

Un regard historien : sources du droit, sources du pouvoir ?

Régine BEAUTHIER *

Professeur à l'Université libre de Bruxelles

Pierre-Olivier DE BROUX

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

Interpelé dans le cadre d'un séminaire de théorie du droit consacré aux sources du droit, l'historien se défend parfois mal d'un malaise insidieux, lié sans doute à l'impression que l'approche théorique, par sa rationalisation raffinée et ses subtils débats classificatoires, peut contribuer à occulter les rapports de force qui sont pourtant au cœur de la problématique, et qu'il s'est, lui, évertué à identifier.

Dans un ouvrage de synthèse intitulé de façon significative *Les naissances du droit*, le grand spécialiste du droit canon, Jean

* Régine Beauthier est inopinément décédée au cours de la rédaction du présent article. L'ensemble de celui-ci est le fruit d'une réflexion collective des deux auteurs, mais cette réflexion n'a hélas pu être menée à son terme. Régine Beauthier avait laissé un projet de texte très abouti, qui a permis à Pierre-Olivier de Broux de mener ces si enrichissants échanges à la présente publication. C'est le moindre des hommages que l'ancien assistant pouvait rendre à son professeur, si tôt disparue, et à laquelle il vouait une amitié et une admiration sincères, tant sur le plan scientifique que pédagogique et humain. Pierre-Olivier de Broux porte évidemment seul la responsabilité des ajouts, des modifications et des titres apportés au texte de Régine Beauthier en vue d'assurer la cohérence de l'article.

Gaudemet, interrogeait la question des sources en évoquant le faisceau des acteurs participant à cette naissance : « un Pouvoir qui l'édicte, un Peuple qui l'accepte, une Science qui le formule¹ », résumait-il. Cette conclusion, malgré son caractère un peu réducteur – qui ne rend pas justice au contenu très documenté de l'ouvrage – a le mérite d'attirer l'attention sur les acteurs de la formulation du droit et de laisser entrevoir que ceux-ci sont en possible tension, voire en lutte. La présente contribution à double voix n'a vocation qu'à rappeler et illustrer cette idée, somme toute fort peu originale, mais qui permettra peut-être de mettre en perspective certaines questions contemporaines.

Car l'historien est aussi interpellé par l'intensité et la vigueur du questionnement actuel sur le « renouvellement des sources du droit » et par la cohorte de dénonciations et de craintes qui l'accompagnent souvent. Valérie Lasserre-Kiesow en énumère une longue liste, révélatrice d'une « crise² » : inflation, profusion, fragmentation, périodisation, déstructuration, explosion, déstabilisation, désintégration, mondialisation, dénationalisation, judiciarisation, complexification, spécialisation, technicisation, professionnalisation, désinformation, décodification... toutes mutations qui risquent d'aboutir au chaos, bouleversant l'ordre de la pensée juridique, pourtant garant de la sécurité juridique. Et de pointer notamment la multiplication des sources – ainsi que ses conséquences : difficulté de connaissance du droit, conflits fréquents et légitimité menacée –, le développement de « nouvelles transcendances », l'interactivité et la concurrence entre les sources mais aussi le désordre des interprétations lié à la conquête par la jurisprudence d'une place considérable, le « désordre des communications » ainsi qu'un pragmatisme ambiant conduisant à transformer le droit dans l'urgence, sous la pression des circonstances et des lobbies. Le tableau pourrait en effet faire frémir... mais n'est-il pas, fondamentalement, la conséquence d'une représentation quasi-mythique et en tout cas idéalisée du passé, une

¹ J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, Paris, 1997, p. 355.

² V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2279 et s.

sorte de fiction, fruit elle-même de la remarquable puissance du modèle légicentriste, étatique et moniste qui, à l'échelle de l'histoire des sources est pourtant, somme toute, relativement récent ?

La contribution d'Annette Ruelle au présent ouvrage témoigne déjà de la difficulté tant de l'identification que de la classification des sources en droit romain. Du Moyen Âge à la Révolution française, les « sources » du droit sont concurrentes et interagissent les unes avec les autres (I et II). Depuis le XIX^e siècle, la question des sources est formellement posée, de manière récurrente, et sa réponse a d'abord été essentiellement légicentriste, celle de la hiérarchie des normes, de la prééminence de la loi et de l'État (III). Mais dès la même période, cet idéal a été tempéré, par les commentateurs comme par les praticiens du droit. Et la société mondialisée du XXI^e siècle n'a pas fini de remettre en cause ce modèle dominant (IV).

Isabelle Hachez, dans ses balises conceptuelles, soulignait une réflexion fondamentale : « Une classification des sources du droit – tout comme d'ailleurs la définition de cette notion – est porteuse d'une certaine idéologie, s'appuyant sur une représentation déterminée de l'État et des modèles de rapports sociaux souhaitables³ », corrélative à une idée relative à ce que doivent être les modes de production des normes aptes à régir les rapports sociaux. Partageant cette conviction, nous nous proposons de mettre en lumière l'interaction constante qui nous paraît caractéristique des sources du droit classiquement débattues : la coutume, la loi, la jurisprudence et la doctrine⁴. Notre propos tente ainsi d'illustrer, en usant d'une perspective historique, quelques-unes des interdépendances qui lient ces grands modes de formulation du droit, et des changements de légitimité qui les ont affectés. Qui plus est, notre exposé sera limité, pour l'Ancien Régime, à une zone géographique assez réduite, le

³ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "sources du droit", "force normative" et "*soft law*" », *R.I.E.J.*, 2010, p. 14. Elle renvoie notamment aux intéressantes réflexions de Bruno Oppetit sur cette question (v. note 55).

⁴ A relier avec l'analyse de ces sources du droit en droit contemporain, menée dans le présent ouvrage par M. COIPEL, « La coutume », P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources ? » et Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir-faire" ».

« royaume de France », entendu largement, ce qui inclut des incursions dans nos régions⁵. Non pas bien sûr que le comparatisme manquerait de pertinence pour traiter de ces problématiques, mais nos compétences en la matière sont trop restreintes pour être utilement mobilisées ici. De même, pour la période contemporaine, nous exploiterons essentiellement la situation belge, dans son contexte européen et international. Notre espoir étant que, même ainsi circonscrits, les exemples discutés pourront contribuer à alimenter utilement le débat.

I. La coutume dans l'Ancien Régime, un phénomène politique et social

Puisqu'il faut bien choisir un angle d'attaque de ce vaste problème, rendons à la coutume la place qu'elle a longuement eue dans la régulation des rapports sociaux. Les historiens du droit ont pu mettre en évidence l'évolution du sens assigné au mot *consuetudo* (*consuetudines*) au cours de la période médiévale. Tout au long du XI^e siècle, le pluriel du mot *consuetudo* vise les droits d'origine publique mais exercés désormais à titre privé par les seigneurs, c'est-à-dire les redevances et prestations de toute nature qu'ils exigent des paysans. Il s'agit donc de tous les droits et profits liés à l'encadrement rapproché des populations, résultat de l'accaparement du pouvoir du ban⁶. Lorsque les populations tentent de contester ces *consuetudines* imposées par le seigneur, elles n'ont souvent aucun moyen efficace pour ce faire, la décomposition des institutions de justice publique les laissant sans protection. C'est la durée de la possession et de l'usage qui en est fait qui légitime l'exercice de ces « droits » seigneuriaux. Sous l'influence du mouvement de rédaction de chartes fixant les rapports entre le seigneur et sa population, le mot prit une colora-

⁵ Ces réflexions ont été déjà partiellement exposées dans R. BEAUTHIER, *Droit et Genèse de l'État*, 4^e éd., Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2011. On y trouvera une bibliographie plus abondante que celle citée ici.

⁶ Y. SASSIER, *Pouvoirs et Institutions dans la France médiévale*, t. I, *Des origines à l'époque féodale*, Armand Colin, Paris, 1994, p. 182.

tion plus positive pour désigner les exemptions que les collectivités rurales ou urbaines étaient parvenues à arracher à leur seigneur dans un mouvement d'émancipation à l'intensité variable, mais qui poursuivait partout un objectif commun : l'obtention de franchises, de privilèges. Le même mot, *consuetudines*, qui visait auparavant les droits du seigneur en vint donc, dans de nombreux textes, à signifier l'exemption de ces droits ou leur tarification. La coutume était désormais indissociablement liée à l'idée de privilèges et de libertés qu'il fallait maintenir et défendre contre d'éventuels empiètements. Elle « se lisait d'abord à l'échelle locale⁷ », celle de la seigneurie ou de la ville et sa signification s'inscrivait principalement dans les rapports de pouvoirs entre sires et communautés d'habitants.

Progressivement néanmoins, le mot *consuetudo* fut utilisé pour désigner un ensemble de règles propres à un ressort territorial parfois assez vaste. Dans les régions soumises à l'autorité d'un pouvoir comtal, ducal ou princier fort – c'est le cas de l'Anjou, de la Normandie, de la Catalogne – « l'apparition des premiers rudiments d'un corps de règles ayant une certaine portée territoriale paraît bien être un phénomène étroitement lié à l'existence d'une autorité suffisamment forte pour reconnaître la règle et en garantir l'application⁸ ». Vont être peu à peu englobées dans cette appellation, au-delà des règles touchant à l'ordre public, des règles régissant les rapports entre particuliers⁹. L'émergence d'une coutume, entendue ici comme la prise de conscience du caractère obligatoire d'une pratique¹⁰,

⁷ A. GOURON, « La coutume en France au Moyen Âge », dans *La Coutume*, recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, LII, 2^e partie, De Boeck Université, Bruxelles, 1990, p. 193-217, spéc. p. 200.

⁸ Y. SASSIER, *op. cit.*, p. 288.

⁹ Pour des exemples, voy. A. GOURON, *op. cit.*, p. 201 et s. Pour une analyse détaillée de certains procès témoignant de cette mutation, voy. O. GUILLOT, « Sur la naissance de la coutume en Anjou au XI^e siècle », dans *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. KRYNEN, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1999 (Études d'histoire du droit et des idées politiques, n° 3), p. 273-295.

¹⁰ Définition retenue par Y. SASSIER, *op. cit.*, p. 288. Les mêmes termes sont utilisés par A. GOURON, *op. cit.*, p. 198 et p. 202-203 et par J.M. CARBASSE, « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *Droits*, 1986, n° 3, p. 30, qui mentionne, sans réfè-

dépendrait donc très souvent d'une intervention de la cour seigneuriale qui l'avaliserait¹¹. Le développement des institutions publiques, judiciaires essentiellement, a ainsi puissamment contribué à cristalliser et consolider les coutumes applicables à un ressort assez vaste. La « cristallisation¹² » coutumière est donc, éminemment, un « phénomène politique¹³ ». La coutume n'est plus « l'expression de l'autorégulation d'un groupe social, modifiable et adaptable en fonction des nécessités »; désormais « [elle] a un chef qui l'approuve ou la désapprouve et un tribunal qui la fixe et la contrôle¹⁴ ». C'est donc au travers de la reconnaissance par une autorité publique, soit par la concession de chartes soit, au quotidien, par l'activité juridictionnelle, que les pratiques des populations sont identifiées et érigées au rang de source du droit.

