PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Paul Dubouchet

Sémiotique juridique

Introduction à une science du droit

802622

34

Sémiotique juridique

8° F
53414

DL-13061990-16639

« LES VOIES DU DROIT »
COLLECTION DIRIGÉE PAR
MIREILLE DELMAS-MARTY,
JEAN-PIERRE ROYER, GÉRARD TIMSIT

HC

Sémiotique juridique

INTRODUCTION
A UNE SCIENCE DU DROIT

Paul Dubouchet

Maître de conférences de Droit public
à l'Université des Antilles et de la Guyane



Presses Universitaires de France

A la mémoire du Professeur Lucien Linossier,
en témoignage de respectueuse et inaltérable admiration.

ISBN 2 13 042699 9
ISSN 0766-6764

Dépôt légal — 1re édition : 1990, mai

© Presses Universitaires de France, 1990
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris



« Pour être philosophe en jurisprudence, on ne cesse pas d'être jurisconsulte. »

Portalis[1].

« ... Paul Valéry, au cours d'une conférence faite à l'Ecole des Sciences politiques, observait que ce qui manque aux nombreuses définitions du Droit, présentées par les meilleurs auteurs de Justinien à Kant, c'est la mention du langage, qu'il n'est pas possible pourtant de séparer de la notion de Droit. »

Roger Nerson[2].

« ... Une épistémologie comparative des systèmes symboliques, linguistiques et non linguistiques, pour laquelle l'étymologie commanderait de réserver le nom de *sémiotique*, si les impératifs de la mode n'en avaient fait, en France du moins, un pavillon qui couvre parfois d'extravagantes marchandises. »

G.-G. Granger[3].

1. J.-M.-E. Portalis, Comptes rendus de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1843, cité par A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, p. 146.
2. R. Nerson, Exercices de vocabulaire, in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 604.
3. G.-G. Granger, *Langages et épistémologie*, Klincksieck, 1978, p. 17.

Sommaire

Introduction 9

Préliminaire : Le triangle sémiotique et le droit 25

PREMIÈRE PARTIE. — DROIT ET SÉMANTIQUE

Chapitre Premier – Le parallélisme logico-lexical et le droit 37

I | L'apport d'Althusius 39
II | Grotius et Pufendorf 41
III | Leibniz 46

Chapitre II – Sémantique structurale du droit et documentation juridique 71

I | Sémantique structurale et droit romain 71
II | La documentation juridique 77

SECONDE PARTIE. — DROIT ET SYNTAXE

Chapitre Premier – Le parallélisme logico-grammatical et le droit 99

I | L'apport de Domat 100
II | L'apport de Bourjon et de Daguesseau 110
III | L'œuvre de Pothier 113

Chapitre II – Les inventeurs de la sémiotique juridique 119

I | Le Pandectisme et la jurisprudence des concepts 119
II | L'Ecole de l'Exégèse 126
III | La séméiologie juridique de Jean Ray 141

Chapitre III – Logique déontique 155

I | L'apparition et le développement de la logique déontique 155
II | Portée et signification de la logique déontique 172

Chapitre IV – La théorie pure du droit de Kelsen 181

I | Exposé de la théorie pure du droit 181
II | Examen critique de la théorie pure du droit 198

Conclusion : Droit et pragmatique, la « Rhétorique juridique » 205

Principaux ouvrages cités 221

Introduction

L'affirmation de Portalis que nous avons choisi de mettre en exergue de notre travail ne doit pas être considérée comme énonçant une *exception*. Bien au contraire, pendant toute l'histoire du droit romain, du droit canonique et de l'ancien droit, elle a d'abord été pendant longtemps exclusivement et presque continuellement la *règle*. Ce n'est en effet qu'à une date récente — très récente au regard de l'histoire du droit — au début du XIXe siècle, avec l'avènement de « l'Ecole de l'Exégèse », que le divorce entre la Philosophie et le Droit est apparu, et surtout qu'il s'est accentué alors au nom d'un positivisme plus ou moins vulgaire qui n'est certes pas celui d'Auguste Comte.

