit », in D. BOURCIER, P. MACKAY, dir., *Lire le droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 121 s.

[3] F. TERRÉ, « Propos conclusifs – Les mutations de la norme », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 300.

[4] G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 22.

[5] G. RIPERT, *op. cit.*, p. 80.

[6] J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit (spéculations sur les sources du droit) », *Arch. phil. droit* 1982, p. 6.

[7] P. ROUBIER, art. préc., p. 9 ; C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », art. préc., p. 537.

[8] A. ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une Théorie réaliste du droit », *Arch. phil. droit* 1934, p. 167 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8e éd., LGDJ, 1995, p. 20 ; B. CUBERTAFOND, art. préc., p. 354.

[9] É. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire*, th., Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2000, p. 38.

« primaires »[1], de « premières »[2], de « brutes »[3], de « dynamiques »[4], de « vivantes »[5], d' « indirectes »[6], d' « informalisées »[7] ou encore d' « officieuses »[8], les sources matérielles désignent tout élément quel qu'il soit ayant *influencé*, d'une manière ou d'une autre, de près ou de loin, directement ou indirectement, le *contenu du droit*, c'est-à-dire le sens et la portée des devoir-être. Ce sont les auteurs allemands de l'École du droit historique qui paraissent avoir été les premiers à s'intéresser à ces sources substantielles. Ainsi Savigny convenait-il que les sources du droit seraient « les raisons ou causes génératrices du droit »[9].

Non directement performantes dans l'ordre juridique et ayant besoin de *relais formels*, les sources matérielles sont, plus particulièrement, les « idées et valeurs qui inspirent le contenu du droit mais qui lui sont étrangères »[10], les « sources de genèse historique du droit, facteurs de son développement et de son épanouissement »[11], « le faisceau de phénomènes qui conduit un législateur à privilégier telle proposition de règle, pour la consacrer en norme de droit »[12], l' « ensemble des données qui suscitent l'évolution du Droit, […] que captent et filtrent les sciences auxiliaires de la législation pour alimenter la politique législative »[13], les « facteurs non systématiques, non autoritaires, téléologiques, idéaux et autres qui ne portent pas en eux-mêmes le caractère de validité juridique mais qui l'acquièrent par leur influence réelle et coutumière sur la juridiction » et sur les instances publiques en général[14].

Ces sources se situent à l'arrière-plan des normes juridiques, quand les sources formelles sont davantage au premier plan et, en ce sens, beaucoup plus visibles. La première des différences entre les sources formelles et les sources matérielles est ainsi que les premières sont relativement aisées à identifier et, par suite, à étudier — *toute norme ne peut avoir qu'une seule et unique source formelle* —, tandis que les secondes sont généralement multiples, incertaines et, par définition, cachées puisqu'informelles[15].

B. La diversité des problématiques induites par les sources matérielles du droit

Les sources matérielles permettent d'expliquer la « matière » du droit en recherchant ses fondements historiques, moraux, éthiques, religieux, psychologiques, philosophiques, idéologiques, sociologiques, économiques, politiques ou autres. Elles peuvent consister en des actes à portée informative ou incitative — et non normative —, mais aussi en toutes sortes de besoins, aspirations, mouvements d'opinion, situations nouvelles, événements etc. dès lors que ceux-ci sont pris en considération par les institutions au moment d'édicter des règles de droit. C'est, en définitive, peu ou prou tout élément concret ou abstrait qui peut s'analyser en tant que source matérielle d'une norme, qui peut compter au nombre des « forces imaginantes du droit »[16], qui peut « nourrir le droit », pour reprendre une expression de Carbonnier[17]. Les sources matérielles, qui œuvrent souvent en toute clandestinité et en toute discrétion, sont véritablement multiples et évanescentes, ce qui rend leur examen autrement plus complexe et incertain que celui des sources formelles.

---

[1] P. ROUBIER, art. préc., p. 9 ; G. GURVITCH, « Théorie pluraliste des sources du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 117.
[2] M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1982, p. 227.
[3] V° « Source », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique, op. cit.*
[4] G. GURVITCH, art. préc., p. 117. Et de qualifier les sources formelles de « sources statiques » (*ibid.*).
[5] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 1. Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, 1981.
[6] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 58.
[7] É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 113.
[8] Ph. JESTAZ, « Source délicieuse… », art. préc., p. 80.
[9] Cité par A. DUFOUR, « La théorie des sources du droit dans l'École du droit historique », *Arch. phil. droit* 1982, p. 105.
[10] G. DUFOUR-KOWALSKA, « Philosophie du fondement et fondement du droit », *Arch. phil. droit* 1982, p. 200.
[11] G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 139.
[12] H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge – t. II : de 1970 à 1993*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis-Bruylant (Bruxelles), 1996, p. 86 (cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 121).
[13] V° « Source », in G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique, op. cit.*
[14] A. ROSS, art. préc., p. 167.
[15] D'ailleurs, le sens de l'idée de « source matérielle » peut faire débat et on y voit parfois non pas ce qui conduit à la norme mais ce qui lui permet de tenir debout une fois née. Ainsi les sources matérielles seraient-elles aussi des « sources légitimatrices » (P. AMSELEK, art. préc., p. 252), c'est-à-dire « les fondements des différentes normes juridiques : non pas ce qui les explique mais ce qui les justifie, leur confère leur valeur ou leur validité » (*ibid.*, p. 251). Cette conception ne manque pas de rappeler le discours de Gurvitch — qui n'utilisait toutefois pas l'expression « sources matérielles » — : « Sous les règles rigides, il y a des règles souples, des croyances collectives vivantes donnant une efficience réelle au droit et se manifestant dans des "faits normatifs", sources spontanées de la positivité du droit, de sa validité, "sources des sources" comprises dans un dynamisme perpétuel et formant la vie réelle du droit » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique, op. cit.*, p. 22).
[16] Réf. à M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – t. I : Le relatif et l'universel*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2004.
[17] J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.*, p. 21.

Déterminent le contenu du droit, par exemple, les valeurs que portent et défendent les gouvernants en vertu de croyances, d'idéologies ou de traditions ou bien par opportunité, en fonction d'aspirations personnelles. Plus généralement, l'environnement dans lequel opèrent les jurislateurs influence nécessairement le sens des devoir-être qu'ils produisent. Les sources matérielles se situent ainsi largement dans le terreau culturel, économique, politique et social dont émane le droit[1]. Mais même les faits divers relayés par les médias — ce qui inclut les chaînes de télévision et autres publications de presse —[2] et l'émotion de l'opinion, en particulier concernant les « textes hâtifs »[3], ou encore la « nature des choses » peuvent être des sources matérielles du droit[4]. Les appréhensions et compréhensions de ces sources sont multiples et plus ou moins inclusives. Ainsi intègre-t-on dans leur sphère jusqu'aux écrivains, de Sophocle à Kafka en passant par Goethe et Sade ou encore Zola et Hugo[5], ainsi que, mais dans une moindre mesure, les peintres et les musiciens, qui contribuent à conserver ou à transformer l'imaginaire collectif que le droit se doit de suivre et qui donc impactent son contenu[6].

Georges Ripert se référait aux « forces créatrices du droit », qui « entrent en lutte pour sa création » mais qui n'ont pas la capacité formelle de le constituer[7]. Ces « forces créatrices », « conservatrices ou réformistes »[8], influencent le corpus *jus*-normatif plus ou moins directement, à travers leurs revendications et leurs agissements[9]. François Gény, pour sa part, faisait entrer parmi les sources matérielles du droit toute une série de « donnés » — là où les sources formelles se présenteraient tels des « construits » — : donné naturel, constitué notamment par la nature physique et morale, ainsi que par les conditions économiques et sociales ; donné historique, coïncidant avec un héritage politique et normatif ; donné idéal, par exemple l'aspiration à plus de justice ou à plus de solidarité[10]. Gény consacrait de la sorte, au début du XXe s., l'existence dans le raisonnement juridique d'éléments extérieurs aux textes, des éléments qui, situés en amont des « construits », en amont du droit formel, en fourniraient le principe de compréhension et d'interprétation.

Par ailleurs, les sources matérielles peuvent être très intimes des activités juridiques et politiques puisque les commissions parlementaires, les conseillers des ministères, les tribunaux, les services administratifs ou les éditeurs juridiques jouent souvent un tel rôle. Mais ces sources se retrouvent également souvent parmi les scientifiques (les experts), les acteurs économiques, les responsables des partis politiques alliés ou concurrents par rapport aux gouvernants, les syndicats, la « société civile » (comprise en tant qu'ensemble d'organisations se proposant des défendre les intérêts des citoyens), les organisations religieuses, les lobbies de toutes sortes et autres groupements sociaux. Ces sources produisent des avis, des recommandations ou des rapports requis ou spontanés, ou bien s'adonnent à des pratiques, à des manifestations et autres actions militantes, qui peuvent être considérés comme autant de sources matérielles. Et les idées de sécurité juridique, de non-contradiction ou de cohérence, ainsi que les représentations de la justice, de l'intérêt général et du service public, sont d'autres sources matérielles qui interviennent dans la psyché des individus-sources formelles et qui influencent leurs décisions.

Enfin, il faut noter que *la source formelle d'une norme peut parfaitement être en même temps l'une de ses sources matérielles* ; d'ailleurs, tel est très généralement le cas. Un organe peut décider de retenir le contenu normatif en cause sans prendre aucun avis auprès de quiconque, en œuvrant en vase clos. Mais, même dans cette situation, ne saurait toujours être question que de la source matérielle principale et non de la source matérielle unique, car jusqu'au petit déjeuner pris le jour de la décision par l'individu exerçant ses fonctions au nom de l'organe considéré peut entrer dans la liste des sources matérielles[11]. L'étude des petits

---

[1] J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTD civ.* 1995, p. 77.

[2] J. FOYER, « L'actualité et le législateur », *LPA* 13 juill. 2005, p. 13 s.

[3] J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 57.

[4] A. ROSS, art. préc., p. 167. Le théoricien du droit notait que « la nature des choses est le fond de considérations impossibles à préciser, des réserves et des corrections, d'où découle et grâce auquel vit toute règle juridique fixée » (*ibid.*).

[5] A. RUBINLICHT-PROUX, « Penser le droit : la fabrique romanesque », *Dr. et société* 2001, p. 495.

[6] F. OST, *Raconter la loi – Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004.