Si l'intervention du pouvoir de justice – on verra plus loin qu'il ne s'agit pas à proprement parler de la jurisprudence – est centrale dans ce processus d'émergence de la coutume, celui de la réflexion savante l'est au moins autant. L'idée même que la coutume puisse être une source du droit à part entière est en effet intimement liée à la renaissance du droit romain et au développement des droits savants à partir du XII^e siècle. La doctrine romaniste s'emploie en effet à cerner l'essence et les caractéristiques de la *consuetudo*, par un effort extrêmement dense d'interprétation des passages des compilations justiniennes consacrés à la coutume, provenant du peuple, et par une comparaison systématique avec la loi, faite par le prince.

rence précise, l'expression sous la plume de Jacques ELLUL (il s'agit probablement de son article « L'émergence du droit », in *Annales de la faculté de droit de Bordeaux*, 1976, p. 5-15). Voir aussi A. GOURON, « Aux origines de l'émergence du droit : glossateurs et coutumes méridionales (XII^e siècle-milieu du XIII^e siècle) », dans *Mélanges Jacques Ellul*, Bordeaux, 1983.

¹¹ Y. SASSIER, *op. cit.*, p. 288.

¹² L'expression est empruntée à J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Montchrestien, Paris, 1988, p. 109. Si on comprend bien que les coutumes « publiques » ou « pénales » reflètent le rapport de force qui existe dans telle seigneurie, l'origine des premières règles de droit privé coutumier est moins claire. La question de leur développement fait encore débat. Voy. J.M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 25-37.

¹³ Y. SASSIER, *op. cit.*, p. 287-288.

¹⁴ J. BART, *op. cit.*, p. 110.

Laurent Mayali a retracé le travail des romanistes qui tentent de donner de la cohérence aux passages complexes et même contradictoires du *Corpus* justinien¹⁵. Ils vont reconnaître à la coutume un caractère juridique spécifique et l'intégrer dans un ordre juridique construit par rapport au droit romain. Ainsi les docteurs détectent que le même mot *consuetudo* peut avoir plusieurs significations. Premier sens : « une façon d'agir et de se comporter avec une certaine constance qui est inhérente à la nature humaine ». Deuxième sens : « un usage ou une pratique propre à un groupe déterminé » ; à ce stade-là, la coutume n'est encore qu'un fait. Troisième sens, dans lequel la coutume prend une valeur juridique : « droit qui résulte d'un usage ou de mœurs communs à plusieurs individus ». Cette dernière acception témoigne d'une « transformation d'attitudes humaines et sociales en un phénomène juridique »¹⁶.

Juridiquement définie, la coutume pouvait faire l'objet d'une analyse approfondie pour en dégager les caractéristiques. Une fois dépassé le débat sur son caractère non-écrit, c'est le rapport entre la coutume, l'usage et les mœurs qui fut approfondi. La force obligatoire de la coutume fut puisée dans le consentement tacite du groupe social dont elle réglemmentait les activités : en privilégiant le caractère consensuel né d'un comportement réfléchi et rationnel, cette théorie rapprochait la coutume de l'institution juridique du contrat, dont l'existence était elle aussi fondée sur l'expression d'une volonté¹⁷. La place centrale réservée au consentement conduisit la doctrine à s'interroger sur les qualités que celui-ci devait remplir pour fonder valablement la coutume : les questions portèrent sur la nécessité d'atteindre l'unanimité ou seulement la majorité dans le groupe concerné ; sur la portée du consentement arraché par la force ; sur la portée de l'erreur, etc. Autre critère à cerner : l'écoulement du temps. Enracinée dans la tradition, la règle coutumière était légitimée par son ancienneté : les compilations se contentaient de parler d'une *longa consuetudo* mais les docteurs ne se satisfirent pas

¹⁵ L. MAYALI, « La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge », dans *La Coutume*, loc. cit., p. 11-31.

¹⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

de cette imprécision et s'attachèrent à fixer des délais qui pouvaient justifier de l'existence de la coutume, souvent d'ailleurs par référence aux règles de la prescription.

Yves Sassier a synthétisé l'ensemble de cette évolution. « L'émergence coutumière témoigne d'une vision nouvelle de la règle juridique, dont le respect relève moins de l'initiative d'un individu ou d'un groupe que d'une reconnaissance implicite du poids de la sanction judiciaire et de l'ordre public qui donne à celle-ci son efficacité. Partant, elle procède bien aussi, pour une part, de la réflexion des élites sur la règle, l'ordonnancement de la société, la justification du pouvoir¹⁸ ». Ou, pour parler de façon plus provocatrice : « sans renaissance des droits "universitaires", point de coutume¹⁹ ».

La doctrine a donc contribué de façon déterminante à la reconnaissance de la coutume comme source. Ainsi cernées, les pratiques traditionnelles, élevées au rang de droit coutumier, prenaient place au sein de l'ordre juridique. Le principal souci des auteurs romanistes sera de déterminer l'agencement entre le droit pour les populations de se donner des règles et de voir leurs usages séculaires respectés et le pouvoir normatif des princes et rois, dont ils soutenaient la renaissance par leur réflexion.

II. La renaissance de la capacité normative du roi

Les modalités de la renaissance de la capacité normative du roi sont bien connues. Le roi parvint à se dégager des contraintes de la consultation de ses vassaux et à concentrer l'exercice de sa capacité normative – visant à produire des textes applicables à l'ensemble du royaume – au sein d'un organe dont il maîtrisait la composition et le fonctionnement : le Conseil. Alors qu'il lui était encore impossible, au XII^e siècle, de « mettre son ban sur le territoire de ses barons » sans

¹⁸ Y. SASSIER, *op. cit.*, p. 291.

¹⁹ A. GOURON, *op. cit.*, p. 205. On a même parlé d'une « domestication de la coutume par la dogmatique juridique » (Jacques Poumarède cité sans référence par J. BART, *op. cit.*, p. 110).

le consentement de ces derniers, la doctrine lui reconnaît, à la fin du XIII^e siècle un pouvoir de faire «établissement» quasi autonome, justifié par sa mission de gardien du royaume²⁰. Parallèlement, la réflexion savante au XIII^e siècle entreprit de garantir un équilibre entre ce pouvoir normatif revitalisé et le droit du peuple à se donner ses propres règles. Enfin, les juridictions royales vont se déployer et marquer leur supériorité sur les juridictions ecclésiastiques et seigneuriales.

A. Les interactions entre le roi et l'ordre coutumier

Canonistes et civilistes réfléchissaient en effet intensément à la place que la *consuetudo* devait avoir dans le système de hiérarchie des normes qu'ils tentaient de dégager. Selon l'opinion dominante, la «coutume générale», celle que suivrait un peuple dans son entier, serait de nature à abroger une loi prise par le prince. Il en serait de même, selon certains, pour la «coutume spéciale», respectée localement, si la population qui la suit alors qu'elle est en contradiction avec une *lex*, le fait *scienter* ou *ex certa scientia*, c'est-à-dire en pleine connaissance de cause.

Un des devoirs assignés au roi, en tant que gardien du royaume, était d'ailleurs de «garder et de faire garder la coutume». Par l'octroi de chartes de privilèges, concédées notamment lors de la réunion de provinces à la couronne, mais aussi en faisant prêter serment à ses agents, notamment à ses juges, de respecter la coutume locale ou régionale, le roi exerçait activement cette mission de reconnaissance et de préservation de l'ordre coutumier. Mais au nom du même ministère royal, qui lui imposait de protéger le bien commun et l'utilité publique, le roi était également amené à abroger des pratiques coutumières attestées mais considérées comme «mauvaises», iniques, injustes. L'examen de ce processus d'abrogation, qui débute

²⁰ R. BEAUTHIER, *Droit et genèse de l'État*, 2^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 212.

dès le milieu du XI^e siècle, montre une évolution significative du contenu assigné à cette notion de «mauvaise coutume²¹».

Le roi interdit d'abord certaines exactions seigneuriales, ce qui sert sa politique de reconsolidation de son autorité chancelante au XI^e siècle. Il fait de même à l'égard de coutumes contraires aux droits de l'Eglise, renforçant ainsi l'alliance essentielle qui l'unit à l'institution ecclésiastique. Lorsque son administration se déploie, aux XII^e et XIII^e siècles, il use du concept de mauvaises coutumes pour lutter contre les abus de ses propres agents, dans l'effort séculaire qui est fait pour «réformer» le royaume et pour gagner la confiance des populations, en les familiarisant aux bienfaits de l'autorité royale. Le registre de ses interventions correspond donc longtemps à celui qui associe coutume et exactions. Mais au fil du temps, les abrogations se multiplient à l'égard de pratiques qui, estime-t-il, portent atteinte à sa politique judiciaire, notamment à la rationalisation des modes de preuves, ou à ses entreprises de régulation de la paix publique. Ce sont désormais des usages auxquels une partie de la population pourrait bien être attachée qui sont visés, par exemple des modes de preuve irrationnels – jurer sur la tombe d'un saint pour se purger d'une accusation d'homicide – ou l'exercice du droit traditionnel de vengeance privée. Le concept de mauvaise coutume acquiert donc un contenu qui suit le redéploiement des prérogatives royales. Au-delà du discours savant qui, théoriquement, assigne à la coutume une place de choix dans l'ordre juridique, le roi, dans la pratique et grâce à son autorité retrouvée, modifie l'ordonnancement coutumier. Et ses agents sont également invités à participer à l'éradication des mauvaises coutumes, non pas évidemment en prononçant leur abrogation, mais en refusant leur application en justice.