A cette époque, la pensée philosophique fut frappée, dans le monde juridique, d'un véritable ostracisme — à quelques exceptions près, dont les deux plus marquantes sont certainement représentées par l'œuvre du doyen Gény et par celle de Jean Ray. Cet ostracisme devait se prolonger en France jusqu'au milieu du XXe siècle.

Mais, il est juste de remarquer que, pendant la même période — équitable retour des choses ? — un ostracisme quasi aussi complet devait frapper la pensée juridique dans le monde philosophique : le droit fut en effet alors superbement ignoré, méprisé, aussi bien d'ailleurs par les philosophes que par les littéraires ou les scientifiques. Ainsi que l'a fort bien dénoncé Gény, en 1899, tout au début de *Méthode d'interprétation et*

sources en droit privé positif[1], le droit fut, au cours de cette période, le plus souvent considéré comme un mécanisme mort et stérile, comme une activité purement technique et routinière. Plus près de nous, Michel Villey — à qui la philosophie du droit est si redevable — a poursuivi la même dénonciation en rappelant que si les philosophes se sont mis, en France, de bonne heure à l'école de la Faculté des Sciences, ils sont trop longtemps restés sourds au message de la Faculté de Droit[2].

La Philosophie et le Droit, la Faculté des Lettres et la Faculté de Droit se sont ainsi, pendant des années, mutuellement ignorés, se retranchant derrière la barrière doublement infranchissable de la séparation des ordres universitaires et de leur refus du dialogue.

Cette situation n'a véritablement changé, en France, qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale, grâce à une poignée d'éminents juristes et philosophes qui ont compris l'enjeu de la « philosophie du droit », et parmi lesquels il convient de citer notamment Michel Villey, Henri Batiffol, Léon Husson, ainsi que les doyens Jean Carbonnier et Paul Roubier.

Dans le même temps, le Droit devait s'ouvrir aux sciences modernes, aux sciences humaines, et tout d'abord, sous l'influence d'Emile Durkheim, à la sociologie, avec Georges Gurvitch, Henri Lévy-Bruhl, Léon Duguit et l' « Ecole de Bordeaux », Maurice Hauriou — d'où la naissance d'une véritable « sociologie juridique » à laquelle le doyen Carbonnier devait contribuer grandement. Le droit s'ouvrait alors également, dans le même mouvement, à la politique, à la science économique, à l'ethnologie, à la psychologie...

Mais, plus près de nous, autour des années 1960, le Droit devait effectuer une nouvelle ouverture — c'est elle, comme nous le verrons bientôt, qui intéresse exclusivement notre propos.

1. F. Gény, *o.c.*, 2e éd., 1954, LGDJ, p. 1 : « C'était, il n'y a pas longtemps encore, une idée fort répandue, dans ce que l'on est convenu d'appeler le *grand public*, que les études de droit seraient vouées, par leur nature même, à une routine désolante, enserrées dans les lisières d'une scolastique étroite, qui constituerait leur méthode unique et nécessaire ; d'où ne pourrait surgir qu'une casuistique froide et stérile, échafaudée sur des formules impénétrables au commun des hommes, casuistique, indispensable peut-être à la vie pratique de l'humanité, mais, à coup sûr, indigne du nom de science. »

2. M. Villey, Gény et le droit naturel, in *APD*, nº 7, 1962, *Le droit naturel*. Michel Villey adresse cette critique aux philosophes en général, et en particulier à Bergson.

Celle-ci eut lieu dans trois directions plus ou moins complémentaires : la logique moderne sous l'impulsion de Georges Kalinowski et Jean-Louis Gardies, la phénoménologie sous l'impulsion, outre de Jean-Louis Gardies déjà cité, de Paul Amselek et Nicos Poulantzas, ainsi que de Simone Goyard-Fabre, enfin la linguistique et le « structuralisme » contemporain sous l'impulsion d'André-Jean Arnaud et d'Albert Brimo.

Ce sont en effet ces derniers auteurs qui intéressent plus particulièrement notre propos, car se consacrant à la « logique du droit » ou, de façon plus générale, à l'histoire et à la philosophie de la science juridique, ils ont développé une véritable « épistémologie du droit », ils ont grandement contribué à faire sortir le droit du « ghetto épistémologique » où il était enfermé jusque-là malgré les efforts de Gény ou de Jean Ray pour l'en faire sortir.