[7] G. RIPERT, *op. cit.*, p. 80. Georges Ripert expliquait, notamment, que, « dans la réalité, la règle juridique n'a toujours été édictée que parce qu'une force sociale en a exigé l'existence, en étant victorieuse de celles qui s'y opposaient ou en profitant de leur indifférence. Le législateur, mis au centre de tout comme un écho sonore, entend toutes les voix. […] Souvent, il y a discordance dans les voix mais il en est une plus puissante que les autres ; c'est elle qui le décidera à agir » (*ibid.*).

[8] *Ibid.*, p. 86.

[9] En ce sens, R. ENCINAS DE MUNAGORI, « La désobéissance civile : une source du droit ? », *RTD civ.* 2005, p. 77.

[10] F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, *op. cit.* L'illustre civiliste expliquait que les « construits » seraient des « moules préformés par l'homme qui l'assujettissent à la contrainte inhérente à l'idée de droit » quand les « donnés » consisteraient en « un fond de vérités morales et économiques qui, placées en présence des faits, commandent pour les régir certaines directions » (*ibid.*).

[11] J. FRANCK, *Courts on Trial – Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1950. Cet auteur, appliquant les thèses freudiennes au droit, proposait l'équation « $D = P \times S$ », D étant la décision de justice, P la personnalité du juge et S les stimuli qui le frappent. Le droit, en pratique, ne serait donc que le résultat de la personnalité du magistrat qui le prononce — elle-

déjeuners ou, plus sûrement, des traits de personnalité des juges, des ministres ou des parlementaires relève néanmoins sans doute davantage de la psychanalyse que de la science juridique.

C. L'enjeu de dépasser un contexte doctrinal peu favorable aux sources matérielles du droit

Au sein des facultés de droit, depuis toujours, on entretient bien davantage d'affinités avec les sources formelles qu'avec les sources matérielles des normes. Peut-être les juristes pourraient-ils estimer comme les sociologues que les sources du droit résideraient dans les éléments l'influençant de l'extérieur et que l'expression « sources du droit » désignerait logiquement les sources matérielles uniquement. Il n'en demeure pas moins que ces juristes, au contraire, envisagent très ordinairement les seules sources formelles du droit lorsqu'ils emploient l'expression « sources du droit ». Et ne voir dans les sources du droit que des sources formelles peut apparaître naturel dès lors qu'on convient que « remonter à la source d'un fleuve, c'est rechercher l'endroit où ses eaux sortent de terre ; de même, s'enquérir de la source d'une règle juridique, c'est rechercher le point par lequel elle est sortie des profondeurs de la vie sociale pour apparaître à la surface du droit »[1].

N'est donc guère surprenant le choix, opéré par une grande majorité de ceux qui se proposent d'étudier les sources du droit, de se consacrer aux sources formelles plutôt qu'aux sources matérielles du droit. Les sources formelles sont omniprésentes dans les activités des juristes, qu'elles soient pratiques ou plus théoriques, même si cela n'est pas forcément conscient. Pour reprendre un mot de François Gény, les sources matérielles ont besoin du « filtre » des sources formelles[2].

Néanmoins, il n'est peut-être guère plus permis de dire que les sources matérielles seraient au service des sources formelles que de dire que les sources formelles seraient au service des sources matérielles. Ce qui invite surtout le juriste à s'intéresser aux sources formelles plutôt qu'aux sources matérielles du droit est le fait que les premières sont autrement que les secondes justiciables d'une enquête objective et empirique, aboutissant à rendre une copie foncièrement scientifique. En revanche, identifier les sources matérielles d'une norme implique, dans une certaine mesure, de recourir à une approche spéculative.

Enfin — et peut-être surtout —, les sources matérielles des normes, quand bien même elles seraient d'essence juridique, seraient moins un objet d'étude pertinent pour la science du droit que pour d'autres sciences politiques ou sociales[3], tandis que le problème des sources formelles du droit paraît devoir être réservé aux juristes. D'aucuns observent combien la majorité des juristes ont tendance à s'intéresser aux sources formelles et à laisser l'examen des sources matérielles aux autres disciplines ou estiment que la *pensée juridique des sources du droit doit être une pensée des sources formelles du droit*. Si les sources matérielles correspondent à la « force normative du factuel », suivant une expression de Jellinek[4], ce qui préoccupe les juristes est logiquement la « force normative du juridique », laquelle émane des sources formelles. L'étude des sources matérielles, en tant que « droit sans juristes »[5], semble relever davantage de la sociologie — éventuellement sociologie juridique[6] —, de la psychologie et de la philosophie (pour ce qui concerne les fondements moraux, religieux et idéologiques du droit[7]). Les sociologues du droit conçoivent,

---

même conséquence de « ses parents, ses études, ses professeurs, ses condisciples, sa femme, ses enfants [et] les livres lus » (*ibid.*) — et des évènements contingents qui influencent son humeur le jour où il tranche, par exemple la qualité de son repas, le fait d'être le matin ou l'après-midi ou le fait d'être avant ou après les vacances (*ibid.*).

[1] P. AMSELEK, art. préc., p. 255.

[2] F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, 2e éd., LGDJ, 1919.

[3] En ce sens, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 26 (« les sources matérielles (dogmes idéologiques, groupes sociaux, poids de l'histoire) sont autant d'éléments qui ne présentent pas de juridicité propre. Leur étude relève non du droit, mais plutôt des sciences politiques ou sociales. Ces sources sont méta-juridiques ou extra-juridiques. Leur influence sur le contenu des règles de droit est incontestable mais ces sources ne participent pas de l'ordre positif »).

[4] G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit – Première partie : Doctrine générale de l'État*, trad. G. Fardis, Fontemoing, 1904, p. 544.

[5] J. GAUDEMET, *Les naissances du droit – Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3e éd., Montchrestien, coll. Domat, 2001, p. VI.

[6] En ce sens, V. LASSERRE-KIESOW, art. préc., p. 2283 (« c'est à la sociologie juridique d'étudier les sources matérielles »). Il faut rappeler que la sociologie du droit est entièrement de la sociologie et aucunement du droit. Comme le disait Carbonnier, « il existe une sociologie de la musique ; elle peut rendre service, en les orientant, aux imprésarios et même aux musiciens ; mais elle ne fait pas de musique » (J. CARBONNIER, art. préc., p. 433). Il en va de même de la sociologie du droit, qui ne fait pas du droit mais uniquement de la sociologie.

[7] J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 57. Paul Roubier défendait l'idée selon laquelle l'ordre juridique occuperait dans la société une position intermédiaire entre l' « ordre social » et l' « ordre moral » (P. ROUBIER, art. préc., p. 9). Cela expliquerait la « pénétration de l'ordre juridique, soit par l'ordre social, soit par l'ordre moral » (*ibid.*, p. 10). Face à ces opérations de « socialisation du droit » et de « moralisation du droit » (*ibid.*, p. 17), il reviendrait à la sociologie de se préoccuper des premières et à la philosophie de s'enquérir des secondes.

suivant la formule célèbre d'Eugen Ehrlich, que « le centre de gravité du développement du droit, à notre époque comme en tout temps, ne doit être cherché ni dans la législation ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même »[1], si bien que, à leurs yeux, la source matérielle qu'est la société serait plus digne d'intérêt que les sources formelles que sont la loi et la jurisprudence[2].

L'objet de la science juridique, en revanche, ne serait que, dans une perspective micro-juridique, de comprendre pour ensuite l'expliquer le contenu positif du droit, lequel résiderait essentiellement dans la loi et dans la jurisprudence, ou, dans une perspective macro-juridique, de comprendre pour ensuite l'expliquer, en le systématisant et en dégageant ses principes généraux, le fonctionnement du système juridique, lequel s'ordonnerait principalement autour du Parlement et des tribunaux. « Les juristes, écrit Philippe Jestaz, s'abreuvent aux sources formelles bien plus qu'aux sources matérielles. [Cela] traduit une volonté consciente ou non de ne voir dans le droit que ses manifestations, de l'expliquer par lui-même et par conséquent de raisonner en dogmaticien »[3].

Certes, Paul Roubier insistait sur l'importance de se consacrer à l' « ordre moral » qui « inspire la création de l'ordre juridique positif »[4], tandis que François Gény a pu soutenir que la science juridique devrait se préoccuper des sources matérielles et des « donnés » quand les sources formelles et les « construits » ne seraient l'affaire que de la technique juridique[5] ; la domination, dans la pensée juridique collective actuelle, du positivisme, qui invite à s'enquérir des questions de forme et non des questions de fond[6], fait que pareille position n'est plus guère défendue et que l'étude des sources non formelles est rejetée dans la sphère du non-droit, seules les sources formelles appartenant au droit positif.

Autrement dit, à des yeux positivistes, si ce n'est normativistes, ce qui émerge des sources formelles est du droit, parce qu'est en cause un « ordre d'habilitations et de compétences »[7], mais ce qui émerge des sources matérielles n'en est pas, si bien que l'expression « sources matérielles du droit » serait une *contradictio in adjecto*, une « absurdité sémantique »[8], et que, « entre les propositions fixées (lois, décrets, constitutions…) et les motifs libres (tout ce qui influence les juges), [les juristes] doivent s'intéresser seulement aux premiers »[9].

Entreprendre une recherche sur les sources matérielles du droit conduirait, si ce n'est à proposer un ouvrage non juridique, du moins à proposer un ouvrage *interdisciplinaire*[10], ce qui est toujours un risque important en matière de recherche juridique. Aussi, entre sources formelles et matérielles, il apparaît souvent certain aux yeux des chercheurs-juristes qu'ils doivent s'attacher aux premières et délaisser les secondes. Ce qui doit intéresser au premier chef le chercheur-juriste, normalement, réside dans l'approche des acteurs juridiques sous un angle juridique, ce qui veut dire, en termes de sources, l'approche des seules sources formelles. *Si la substance du droit est indifférente, les sources matérielles du droit sont indifférentes.* C'est pourquoi les idées d' « interactivité » ou de « dialogue » entre sources[11], les problématiques des relations entre les sources et de leurs influences réciproques, qui posent la question des sources matérielles, des « sources des sources », sont le plus souvent écartées des recherches juridiques sur les sources du droit.

Ainsi l'analyse des phénomènes de lobbying et, plus généralement, des sources matérielles des normes, si elle peut donc être digne d'un grand intérêt, est le plus souvent le fait de non-juristes[12]. Le *Manuel de lobbying*[13] n'est pas un manuel de droit, n'est pas publié par un éditeur juridique, et son auteur n'est pas un juriste. Bien qu'ait été consacrée, en 2013, une théorie des sources du droit prônant et même constatant la

---

[1] E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker und Humblot (Munich-Leipzig), 1913 (cité par J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.*, p. 21).