Une fois encore le processus juridictionnel contribue à façonner la règle coutumière : en refusant d'appliquer une règle dont l'existence est pourtant dûment prouvée ou, plus subtilement, en refusant aux parties d'apporter cette preuve ou en considérant

²¹ Voy. l'article pionnier de F. OLIVIER-MARTIN, «Le roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen Âge», *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, Germ. Abt., t. 58, 1938, p. 108-137.

qu'elle n'a pas été démontrée, les juges jouent un rôle déterminant. Les éléments constitutifs dégagés par la doctrine les y aident d'ailleurs, spécifiquement le critère subjectif: s'il était assez aisé de produire des preuves de l'existence et de la durée d'un usage, il était plus difficile d'apporter celle du consentement populaire qui était supposé fonder le caractère obligatoire de la coutume²². Il appartenait au juge d'en apprécier « *ex suo officio* » la présence dans le principe coutumier évoqué devant lui. A l'égard de la coutume, les pouvoirs du juge se révélaient donc considérables. On a d'ailleurs parlé, pour le XII^e siècle, d'une période où commencerait la « jurisprudentialisisation »²³ du droit. Il est indéniable que la répétition de jugements dans le même sens pouvait contribuer à renforcer l'existence de la règle coutumière invoquée: c'est dans cet esprit que certains auteurs affirment que la coutume ne peut valablement être prise en considération (c'est-à-dire qu'on ne peut considérer qu'elle existe avec certitude) que si elle a été appliquée par un jugement rendu de manière contradictoire. Si, au contraire le juge estime, éventuellement de manière répétée, que la preuve de la coutume n'a pas été apportée, la règle aura bien du mal à survivre. Les pratiques pourront socialement perdurer mais ne seront plus invocables en justice en cas de litige. L'idéologie dominante la doctrine savante selon laquelle la coutume doit être conservée par le pouvoir politique ne signifiait donc pas que toutes les pratiques de la population aient été concrètement considérées avec le même respect.

Le fondement de l'action normative du roi évolua du reste au courant des XIV^e et XV^e siècles: la « souveraine liberté » du roi de commander le royaume fut affirmée et les légistes mirent en exergue des formules telles que « tout ce que le roi estime bon a force de loi » et même « le roi est au-dessus de la loi », tout en étant assez discrets sur leurs conséquences pratiques.

La doctrine joua donc un rôle fondamental dans la construction idéologique qui légitimait l'autorité royale et sa capacité normative, et, partant, dans la légitimation de la loi comme mode de régulation

²² L. MAYALI, *loc. cit.*, p. 31.

²³ L'expression est de A. GOURON, *op. cit.*, p. 210-211.

des rapports sociaux. Sans la réflexion savante qui exploitait à l'envi l'adage selon lequel le roi était « empereur en son royaume²⁴ » et qui en déduisait qu'il était donc titulaire de tous les attributs régaliens que les *Compilations* justiniennes assignaient à l'empereur, la loi du prince n'aurait pas acquis sa place dans la hiérarchie des sources. Le modèle de l'église, centralisée lors de la réforme grégorienne autour du pape, dont les décrétales acquirent progressivement une place d'honneur dans les sources du droit canon, fut également une source d'inspiration fort utile.

Dans la pratique, le roi continua en réalité longtemps à limiter son activité normative au domaine du droit public au sens large (administration, justice, finances...), abandonnant largement le domaine du droit privé aux coutumes – et au droit canon, en matière matrimoniale – ; à exercer son pouvoir normatif « de son propre mouvement » mais plus souvent sans doute en répondant aux requêtes de certains secteurs de sa population²⁵ ; à respecter les traditions de consultation, en son Conseil ou dans le cadre des États généraux. De même, il n'est pas inutile de rappeler que, longtemps, le roi exigea de ses agents qu'ils prêtent serment de respecter les dispositions qu'il a édictées. « La volonté royale de faire triompher la loi ne suffit pas à l'imposer²⁶ » : ses propres agents doivent jurer qu'ils veilleront à l'application des textes, de sorte que l'on détecte qu'au rapport de droit public qui les unit à lui doit être ajouté un engagement encore très personnel d'exécuter les ordres du roi. Dans la réflexion menée ici, il est donc important de conserver à l'esprit l'important décalage

²⁴ Voy. J. KRYNEN, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIII^e–XV^e siècles*, Gallimard, Paris, « Bibliothèque des histoires », 1993.

²⁵ Voy. J.M. CAUCHIES, « Pouvoir législatif et genèse de l'État dans les principautés des Pays-Bas (XII^e–XV^e siècles) », dans *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, dir. A. Gouron et A. Rigaudière, Publ. de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, Montpellier, 1988, p. 49–54.

²⁶ A. RIGAUDIÈRE, « Législation royale et construction de l'État dans la France du XIII^e siècle », dans *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, loc. cit., p. 203–236, spéc. p. 221.

existant entre les positions théoriques de la doctrine, symboliquement essentielles, et les contingences et les impératifs pratiques²⁷.

Au plan théorique, les légistes renversèrent explicitement l'argument précédemment mobilisé pour la coutume : si le prince agissait *scienter*, en pleine connaissance de cause, sa *lex* pouvait modifier et abroger la coutume. Le processus d'abrogation de certaines coutumes considérées comme mauvaises se poursuit donc évidemment. Il prit surtout un tour plus systématique lorsque la législation royale ordonna la rédaction officielle des coutumes, expressément motivée par la nécessité de réagir contre la lenteur, la complexité et le coût des procès, consécutifs aux difficultés de preuve de la coutume²⁸. Les modalités de rédaction, dans le détail desquelles il n'est pas utile de rentrer ici²⁹, furent soigneusement organisées pour donner le dernier mot aux instances incarnant la volonté du souverain. En raison de l'échelle géographique où il fut réalisé, le processus de rédaction tendit à perturber la diversité coutumière ; les coutumes « contraires aux droits du roi » furent éliminées, et la

²⁷ Certains estiment même que « l'ordonnance de la monarchie française à cette époque a peu de chose à voir avec la notion ancienne ou moderne de la loi imposée par le représentant d'un pouvoir abstrait appelé État ou Chose publique au nom du bien général. C'est essentiellement une monnaie d'échange avec les communautés d'habitants du royaume ; c'est un moyen de se les attacher, de se les concilier et d'en obtenir les services politiques ou financiers nécessaires au gouvernement et au bon état du royaume. » (R. CAZELLES, « La réglementation royale de la guerre privé de saint Louis à Charles V et la précarité des ordonnances », *Rev. d'histoire du droit français et étranger*, 1960, p. 544-547). L'historiographie plus récente indique plutôt que la renaissance du pouvoir législatif a contribué, dès le XIII^e siècle et ce de façon significative à la genèse de l'État, en le dotant d'organes de mieux en mieux structurés, en organisant son fonctionnement et même en lui donnant un statut particulier, à partir du XIV^e siècle : « La loi tend à devenir un instrument de régulation de l'entité supérieure qu'est l'État » (A. RIGAUDIERE, *op. cit.*, p. 234).

²⁸ Pour la France, ordonnance de Montils-lez-Tours du 15 avril 1454 ; pour nos régions, ordonnance de Charles-Quint du 7 octobre 1531. Dans ces deux contrées, le processus effectif de rédaction fut plus tardif et dut faire l'objet d'ordonnances réitérées.

²⁹ R. BEAUTHIER, *Droit et genèse de l'État*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 289-295.

volonté d'harmoniser et d'uniformiser tant le vocabulaire que la structure et le contenu domina l'entreprise³⁰.

Une fois la rédaction achevée, le texte promulgué valait preuve. La preuve en justice de règles coutumières contraires au texte était interdite. Le fondement de la force obligatoire de la coutume rédigée sortait transformé du processus: en France, des assemblées représentatives des ordres sociaux ayant été associées aux opérations locales de rédaction, on pouvait prétendre que le peuple avait désormais consenti de façon expresse, et non plus tacite, mais en réalité c'était la volonté du souverain qui assurait la validité de la coutume, ledit souverain ayant en quelque sorte accaparé la formulation de la « coutume » et se réservant le pouvoir de modification et même d'interprétation. La rédaction avait rapproché la coutume de la loi ou plus exactement la coutume invocable en justice était désormais le résultat de l'intervention normative du roi. Rien n'empêchait vraiment les populations de continuer à développer, sur certains points, de nouvelles pratiques considérées comme socialement obligatoires mais leur évocation en justice n'était en réalité possible que si elles portaient sur d'autres questions que celles visées par la coutume rédigée. Dans nos régions, le prince, après avoir interdit d'alléguer d'autres coutumes que celles rédigées, ajouta aussi un système de droit supplétoire: c'est au droit commun écrit que les juges devaient avoir recours pour suppléer aux lacunes de la coutume rédigée, c'est-à-dire au droit romain tel qu'enseigné dans les universités et expliqué par les auteurs³¹.

La conséquence de la rédaction fut une « sclérose » du droit, ou du moins une « rupture entre ce droit écrit et le droit vivant, réellement appliqué³² ». Ce processus ne se fit sans doute pas sans résis-

³⁰ Dans le processus de « réformation » des coutumes (1555, initié sous l'influence du grand auteur coutumier Charles Dumoulin), c'est par exemple la coutume de Paris et la jurisprudence du parlement de Paris qui servirent de modèle pour l'harmonisation.

³¹ J. GILISSEN, « Loi et coutume. Esquisse de l'évolution des sources du droit en Belgique du XII^e au XX^e siècle », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1962, p. 21.

³² *Ibidem*.

tance³³, mais, sous couvert d'exigences de bonne administration de la justice et en invoquant l'argument traditionnel de préservation de la coutume, l'autorité souveraine se l'était appropriée et l'avait largement domestiquée. Ce faisant, elle s'inscrivait bien dans l'idéologie d'un Jean Bodin (1529-1596) qui avait fait du pouvoir normatif du roi la « marque » essentielle de la souveraineté et qui avait légitimé plus nettement qu'auparavant, au nom de la *scientia principis*, l'intervention royale sur le processus coutumier.

B. La justice royale et les arrêts de règlement

Un des apports de Bodin, dans le cadre de la théorisation de la souveraineté, est du reste d'avoir substitué au pouvoir passif de rendre la justice le pouvoir actif de faire la loi³⁴, exercé par le souverain, sans partage et sans nécessité du consentement de quiconque. La pensée politique médiévale tendait plutôt à faire du pouvoir de rendre la justice en dernier ressort l'attribut le plus significatif de l'autorité souveraine, insistant sur l'image du roi « source de toute justice ». Mais l'idée que le roi était « grand débiteur de justice » ne s'accommodait pas de nos classifications modernes, séparant compétence juridictionnelle et compétence normative. « Au pouvoir de dire le droit dans des situations contentieuses et pour des cas particuliers se rattache naturellement celui d'édicter, en dehors de tout contentieux, des règles à portée générale et valables pour tous³⁵ ». Allié au constat que « le roi ne peut pas tout savoir ni être partout, et par conséquent, il ne lui est pas possible de pourvoir à toute les occurrences qui arrivent en tous les endroits de son royaume et qui

³³ Pour nos régions, voy. les nombreux articles que John GILISSEN a consacré à ces questions, notamment « Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII Provinces des Pays-Bas », *Rev. hist. dr.*, 1950, p. 36-67 ; « Loi et coutume. Quelques aspects de l'interpénétration des sources du droit dans l'ancien droit belge », *Rev. Hist. dr.*, 1953, p. 257-296 ; « Loi et coutume. Esquisse de l'évolution des sources du droit... », *op. cit.*.

³⁴ Selon l'expression utilisée par Roger DESCIMONT et Alain GUERY, dans *L'État et les pouvoirs*, dir. J. Le Goff (série « Histoire de la France »), Seuil, Paris, 1989, p. 215.