Cependant, ce sont bien tous les auteurs précédemment cités qui ont, d'une façon ou d'une autre, contribué à réconcilier le Droit et la Philosophie et qui, renouant avec une ancienne tradition, ont ouvert à nouveau des horizons prometteurs tant au Droit qu'à la Philosophie.

Ainsi, pour nous exprimer à la manière de Michel Foucault, on pourrait dire que « l'archéologie du savoir *juridique* » — à laquelle d'ailleurs nous ne prétendons pas avoir contribué ici — nous apprend que le divorce entre le Droit et la Philosophie est une invention récente et nous annonce peut-être sa fin prochaine. D'où la pérennité de notre exergue empruntée à Portalis et à son apologie du « philosophe-jurisconsulte ».

Poursuivre, à la suite des éminents auteurs que nous venons de citer, la réconciliation du Droit et de la Philosophie, et plus précisément — puisque telle est notre orientation — faire sortir le droit du « ghetto épistémologique » dans lequel il est resté pendant trop longtemps enfermé, tel a été le but premier, l'intention directrice de notre recherche.

Mais la philosophie du droit présente non seulement l'intérêt de renouer avec une tradition ancienne et d'ouvrir des horizons nouveaux, elle a également le mérite de mettre en lumière et en valeur le rôle de la *doctrine*, de rappeler s'il en était besoin l'importance fondamentale et la nécessité absolue de la *théorie juridique*.

A cet égard, la « philosophie du droit » est inséparable des

« théories générales du droit ». Michel Villey rappelle fort à propos que ce sont bien souvent les auteurs qui sont allergiques au mot « philosophie » et qui, sensibles à la propagande positiviste, ont cru devoir remplacer l'expression « philosophie du droit » par l'expression d'allure beaucoup plus scientifique de « théorie générale du droit ». On sait que cette substitution fut effectuée pour la première fois par Adolf Merkel, fondateur de l'*allgemeine Rechtslehre*, dans son article de 1874 *Du rapport entre philosophie du droit et science positive du droit* et qu'elle fut consacrée dans son ouvrage de 1899 les *Eléments de théorie générale du droit*. A vrai dire, il faut bien reconnaître que toute « philosophie du droit » propose, d'une façon ou d'une autre, une « théorie générale du droit ». C'est pourquoi son domaine de prédilection est véritablement celui de la doctrine juridique ; elle joue un rôle éminemment directeur dans la théorie juridique. La philosophie du droit fait même figure de « théorie de la théorie juridique », de « doctrine de la doctrine ». On comprend dès lors tout l'intérêt, mais aussi tout le danger d'une « philosophie du droit » quand on connaît déjà les risques de la théorie juridique : l'abstraction qui fait perdre de vue la réalité, l'oubli de la pratique juridique...

Cependant, nous ne croyons pas pour autant qu'il faille faire ce « complexe de la pratique » qui est partagé aujourd'hui par trop de juristes, et même par nombre de « juristes-théoriciens ». En effet, il suffit de jeter un regard furtif sur le passé pour comprendre que l'histoire du droit est en grande partie l'histoire de la doctrine juridique, comme nous avons d'ailleurs assayé de l'illustrer quelque peu dans les pages qui suivent. Rappelons simplement ici le rôle des « jurisconsultes romains » dans l'élaboration du droit romain, le rôle des « savants canonistes » dans la création du « droit canonique » que l'on appelle encore — fait symptomatique — « science canonique ». Rappelons, avec Ambroise Colin et Henri Capitant, que la doctrine a joué un rôle considérable dans l'ancien droit, qu' « avant la rédaction officielle des coutumes, c'est dans la production de certains écrivains que les juges et la pratique trouvaient le contenu des règles coutumières. C'est ainsi que nombre d'œuvres privées, aux XIIIe et XIVe siècles, purent acquérir une valeur quasi officielle, tels les *Coutumes de Beauvoisis* de Philippe de Beaumanoir, les *Etablissements de Saint-Louis* dus à un