[2] La définition que Gurvitch donnait de la sociologie juridique est excessivement significative : « La sociologie juridique […] est l'étude de la réalité sociale pleine du droit. […] [Elle] interprète les conduites et les manifestations matérielles du droit d'après les manifestations internes qui les inspirent et les pénètrent en passant des symboles, tels que les règles fixées d'avance, le droit organisé, les procédures et les sanctions, aux règles souples et au droit spontané ; de ceux-ci elle passe aux valeurs et aux idées juridiques qu'ils expriment et finalement aux croyances et intellections collectives qui aspirent à ces valeurs et saisissent ces idées et qui se manifestent dans des « faits normatifs » spontanés, sources des sources de la validité, c'est-à-dire de la positivité de tout droit » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique, op. cit.*, p. 24-25).

[3] Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 1.

[4] P. ROUBIER, art. préc., p. 23.

[5] F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, 1913.

[6] É. MAULIN, « Positivisme », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1175.

[7] *Ibid.*

[8] Ph. JESTAZ, « Source délicieuse… », *RTD civ.* 1993, p. 83.

[9] A. ROSS, art. préc., p. 167.

[10] F. GARNIER, « Notes pour une possible histoire de la construction de la norme », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 23.

[11] V. LASSERRE-KIESOW, art. préc., p. 2287.

[12] Par exemple, G. COURTY, *Les groupes d'intérêt*, La découverte, coll. Repères, 2006.

[13] M. CLAMEN, *Manuel de lobbying*, Dunod, 2005.

« déformalisation des sources du droit »[1], et bien que le réalisme juridique dit « américain », avec lequel il n'est de sources du droit que matérielles — de sorte que les textes de loi sont mis sur le même plan que les conférences de presse et autres éléments purement factuels[2] —, connaisse un relatif succès, le regard porté sur les plus récents travaux entrepris par des juristes autour des sources du droit montre que ceux-ci, dans leur majorité, s'attachent seulement aux sources formelles.

Il faut insister sur l'opportunité d'étudier les sources matérielles du droit y compris en tant que juriste. Victor Hugo ne disait-il pas — mais ce propos est peut-être apocryphe — que « le fond travaille à travers la forme, il la traverse, l'anime ; la forme est le reflet du fond. Mais le plus important est de voir ce qui se cache derrière la forme, la substance de la forme. La forme, c'est le fond qui remonte à la surface » ? De nouveaux travaux juridiques sur les sources matérielles pourraient être les foyers de grands enseignements. Et le passage d'études portant majoritairement sur les sources formelles à des études portant majoritairement sur les sources matérielles pourrait constituer la *révolution copernicienne de la recherche sur les sources du droit*.

D. Les nombreux travaux restant à entreprendre autour des sources matérielles du droit

L'idée de source matérielle prolonge celle de source formelle : les règles créées par des organes disposant de la « capacité normative » ne sont pas sans fondement ; elles remontent toujours à des origines plus profondes et trouvent des explications qui dépassent allègrement leurs sources formelles, lesquelles ne sont parfois que des instruments passifs au service de forces extérieures. Certainement les sources matérielles sont-elles au moins autant indispensables au droit que les sources formelles ; et Alf Ross pouvait écrire que

> *La loi, aussi détaillée soit-elle, doit être interprétée et cette interprétation a lieu au moyen d'une quantité d'attitudes pratiques, inarticulées et libres. Le rôle principal que jouent ces facteurs libres est d'entourer la règle autoritaire, on pourrait dire comme d'une atmosphère, et de lui inspirer une vie spontanée. Que l'on réfléchisse à ce que seraient nos constitutions, nos lois et nos décrets s'ils ne reposaient sur des milliers de prémisses vivantes, mais non exprimées, qui leur servent de base d'interprétation. Qu'on envisage, pour un instant, un habitant de la planète Mars comme exécuteur « exact » de nos lois, on ne pourrait jamais en imaginer le résultat.*[3]

Reste que les sources formelles et les sources matérielles, toutes éminemment importantes pour le fonctionnement et le visage du droit, posent des questions incomparables, ne se situent pas sur le même plan, et que, en général, les études des sources du droit se concentrent soit sur les unes, soit sur les autres[4] ; et plus souvent sur les unes que sur les autres. Il est rare de trouver un ouvrage envisageant à parts égales les sources formelles et les sources matérielles de la branche du droit à laquelle il se consacre.

Pour autant, il existe certains chercheurs-juristes qui se risquent à rechercher les instruments qui jouissent d'une « force d'influence »[5], d'une « force de référence »[6], d'une « force de guide »[7] ou d'une « force de modèle »[8] auprès des sources formelles, à l'image des décisions de justice ou des directives européennes non transposées[9] ; ou bien, très différemment, qui s'appliquent à établir le contenu d'un hypothétique « droit naturel » que les jurislateurs devraient reconnaître et concrétiser positivement[10]. Il faut encourager ce mouvement amenant à s'intéresser aux sources matérielles du droit. Sans doute y a-t-il et y aura-t-il encore longtemps beaucoup à chercher et beaucoup à trouver dans ce champ d'investigation[11].

---

[1] Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013.

[2] G. TIMSIT, « Raisonnement juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 1293.

[3] A. ROSS, art. préc., p. 167.

[4] Néanmoins, par exemple, L. ROLLAND, « Les pratiques contractuelles déviantes : confrontation ou coordination des sources matérielles et formelles du droit », in J.-L. BERGEL, dir., *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, PUAM (Aix-en-Provence), 2001, p. 309 s.

[5] C. THIBIERGE, « Synthèse », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 792.

[6] *Ibid.*

[7] *Ibid.*

[8] *Ibid.*

[9] Concernant la directive européenne non transposée, on a pu observer que, si elle « n'a pas de force obligatoire à l'égard des individus pour lesquels elle ne crée ni droits ni obligations, […] elle est [cependant] dotée d'une véritable force de référence, au sens où elle sert de guide au juge dans l'interprétation du droit national » (R. BOFFA, « La force normative des directives non transposées », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 323).

[10] Par exemple, A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 71.

[11] Pour ne prendre qu'un exemple, on peut expliquer en ces termes les motifs à l'origine de l'édiction d'un régime juridique : « Les règles de la responsabilité du fait des choses trouvent leurs sources substantielles d'une part dans la nécessité pratique d'indemniser

Ensuite, ce sont plus particulièrement diverses classifications des sources matérielles qui pourraient être esquissées. Sur ce point, on en est déjà venu à distinguer les choses et les idées, les sources pragmatiques (faits matériels et sociaux) et les sources idéologiques (morale, valeurs et philosophie)[1], les sources fondées sur l'expérience, les sources fondées sur l'autorité et les sources reposant sur la raison[2] ou encore l'histoire, les mœurs, les rapports de forces sociaux et l'environnement naturel[3]. Les théories socio-politiques du droit, en particulier, s'intéressent intimement aux sources matérielles et ne manquent pas de proposer des grilles de lecture plus raffinées de ces « législateurs sociologiques impersonnels »[4]. Et, récemment, un chercheur a pu identifier deux ensembles de « nouvelles sources du droit liées à la société de l'innovation » : les « données légitimantes » et les « règles officielles non obligatoires »[5].

Au-delà, il faut gager que, étant écartée la question de savoir si elles doivent être ou non incluses dans l'objet de la science juridique, de très opportunes recherches peuvent porter sur les sources matérielles, sur ces « forces créatrices du droit » auxquelles Georges Ripert s'intéressait déjà dans son ouvrage éponyme paru en 1955[6], *a fortiori* dès lors que la conjoncture contemporaine est celle d'une non-correspondance entre pouvoir réel et institutions formelles. À titre d'illustration, peut être cité Jacques Chevallier lorsqu'il montre que le Forum de Davos a grandement influencé tout un pan du droit économique en imposant à l'esprit des décideurs publics l'idée que la mondialisation et le libéralisme seraient inévitables mais aussi bénéfiques et en définissant à leur attention les priorités à retenir[7]. Ainsi y compris des observateurs-juristes en viennent-ils à se pencher sur le « législateur scribe »[8], sur les « offres de lois »[9], sur le « droit proposé »[10], sur les « pratiques législatrices »[11], sur les « législations d'entérinement »[12], sur les « validations législatives des normes d'origine privée »[13], sur la « participation des destinataires à l'élaboration de la règle »[14] ou encore sur les modifications, déformations et même trahisons que les sources formelles (généralement publiques) opèrent par rapport aux propositions des sources matérielles (généralement privées)[15].

Notamment, il peut s'avérer intéressant d'envisager les rapports d'influence, les échanges, les « dialogues » entre juridictions, c'est-à-dire les situations dans lesquelles des orientations jurisprudentielles retenues dans un certain ordre juridique sont reprises par les tribunaux et cours d'un autre ordre juridique[16], ou bien les relations entre le législateur et le juge[17], entre le législateur et les autorités administratives indépendantes[18] ou encore entre « les Europe » (Union européenne et Conseil de l'Europe)[19]. Si les phénomènes en cause sont anciens[20], on remarque combien la teneur des forces créatrices se renouvèle

---

les victimes de plus en plus nombreuses d'accidents du travail, puis de la circulation, à partir de la fin du XIXe siècle (source pragmatique), et d'autre part dans l'idée de solidarité qui a inspiré la théorie du risque, développée à cette même période (source idéologique) » (C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », art. préc., p. 542).

[1] M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005, p. 190.

[2] P. ROUBIER, art. préc., p. 11.

[3] P. AMSELEK, art. préc., p. 252.

[4] J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 96.

[5] V. LASSERRE, *op. cit.*, p. 22.

[6] G. RIPERT, *op. cit.*

[7] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 33.

[8] L.-M. DUONG, « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, p. 783.

[9] P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 117.

[10] A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 70.

[11] J.-L. SOURIOUX, « Droit civil – Rapport français », in Association Henri Capitant, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Economica, 1983, p. 96.

[12] J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz (Genève), 1979, p. 134.

[13] C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources du droit », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 67.

[14] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 61.

[15] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p. 382 s.

[16] G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales – Éloge de la bénévolence des juges », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 799 s. ; B. STIRN, « Juridictions administratives et cours européennes », *Rev. adm.* 1998, p. 211 s.