³⁵ A. RIGAUDIERE, *op. cit.*, p. 205.

requièrent d'être réglées promptement³⁶ », cette idée permet de mettre en perspective le développement d'un pouvoir édictal autonome par le Parlement, organe essentiellement juridictionnel intervenant en principe en degré d'appel, et composé principalement, puis exclusivement, de légistes spécialisés en droit romain, en droit féodal et en droit canon, nommés par le roi.

La pratique des arrêts de règlement, qui fut condamnée avec force lors de la rédaction du Code civil, n'était en réalité pas dépourvue de logique. Chaque fois qu'il l'estimait nécessaire, le Parlement prenait ces véritables actes normatifs applicables à tout son ressort, permettant de régler provisoirement un point sur lequel ni la coutume ni la législation n'apportaient de solution. Dans un premier temps, ces actes à portée générale furent étroitement liés à l'exercice de la fonction de justice : juger n'était pas seulement mettre fin à un contentieux particulier, mais aussi prendre toutes les mesures pour que la paix, l'équité et la concorde soient rétablies durablement. C'est donc d'abord à l'occasion d'un procès que les premiers arrêts de règlement intervinrent, lorsque le Parlement, ayant pris conscience de l'existence d'un vide juridique, décidait de le combler : l'arrêt généralisait ainsi les principes nouveaux qu'il avait appliqués au cas d'espèce, décidant qu'à l'avenir toutes les affaires du même type seraient tranchées dans le même sens. Avec le temps cependant, le Parlement entendit aussi régler certains points en dehors de toute situation contentieuse. La force obligatoire de ces décisions ne valait en principe que tant que durait la lacune : si la législation royale intervenait, c'était elle qui l'emportait.

L'expansion du pouvoir royal, et l'immense contentieux produit par celui-ci, conduit à la création de cours souveraines en provinces, permettant à la fois d'alléger le travail du parlement de Paris et d'intégrer dans l'organisation judiciaire les particularismes juridiques régionaux³⁷. Evoquer l'activité du parlement de Paris et de ces parlements provinciaux invite bien évidemment à examiner la production résultant de leur activité juridictionnelle et à souligner les

³⁶ Citation de Loyseau, reproduite par J.P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, 2^e éd., PUF, Paris, 1996, p. 62.

³⁷ R. BEAUTHIER, *Droit et genèse de l'État*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 328-329.

conditions d'émergence de la jurisprudence en tant que source³⁸. La tendance des juges à s'inspirer de « précédents » peut résulter de motivations fort diversifiées : la facilité pour le magistrat, qui ne doit pas élaborer pour chaque affaire des solutions nouvelles ; le sens hiérarchique avec son corollaire, la crainte de la réformation par l'appel ; la volonté de rester cohérent, de ne pas « se déjuger » ou encore la pression exercée par les justiciables, qui désirent être traités comme d'autres l'ont été avant eux. Pour que cette démarche d'imitation prenne tout son sens, il a fallu que s'impose une conception rationnelle de l'activité judiciaire, que « le miracle » s'estompe, et que la « raison » du juge devienne le ressort de la décision³⁹. Tant que le juge ne cherchait pas à établir la véracité des faits et à élaborer un raisonnement fondant une décision, mais qu'il constatait une solution donnée par une intervention extérieure (Dieu désignant le coupable dans le duel judiciaire ou au cours de l'ordalie), la portée du précédent ne pouvait qu'être limitée. On comprend l'impact qu'eut sur ce processus le développement, aux XII^e et XIII^e siècles, de la procédure romano-canonique, dont on a pu relever la parenté profonde avec la démarche de type scientifique et au sein de laquelle le juge a un réel rôle personnel à jouer.

Cette mutation procédurale ne suffit néanmoins pas à ce qu'un véritable phénomène jurisprudentiel se développe. Deux obstacles doivent être levés pour que celui-ci puisse se diffuser : que les décisions rendues soient accessibles et qu'elles soient motivées d'une façon suffisante pour que leur fondement juridique soit explicite et que la similitude des affaires soit avérée. Depuis le XIII^e siècle, les décisions rendues étaient bien conservées dans des registres et, depuis le XV^e siècle, des recueils d'arrêts, réalisés par des praticiens,

³⁸ Pour une mise en perspective plus complète, voy. R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ, Paris, 1996 (coll. « Droit et société », n° 17). On peut renvoyer utilement également aux articles rassemblés dans le tome 30 (1995) des *Archives de philosophie du droit* consacré à la jurisprudence. Voy. encore A. SERGENE, « Le précédent judiciaire au Moyen Âge », *Rev. hist. dr. fr. et étr.*, t. 39, 1961, p. 224-254 et 359-370 ; R. BEAUTHIER, *Droit et genèse de l'État*, 2^e éd., *op.cit.*, p. 331-339, et J. KRYNEN, *l'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, t. 1, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, Paris, 2009, coll. « Bibliothèque des histoires ».

³⁹ Pour faire écho à l'expression de R. JACOB., *op. cit.*, p. 44.

ambitionnaient de recueillir et de commenter les décisions notables des cours souveraines du royaume, en les confrontant notamment à la coutume et à la législation⁴⁰. Ces ouvrages résultaient d'initiatives personnelles prises par les « arrêttistes » qui, en l'absence de véritable formation professionnelle, se formaient au contact de la pratique et mettaient par écrit le fruit de leur expérience. Ces notes étaient publiées par des éditeurs qui avaient décelé là un marché prometteur. Le public visé était essentiellement celui des praticiens, qui trouvaient dans ces ouvrages, rédigés en français, ce que la faculté, centrée sur le droit savant, avait négligé de leur enseigner. La réforme des facultés de droit, mettant au programme un cours de « droit français⁴¹ », mit officiellement la jurisprudence au rang des sources indispensables à la formation des juristes.

Pourtant les arrêts ainsi publiés présentaient une lacune de taille : ils n'étaient pas motivés. La question de la non-motivation des décisions de justice avant la Révolution française est bien documentée⁴². Il suffit de rappeler ici qu'à partir de la première moitié du XIV^e siècle, l'usage suivi par les juridictions, sous l'influence des conseils de la doctrine⁴³, fut de se limiter à l'énumération des errements de la procédure et des preuves récoltées, sans expliciter les considérations les ayant amenés à trancher dans tel ou tel sens. Les auteurs médiévaux étaient en effet unanimes à inviter le juge à la

⁴⁰ S. DAUCHY et V. DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Editions La mémoire du droit, Paris, 2005 (coll. « Bibliographie »).

⁴¹ Par l'édit de Saint-Germain de 1679.

⁴² Ph. GODDING, « Jurisprudence et motivation des décisions des sentences », dans C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, p. 37-67 ; C. BLÉRY, « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? », *Revue d'histoire de la justice*, n° 4, 1991, p. 79-97 ; A. LEBIGRE, « "Pour le cas résultant du procès". Le problème de la motivation des arrêts », *Revue d'histoire de la justice*, n° 7, 1994, p. 23-37 ; J. HILAIRE, « Jugements et jurisprudence », *Archives de philosophie du droit*, t. 39 (Le procès), 1995, p. 181-190 ; T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *Rev. du dr. public et de la sc. politique en France et à l'étr.*, n° 71, 1995, p. 5-53 ; S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *Rev. hist. dr.*, n° 82/2, 2004, p. 223-239.

⁴³ Pour une synthèse de cette doctrine, S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation... », *op. cit.*, p. 226-229.

prudence et à lui conseiller, puisque rien ne l'y obligeait, de ne pas exprimer dans sa sentence des motifs qui pourraient s'avérer critiquables. Les ordonnances royales ne formulèrent expressément aucune interdiction de motiver mais imposèrent, dès 1344, le secret des délibérés. Destiné à assurer l'indépendance des juges et à ne pas révéler leurs éventuelles dissensions, ce principe renforçait la majesté de la fonction judiciaire. Il permettait aussi au parlement de ne pas être lié par ses propres précédents. Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion rattachent ce souci aux difficultés de preuve de la coutume qui ont déjà été évoquées. Sous couvert de respecter la coutume, les juges en réalité l'interprétaient et en comblaient les lacunes, identifiées dans les cas d'espèce. « L'absence de motivation empêche qu'un avocat ou un autre juge tire, avec certitude, argument d'un arrêt puisque le fondement juridique ne lui est pas connu ; ainsi la Cour pourra toujours rétorquer que les cas allégués ne sont pas comparables⁴⁴ ». L'ébauche des recours extraordinaires contribua à généraliser cet usage de non-motivation. Souveraines, les décisions du Parlement ne pouvaient être contestées en appel mais à partir de 1320, une ordonnance posa les bases du recours en proposition d'erreur permettant d'aboutir à une rétractation ou une correction de la décision. C'était au parlement lui-même qu'il revenait de corriger ses propres décisions : si celles-ci avaient été motivées, comment les conseillers auraient-ils pu procéder à cet ajustement sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée et à la souveraineté du roi dont ils tenaient leur délégation et qui, lui, ne devait pas motiver ses décisions ?

On le voit, l'action conjuguée de la doctrine et de la pratique des parlements mit un frein au déploiement de la jurisprudence en tant qu'autorité mobilisable au cours d'une instance en justice. Leurs positions conduisaient à considérer que les arrêts étaient des cas d'espèces, dictés par les circonstances spécifiques de la cause, et n'ayant qu'une autorité toute relative, entre les parties en cause. Soucieuses de conserver juridiquement leur liberté d'appréciation et de protéger « le pouvoir judiciaire et politique⁴⁵ » que l'usage de la non-motivation leur conférait, les cours souveraines n'étaient

⁴⁴ S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation... », *op. cit.*, p. 236.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 239.

cependant pas opposées à la publication de recueils d'arrêts qui pouvaient « renforcer leur autorité et leur prestige ⁴⁶ ».

Il n'est pas inutile de préciser que nombre de ces arrêtiéristes étaient magistrats au sein des juridictions dont ils rapportaient l'activité. A la faveur du développement de l'imprimerie, les recueils « assureront la publicité des décisions et la révélation de leurs motifs », une des ambitions proclamées par leurs auteurs étant bien de dégager et dévoiler ces derniers, au regard de leur expérience personnelle ou par un travail de déduction ⁴⁷. Les critiques adressées aux recueils étaient pourtant multiples, permettant de douter de leur fiabilité ⁴⁸. Elles ne dispensent pas de s'interroger sur l'« influence de l'arrestographie sur la formation du droit ⁴⁹ ». Malgré ses défauts, le premier apport de cette littérature est de faire connaître des arrêts, en fournissant un exposé des faits, de la procédure et parfois des arguments des différents protagonistes. Les arrêts n'étant pas motivés, c'est cette doctrine très spécifique ⁵⁰ qui, « par [ses] analyses ou tout au moins [ses] présentations ⁵¹ » révèle l'existence d'une jurisprudence, c'est-à-dire de « plusieurs arrêts conformes sur une même question de droit ⁵² ». Et c'est cette jurisprudence qui inspire tantôt le législateur tantôt l'interprétation de la coutume, voire du droit savant ⁵³. Mobilisée

⁴⁶ S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation... », *op. cit.*, p. 238.