écrivain anonyme, la *Très ancienne coutume de Bretagne*, le *Grand coutumier de Normandie*, la *Somme rurale* de Jehan Boutellier... »[3]. Rappelons, avec Charles Appleton, le rôle des grands jurisconsultes du XVIe siècle, de Dumoulin, le « premier parmi les grands du droit français » dont un de ses contemporains disait que « ses décisions avaient plus d'autorité dans le Palais que les arrêts des Parlements », de Cujas, « prince des interprètes du droit romain », « dont aucun jurisconsulte allemand des XVIIe et XVIIIe siècles ne prononçait le nom sans porter la main à son chapeau de docteur »[4]. Et, cette ancienne prééminence de la doctrine devait persister jusqu'au début du XIXe siècle, avec l'idéal du « philosophe-jurisconsulte » encore exalté par Portalis.

Ce n'est donc qu'avec la création du Code civil et l'avènement de « l'Ecole de l'Exégèse » que le rôle de la doctrine devait être passé sous silence, mis entre parenthèses. « Tout le Code civil et rien que le Code civil » pourrait être en effet la devise de l'« Ecole de l'Exégèse » qui s'épanouit tout au long du XIXe siècle, ne voyant d'autre source du droit que dans la volonté du législateur, que dans la *Loi*. Notons — et la remarque est importante — que cette apologie de la loi n'était d'ailleurs encore qu'une « vue de la doctrine ».

Au demeurant, il ne s'agit pas pour nous de mépriser l'« Ecole de l'Exégèse » dont la pureté méthodologique fut plus que remarquable, dont l'apport à la doctrine elle-même et en particulier, comme nous le verrons, à la « sémiotique juridique » fut très considérable. En effet, l'Ecole de l'Exégèse, bien que se développant avant la linguistique moderne, et indépendamment d'elle, présente plus d'un point commun avec cette dernière dont Ferdinand de Saussure allait être, au début du siècle suivant, le fondateur. Ainsi, ses postulats méthodologiques sont déjà, dans le domaine juridique, l'équivalent des postulats de la linguistique moderne :

1 / Reconnaissance de l'importance du langage ; il s'agit ici du langage écrit de la loi (« les textes avant tout » proclame Demolombe, le « prince de l'Exégèse ») ;

3. A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, refondu par Léon Julliot de La Morandière, Dalloz, 1957, p. 119.

4. Ch. Appleton, *Coup d'œil biographique sur quelques jurisconsultes français du XVIe siècle*, Berne, 1875.

2 / Reconnaissance de la nécessité d'opérer sur un ensemble fermé, sur un « corpus » (« Tout le Code civil et rien que le Code civil ») ;

3 / Refus d'une étude de l'évolution des institutions juridiques (diachronie) au profit de la seule étude des institutions définies par le Code civil (synchronie).

C'est pourquoi, en dépit des anathèmes lancés contre l'Ecole de l'Exégèse, celle-ci a mieux délimité l'objet de sa recherche et le contenu de son programme que ne l'ont fait nombre de ses détracteurs.

Cependant, le culte exclusif de la loi devait amener l'Ecole de l'Exégèse à s'enfermer dans une mécanique juridique stérile et sclérosée, incapable de création et d'innovation, inapte à affronter l'invasion qualitative et quantitative des problèmes nouveaux qui n'allaient pas manquer de faire irruption sur la scène juridique.

Il fallait donc libérer le droit en redécouvrant le rôle de la jurisprudence et celui de la doctrine.

Dès la fin du XIXe siècle, Labbé, Saleilles et Hauriou devaient montrer la fécondité de la jurisprudence, tandis que Gény dénonçait le « fétichisme de la loi écrite et codifiée »[5].