[17] A. BENSAMOUN, « La loi du 1er août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur », *D.* 2007, p. 328 s. ; E. DERIEUX, « Le juge et la loi, en droit d'auteur et des médias – À propos de quelques affaires récentes », *Légipresse* 2008, n° 252, p. 88 s.

[18] A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 70 (qui souligne que les avis et recommandations permettent aux autorités administratives indépendantes d'exercer un « pouvoir règlementaire indirect » en ce que ces textes sont une « source d'inspiration pour le Gouvernement et le législateur »).

[19] M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 954.

[20] Par exemple, B. STARCK, « À propos des "accords de Grenelle" – Réflexions sur une source informelle du droit », *JCP* 1970, n° 2363.

actuellement[1], ce qui justifierait d'autant plus de les étudier. C'est en particulier le problème très actuel des lobbies, tels que les ONG[2], et du lobbying qui amène à consacrer, en droit[3], des travaux à la « force normative des groupes d'intérêt »[4] et au « droit négocié »[5] ou « de compromis »[6], droit « plus autorisé qu'autoritaire »[7]. Et l'expression « droit souple », d'origine récente mais très en vogue[8] car « à l'imprécision accueillante »[9], si elle est polysémique, est parfois utilisée afin de désigner les propositions de droit provenant des sources matérielles privées.

« Si le Parlement se réserve le pouvoir du dernier mot […], commente-t-on, personne n'est dupe : ce sont bien les acteurs sociaux concernés qui font la loi »[10]. Or, dans un nombre croissant de sources du droit, le travail des lobbies et des autres formes de sources matérielles privées se fait sentir. Ceux-ci jouent un rôle décisif, outre auprès du Parlement, auprès des tribunaux[11] et auprès des instances de l'Union européenne[12]. De plus en plus, les sources étatiques se borneraient à apposer une étiquette formelle sur des recommandations ou propositions émanant de sources informelles[13]. Les organes publics ne joueraient donc plus qu'un rôle de *sources exclusivement formelles*. Aussi a-t-on pu reprocher, par exemple, à la « loi pour la confiance dans l'économie numérique »[14] d'avoir été le résultat d'une écoute attentive des plaidoiries des acteurs du commerce électronique, ce qui aurait abouti à sacrifier les intérêts des internautes, qui ne disposent pas des moyens et de l'organisation suffisants pour faire pression sur le législateur[15].

Par ailleurs — et par exemple —, l'association April (promouvoir et défendre le logiciel libre) peut expliquer qu'elle a pour objectifs, notamment, de « promouvoir le logiciel libre auprès […] des pouvoirs publics […] [et d']obtenir des décisions politiques, juridiques et réglementaires favorables au développement du logiciel libre et aux biens communs informationnels »[16]. Elle ajoute que ses actions consistent, entre autres, à « inform[er] les élus et les décideurs politiques et prom[ouvoir] une législation progressiste en matière de NTIC, brevets et droit d'auteur, [ainsi qu'à] sensibilis[er] les décideurs et institutions aux enjeux du passage au logiciel libre et les accompagn[er] »[17]. Ce n'est là qu'une illustration particulière parmi une foultitude[18]. Pourraient également être cités la Fédération du e-commerce et de la vente à distance (FEVAD), qui « intervient auprès des autorités compétentes chaque fois que les intérêts de la profession ou la

---

[1] M. MEKKI, « La force normative des groupes d'intérêt : entre ombre et lumière », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 233.

[2] Par exemple, J.-M. BRADY, « La contribution des ONG à la formation et à l'application des normes internationales à travers les instances gouvernementales et intergouvernementales », in M. BETTATI, P.-M. DUPUY, dir., *Les ONG et le droit international*, Economica, coll. Droit international, 1986, p. 51 s.

[3] Par exemple, P. DEUMIER, « Reconnaissance du lobbying en France », *RTD civ.* 2010, p. 62 s.

[4] M. MEKKI, « La force normative des groupes d'intérêt : entre ombre et lumière », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 233 s.

[5] A. BENSAMOUN, « Les mutations de la norme en droit d'auteur (réflexion sur les sources) », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 293.

[6] J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 103.

[7] F. ZÉNATI, « La portée du développement des avis », in Th. REVET, dir., *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 109.

[8] Par exemple, EDCE 2013, *Le droit souple* ; Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*

[9] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 441.

[10] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 111.

[11] Ainsi le Forum des droits sur l'internet soulignait-il que « [son] expertise au service des pouvoirs publics se retrouve dans les décisions de justice qui, sur des sujets comme la responsabilité du directeur de la publication des forums de discussion, ou sur les clauses abusives des contrats de vente en ligne, rejoignent régulièrement les positions adoptées et dégagées dans les groupes de travail » (Forum des droits sur l'internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », oct. 2010, p. 6). Par ailleurs, il est remarquable que Georges Vedel ait mis en évidence des actions de lobbying y compris auprès du Conseil constitutionnel (G. VEDEL, « Réflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 1996, p. 549 (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 61)).

[12] *Cf.*, sous un angle général, M. CLAMEN, J. NONON, *L'Europe et ses couloirs : lobbying et lobbyistes*, Dunod, 1991.

[13] L.-M. DUONG, art. préc., p. 783.

[14] L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

[15] A. PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant », *LPA* 13 mai 2004, p. 4.

[16] [en ligne] <april.org>.

[17] *Ibid.* L'association précise qu'elle ne fait pas du lobbying et parle d' « *advocacy* » (les anglo-saxons distinguent les « *lobbies* » (groupes d'intérêts particuliers) et les « *advocacy groups* » (défenseurs d'une vision particulière de l'intérêt général)).

[18] Par exemple, une proposition de loi déposée à l'automne 2009 afin de renforcer la protection des cyberconsommateurs (JOAN n° 1940, 29 sept. 2009) était la simple reprise d'une recommandation du Forum des droits sur l'internet (Forum des droits sur l'internet, « Recommandation commerce électronique et procédure collective », 15 juill. 2009). Il en va de même concernant un livre blanc sur les enchères en ligne, remis au printemps 2009 par le Conseil des ventes volontaires au Gouvernement, ou encore concernant la recommandation « Droit de la consommation appliqué au commerce électronique » du Forum des droits sur l'internet, qui a grandement influencé la « loi Chatel » du 3 janvier 2008. Ainsi le « projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », qui ne contenait aucune disposition sur le commerce électronique ou la vente à distance initialement, a-t-il été en bonne partie retoqué après l'intervention du Forum des droits sur l'internet qui, dans sa recommandation sur le « Droit de la consommation appliqué au commerce électronique », a invité les pouvoirs publics à prendre des mesures propres à protéger les cyberconsommateurs, par exemple en améliorant l'information sur le droit de rétractation. Cette proposition a été reprise par le législateur à l'article L. 121-18 du Code de la consommation.

compétitivité des entreprises sont en jeu »[1], ou le Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE), lequel se divise en plusieurs « pôles » dont un « pôle affaires juridiques et déontologiques » scindé lui-même en deux commissions, l'une s'appelant « commission enjeux règlementaires » et ayant pour mission de « s'impliquer dans l'élaboration de la réglementation applicable au secteur en mettant son expertise à disposition des autorités publiques »[2].

Carbonnier, grand promoteur de la sociologie du droit en France, compte au nombre de ceux qui ont le plus regretté que les juristes tendent à se focaliser sur les seules sources formelles. Ainsi écrivait-il que « le danger, c'est de prendre le squelette [*i.e.* la forme] pour la réalité totale […]. Le risque, c'est de ne retenir […] que les formes faciles à retrouver par leur matérialité. […] Il y a là un obstacle sérieux à une exacte connaissance des phénomènes pris dans leur ensemble : la forme de quelques-uns accapare l'attention des chercheurs »[3]. Le grand civiliste suivait en cela les préceptes posés par Gurvitch, qui pour sa part était sociologue de formation, et selon lesquels la première des tâches du chercheur en droit consisterait à « mettre à jour les "sources des sources", c'est-à-dire les sources primaires, matérielles, dynamiques, valables par elles-mêmes et sur lesquelles se fondent l'autorité et l'efficience des sources secondaires, formelles, statiques, qui ne sont que des procédures techniques de constatation »[4]. Il est difficile de considérer que les règles juridiques se trouveraient au-dessus des luttes d'intérêts que se livrent les hommes. Toutes les lois ne sont pas, loin de là, des actes d'autorité émanant d'un législateur souverain et impartial placé au-dessus des intérêts en présence ; et tout le droit positif ne se réduit pas aux lois.

Toujours est-il que, si le développement des travaux portant sur les sources matérielles du droit paraît constituer un grand enjeu de la recherche sur les sources du droit pour les années à venir, il ne s'agirait en aucun cas d'abandonner l'étude des sources formelles. Celle-ci demeurera longtemps ô combien cardinale et porteuse. Mais encore faudrait-il que la pensée de ces sources formelles s'adapte à l'évolution du « droit réel », ce qui impliquerait en premier lieu d'accueillir de nouvelles sources — et peut-être d'en abandonner d'autres.

II. Second défi : repenser les sources formelles du droit

Les sources formelles du droit peuvent être définies en tant qu'*organes ou ensembles d'organes qui édictent certains types particularisables d'actes normatifs* et qui de la sorte sont à l'origine du droit positif. Cette compréhension des sources formelles du droit conduit à *définir en premier lieu différentes catégories non de sources mais d'actes normatifs pour, ensuite, séparer les organes-sources les uns des autres en fonction des actes qu'ils édictent*, étant entendu qu'un même organe peut potentiellement appartenir à plusieurs familles de sources à la fois, bien que cette situation se rencontre rarement[5]. Plus simplement, la source formelle de la norme est *son auteur formel*, son *émetteur*, *celui qui lui donne son contenant mais pas forcément son contenu*. La source formelle permet au « projet de droit » ou à la « proposition de droit » de devenir droit, d'entrer dans le droit positif, de passer du statut de norme potentielle à celui de norme réelle.