⁴⁷ Sur les méthodes mobilisées pour ce faire, voy. J. HILAIRE, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts », in S. Dauchy et V. Demars-Sion (dir.), *Les recueils...*, *loc. cit.*, p. 25-29.

⁴⁸ Elles sont répertoriées par S. DAUCHY, « Introduction », in S. Dauchy et V. Demars-Sion (dir.), *Les recueils...*, *loc. cit.*, p. 16-18.

⁴⁹ S. DAUCHY, « Introduction », *op. cit.*, p. 18 et s.

⁵⁰ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 29-31, discute la question de savoir s'il s'agit vraiment de doctrine, rappelant la critique faite aux arrêtiéristes d'accumuler des sentences sans présenter un travail de synthèse pour dégager le sens général de la jurisprudence.

⁵¹ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 23.

⁵² Définition de la jurisprudence citée par J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 22, par référence à l'article « Arrêt », de l'*Encyclopédie méthodique*, série « Jurisprudence » (1782).

⁵³ V. DEMARS-SION a ainsi démontré qu'en matière matrimoniale, des ordonnances royales généralisent des solutions qui se dégagent dans des arrêts du parlement de Paris. On a vu aussi le rôle d'harmonisation que la jurisprudence de ce parlement était appelée à remplir dans le processus de réformation des coutumes.

dans le cadre de l'enseignement du cours de « droit français », inauguré dans les facultés de droit à partir de l'ordonnance de 1679, elle contribue à façonner l'image et le contenu de celui-ci.

Dans la préface de leurs ouvrages, les auteurs tendent à « faire une théorie de cette jurisprudence⁵⁴ », notamment parce qu'ils évoquent la « valeur » respective des décisions qu'ils rapportent. Il semble que les praticiens, plutôt que de citer les arrêts eux-mêmes, s'en soient souvent tenus, devant les juridictions, à se référer aux opinions des arrêtistes⁵⁵. Quant au sort réservé par les juges eux-mêmes à cette jurisprudence, il semble que certains magistrats aient bien veillé à s'en informer, parfois en recourant à l'acte de notoriété afin d'en obtenir la preuve. Denisart, un des plus célèbres arrêtistes du XVIII^e siècle⁵⁶, affirme que « si plusieurs arrêts ont jugé la même question de la même manière, cela forme un usage et une jurisprudence dont les juges ne doivent pas s'écarter sans de grandes raisons surtout quand il y a une suite d'arrêts uniformes et qu'il n'y en a point de contraire⁵⁷ ». Il est délicat d'affirmer, que dans la pratique, ce vœu – visant au respect d'une sorte de « coutume judiciaire » – se réalisait bien. Mais l'examen du rôle joué par les arrêtistes nous permet de mettre en évidence un intéressant paradoxe : c'est parce que les arrêts qu'ils récoltaient n'étaient pas motivés que les arrêtistes furent conduits à faire un travail de nature doctrinale qui contribua, malgré un contexte juridictionnel défavorable au développement d'une véritable jurisprudence, à la faire émerger... Où l'on constate une fois encore, comme à l'égard de la coutume, que la doctrine joue un rôle essentiel dans les processus de reconnaissance d'autres sources.

⁵⁴ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 31-33. Ainsi, les arrêts de règlement sont placés au sommet de la hiérarchie dans la mesure où leurs motifs sont apparents et où ils ont force de loi.

⁵⁵ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 34-35.

⁵⁶ Auteur de la *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1793 (rééditée dans un nouvel ordre, corrigée et augmentée par Camus et Bayard, entre 1783 et 1790).

⁵⁷ *Collection, op. cit.*, v^o Arrest (cité par J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 35).

III. Le légicentrisme, fondement de l'État moderne⁵⁸

A l'aube du XIX^e siècle, la réflexion sur le droit et sur ses sources est profondément transformée, tant à l'occasion de la Révolution qu'à la suite des penseurs des Lumières, dont les méthodes ont profondément changé les sciences modernes, en ce compris la science juridique. C'est, pour l'historien, l'époque où la notion d'*histoire* est transformée en « principe d'explication⁵⁹ », et où l'histoire du droit apparaît comme une discipline scientifique.

En France, les acteurs de la Révolution entendaient abolir les anciennes institutions, et ont utilisé la formulation du droit pour unifier la Nation autour du nouveau régime. Ce contexte a conduit les commentateurs révolutionnaires à conférer une valeur particulière à la loi et – notion nouvelle – à la Constitution. La Constitution, œuvre de la Nation constituante, fondatrice de l'État, organise le fonctionnement de celui-ci et limite strictement l'exercice des différents pouvoirs. La loi, qui lui est formellement soumise, fruit du travail des assemblées représentatives et donc expression de la volonté nationale, devient pratiquement la seule source légitime du droit⁶⁰. Le rôle de la coutume, et plus encore celui des juges, en a été considérablement réduit. Il était interdit à ces derniers d'interpréter la loi. La technique du référé législatif les contraignait d'ailleurs à recourir au pouvoir législatif pour obtenir une interprétation authentique de la législation. En outre, les États généraux de 1788-1789 réclamèrent l'imposition d'un principe général de motivation des décisions de justice, mais il fallut attendre l'article 15 du décret révolutionnaire des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire pour que soit fixée la forme des jugements, tant civils que criminels. Ce décret imposa qu'y soient exprimés « le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront

⁵⁸ Comp. avec la contribution de P. POPELIER dans le présent ouvrage, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) ».

⁵⁹ B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2005, p. 350.

⁶⁰ J. GILISSEN, « Loi et coutume. Esquisse de l'évolution des sources du droit... », *op. cit.*, p. 24.

déterminé le juge ». La prépondérance de la loi était enfin consacrée par le rôle attribué au Tribunal de cassation, créé en 1790, à savoir « annuler toute décision judiciaire qui aurait fait une fausse application de la loi ». Gilissen rappelle à cet égard que Robespierre avait voulu effacer de la langue le mot « jurisprudence », « parce que dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence n'est autre chose que la loi ⁶¹ ». Par toutes ces mesures, le législateur révolutionnaire s'était ainsi assuré que le juge se cantonnait bien à une application mécanique et syllogistique de la loi.

Ce légicentrisme révolutionnaire, à première vue conforté et renforcé par les œuvres de codification napoléoniennes, a fait émerger ce qu'on a appelé l'École de l'exégèse, attachée au texte de la loi. On doit à cette école la reprise de la métaphore de Montesquieu, selon laquelle « les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer la force ni la rigueur ⁶² ». François Laurent, le plus illustre représentant belge de cette école, affirme que le Code civil « lie tous les citoyens [...] même le pouvoir judiciaire : le magistrat et le jurisconsulte sont enchaînés par les textes ⁶³ ». Le juge doit appliquer la lettre de la loi, même dans ses conséquences les plus absurdes ⁶⁴. « Qu'est-ce donc que la lettre de la loi ? C'est l'expression de la pensée du législateur. [...] Dire que la pensée est autre que celle qui est écrite dans un texte clair et formel, c'est accuser le législateur d'une légèreté que l'on n'est pas en droit de lui imputer [...] on oublie que l'interprète est réellement l'esclave de la loi, [...] il n'a pas de volonté en présence de la loi, il a seulement le devoir d'obéir ⁶⁵. » Cet attachement viscéral au texte de la loi, et aux formes qui encadrent son adoption annoncent le positivisme juridique.

⁶¹ J. GILISSEN, « Loi et coutume. Esquisse de l'évolution des sources du droit... », *op. cit.*, p. 25.

⁶² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, dans *Œuvres complètes*, Firmin Didot, Paris, 1838, p. 268.

⁶³ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, Bruylant-Durand, Bruxelles-Paris, 1869, p. 42 et 66.

⁶⁴ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 363, note 263, rappelle notamment la position de la Cour de cassation française en ce sens, selon laquelle une loi est nécessaire même pour rectifier une erreur matérielle dans son texte imprimé.

⁶⁵ F. LAURENT, *op. cit.*, p. 343-347.

Face à ce légicentrisme se développe en Allemagne une autre école, dite École historique, qui met l'accent sur la connaissance du droit au travers de son histoire. Il s'agit de « comprendre le droit positif, propre à chaque peuple, en scrutant jusque dans ses origines les plus reculées, les traits distinctifs de son génie propre et les lois secrètes de son évolution⁶⁶ ». Cette école, dont Savigny est la figure de proue, met en avant l'esprit du peuple (*Volksgeist*) comme source de tout droit, et dont la loi comme la coutume ne sont que l'expression⁶⁷. Benoît Frydman a parfaitement synthétisé – même si de manière quelque peu anachronique, comme il l'indique lui-même – les deux conceptions en cours au XIX^e siècle : « L'École de l'exégèse ramène, à la faveur de la codification, les sources matérielles de l'ancien droit à la source formelle unique de la législation et des codes. À l'inverse, l'École historique développe une théorie pluraliste des sources et résorbe la notion de source formelle dans celle de sources matérielles, la coutume, le droit savant et la législation n'ayant d'autorité et de valeur qu'en proportion de leur substance populaire, de la part de *Volksgeist* qu'ils expriment. » Ce sont les réflexions de ces deux écoles qui ont fait émerger la notion de « source » dans la théorie du droit⁶⁸. La jurisprudence demeure cependant la grande absente de ces conceptions.

La place laissée par l'École historique à la coutume, au droit savant et à l'ancien droit (notamment le droit romain) comme source du droit ne s'est cependant pas imposée à la pratique du droit dans nos régions. Le juge du XIX^e siècle se soumet – avec d'importantes nuances, que nous verrons ci-après – au règne de la loi et à l'omnipotence du pouvoir législatif. En Belgique, le phénomène « d'automutilation du pouvoir judiciaire⁶⁹ », classiquement

⁶⁶ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 353, citant A. DUFOUR, *Droits de l'homme, Droit naturel et Histoire*, PUF, Paris, 1991, p. 221 et s.

⁶⁷ Voy. les « idées modernes sur les sources du droit » de F.C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 1, Firmin Didot, Paris, 1855, p. 32-47 et 161-197 (disponible sur <http://gallica.bnf.fr>).

⁶⁸ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 356-357, ainsi que les références citées par I. HACHEZ, *op. cit.*, note 7.