Certes, pour le doyen Gény, l'exclusion de la jurisprudence des *sources formelles* du droit reste le « principe absolu »[6] : le rôle de la jurisprudence est d'interpréter la loi, non de se substituer à elle en s'arrogeant un pouvoir normatif. Gény entend en effet seulement s'opposer à l'Ecole de l'Exégèse et à son idée maîtresse qui est d'interpréter chaque loi par rapport au système auquel elle appartient (c'est-à-dire au Code civil) ; selon Gény au contraire, chaque loi doit pouvoir être interprétée en elle-même et pour elle-même par référence à la réalité sociale à laquelle elle renvoie[7] et dont prennent acte aussi bien la jurisprudence des tribunaux que les opinions de la doctrine. C'est pourquoi, la jurisprudence n'est pas une *source formelle* du droit, mais seulement une des *autorités* les plus puissantes

5. F. Gény, *o.c.*, t. 1, p. 70.
6. F. Gény, *o.c.*, t. 2, p. 35.
7. F. Gény, *o.c.* : « Le droit resterait comme un mécanisme tournant à vide s'il n'était constamment approvisionné et nourri de la substance économique. »

du droit[8]. C'est en ce sens — mais en ce sens seulement — que doit être comprise la « révolution juridique » du doyen Gény qui a consisté à libérer le droit du « fétichisme de la loi » et à ouvrir la voie à l'Ecole dite de « la libre interprétation » dont Raymond Saleilles a fort bien énoncé la devise : « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil. »[9]

Aujourd'hui, la place de la jurisprudence parmi les sources du droit n'est guère contestée. Certes, le doyen Carbonnier, se rangeant à l'avis des classiques et notamment de Gény, estime que la jurisprudence ne constitue qu'une « autorité de fait »[10]. Cependant, force est de constater que si le XIXe siècle fut le siècle du culte de la loi, le XXe siècle aura été, au moins jusqu'à nos jours, celui du culte de la jurisprudence. Cette dernière en effet non seulement interprète et applique la loi, l'éclaire mais aussi la complète, parfois y supplée ; elle devient alors, plus d'une fois, l'égale de la loi. Ainsi, le rôle créateur et normatif de la jurisprudence, et partant sa place parmi les sources du droit, n'est plus contestable ; cette constatation n'est pas une vue de l'esprit, c'est bel et bien un fait comme le souligne fortement le doyen Maury en parlant du « fait jurisprudentiel » dont il explique le pouvoir créateur par le consentement des intéressés et le pouvoir des tribunaux[11], tandis que Marcel Waline explique ce même pouvoir créateur par une réception tacite du législateur[12]. De son côté, Olivier Dupeyroux, après avoir analysé les positions de Marcel Waline et de Maury, et tout en dénonçant dans la jurisprudence une « source abusive de droit », concède que « le juge participe en un certain sens à l'exercice de la fonction législative sans pour cela empiéter nécessairement sur les attributions du législateur »[13].

Le rôle de la jurisprudence dans la création de règles de droit est en effet patent, non seulement en droit civil mais aussi

8. F. Gény, *o.c.*, t. 2, p. 53 : « La jurisprudence sans constituer en elle-même une source formelle du droit positif, doit du moins compter parmi les autorités les plus puissantes aux yeux du juriste. »

9. R. Saleilles, *Préface* à F. Gény, *o.c.*, p. XXV.

10. J. Carbonnier, *Droit civil*, « Thémis », t. 1, p. 127.

11. J. Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, in *Etudes offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, p. 39.

12. M. Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, 1950, p. 43.

13. O. Dupeyroux, La jurisprudence, source abusive de droit, in *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz, 1960, p. 353, t. 2.

et surtout en droit administratif, droit essentiellement « prétorien » selon l'expression d'Hauriou. Car, comme le souligne le doyen Vedel : « Même dans le droit civil il est évident que, en fait, une partie importante des règles de droit est posée par le juge ; ceci est encore plus évident en droit administratif où les règles les plus importantes n'ont le plus souvent pas d'autre origine. »[14] De son côté, Pierre Hébraud remarque que « la règle jurisprudentielle a une nature et une valeur propres » qui ont donné naissance aux « vastes constructions comme celles qu'ont édifiées la Cour de cassation en matière de responsabilité du fait des choses ou le Conseil d'Etat pour tout le droit administratif »[15].

Ainsi, toutes les tentatives pour réduire le pouvoir normatif du juge, pour récuser la place de la jurisprudence parmi les sources du droit, sont-elles vouées à l'échec : « Le juge, écrit Pierre Hébraud, a un incoercible pouvoir d'arbitrage et de création du droit. »[16] Mme Rubellin-Devichi ne dément pas ce point de vue en écrivant, dans un ouvrage de 1979, que le « *fait jurisprudentiel...* est aujourd'hui incontestable » et que « la jurisprudence est en somme une source complémentaire de la loi »[17].