Il est cependant habituel de *se référer, par métonymie, aux actes produits par les sources pour désigner ces sources*. Par exemple, entre la loi et le législateur, la source véritable est le législateur, *i.e.* le Parlement, mais il n'est pas interdit pour autant d'évoquer la loi ; simplement faut-il ne pas ignorer que la loi en tant que telle n'a pas de volonté, ne peut pas créer du droit, et que, à travers elle, ce sont les organes législatifs qui sont visés. La loi est, en somme, *plus proche de la norme que de la source, plus proche du résultat que de l'origine* ; elle est une manifestation du droit, donc le droit lui-même, plutôt que sa source. Il en va identiquement des règlements privés, de la jurisprudence — qui n'est pas à proprement parler une source, celle-ci étant la cour ou le tribunal — ou de la coutume, pour laquelle il faut davantage rechercher la source *stricto sensu* dans le groupe social dont elle émane. Entre l'acte et l'organe, la source formelle paraît devoir être rattachée à l'organe plus qu'à l'acte, bien qu'il ne soit peut-être pas inconséquent de voir dans les sources les « supports du droit »[6] et d'assimiler la science des sources formelles du droit à la *science des actes juridiques* (lois, décrets, Constitutions, jugements, arrêts, contrats etc.).

---

[1] [en ligne] <fevad.com>.
[2] [en ligne] <geste.fr>.
[3] J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 37.
[4] G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 141.
[5] Cette conception organique est celle que retenait, notamment, Henri Batiffol : « La règle juridique procède d'une autorité qui a le droit de la créer et d'en imposer l'observation. C'est cette autorité qui est la source du droit » (H. BATIFFOL, « Préface », *Arch. phil. droit* 1982, p. 1).
[6] E. VERGÈS, *op. cit.*, p. 35.

Ensuite, comme leur nom l'indique, les sources formelles ne désignent que le contenant du droit, que l'*instrumentum*, là où le contenu du droit, le *negotium*, c'est-à-dire le devoir-être en tant que tel, est le fruit de l'intervention des diverses sources matérielles. Émanant d'une *conception positiviste du droit*, le recours à l'image des sources formelles ne possède normalement aucune dimension politique ni axiologique. Sa visée doit être avant tout descriptive : il s'agit de décrire les lieux où sont créées les règles de droit, d'en fournir une présentation rationnelle et explicative. Qui s'intéresse aux sources formelles devrait se borner à les inventorier, même s'il est peut-être aussi possible d'opérer un effort classificatoire et d'ordonnancement ou de les envisager sous un angle critique, éventuellement sous un angle prospectif.

Or la typologie des sources formelles du droit généralement retenue (loi, jurisprudence et coutume) paraît souffrir de plusieurs carences et notamment d'une certaine pauvreté. Alors que les coutumes tendent à disparaître, de nouvelles sources devraient être intégrées à la liste, spécialement des sources d'essence privée (*D*). Mais encore faut-il, pour ce faire, adopter une posture pragmatique plutôt que dogmatique (*C*) tant la modernité juridique a largement amené la doctrine à ne voir de droit que dans le droit de l'État et, par conséquent, de sources du droit que dans l'État (*A*). Aussi s'agit-il de souligner combien la pensée des sources formelles du droit gagne à devenir dynamique et réflexive (*B*).

A. Le refus moderne de la possibilité de sources formelles concurrentes des sources publiques

À l'heure actuelle, les dernières introductions à la théorie du droit continuent d'enseigner aux étudiants que « l'énonciation du droit se rattache directement aux fonctions étatiques »[1] et que « l'ordre juridique positif se confond avec l'ordre juridique étatique »[2]. Beaucoup de théoriciens du droit ont postulé et persistent à postuler que ne saurait être une source du droit uniquement l'institution investie constitutionnellement du pouvoir d'énoncer des propositions juridiques valides. Par suite, seules seraient des normes juridiques celles qui sont « "dites" selon les modalités définies par la doctrine des sources promue par le pouvoir politique »[3]. Aussi n'y aurait-il que les sources étatiques de normes qui pourraient être des sources du droit, une exception étant généralement tolérée en faveur des ancestrales coutumes. Nombre d'introductions au droit retiennent, en effet, que la source peut découler soit d'une « force de la tradition » qui donne naissance à une coutume, soit d'une habilitation officielle qui vise le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif ou le pouvoir judiciaire. Philippe Jestaz, dès lors, peut commenter : ces auteurs qui se proposent de dresser l'inventaire des sources du droit « admettent l'existence de sources qui ne sont pas d'origine étatique, comme la coutume ou la doctrine, mais leur effort en direction d'un certain pluralisme ne va pas jusqu'à son terme en raison de la place, intellectuellement tyrannique, que la loi et l'État continuent d'occuper dans leurs esprits »[4].

Quelles qu'en soient les raisons[5], le paradigme du monisme étatiste l'emporte aujourd'hui encore sur celui du pluralisme qui seul permet d'accueillir les normes et sources privées dans le domaine du droit. La théorie de Bobbio selon laquelle le droit se définirait tel le « langage ou discours prescriptif du législateur »[6] est loin d'être abandonnée, bien au contraire. Le phénomène de légicentrisme reste à ce point sensible que

---

[1] É. MILLARD, *op. cit.*, p. 48.
[2] *Ibid.*, p. 49.
[3] B. OPPETIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. droit* 1982, p. 45.
[4] Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 4.
[5] On a pu expliquer, notamment, que le fait que la plupart des introductions au droit soient rédigées par des civilistes associé au fait que les civilistes se concentrent quasi-exclusivement sur le Code civil serait à l'origine de la domination de la vision étatiste de la juridicité (Ch. MOULY, « Crise des introductions au droit », *Droits* 1986, n° 4, p. 109). Quant à Raymond Carré de Malberg, il observait que « ce qui fait qu'une règle est règle de droit, c'est qu'elle est posée sous la menace d'une sanction, consistant dans la possibilité d'une contrainte. Pour qu'il y ait création de droit, il faut donc que celui qui crée la règle soit capable de faire lui-même exécuter, par des voies de contrainte, les dispositions qu'il y a adoptées, ou, tout au moins, d'imprimer à celles-ci force exécutoire. En d'autres termes, la notion de création du droit suppose un acte de puissance publique, d'où le droit à créer tirera tout ensemble sa genèse et sa sanction. Dès lors, l'idée de création du droit par les particuliers se heurte à un obstacle qui provient de ce que ceux-ci sont impuissants aussi bien à procurer par leurs propres moyens l'exécution forcée de leurs actes ou conventions qu'à leur donner force exécutoire : il faut qu'ils se retournent vers l'État, soit pour obtenir en faveur de leurs actes cette force, soit pour lui demander le secours de sa contrainte. Les règles engendrées entre eux par leurs stipulations contractuelles, comme celles nées de leurs actes individuels, ne sauraient donc être qualifiées de règles de droit » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 90-91).
[6] N. BOBBIO, *Theoria della scienza giuridica*, Turin, 1950 (cité par R. GUASTINI, « Norberto Bobbio ou la distinction », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 9). Avant Bobbio, Kant déjà retenait que « le droit positif [est] le droit qui procède de la volonté du législateur » (E. KANT, « Doctrine du droit », in *Métaphysique des mœurs* (1796), trad. A. Philonenko, Vrin, 1979 (cité par R. Sève, « Kant Emmanuel », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 306)).

des observateurs notent combien, « pour le juriste français, la loi est première et le droit second »[1]. Il est vrai que, aux termes de la Constitution, seule la loi *lato sensu* peut être une source de normes juridiques — mais à condition d'accepter que la Constitution ait la capacité exclusive d'établir ce qu'est la juridicité.

Et, si l'équivalence entre droit et loi peut être remise en cause, ce n'est souvent que pour subroger le statocentrisme au légicentrisme. Ainsi Raymond Carré de Malberg écrivait-il, de façon très significative, qu' « il ne peut pas être question d'identifier le droit et la loi. Celle-ci est la source principale, mais non la source exclusive du droit. L'ordre juridique découle graduellement de toutes les sources que forment, d'une façon incessante, les actes des autorités administratives et des tribunaux, faisant suite exécutivement à ceux du législateur »[2]. L'illustre professeur alsacien pouvait, par suite, enseigner que « les particuliers ne peuvent créer du droit proprement dit par leur puissance privée »[3], que « non seulement les particuliers ne peuvent créer du droit étatique, mais la vérité est que leurs actes et leurs tractations de nature privée demeurent incapables de toute création proprement dite de droit »[4] et que « les contrats privés ne peuvent pas être une source créatrice de droit. […] Ce serait jouer sur les mots que de qualifier l'activité contractuelle de création du droit. […] Le contrat, tout comme le délit, constitue seulement un fait »[5]. Et François Gény lui-même pouvait affirmer que « l'État est l'agent nécessaire du droit positif »[6]. Qui adhère à pareille statolâtrie juridique juge logiquement, l'État choisissant « souverainement » ce qui est droit et ce qui ne l'est pas, que le contrat ne compte pas au nombre des sources du droit parce qu' « il n'est pas raisonnable de penser que l'État a accordé un blanc-seing général à tous les citoyens pour s'exprimer en son nom »[7].

Aujourd'hui, même les ouvrages expressément consacrés au pluralisme en droit se concluent par l'affirmation selon laquelle ne pourrait être juridique que la norme validée par l'État et de la sorte *intégrée à son ordre normatif*[8]. L'État possèderait donc une entière maîtrise des dimensions de l'empire du droit. En outre, le « réalisme » — dont la popularité est croissante parmi les théoriciens du droit — abonde lui-aussi dans le sens du monopole étatique du droit[9].

Cet étatisme juridique, qui fait qu'un ouvrage consacré aux sources du droit devrait forcément être un ouvrage consacré aux sources étatiques du droit, s'explique en premier lieu par la grande influence que continue d'exercer la conception normativiste-kelsénienne du monde juridique. Toutefois, on constate de plus en plus d'hésitations concernant les limites du droit et donc les limites des sources du droit, hésitations qui témoignent du fait que la pensée des sources du droit, si elle est empreinte d'une certaine inertie, n'est toutefois guère statique. Elle évolue ou, du moins, est appelée à évoluer.

Le lien droit-État, dont la vigueur ne se dément pas assez fortement pour parvenir à le rompre, est très certainement la source première de l'*autonomie du droit* sur laquelle reposent, notamment, le fait qu'il existe des facultés de droit et le fait que la science juridique soit relativement isolée parmi les sciences sociales[10]. Ce lien peut néanmoins apparaître telle une *exception moderne* et, à l'échelle de l'Homme, il ne correspond qu'à un bref instant. Relier systématiquement, sans autre forme de procès, le droit à l'État n'est donc pas quelque-chose qui va de soi d'un point de vue historique[11].