⁶⁹ Selon l'expression de Jean-Pierre Nandrin, inspirée par Jacques Van Compernelle, dans J.P. NANDRIN, « Justice, magistrature et politique aux premiers

compris comme exprimant une conception stricte de la séparation des pouvoirs, en est une belle illustration. Ce phénomène vise le contrôle par le juge, au XIX^e siècle, de la légalité des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux. Bien que prévu par la Constitution belge, ce rôle du juge n'est assumé qu'*a minima*, et pour autant que le litige concerne des actes à portée individuelle. Selon Françoise Muller, cette jurisprudence restrictive témoigne de la volonté du pouvoir judiciaire de rester en dehors du champ politique très divisé en Belgique, à partir de 1840, et de laisser la primauté du contrôle de l'action du pouvoir exécutif au pouvoir législatif⁷⁰. Cette attitude jurisprudentielle s'inscrit indéniablement dans le contexte de la primauté de la loi et du pouvoir législatif sur toute autre expression du droit.

Se greffe également sur ce légicentrisme, comme instrument d'affirmation de l'État, le développement des relations juridiques internationales. Deux positions doctrinales coexistent à la fin de l'Ancien Régime : « certains auteurs [...] considèrent la société internationale comme un ordre juridique, pour d'autres (Bodin) elle se confond essentiellement avec l'ordre juridique national⁷¹ ». Au XIX^e siècle, si les controverses théoriques persistent, oscillant entre monisme et dualisme juridique, l'État demeure l'acteur prépondérant du droit international, et « de même que les citoyens sont égaux devant la loi, les États indépendants sont égaux devant le droit international⁷² ». Seuls les États-nations sont sujets du droit internatio-

temps de l'indépendance de la Belgique », *Bulletin de la classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 6^e série, t. VIII, 1997, p. 89-93 ; voy. également F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : la laborieuse création du Conseil d'État belge (1831-1946) », dans S. Dauchy (dir.), *La résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009, note 20, *Cahiers du CRHIDI*, 31.

⁷⁰ F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires... », *loc. cit.* ; F. MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs*, La Charte, Bruxelles, 2010. Voy. également les hypothèses soulevées par J.P. NADRIN, *op. cit.*, p. 91-93.

⁷¹ P. GUGGENHEIM, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *Recueil des cours – Académie de droit international*, t. 94, 1958, II, p. 24.

⁷² G.F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, cité par E. NYS, *Le droit international. Les principes, les théories, les faits*, t. II, Moens-Rivière-Nijhoff, Bruxelles-Paris-La Haye, 1912, p. 238.

nal, et seuls ils contribuent à sa formation. Le droit international positif de l'époque est même considéré comme moins universaliste que sous l'Ancien Régime, et plutôt réservé aux seules « nations civilisées », celles d'un Occident marqué par la Révolution industrielle et les progrès technologiques, économiques et militaires qui lui ont assuré une suprématie sur le reste du monde jusqu'au milieu du XX^e siècle ⁷³.

Au sein de l'État, par le pouvoir judiciaire en particulier, comme en dehors de l'État, ce légicentrisme va être progressivement remis en cause, surtout à partir du XX^e siècle. Mais la pensée juridique reste dominée par un modèle légicentrique, que l'influence du positivisme juridique, promu par Hans Kelsen notamment, va contribuer à renouveler ⁷⁴. Si les théoriciens positivistes du XX^e siècle ont théorisé et tempéré le légicentrisme « des origines » – datant en réalité du XIX^e siècle –, ils n'en conservent pas moins une vision pyramidale des sources du droit, au-dessus desquelles trône une norme fondamentale. Selon ceux-ci, cependant, « le droit résulte de la volonté d'un souverain, en qui s'incarne l'appareil étatique ». En ce sens, « le positivisme juridique est une théorie étatiste qui repose sur le principe de la souveraineté ⁷⁵ ». D'un point de vue historique, on peut dès lors conclure avec Karim Benyekhlef que la prééminence normative de l'État a été, et demeure, dans une certaine mesure, « un artifice théorique ayant pour objet premier de faire disparaître les sources normatives concurrentes ⁷⁶ », et affirmer ainsi la maîtrise de l'État sur la société. Le succès de l'État-nation du 19^e siècle est incontestablement lié au légicentrisme qui a caractérisé cette période. La disparition presque complète de la coutume qui s'en est suivi, et donc des possibilités pour les citoyens ou des groupes sociaux déterminés de se doter de leurs propres règles, a pu contribuer

⁷³ A. TRUYOL Y SERRA, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours – Académie de droit international*, 1981, IV, p. 201.

⁷⁴ Voy. la présentation « historique » du positivisme juridique dans K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Editions Thémis, Montréal, 2008, p. 22-27.

⁷⁵ E. MAULIN, « Positivism », dans D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, Paris, 2003, p. 1175.

⁷⁶ K. BENYEKHELF, *op. cit.*, p. 554.

ensuite à un certain relâchement théorique, propice à la résurgence des autres sources classiques, principalement la jurisprudence, et à l'émergence de nouvelles sources au cours du XX^e siècle.

IV. La résistance des sources classiques et l'émergence de nouvelles sources

D'emblée, dès la période révolutionnaire, le règne de la loi a été contesté, par ceux-là même que le législateur révolutionnaire avait entendu priver de tout pouvoir normatif, à savoir les juges. Ils sont sans doute aujourd'hui les principaux concurrents de l'État dans l'élaboration du droit. Mais le XX^e siècle voit surtout réapparaître des acteurs étrangers à l'État, lesquels revendiquent de plus en plus fermement le pouvoir de se doter de normes propres, et de devenir ainsi créateurs de droit.

A. La montée en puissance des pouvoirs du juge au sein de l'État⁷⁷

1. Au XIX^e siècle

C'est Jean-Louis Halpérin qui a démontré comment, dans le contexte institutionnel et politique si défavorable du début du XIX^e siècle, le Tribunal de cassation, créé pour s'assurer que les juges du fond resteraient bien dans les strictes limites de leur mission, contribua à la naissance de la jurisprudence moderne⁷⁸. Il le fit notamment

⁷⁷ Comp. avec les réflexions de M. VAN DE KERCHOVE dans le présent ouvrage, dans sa contribution intitulée « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources ? », et, que la France, avec J. KRYNEN, *l'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, t. 2, *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Paris, 2012, coll. « Bibliothèque des histoires ».

⁷⁸ J.L. HALPERIN, « Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », dans *Une autre Justice, 1789-1799*, dir. R. Badinter, Paris, Fayard, 1989, p. 225-261. L'auteur rappelle les mots très durs de Le Chapelier au cours des débats présidant à la création de cet organe : « Le tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux de district, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette

en élargissant les ouvertures à cassation et en prenant l'habitude d'expliquer en quoi un jugement cassé était contraire à l'article de loi cité, c'est-à-dire en allant largement au-delà de l'obligation de motiver qui lui était imposée. Des considérants apparurent pour paraphraser et expliciter la loi, le Tribunal de cassation se faisant « autant pédagogue que gendarme à l'égard des juges du fond ⁷⁹ ». Ce faisant le Tribunal contribua à ébranler le mécanisme du référé législatif, qui posait de gros problèmes pratiques, et substitua progressivement l'interprétation jurisprudentielle à l'interprétation législative. Ce processus fut renforcé par l'amélioration de la diffusion de ses décisions.

Le Code civil, tout en condamnant la pratique des arrêts de règlement ⁸⁰, poursuit la réhabilitation du travail juridictionnel et même de la jurisprudence. Le *Discours préliminaire* de Portalis était dénué de toute ambiguïté : « [le législateur] peut être éclairé par [la jurisprudence], et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de loi ⁸¹ ». L'article 4 du Code, en réaction aux « abus » des juges du fond qui avaient interprété trop strictement l'obligation de recourir au référé législatif, portait d'ailleurs que « le juge qui refusera de

jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le tribunal de cassation, il faudrait la détruire. » (*Arch. Parl.*, XX, séance du 18 novembre 1790, p. 517). Pour contextualiser cette problématique, voy. le remarquable ouvrage du même auteur, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGJD, 1987. Voy. également, R. BEAUTHIER, « La lente conquête d'une suprématie. L'exemple de l'organe de cassation de l'Ancien régime au XIX^e siècle », *Revue de droit de l'ULB*, vol. 20, 1992-2, p. 7-99.

⁷⁹ J.L. HALPERIN, « Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », *op. cit.*, p. 233.

⁸⁰ Article 5 du Code civil : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

⁸¹ J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, 1801, in J.G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, t. I, Treutzel et Würtz, Paris, 1826, p. 159.

juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Le référé législatif fut d'abord limité puis abrogé⁸². Les recueils de jurisprudence se multiplièrent après la promulgation du Code civil. Leur examen montre qu'à l'évidence toutes les décisions ne sont pas publiées, mais le processus de sélection, même au niveau de la Cour de cassation, est loin d'être transparent et gagnerait à être étudié de plus près⁸³. Tant par cette sélection que par les commentaires doctrinaux qui accompagnent les décisions publiées, ces recueils jouent évidemment un rôle fondamental dans le phénomène jurisprudentiel dont ils accréditent l'existence et l'utilité, mais aussi qu'ils façonnent, notamment en qualifiant la jurisprudence qu'ils publient de « constante », « majoritaire » ou de « revirement ». En France, l'examen doctrinal de jurisprudence se déploie à partir des années 1850 et vers 1860 Labbé érige en un genre doctrinal à part entière la « note d'arrêt⁸⁴ ». Le centenaire du Code est l'occasion d'une très intéressante discussion doctrinale qui contribue à mettre en lumière le rôle du juge, véritable législateur par défaut sur des questions d'une énorme importance sociale⁸⁵.

⁸² Pour l'examen de ces évolutions et abrogations, en France et en Belgique, voy. R. BEAUTHIER, « La lente conquête... », *op. cit.*, p. 66-92 ; pour la Belgique, voy. également J.P. NANDRIN, « Le référé législatif en 1832. La difficile séparation des pouvoirs », dans A. Ruelle, M. Berlingin (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui*. Collationes et oblationes. *Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009, p. 117-147.

⁸³ Pour un examen de la définition et du rôle assignés à la jurisprudence dans ces recueils, R. BEAUTHIER, « Jurisprudence et histoire du droit », *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique (Cahiers de méthodologie juridique, n° 8)*, p. 1279-1292.

⁸⁴ Sur l'évolution de ces questions avant et après le Code civil, voy. Ph. REMY, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 22-36. Voy. aussi l'étude pionnière, d'E. MEYNIAL, « Les recueils d'arrêts et les arrêties », publiée significativement dans le *Livre du centenaire du Code civil*, Paris, 1904, vol. 1, p. 175-204.

⁸⁵ Ph. REMY, *op. cit.*, p. 31 et s. ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz (coll. « Méthodes du droit »), 1991.