Ce point de vue est également illustré, dans le domaine de la jurisprudence administrative, par René Chapus qui montre que les règles jurisprudentielles administratives ont une valeur infralégislative et supradécrétale parce qu'elles sont « édictées » par le Conseil d'Etat gardien de la loi mais censeur du gouvernement[18]. Ce même point de vue est encore illustré, tant dans le domaine du droit civil que dans celui du droit administratif, par Sadok Belaid qui, dans son *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*[19], a mis à jour les règles et institutions juridiques qui procèdent de l'initiative du juge, tels la protection des libertés individuelles, le statut de l'étranger en France, les « personnes morales », « l'abus du droit », la responsabilité

14. G. Vedel, *Droit administratif*, « Thémis », 5e éd., 1973, p. 288.
15. P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, p. 333.
16. P. Hébraud, *o.c.*, p. 371.
17. J. Rubellin-Devichi, *Travaux dirigés de droit civil*, Lyon, L'Hermès, 1979, p. 60-61.
18. R. Chapus, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, Dalloz, 1960, I, 100.
19. S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974.

civile, la théorie de l'imprévision, le recours pour excès de pouvoir, etc. Certes, dans la *Préface* de cet ouvrage, Michel Villey a soin de nuancer ce que la thèse de l'auteur peut avoir d'excessif en précisant : « Je dirais plutôt que la production de règles générales relève aujourd'hui de la *doctrine* mais travaillant sur les arrêts de la jurisprudence, et de concert avec les juges. »[20]

C'est pourquoi, nous devons nous demander maintenant dans quelle mesure la « redécouverte » de la doctrine, parallèlement à la redécouverte de la jurisprudence, a contribué elle aussi à libérer le droit de l'emprise des textes et du culte exclusif de la loi.

Dans son ouvrage *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paul Amselek souligne fort opportunément le rôle actuel de la doctrine ; il remarque, à la suite de Pescatore, que les tribunaux citent parfois dans leur décision « tel ou tel ouvrage d'un auteur, de la même façon qu'ils citeraient tel ou tel texte législatif »[21]. D'ailleurs, au sujet de l'influence de la doctrine dans la création du droit, Mme Rubellin-Devichi, après avoir souligné « le rôle du doyen Carbonnier dans l'élaboration des réformes du droit de la famille », rappelle qu' « il arrive que les décisions elles-mêmes se réfèrent aux autorités doctrinales »[22]. Et Mme Rubellin-Devichi donne notamment l'exemple des attendus suivants que l'on rencontre respectivement dans un jugement du tribunal de grande instance de Pau pour les deux premiers[23] et dans un jugement du tribunal de grande instance du Mans pour le troisième[24] :

« — Attendu qu'on lit dans les *Principes de droit civil français* de Laurent (t. VIII, p. 346, nº 289)... »

« — Attendu que Huc, en son *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (t. IV, nº 458)... »

« — Attendu que selon Loysel, *en mariage trompe qui peut* ; que le mariage est un acte solennel dont la stabilité est essentielle à la société ; qu'il faut fermer autant que faire se peut la porte au repentir tardif des époux (doctrine)... »

20. M. Villey, *Préface* à S. Belaid, *o.c.*, p. III.
21. P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, p. 406.
22. J. Rubellin-Devichi, *o.c.*, p. 64-66.
23. Pau, 17 décembre 1969, *JCP*, 1969, II, obs. M. B. (sur l'extinction des servitudes).
24. Le Mans, 18 mars 1965, *D*, 1967, p. 203, note Pradel.

En outre, Chaïm Perelman, se référant à l'ouvrage de Marthe Weser *Présomptions et fictions en droit privé international*, souligne que « la plupart des règles du droit international privé sont d'origine d'abord doctrinale puis jurisprudentielle »[25].