Longtemps, et spécialement au Moyen-Âge, avant que l'État moderne ne prenne son envol, l'essentiel des règles se trouvait parmi les coutumes que les « coutumiers », ancêtres de la doctrine actuelle, classaient et commentaient au sein de recueils dont le modèle le plus achevé fût peut-être celui de Beaumanoir[12]. Et, sous le règne de Louis XIV, l'édit de Saint-Germain, qui en 1679 engagea la grande réforme générale des études de droit, prévoyait que, « afin de ne rien omettre de ce qui peut servir à l'instruction de ceux qui entreront dans les charges de judicature, nous voulons que le droit français contenu dans nos ordonnances et dans les coutumes soit publiquement enseigné ; et à cet effet nous nommerons des professeurs qui

---

[1] Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, Puf, coll. Thémis, 1999, p. 150.
[2] R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 73.
[3] *Ibid.*, p. 93.
[4] *Ibid.*, p. 86.
[5] *Ibid.*, p. 89, 93 et 94.
[6] F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, *op. cit.*, p. 64.
[7] P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, p. 12.
[8] M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 395.
[9] Alf Ross enseignait, par exemple, que « la loi seule est source de droit […] et la coutume n'a de force que dans la mesure où elle est reconnue par la loi » (A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Matzner, É. Millard, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004, p. 30). Mais les réalistes se remarquent surtout par le fait que, en réduisant le plus généralement le droit à la décision du juge, ils le réduisent à la décision de l'État.
[10] M. DELMAS-MARTY, art. préc., p. 951.
[11] *Cf.* V. BEAULANDE-BARRAUD, J. CLAUSTRE, E. MARMURSZTEJN, *La fabrique de la norme – Lieux et modes de production des normes au moyen-âge et à l'époque moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2012.
[12] J.-M. CARBASSE, « Coutumes françaises », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 327.

expliqueront les principes de la jurisprudence française et qui en feront des leçons publiques »[1]. Le droit français, distingué du droit romain et du droit canonique, était alors défini par les autorités étatiques elles-mêmes comme étant composé des actes royaux mais aussi des coutumes. C'était officiellement que des sources privées pouvaient produire du droit et, d'ailleurs, il faut rechercher dans cette époque l'origine de l'association dans la pensée des sources de la coutume à la loi et à la jurisprudence. Et Portalis de décrire le droit de l'ancien régime en tant qu' « amas confus et informe de lois étrangères et françaises et de coutumes générales et particulières »[2]. Ce n'est sans doute qu'avec la Révolution française puis avec les codifications napoléoniennes que la loi et, donc, l'État ont pris, quantitativement et qualitativement, radicalement le pas sur les sources privées de normes juridiques[3].

La conception des sources du droit, depuis toujours, change à mesure que change la conception du droit. Or le sens du concept de droit a présenté des visages variables à travers les âges et il est permis de penser qu'il ne sera pas demain identique à ce qu'il est aujourd'hui. L'enjeu pour la pensée des sources formelles du droit serait de ne pas se laisser décrocher par ce mouvement, donc de ne pas pécher par excès de statisme et par manque de dynamisme.

B. Le dynamisme attendu des connaissances relatives aux sources formelles du droit

La question des sources du droit est posée depuis toujours et, en droit romain, à l'époque de la *Respublica* — on attribue la paternité de la métaphore sourcière à Cicéron[4] —, étaient déjà séparées les « lois publiques » et les « lois privées »[5]. Quant à l'ancien droit français, ses contemporains pouvaient noter combien il était constitué d'ordonnances, d'édits et de déclarations, mais aussi d'usages et de coutumes.

Ensuite, la conception moderne du droit s'est forcément traduite dans les classifications des sources du droit proposées, lesquelles se sont généralement montrées réticentes à intégrer quelque source non étatique de normes. Ainsi l'article « sources du droit » du *Dictionnaire de la culture juridique* envisage-t-il bien des « sources non étatiques », mais celles-ci ne sont toujours que des sources publiques externes (internationales), jamais des sources privées[6].

On retient classiquement que le nombre et la qualité des sources du droit ont connu un tournant décisif avec l'œuvre de François Gény, qui critiquait le « fétichisme de la loi » palpable à son époque[7]. Durant le XIXe s., au temps des grands exégètes, la liste des sources du droit tendait même à ne comporter qu'un seul et unique élément : la loi. Les décisions de justice, notamment, ne jouaient alors qu'un « rôle secondaire d'illustration »[8]. Au XXe s., il s'agissait désormais de réintégrer la jurisprudence et la coutume, bien que quelques-uns aient résisté, persistant à ne voir de droit que dans la loi, à s'adonner au « culte de la loi »[9], notamment en expliquant que la jurisprudence ne saurait être une source du droit que dans les seuls régimes de *common law*[10], les régimes de *civil law* rejetant toute capacité créatrice des juges[11] ; ou bien proposant de ne voir de droit que dans la loi et la jurisprudence[12] — ce qui est peut-être une position plus justifiable que celle consistant à leur adjoindre uniquement la coutume. Cette liste, depuis lors, n'a guère évolué ; simplement la doctrine est-elle régulièrement associée aux trois sources habituelles — alors pourtant qu'elle

---

[1] Art. 14.

[2] J.-É.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs du projet de loi relatif à la "réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre Code civil français" », 17 mars 1804.

[3] J.-M. CARBASSE, « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *Droits* 1986, n° 3, p. 25 s.

[4] R. SÈVE, art. préc., p. 259.

[5] *Cf.* A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3e éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 90.

[6] P. DEUMIER, Th. REVET, art. préc., p. 1430 s.

[7] F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, *op. cit.*

[8] Ch. BEROUJON, « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTD civ.* 1995, p. 579.

[9] J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, *op. cit.*, p. 76.

[10] Dans les pays de *common law*, il est classiquement admis que *common law*, *statute law* et *equity* forment les trois sources du système juridique (É. PICARD, « Common law », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *op. cit.*, p. 240).

[11] Par exemple, R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 156. Il semblait pourtant déjà difficile à cette époque de contester qu' « il est une partie du droit public, le droit administratif, où le facteur essentiel de formation [du droit] est la jurisprudence, particulièrement la jurisprudence de notre Conseil d'État » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3e éd., De Boccard, 1927, p. 688).

[12] Par exemple, M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 25 (« les coutumes étant des règles non écrites, leur teneur doit être établie par le juge à l'occasion de chaque procès ») ; également, J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, p. 39 (une règle coutumière « doit, pour se voir reconnaître une force juridique, recevoir la consécration des tribunaux et des organes d'application du droit […] et ainsi être reçue par l'État »).

est uniquement une source matérielle du droit, une autorité, et donc en cela incomparable aux sources formelles[1].

À l'ère du normativisme et de l'étatisme juridique, peu de penseurs du droit en sont venu à estimer, à l'instar de Gurvitch, que « le problème des sources du droit positif constitue le problème crucial de toute réflexion juridique »[2]. Les sources du droit étaient les sources étatiques ou interétatiques de normes, lesquelles se laissaient circonscrire aisément.

Néanmoins, depuis toujours, des voix s'élèvent contre l'étatisme juridique, contre le fait que la présentation habituelle des sources ne soit valable qu'à l'égard du droit d'une société fortement étatisée. Chaque jour, de nouveaux concepts émergent et tendent à favoriser l'acceptation de la possibilité qu'existent des sources privées de droit[3]. Et de plus en plus d'auteurs soutiennent ces concepts, tandis que d'autres reconnaissent que l'état des sources du droit est contingent et qu'il évolue inexorablement à travers le temps[4]. Dans un futur plus ou moins lointain, peut-être reconnaîtra-t-on que l'étatisme et le monisme juridiques n'auront été sur le devant de la scène doctrinale que durant un temps relativement court à l'échelle de l'histoire de la pensée juridique.

C. Le besoin grandissant d'une approche pragmatique des sources formelles du droit

Certaines critiques adressées aux auteurs qui envisagent les sources du droit uniquement à travers le prisme de l'État consistent à les dénoncer en tant que vision naturaliste du droit[5] ou bien en tant que discours dogmatique et idéologiquement orienté[6]. Les auteurs en cause chercheraient à faire œuvre non scientifique mais prescriptive en établissant comment et par qui le droit devrait être créé[7]. Ils seraient dès lors moins des chercheurs que les défenseurs de la *doxa* étatique. Mais l'étude des sources du droit peut parfaitement être entreprise sur la base d'une *méthode objective et empirique, donc scientifique*, loin de toute forme de discours idéologique. Il est parfaitement possible d'établir non pas comment et par qui le droit doit être créé mais comment et par qui le droit est créé. Par exemple, concernant la jurisprudence, il est loisible de rechercher si elle est une source du droit *de facto* et non si elle a le droit d'être une source du droit.

Or le simple pragmatisme invite de plus en plus d'auteurs, à l'image des tenants du « pluralisme juridique radical »[8], à ne refuser pour aucune raison la qualité juridique aux sources privées de normes, à ne s'interdire pour aucun motif de constater la « privatisation du droit »[9]. Ainsi les codes de conduite et autres chartes privées devraient-ils être considérés comme de « nouveaux modes de production du droit »[10] et ne pas être relégués au simple rang d'instruments de régulation sociale extra-juridique. Et les normes techniques devraient être intégrées aux normes juridiques[11], non opposées à elles[12].

Il semble chaque jour un peu plus inconséquent de s'arc-bouter sur une approche étatiste du monde du droit et les tenants de l' « École de Bruxelles » peuvent expliquer que

---

[1] Par exemple, G. MORIN, « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif », *Arch. phil. droit* 1934, p. 63 s.

[2] G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *op. cit.*, p. 138.

[3] Par exemple, C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599 s. ; C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, *op. cit.*

[4] J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, *op. cit.* ; Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », art. préc., p. 299 s.

[5] P. AMSELEK, art. préc., p. 254.

[6] E. P. HABA, « Logique et idéologie dans la théorie des sources », *Arch. phil. droit* 1982, p. 235. L'auteur estime, notamment, que « des idéologies socio-politiques, voire épistémologiques ou méthodologiques, […] nous conduisent à ne pas accepter certaines conceptions des "sources du droit" et à juger plus acceptables telles autres » (*ibid.*, p. 244).

[7] Par exemple, B. OPPETIT, art. préc., p. 45 (« une théorie des sources du droit […] est une idée : une idée relative à ce que doivent être les modes de production des normes aptes à régir les rapports sociaux ») ; Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 5 (« la présentation habituelle [des sources du droit] est dogmatique, car les auteurs raisonnent trop souvent en fonction de ce qui doit être et non de ce qui est »).