« Cette jurisprudence « législative » trouve dans la doctrine du temps de puissants appuis⁸⁶ », notamment par l'avènement de l'École dite « scientifique » qui entendait rompre avec l'exégèse. La jurisprudence finit même par apparaître, aux yeux de certains, comme le seul droit vivant⁸⁷, d'aucuns diraient peut-être le seul droit effectif. François Gény est l'auteur français qui représente le passage de l'exégèse à la pluralité des sources du droit, au travers de son imposant ouvrage intitulé *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*⁸⁸. Celui-ci réhabilite non seulement la jurisprudence comme source formelle du droit, mais également la coutume, comme l'a très bien exposé Michel Coipel dans sa contribution au présent ouvrage. En Belgique, le *Droit pur* d'Edmond Picard est une autre approche, enseignée au sein de l'Université nouvelle de Bruxelles, dissidence de l'ULB : « Ce juriste aux conceptions très personnelles, socialiste de la première heure, n'hésitait pas à combattre avec fougue toutes les théories reçues, cherchant les sources multiples du droit qu'il estimait *essentiellement évolutif*⁸⁹ ». De même, la thèse de Paul Vander Eycken, présentée à l'ULB en 1906, fait la part belle à la jurisprudence, dotée selon lui d'une « autorité irrésistible », « si considérable que le pouvoir de la jurisprudence dépasse en quelque manière celui de la loi⁹⁰ ».

⁸⁶ Ph. REMY, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 31, en faisant référence à la pensée de Josserand.

⁸⁸ F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., nouveau tirage, t. I, LGDJ, Paris, 1954.

⁸⁹ J. GILISSEN, « Loi et coutume. Esquisse de l'évolution des sources du droit... », *op. cit.*, p. 26. Voy. notamment E. PICARD, *Le Droit pur*, Flammarion, Paris, 1920, p. 227 et s.

⁹⁰ P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Falk, Bruxelles, 1906, p. 177, § 109.

2. Au ^{xx}e siècle ⁹¹

L'autorité du juge ne va cesser de se renforcer ensuite, dans un élan que le législateur – l'eût-il voulu – ne pourra plus briser. Deux mouvements concourent à cette évolution.

Le juge lui-même, tout d'abord, va adopter une attitude de plus en plus volontariste par rapport à la loi, voire à la Constitution, n'ayant de cesse d'étendre son emprise sur le droit et sur l'État. En Belgique, l'arrêt *La Flandria* rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920 marque les premiers pas du pouvoir judiciaire dans le contrôle de la responsabilité des autorités publiques, qu'il avait toujours refusé d'assurer jusqu'alors ⁹². Cette étape une fois franchie, le pouvoir judiciaire belge n'aura de cesse de s'ingérer plus avant dans l'interprétation créative de la loi et dans les affaires de l'État. L'avocat général près la Cour de cassation Léon Cornil, dans un éloquent discours d'ouverture de l'année judiciaire 1950, a souligné en ce sens l'importance de la jurisprudence, et l'interaction constante de celle-ci avec les autres sources du droit : « Si le juge s'en tenait, pour interpréter les lois séculaires, à la pensée de ceux qui les ont rédigées, il s'exposerait au risque que ses jugements, loin de faire régner la paix sociale, la troublent profondément, par un retour à un passé en opposition avec les conceptions sur lesquelles l'accord des hommes s'est réalisé depuis. [...] Pour s'orienter dans son travail d'interprétation, pour contrôler ensuite les résultats de ses recherches et de ses méditations le juge consulte les auteurs ; il se réfère à l'interprétation doctrinale, qui connaît un magnifique essor ; la doctrine exerce une influence capitale sur la vie du droit. Le juge se sent surtout porté à s'enquérir des solutions auxquelles ont abouti les autres juges, placés par les procès devant des difficultés identiques ou analogues à celles qu'il rencontre ; il a recours aux précédents judiciaires et ainsi s'affirme le rôle essentiel de la jurisprudence. [...] La jurisprudence est, pour tous ceux qui ont à résoudre des problè-

⁹¹ Comp. avec la contribution de M. VAN DE KERCHOVE dans le présent ouvrage, « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources ? ».

⁹² Cass. 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, p. 23-27, avec les observations de Ch. PANIER, « Vive le régime judiciaire » ; F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt *Flandria* », *J.T.*, 2006, p. 730 et 749.

mes juridiques, le complément nécessaire de la loi ; pas plus qu'ils ne pourraient ignorer la loi, ils ne sauraient faire abstraction de la jurisprudence. La jurisprudence règne avec la loi. » Dans le même discours, il fait état des diverses sources auxquelles le juge doit se référer : « Le juge recherchera le droit dans les lois positives – œuvre directe du pouvoir législatif – et aussi dans les usages, l'équité et les principes moraux et politiques mais pour autant que ceux-ci aient été consacrés ou admis par le pouvoir législatif », à savoir « ou bien il leur aura tout au moins, par son inaction et son silence, donné son adhésion tacite, ou bien il les aura implicitement adoptés en édictant certaines dispositions qui en impliquent la reconnaissance⁹³ ». Comme l'avait fait Gényn, Cornil remet ici en avant la possibilité de rechercher le droit dans les « usages », entendu ici comme des coutumes⁹⁴.

Résigné ou convaincu, le législateur belge va d'ailleurs entériner cette autorité des arrêts de la Cour de cassation à l'occasion de l'adoption des lois relatives à l'emploi des langues en matière judiciaire, en 1935. Pour justifier l'obligation de traduire tous les arrêts de la Cour dans les deux langues nationales, le législateur affirme que, « à la différence des décisions des juridictions du fond, les arrêts de la Cour de cassation doivent, de même que les lois, être rédigés en langue néerlandaise et en langue française parce que, formant en réalité une addition à la loi, ils intéressent toute la nation et que chacun a le droit de comprendre cette addition comme chacun a le droit de comprendre la loi⁹⁵ ». Même Kelsen, figure du positivisme

⁹³ L. CORNIL, « La Cour de cassation. Considérations sur sa mission », *J.T.*, 1950, p. 491.

⁹⁴ J. GILISSEN (« Loi et coutume. Esquisse de l'évolution des sources du droit... », *op. cit.*, p. 27) défend également l'association entre usages et coutumes, déduisant cette concordance des nombreux *verbos* des *Pandectes* : « usages corporatifs des avocats », « des avoués », « des huissiers », « des notaires », « des médecins », « usages et règles des magistrats », « usages et règles des conseils en brevet », « usages dans les forêts », « usages et coutumes de la guerre », etc. Comp. également sur ce point avec l'excellente contribution de Michel COIPEL dans le présent ouvrage, « La coutume ».

⁹⁵ Exposé des motifs du projet de loi concernant l'emploi des langues devant la Cour de cassation, *Pasinomie*, 1935, p. 410. Voy. aussi le rapport complémentaire fait au nom de la commission de la Chambre, *ibidem*, p. 446.

juridique, semble voir dans la jurisprudence un acte de création du droit ⁹⁶.

Au cours des années 1970, la Cour de cassation tente aussi de s'approprier le contrôle de la validité des lois. Un premier arrêt *Le Ski* est rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation, qui entend contrôler la loi à la lumière du droit international. Un second arrêt, *Lecomte* du 3 mai 1974, soumet directement la loi au contrôle de constitutionnalité ⁹⁷. En réalité, ces arrêts surviennent au moment où le législateur réfléchit à la création d'une Cour constitutionnelle, dont la Cour de cassation prétendait ainsi démontrer l'inutilité. On est fort loin de la relative pusillanimité de l'ordre judiciaire belge à la fin du XIX^e siècle. L'arrêt *Lecomte* est cependant resté unique eu égard aux nombreuses protestations, notamment politiques, qu'il a suscitées ⁹⁸.

Il est finalement assez ironique de constater qu'actuellement, la Cour de cassation de France n'hésite pas à invoquer « sa doctrine ⁹⁹ », visibilisant ainsi sans ambages l'importance fondamentale du travail de création prétorienne.

Le second mouvement n'est plus la volonté, mais la sollicitation du juge pour accompagner le développement de l'État de droit. À cette fin, le législateur belge n'a eu de cesse, au cours du siècle, de multiplier les instances juridictionnelles, et donc les lieux de création du droit. Depuis les juridictions administratives en matière sociale, dans l'entre-deux-guerres, jusqu'à la Cour pénale internationale au début du XXI^e siècle, les juridictions accessibles au citoyen belge ont crû de manière quasi exponentielle : Conseil d'État, juridictions du travail, Cour d'arbitrage, puis Cour constitutionnelle, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice

⁹⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, cité par B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 572.

⁹⁷ Cass. 27 mai 1971, *J.T.*, 1971, p. 460-474, avec concl. du proc. gén. Ganshof van der Meersch ; Cass. 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, p. 564-571, avec concl. du proc. gén. Ganshof van der Meersch.

⁹⁸ Voy. notamment les débats ayant entouré l'adoption au Sénat d'une proposition de loi prévoyant que les cours et tribunaux ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois et des décrets, *Annales parlementaires*, Sénat, 26 juin 1975, p. 2671 et s.

⁹⁹ Ph. REMY, *op. cit.*, p. 32.

de l'Union européenne, nouvelles juridictions administratives, notamment régionales¹⁰⁰. La plupart de ces juridictions sont aussi dotées d'une mission de contrôle de la conformité de la loi (ou à tout le moins des normes réglementaires) à des normes « supérieures », constitutionnelles et/ou internationales. Les interrogations séculaires sur un potentiel gouvernement des juges n'en sont devenues que plus vivaces.

B. L'émergence de nouveaux acteurs en dehors de l'État

Si la loi a ainsi contribué à raviver la fonction juridictionnelle au sein de l'État et du droit étatique, l'évolution du rôle de l'État au cours du XX^e siècle a également favorisé l'émergence de nouveaux modes de production du droit et de nouveaux modèles d'intervention juridique de l'État. L'avènement de l'État providence d'abord, d'un État régulateur, parfois qualifié de « post-moderne¹⁰¹ » ensuite, transforme les fonctions attendues de la contrainte juridique. Dans un premier temps, l'État s'est servi du droit « pour agir sur des systèmes sociaux autonomes (économie, écologie, culture, éducation, etc.) en vue de les orienter dans un sens jugé plus conforme à l'intérêt général que le développement spontané des comportements guidés par le marché¹⁰² ». Dans un second temps, l'État associe les acteurs « à ses démarches d'élaboration, de normation et d'application. L'État propulsif devient réflexif et incitateur et son action prend alors la forme d'un droit négocié, d'un droit souple (mou et doux) grâce auxquels il réunit les différents protagonistes socio-économiques afin de dégager des accords, des compromis

¹⁰⁰ Sur cette évolution, voy. P.O. DE BROUX, X. DELGRANGE, « L'évolution de la protection juridictionnelle des gouvernés face aux gouvernants en Belgique de 1830 à nos jours », dans S. Dauchy, *La résolution des conflits...*, loc. cit.

¹⁰¹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, Paris, 2003.