Il ne faut pas oublier non plus que, dans le domaine du droit international public, l'article 36 du Statut de la Cour internationale de justice reconnaît comme source supplétive du droit international « la doctrine des publicistes les plus éminents » ; au demeurant, l'article 1er du Code civil suisse invite les juges à s'inspirer non seulement des solutions consacrées par la jurisprudence mais également par la doctrine.

D'autre part, le rôle de la doctrine se manifeste encore, de façon indirecte il est vrai, par l'intermédiaire des principes généraux du droit et des adages. C'est ainsi que Paul Roubier a fortement souligné l'importance de ces « règles de formation doctrinale » que sont les principes généraux du droit, susceptibles de combler la plupart des lacunes de l'ordre législatif[26]. Mme Rubellin-Devichi souligne le rôle des principes généraux en droit administratif, droit essentiellement jurisprudentiel, même si l'on peut admettre, avec G. Morange, que le recours aux principes généraux du droit est le propre d'un droit naissant, d'un droit qui ne s'est pas encore parfaitement constitué[27]. Quant aux adages dont certains ne font d'ailleurs qu'énoncer des principes généraux du droit, ils sont eux aussi de formation doctrinale. Henri Roland et Laurent Boyer précisent que les adages peuvent être considérés comme une « coutume d'origine savante » dont certains, les *supra leges*, recouvrent les « principes les plus éminents du droit »[28]. De son côté, Benoît Jeanneau a montré que, par l'intermédiaire des adages, la doctrine contribuait à préciser le contenu de la notion d'*équité* : certains adages tels que *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et *Ubi emolumentum, ibi opus*, répondent en effet à des consi-

25. Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2e éd., 1976, p. 62 : c'est ainsi, écrit l'auteur, que « les jurisprudences française et belge ont consacré la règle existant depuis le XVIe siècle *mobilia personam sequuntur, immobilia vero territorium* ».

26. P. Roubier, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946, p. 14.

27. G. Morange, Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit, in *RDP*, 1977, p. 761.

28. H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, L'Hermès, t. 2, 1978, p. 10 et 14.

dérations d'équité, rejoignant les « principes de l'équité naturelle » de l'article 565 du Code civil[29].

Il ne faudrait cependant pas conclure de ces remarques que la doctrine puisse se substituer à la loi ni même à la jurisprudence en tant que source du droit, ainsi que l'a montré le doyen Henri Batiffol en un article décisif[30] dans lequel il récuse la prétention de la doctrine à s'ériger en *source* du droit mais souligne en revanche le *rôle* qu'elle doit jouer. Henri Batiffol dénonce en particulier vigoureusement une doctrine irresponsable qui perdrait de vue la réalité juridique : « Si les auteurs, écrit-il, voulant trouver les raisons d'être des lois et les implications qu'elles enveloppent, vont trop vite, trop loin, ils travaillent dans le vide... vis-à-vis des juges, ils apparaissent comme irresponsables, donc diminuant l'autorité de la doctrine. »[31] La doctrine ne peut en effet, à sa guise, faire ou défaire le droit. Comme l'avait déjà remarqué Jhering, il ne faut pas confondre le jurisconsulte et le législateur[32] ; quant à Windscheid, le pandectiste, il affirmait qu'il n'appartient pas au juriste de légiférer[33]. Néanmoins, Henri Batiffol reconnaît à la doctrine un rôle critique : « la doctrine, écrit-il, est en droit de critiquer les solutions que le droit positif a mises en vigueur »[34].

Cependant, s'il est vrai que la doctrine n'a pas à s'occuper des développements ni des détails de la législation, il n'en reste pas moins qu'elle intervient parfois, de façon plus décisive, et à un niveau supérieur, en proposant par exemple des règles de résolution des conflits de normes : elle édicte ainsi de véritables normes appelées à régler le fonctionnement d'autres normes et que Zygmunt Ziembinski peut comparer aux normes constitutionnelles[35].