[8] Par exemple, S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002.

[9] Par exemple, H. GHERARI, S. SZUREK, dir., *L'émergence de la société civile internationale – Vers la privatisation du droit international*, Pedone, coll. Cahiers internationaux, 2003.

[10] G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 153 ; également, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées – Volume 3 : Normativités concurrentes*, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthémis (Bruxelles), 2013 ; P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires – Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 337 s.

[11] L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cah. Cons. const.* 2006, n° 21, p. 119 s.; M. LANORD FARINELLI, « La norme technique et le droit : à la recherche de critères objectifs », *RRJ* 2005, p. 619 s. ; M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* 2005, p. 738.

[12] F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Institut de droit des affaires, 2003.

La science juridique moderne et les juristes ont patiemment construit une sorte de primauté sur le monde des normes. Cette primauté leur a régulièrement permis de rejeter avec dédain certaines normativités hors de l'empire du droit en sachant pertinemment que, en matière de normes, ils auraient le dernier mot grâce au soutien de la puissance publique et à la théorie des sources. Or, dans un monde en profonde transformation, tout indique que cette stratégie pourrait bien, cette fois, se révéler perdante. Si on n'y prend pas garde, demain, la science du droit et les juristes pourraient bien être, dans l'empire des normes, à la remorque des managers, des économistes et des spécialistes du chiffre, laissant ainsi sur le côté la prudentia juris *que des générations de juristes ont contribué à forger et qui nous a été donnée en héritage.*[1]

Les pouvoirs publics eux-mêmes en viennent de plus en plus régulièrement à reconnaître une entière juridicité aux normes d'essence privée[2]. Toutefois, cela est sans importance puisque ce qui a longtemps été mis en doute n'est pas que des organes privés puissent produire des normes juridiques parce qu'ils y seraient habilités par des actes étatiques mais qu'ils le puissent en totale indépendance par rapport à l'État, tant et si bien que les normes privées et publiques pourraient entrer dans une forme de rapport de forces juridiques. Ce qui compte n'est pas de reconnaître que les obligations contenues dans un contrat peuvent se situer, comme celles que comporte un acte administratif ou comme une injonction qu'un agent des forces de l'ordre adresse à un individu, tout en bas de la hiérarchie des normes[3] mais qu'elles peuvent *se situer à côté de celle-ci sans pour autant sortir du milieu juridique*[4].

D. L'accueil croissant des sources privées de normes parmi les sources formelles du droit

Tout d'abord, doit être rappelé que, *en 2017, la pensée juridique « postmoderne » n'a certainement pas subrogé la pensée juridique moderne*. La force doctrinale des préceptes modernes demeure supérieure à celle des propositions « postmodernes ». Néanmoins, de plus en plus d'auteurs prédisent que les jours de l'étatisme et de la modernité juridiques seraient comptés, que seraient sur le point de s'installer une crise de la conception des phénomènes juridiques et une remise en cause des concepts fondamentaux sur lesquels s'est construit le droit, notamment la « pyramide » des normes, désormais dénoncée en ce qu'elle serait contraire à la logique juridique et à laquelle il faudrait préférer le paradigme du « réseau » de normes[5]. Comme si la période de transition conceptuelle entre modernité et « postmodernité » n'était plus à venir mais déjà à l'œuvre, on en vient à parler au passé du monisme juridique moderne[6] ; on affirme que le retrait de l'État de la construction et de la sanction des normes ne signifierait pas que le droit tendrait à disparaître mais plutôt qu'il tendrait à se métamorphoser[7]. *Le pluralisme des sources du droit, réalité historique évidente*[8]*, serait à nouveau d'actualité.* Aujourd'hui, il semble que la part des chercheurs en droit qui s'attachent à une approche stato-centrée de la juridicité décroisse constamment, si bien qu'il serait chaque jour un peu moins « iconoclaste » de poser la question des sources privées du droit.

C'est essentiellement avec le XXIe s. que se développe le mouvement de reconnaissance de différentes sources de droit indépendantes — tantôt complémentaires, tantôt concurrentes — des sources étatiques. Il n'est désormais plus rare de voir des chercheurs en droit adhérer à une « théorie sociologique du droit »[9]

---

[1] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », [en ligne] <philodroit.be>, 2013, p. 9.

[2] Par exemple, depuis 2011, en droit français de l'arbitrage international, l'article 1511 du Code de procédure civile prévoit que « le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ». L'expression « règles de droit » a été préférée au terme « loi » parce qu'elle permet de s'en remettre à un droit non étatique. Et la même disposition ajoute que l'arbitre « tient compte dans tous les cas des usages du commerce ». En outre, la Cour de cassation avait déjà pu confirmer la juridicité des règles privées transnationales dans son célèbre arrêt « Valenciana » où elle refusait d'annuler une sentence arbitrale rendue en application de la « *lex mercatoria* » au motif que l'arbitre avait bien rendu une sentence « en droit » (Cass. 1ère civ., 22 oct. 1991, *Valenciana*).

[3] Par exemple, F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, dir., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 225 s.

[4] *Cf.*, en particulier, *Dr. et société* 2011, n° 77, « Se donner le droit : la force des organisations face à la loi ».

[5] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*

[6] « Pendant longtemps, une sorte de consensus semblait exister sur la définition du droit, au moins dans sa présentation pédagogique traditionnelle […]. La conception était alors relativement claire et très cohérente, autour d'une assimilation forte entre règle de droit, loi et État » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 14).

[7] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003.

[8] *Cf.*, en ce sens, V. BEAULANDE-BARRAUD, J. CLAUSTRE, E. MARMURSZTEJN, *La fabrique de la norme – Lieux et modes de production des normes au moyen-âge et à l'époque moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2012.

[9] V. LASSERRE, *op. cit.*, p. 8. L'auteur explique ainsi que « les nouvelles sources du droit émanant souvent de la pratique et de l'acceptation sociales, leur analyse systématique ne peut que se rattacher à une forme de théorie sociologique du droit ».

pour, ensuite, retenir que les normes issues de l'*autorégulation* appartiendraient au droit[1], remarquer l'abandon de la coïncidence antérieure entre loi et règle de droit[2], soutenir que l'État partagerait avec les pouvoirs privés la charge de produire le droit et de construire les espaces juridiques[3], observer une production mixte de la norme juridique en contradiction avec le modèle kelsénien, public et vertical, ou bien encore expliquer que « l'ordre factuel et l'ordre quasi-normatif, par leur développement continuel, semblent avoir concouru à l'effacement de la frontière qui existait entre le droit et le non-droit »[4].

Auparavant, c'était essentiellement le propre des sociologues et des anthropologues du droit (et de quelques économistes tels que Hayek[5]) que d'admettre que la production sociale non étatique de normes puisse être juridique, que tout groupement humain puisse produire des règles juridiques[6], y compris les sociétés indigènes[7], cela *en réduisant la juridicité à la normativité* et donc *en niant toute autonomie au droit*. Gurvitch, qui n'accordait pratiquement aucun intérêt aux règles engendrées dans le cadre étatique, reste assurément, avec sa thèse du « droit social », l'un des plus symptomatiques représentants de cette « pensée du droit » non seulement non étatiste mais aussi non juridique[8]. Si le sociologue se référait aux « innombrables protagonistes modernes du Droit vivant, du Droit spontané et du Droit libre »[9], s'il décrivait un « domaine du droit social [*i.e.* le droit d'origine privée] dispos[ant] d'un nombre incomparablement plus riche de sources formelles […] que ce que la science traditionnelle du droit reconnaît »[10], et s'il soutenait que, « contrairement au préjugé enraciné sur la primauté de l'ordonnancement juridique de l'État, […] les cadres du droit économique, du droit canonique, sans parler du droit international, possèdent tous les caractères pour faire concurrence au cadre du droit étatique en s'affirmant comme équivalents ou supérieurs à lui »[11], la doctrine juridique des juristes était à son époque largement réfractaire à de tels « droit vivant », « droit spontané », « droit libre » ou encore « droit inofficiel » ou « droit intuitif ». Et le pluralisme juridique a été accepté dans les pays de *common law* bien avant de l'être dans les pays de *civil law*[12]. Mais, aujourd'hui, des auteurs n'hésitent plus à affirmer que le droit s'exprimerait dans la société au moins autant que dans l'État[13].

S'il est désormais très classiquement admis que « la coutume fait le droit »[14], divers éléments de vocabulaire juridique « postmoderne », du « droit souple »[15] à la « gouvernance » en passant par le « droit

---

[1] Par exemple, J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 146 ; Ph. KAHN, « L'autorégulation », in H. GHERARI, S. SZUREK, dir., *op. cit.*, p. 197.

[2] F. TERRÉ, « La "crise" de la loi », *Arch. phil. droit* 1980, p. 19.

[3] L. BOY, art. préc., p. 119.

[4] V. LASSERRE, *op. cit.*, p. 22.

[5] F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. I, trad. R. Audouin, Puf, 1980. *Cf.* Ph. NEMO, *La société de droit selon F. A. Hayek*, Puf, 1988.

[6] Par exemple, L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, 1996 ; É. LE ROY, *Le jeu des lois – Une anthropologie dynamique du Droit*, LGDJ, coll. Droit et société, 1999.

[7] M. GALANTER, « Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism* 1981, n° 19, p. 1 s.

[8] Gurvitch expliquait le phénomène juridique en ces termes : « L'acte de reconnaissance intuitive de toute règle de droit implique nécessairement […] la reconnaissance, ne fût-elle que virtuelle, d'un "fait normatif" spontané et inorganisé qui lui sert de fondement et qui est la couche la *plus profonde*, la *plus voilée* et en même temps la *plus immédiate* et réelle du vécu juridique » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *op. cit.*, p. 70 (souligné dans le texte original)). Et le sociologue d'analyser : « Le développement du capitalisme organisé, du syndicalisme professionnel, des conventions collectives de travail, désagrège à la fois les principes de la souveraineté nationale et de l'autonomie de la volonté, ainsi que la liberté contractuelle. Ces institutions s'expriment dans un droit social organisé faisant concurrence au cadre du droit étatique. […] Les ensembles de propriétaires industriels réunis et les ordonnancements juridiques qui les régissent rongent l'autorité de l'État et le dépossèdent de son prétendu monopole législatif » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 239). Carbonnier pouvait ainsi commenter la pensée de Gurvitch en notant que, selon celle-ci, « il y a, entre l'État et l'individu, des corps intermédiaires capables de produire des règles pour leur propre usage, des statuts et des disciplines de nature juridique » (J. CARBONNIER, art. préc., p. 431).