¹⁰² Ch. A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Paris, 1999, p. 71.

susceptibles d'assurer une plus grande acceptation et, en principe, une meilleure effectivité de ses politiques publiques¹⁰³ ».

Historiquement, on voit ainsi réapparaître au cours du XX^e siècle deux phénomènes essentiels.

La participation des acteurs visés par la norme, tout d'abord, voire la possibilité pour ceux-ci de se doter eux-mêmes de règles validées ensuite par l'État. Le cas des conventions collectives de travail en est une illustration édifiante¹⁰⁴. Un autre exemple, tout aussi frappant, peut être trouvé au sein d'organisations internationales chargées de réglementations techniques, par exemple, telle l'Union internationale des télécommunications (UIT). A l'origine composée d'États, elle a aujourd'hui admis en son sein un nombre considérable d'acteurs privés des télécommunications, qui participent formellement au processus de décision, notamment en matière de normalisation¹⁰⁵. Les acteurs de la norme se diversifient à nouveau, et celle-ci est moins le produit d'une « autorité », considérée comme plus ou moins légitime, que celui d'une négociation et donc d'un rapport de pouvoir plus ou moins équilibré (plutôt un équilibre entre les partenaires sociaux chargés d'élaborer les conventions collectives de travail, plutôt un déséquilibre favorable aux multinationales des télécommunications par rapport aux administrations étatiques au sein de l'UIT).

Le second phénomène est celui d'un droit « souple », « mou et doux », dont la force normative serait plus nettement affaiblie. Particularité de ce qu'on désigne aujourd'hui sous l'appellation de *soft law*, il peut émaner aussi bien des institutions étatiques que d'acteurs étrangers à l'État. Lorsque le *soft law* est produit par une autorité

¹⁰³ K. BENYEKHEF, *op. cit.*, p. 29-30, qui y synthétise parfaitement les deux précédents auteurs cités.

¹⁰⁴ Voy. les contributions de Pierre-Paul VAN GEUCHTEN et de Ivan FISCHER au présent ouvrage.

¹⁰⁵ Voy. à cet égard la dénonciation engagée de J.L. FULLSACK, « L'UIT, acteur déterminant dans l'évolution néolibérale du secteur des télécommunications », dans D. Benamrane, B. Jaffré, F.X. Verschave (dir.), *Les télécommunications entre bien public et marchandises*, Charles Léopold Mayer, Paris, 2005, p. 347-364. Voy. également la réflexion de P. D'ARGENT sur les « sujets cachés derrière les sources » du droit international, dans sa contribution au présent ouvrage.

publique (le cas échéant en « co-régulation » avec des acteurs privés), il semble constituer soit un aveu de faiblesse de l'État par rapport à la puissance d'autres acteurs, principalement dans le domaine économique, soit une volonté de ces autorités de se débarrasser des contraintes entourant l'adoption de normes formelles, en ayant recours à des modes d'expression beaucoup plus souples formellement, sans être pour autant moins effectifs. S'il émane exclusivement d'acteurs privés, il peut survenir « pour répondre à des besoins nouveaux, ou pallier l'absence de réglementations dans une matière où le besoin s'en fait sentir ¹⁰⁶ ». Dans la plupart des cas, il s'agit d'instrument d'autorégulation qui pourraient manifester l'intention de ses auteurs de se passer des services de l'État, considérés le cas échéant comme néfastes, inadaptés, incompetents ou invasifs ¹⁰⁷. Ce *soft law* para-législatif, comme l'a qualifié Isabelle Hachez dans ses balises conceptuelles, serait alors le signe d'une crise de confiance envers l'État ou, à tout le moins, d'une remise en cause de son monopole de la contrainte juridique. D'autres motifs peuvent néanmoins conduire au choix de l'autorégulation, soit que l'État l'ait recommandé ou imposé, soit qu'elle serve comme outil de standardisation et/ou de communication pour l'auteur de la norme. De telles préoccupations font en partie écho à celles des populations soumises au souverain de l'Ancien Régime, qui cherchaient notamment à préserver leur coutume de l'emprise royale. Comme à l'époque, c'est le juge qui est le principal agent chargé de départager la nature juridique, ou du moins la source d'inspiration juridique que pourront constituer ou non ces nouveaux instruments normatifs.

Les deux phénomènes exposés vont enfin de pair avec l'abandon presque unanime, par les théoriciens du droit, du monisme juridique, pour lui préférer l'idée du pluralisme juridique, d'une pluralité de systèmes juridiques, qu'ils soient étatiques, infra- ou supra-

¹⁰⁶ I. HACHEZ, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁷ Comp. K. BENYEKHEF, *op. cit.*, p. 768 ; F. CAFFAGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation. Participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française d'administration publique*, 2004, p. 27 et s.

étatiques, voire transnationaux ou déterritorialisés¹⁰⁸. La consécration de ce pluralisme juridique se réalise en outre aujourd'hui par la prise en considération des phénomènes de mondialisation et de globalisation qui affectent l'État et, en particulier, la production des normes juridiques. Le champ d'action de l'État est en effet ébranlé aujourd'hui « par plusieurs phénomènes comme l'Internet, la compétence accrue des juridictions internationales (Cour pénale internationale, panels de l'Aléna ou de l'OMC) et l'importance accrue d'un droit propre à certains groupes (les marchands, les sportifs). Ainsi, l'État ne peut plus assurer, semble-t-il, son monopole normatif sur le territoire national », voire apparaît parfois « comme un simple relais « d'un droit élaboré ailleurs et doté d'une autorité supérieure à celle du droit interne » ; ce qui est particulièrement vrai pour les États parties à des accords d'intégration économique », tels les États membres de l'Union européenne¹⁰⁹. L'évolution récente des sources du droit, ou plutôt des possibles sources du droit et des interrogations qu'elle suscite, atteste ainsi de la mutation de l'État-nation, pour reprendre l'expression de Karim Benyekhlef, mais certainement pas de sa disparition.

Conclusion

Notre regard historien a permis de rappeler et d'illustrer l'enjeu considérable qui est au cœur de la formulation du droit. L'évolution des sources du droit est notamment, pour l'historien, le reflet de l'évolution des rapports de pouvoir au sein des sociétés humaines. En ayant identifié « ceux qui ont qualité pour exprimer la règle de droit et en affirmer le caractère obligatoire¹¹⁰ », comment imaginer qu'il ait pu en aller autrement ? La formulation du droit est un enjeu de pouvoir, objet de luttes intenses, symboliques et politiques. Les

¹⁰⁸ 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. 185 et s.

¹⁰⁹ K. BENYekhlef, *op. cit.*, p. 84-85, citant notamment M.M. SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, Paris, 2002, p. 32.

¹¹⁰ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2003, n° 203.

« producteurs de droit », les « pôles émetteurs »¹¹¹ sont en constante interaction et les sources qu'ils produisent le sont tout autant. La comparaison de l'Ancien Régime et de notre société mondialisée illustre bien cet enjeu : dans les deux cas, des groupes sociaux entendent se donner leurs propres règles, et concurrencent plus ou moins directement le droit formulé par le souverain ou par l'État. Karim Benyekhlef en conclut d'ailleurs que « le pluralisme juridique semble plus naturel à la condition générale du droit, en tant qu'artefact historique, que le monopole normatif que sous-tend le positivisme. Le monde contemporain semble rendre au droit cette condition naturelle en multipliant les foyers de normativité et en minorant le rôle de l'État dans l'élaboration et l'application normatives »¹¹².

Parallèlement, nous avons également pu aborder la diversité des sources du droit dans le passé, et la complexité des rapports entre ces sources. Elle impose de relativiser et, en tout cas, de démythifier la classification en apparence si simple des sources traditionnelles du droit qu'étaient, et que sont toujours, la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine. Leur hiérarchisation est une œuvre récente et contestée. Leurs contours ont rarement été déterminés avec précision : comment parler de jurisprudence, lorsque les arrêts ne sont pas motivés ou, au contraire, que les juridictions procèdent par « arrêt de règlement » ; comment distinguer la coutume des usages et des mœurs ; quelle place pour le droit romain, voire pour d'autres institutions, que nous n'avons pu aborder, tels les privilèges ? Tout cet arsenal juridique était pourtant revêtu d'une plus ou moins grande force normative, au sens du cadre conceptuel du présent ouvrage, et est par conséquent susceptible de participer à une réflexion sur les sources du droit. Si cette conclusion est évidemment anachronique dans le chef d'un historien, elle nous paraît néanmoins admissible

¹¹¹ L'expression « pôles émetteurs » est utilisée couramment par Philippe JESTAZ : voy. not. « Source délicieuse... Remarques en cascades sur les sources du droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 73 et s. Jacques VANDERLINDEN évoque pour sa part des producteurs : le chef, le juge, le peuple, le praticien, le sachant (« Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 69).

¹¹² K. BENYekhlef, *op. cit.*, p. 554.

lorsqu'elle s'inscrit dans une recherche collective en théorie du droit.

Les critiques et les craintes adressées aujourd'hui au renouvellement des sources du droit apparaissent dès lors sous un jour différent, nous semble-t-il. Les difficultés engendrées par la diversité des sources du droit ne sont pas nouvelles, et semblent intrinsèquement liées à l'évolution perpétuelle du droit, à ce droit en mouvement. Si, certes, la complexité du monde d'aujourd'hui n'est pas comparable à celle d'hier, les atteintes aux modèles et aux classifications théoriques, comme leur remise en cause existaient, et surviendront encore inmanquablement à l'avenir. Ce n'est pas sous cet angle que la multiplication des sources du droit mérite d'être attaquée.

Sous l'angle des rapports de pouvoir, l'évolution actuelle est peut-être plus interpellante. D'abord enjeu des relations entre un peuple et son souverain, la théorie des sources du droit a ensuite reflété l'aboutissement du modèle de l'État démocratique, notamment fondé sur la séparation des pouvoirs. Mais l'évolution contemporaine des sources du droit favorise l'émergence d'un droit non étatique, enjeu de pouvoir dans un monde globalisé ou mondialisé. Les États sont aujourd'hui concurrencés par d'autres acteurs, souvent transnationaux, principalement issus du monde économique ou associatif (ONG), lesquels ne bénéficient pas de la même légitimité démocratique.

L'État n'est plus seul, et de loin, à la source du droit. L'image de l'État « seul pôle de la légitimité juridique semble écornée par la mondialisation et ses avatars. [...] Il apparaît clair que l'État continuera à jouer un rôle de premier plan dans l'organisation normative globale et, pourtant du même coup, il faut reconnaître que ce rôle ne sera plus exclusif¹¹³ ». Cette conclusion nous paraît démontrer plus que jamais l'importance des interactions entre les sources du droit, ce qui illustre en outre parfaitement la théorie du droit en réseau, si chère aux fondateurs du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques qui abrite notre réflexion.

¹¹³ K. BENYEKHLEF, *op. cit.*, p. 1-2.