[9] G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *op. cit.*, p. 52.

[10] *Ibid.*, p. 144.

[11] G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 201. Gurvitch proposait d'établir la liste suivante de sources formelles du droit : « 1. Coutume. — 2. Statut autonome. — 3. Loi étatique et décret administratif. — 4. Pratique des tribunaux. — 5. Pratique d'organes autres que les organes judiciaires. — 6. Doctrine. — 7. Conventions, actes-règles. — 8. Déclarations sociales (promesses, programmes, sentences au nom d'une totalité par un seul ou par un groupe de ses membres). — 9. Précédents. — 10. Reconnaissance d'un nouvel état de choses par ceux-là mêmes qu'il lèse » (G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *op. cit.*, p. 143).

[12] Par exemple, W. M. EVAN, « Public and Private Legal Systems », in W. M. EVAN, dir., *Law and Sociology*, The Free Press of Glencoe (New York), 1962, p. 165 s.

[13] R. LIBCHABER, *op. cit.*, p. 3. Il faudrait, avec Proudhon, relativiser cette distinction puisque l'État n'est peut-être rien d'autre qu'un mode très élaboré d'autorégulation sociale (P.-J. PROUDHON, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, 1863). Il y aurait, entre l'État et les organisations privées, une différence de degré et non de nature.

[14] G. CORNU, « Le visible et l'invisible », *Droits* 1989, n° 10, p. 28.

[15] Ainsi que le note le Conseil d'État, le « droit souple » peut être produit tant par les pouvoirs publics que par des acteurs privés (EDCE 2013, *Le droit souple*).

spontané »[1], sont utilisés afin d'accréditer l'idée selon laquelle des structures privées édicteraient des règles de droit en parallèle des sources publiques — et selon laquelle la vision d'un État qui serait la seule source du droit serait une « pétition de principe à l'état pur »[2]. De nouveaux modes de validation juridique des normes, reposant sur des processus décisionnels privés hautement organisés, seraient en passe de subroger les modes étatiques de validation juridique des normes[3]. Du moins, coexisteraient la validité formelle, exclusivité de la « pyramide » étatique, et une approche plus « sociale » de la qualité juridique.

Avec un nombre croissant de juristes, Jean-Louis Bergel note l'existence d'ordres juridiques délégalisés propres à des groupements privés[4], retient que « les corps intermédiaires, de nature et d'importance très diverses, correspondant à des corporations, des associations, des entreprises, des classes d'âge, des groupements d'intérêts…, instituent des organes et des règles de conduite dont ils assurent l'application, établissant ainsi des ordres juridiques particuliers »[5]. Quant au « droit souple », Catherine Thibierge conclut, ironiquement, que « les normes de droit souple ont au moins un effet obligatoire : elles nous obligent à une remise en cause de nos évidences juridiques »[6], au premier rang desquelles figure la liste des sources du droit. Et d'aucuns, désormais, de se référer à des « pratiques populaires de droit »[7], à du « droit hors la loi »[8], à une « production du droit par en bas »[9] ou à un « droit venu de la base »[10].

Doit cependant être souligné que cette reconnaissance du droit d'origine privée est très souvent implicite et non explicite, les auteurs en cause ne précisant pas si les « normes » ou « règles » auxquelles ils se réfèrent sont « juridiques » ou bien « sociales non juridiques ». Mais, puisque ces auteurs sont des chercheurs-juristes, on peut considérer qu'ils étudient ces normes ou règles parce qu'ils les jugent juridiques. La vision d'un droit d'origine privée et indépendant de l'État possède donc désormais une *réelle force doctrinale*. Tout l'enjeu est de traduire plus explicitement cette évolution de la pensée juridique à travers la liste des sources formelles du droit, notamment en révisant les manuels d'introduction au droit.

*

* *

En guise de conclusion, il importe de noter combien, dès lors qu'est écartée toute approche étatiste de la juridicité et que sont acceptées la multiplication et la diversification des sources, il peut être délicat de classer certaines sources émergentes dans la catégorie des sources formelles ou dans celle des sources matérielles. Tel est le cas, par exemple, des formules notariales qui, bien qu'elles soient non obligatoires et non contraignantes officiellement, comportent une force de référence ou de modèle qui fait que les notaires décident de les reproduire et le législateur d'en retranscrire les énoncés ou de s'en inspirer[11]. Selon le point de vue adopté, l'observateur peut être conduit à rapprocher ces formules notariales tantôt des sources formelles (lorsqu'elles revêtent une *force contraignante* dans l'esprit des notaires), tantôt des sources matérielles (lorsqu'elles *inspirent* l'ouvrage du législateur). Il en va identiquement des recommandations de bonnes pratiques qui, quoiqu'elles soient dépourvues de force obligatoire autonome, pleine et entière, possèdent une force normative indéniable en ce qu'elles servent de référence, de guide dans la pratique de certains professionnels (source formelle) et d'indices de responsabilité de ces professionnels pour le juge (source matérielle)[12]. Il semble donc possible d'être *à la fois source formelle et source matérielle, de normes*

---

[1] Le « droit spontané » est notamment défini comme un ensemble de « règles dégagées par la répétition constante et générale d'un comportement juridique adopté par les intéressés pour répondre à leurs besoins » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, p. 179). Également, A. I. OGUS, « Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory », *Journal of Law and Society* 1989, n° 16, p. 393 s. ; P. DEUMIER, « Nouvelles normes : règles spontanées et droit délibéré », in G. PIGNARRE, dir., *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 101 s. ; G. TEUBNER, « Un droit spontané dans la société mondiale ? », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 199 s.

[2] Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 87.

[3] G. TEUBNER, « Un droit spontané dans la société mondiale ? », art. préc., p. 204.

[4] J.-L. BERGEL, « Le plurijuridisme – Rapport introductif », in J.-L. BERGEL, dir., *op. cit.*, p. 17.

[5] *Ibid.*

[6] C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 160.

[7] P. HUYGHEBAERT, B. MARTIN, *Quand le droit fait l'école buissonnière – Pratiques populaires de droit*, Charles Leopold Mayer, 2002.

[8] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit.*, p. 310.

[9] S. PAJAUD-GUEGUEN, *Essai sur le pouvoir normatif des organismes de droit privé*, th., Université de Toulouse I - Capitole, 1995.

[10] Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 79.

[11] V. CHÉRITAT, « La force normative de la formule notariale en droit », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 515.

[12] P. LOISEAU, « La force normative des recommandations de bonnes pratiques médicales », in C. THIBIERGE, dir., *op. cit.*, p. 613.

différentes autant que de normes identiques[1]. Ainsi peut-être un autre enjeu de la recherche sur les sources du droit consisterait-il à reconsidérer la *summa divisio* sources formelles/sources matérielles.

Les difficultés, en France et dans les pays de droit d'inspiration romano-germanique, concernent avant tout le statut des sources juridictionnelles et de la jurisprudence qui en découle. Celles-ci, étato-officiellement, ne sauraient être que des sources matérielles, que des autorités, que des sources d'inspiration à l'instar de la doctrine ; mais, *de facto*, elles se présentent telles de véritables sources formelles, ce qui est désormais reconnu par la plupart des commentateurs[2]. La jurisprudence est une source formelle davantage qu'une source matérielle car c'est très directement qu'elle influence les organes d'application du droit, *qui la perçoivent comme obligatoire et non simplement comme facultative ou indicative*. On a pu parler de « quasi-sources du droit »[3] afin de désigner des sources qui seraient à mi-chemin entre sources matérielles et sources formelles — en l'occurrence des directives en attente de transposition. Pareille approche peut difficilement se concilier avec un maintien de la *summa divisio* sources formelles/sources matérielles. À moins d'adopter une approche ultra-extensive de la juridicité conduisant à *concevoir de manière ouverte et inclusive la catégorie des sources formelles*, de telle sorte que ces « quasi-sources du droit » pourraient être intégrées parmi la liste des sources formelles.

Ensuite, il faut gager que la crise que traversent actuellement les sources du droit est plus une crise d'une certaine conception des sources du droit qu'une crise de l'utilité et de la pertinence de l'instrument « sources du droit ». Partant, alors qu'un nombre croissant de travaux s'y attachent et qu'on estime que « la théorie des sources du droit est familière à tout juriste »[4], il ne semble néanmoins pas inopportun de réinterroger leur définition et leur typologie. La source du droit demeure une notion incertaine et nécessitant que des entreprises de consolidation soient menées. Pour ne prendre que les deux exemples qui sont peut-être les plus saillants, si la coutume est une source du droit, est-il justifié d'exclure par principe les autres sources privées de normes ? Et la doctrine peut-elle raisonnablement être placée dans la liste des sources du droit aux côtés de la loi ? Aussi, si l'on constate à quel point il est « délicat de renouveler la théorie des sources du droit »[5], cela semble imputable à la prudence des auteurs qui s'aventurent rarement en dehors du chemin balisé de la nomenclature classique des sources, non à l'inconséquence scientifique d'un tel renouvellement.

Malgré les apparences, les problématiques que posent les sources du droit sont donc loin d'avoir aujourd'hui trouvé des réponses fermes et définitives. La définition, le nombre et l'identité des sources se discutent. Ces questions devraient ainsi susciter de grandes controverses, joutes et passes d'armes doctrinales, non une inertie doctrinale — *a fortiori* en des temps où le « droit réel » n'a de cesse d'évoluer et de se complexifier. Or ces débats exerceraient une grande influence sur la recherche juridique puisque de la théorie des sources retenue dépend une part non négligeable des prémisses des sciences du droit. En effet, c'est cette théorie qui sert de carte et de boussole au juriste, qui lui permet de savoir où rechercher ce droit qui est l'objet de ses travaux.

---

[1] En ce sens, par exemple, J. AUSTIN, « La coutume est une source matérielle », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *op. cit.*, p. 318 ; G. RADBRUCH, « La coutume est une source formelle », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *op. cit.*, p. 319 s.

[2] *Cf.* B. BARRAUD, *La jurisprudence et la doctrine*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2017.

[3] D. MAINGUY, « Les directives non transposées – Libres propos sur une étrange lumière », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 102.

[4] N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *op. cit.*, p. 10.

[5] L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », in L. FONTAINE, dir., *op. cit.*, p. 126.