De toute façon, même si la doctrine n'est pas une source du

29. B. Jeanneau, Le traitement de l'équité en droit français, in *Etudes de droit contemporain*, XXXIII, p. 21.

30. H. Batiffol, La responsabilité de la doctrine dans la création du droit, in *Droit prospectif*, 1981-2, p. 175-184.

31. H. Batiffol, art. cité, p. 183.

32. R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, trad. 1877, Maresq, voir *infra*, Le pandectisme.

33. H. Batiffol, art. cité, p. 182, rappelle cette remarque de Windscheid : « Il n'appartient pas au juriste de déterminer les causes de divorce ou si la répudiation unilatérale est admissible ou s'il n'y aura pas de divorce du tout. »

34. H. Batiffol, art. cité, p. 183.

35. Voir notre thèse, *Recherches pour une sémiotique juridique. Propédeutique à une philosophie des systèmes symboliques du droit*, Lyon, 1982.

droit *stricto sensu*, elle demeure l'inspiratrice privilégiée de la construction du droit. Paul Amselek remarque que « traditionnellement les théoriciens du droit se sont trouvés associés à l'œuvre jurislatrice » et notamment ces « théoriciens du droit par excellence » que sont les « professeurs de droit », car « la Faculté de droit est le centre vital de la théorie juridique »[36]. Mais, rien ne souligne mieux la place exacte et le rôle véritable de la doctrine que cette remarque que Paul Amselek emprunte à Karl Engish : « C'est l'avantage presque unique en son genre de la science du droit parmi les sciences culturelles de ne pas se promener à côté et derrière le droit, mais d'être admise à contribuer à former le droit lui-même et la vie dans et sous l'empire du droit. »[37]

Ainsi, la doctrine est-elle inséparable du droit, toujours présente dans la moindre de ses manifestations, elle donne forme à son contenu. Elle est la médiation de l'influence qu'exerce le droit et de celle qu'il subit. Elle est le dernier, l'indispensable recours du juriste lorsqu'il se heurte à l'insuffisance, à l'obscurité, à la contradiction ou au silence de la loi. La doctrine n'est pas une simple campagne qui escorte le droit tout au long de sa route, mais sa collaboratrice inspirée, sa conscience vigilante qui dirige secrètement ou qui exhorte. Le développement de la doctrine est si inextricablement lié à celui de la loi et de la jurisprudence que l'on est tenté de se demander si elle n'en est qu'un simple reflet ou si, au contraire, elle n'est pas véritablement l'âme de la loi et de la jurisprudence, le cœur même de la vie du droit.

C'est pourquoi, de même que naguère le philosophe Delacroix lança cette réfutation concise du matérialisme en notant que « c'est une vue de l'esprit », ne serait-on pas en droit de dire aujourd'hui, devant le primat de la pratique juridique, lorsqu'il est proclamé par certains juristes-théoriciens, que c'est encore une vue de la doctrine ? On sait en effet, au moins depuis Pascal, que l'on n'échappe pas à la philosophie : refuser la philosophie c'est encore philosopher, refuser la morale c'est émettre une opinion morale. De même, critiquer la théorie juridique, la dénoncer, c'est encore soutenir une théorie juri-

36. P. Amselek, *o.c.*, p. 406-407.
37. Cité par P. Amselek, *o.c.*, p. 407.

dique. Et à la limite, ne pourrait-on pas prétendre que le discours sur la théorie juridique est toujours un plaidoyer, même lorsqu'il prend les allures d'un réquisitoire ?

D'ailleurs, dans le domaine du droit administratif, ce même point de vue a été illustré naguère, en 1951, par Jean Rivero dans une étude qui est restée célèbre : *Apologie pour les « faiseurs de système »*. Dans cet article, Jean Rivero entendait répondre à la note de Bernard Chenot concernant l'arrêt Gicquel du 10 février 1950[38] et dénonçant l'élaboration de systèmes qui ne seraient destinés qu'à assurer « la tranquillité des professeurs ».

Jean Rivero fait observer que « l'effort pour systématiser » répond au contraire « à une nécessité », que « les *systèmes* sont indispensables au droit administratif, qu'en fait d'ailleurs, les contempteurs des *systèmes* tombent eux-mêmes sous la condamnation qu'ils portent et apparaissent comme des *faiseurs de système*, parce qu'ils sont de remarquables juristes et que tout juriste est faiseur de système ». Jean Rivero rappelle que « la doctrine en droit administratif c'est le Conseil d'Etat lui-même qui l'a fondée dans une très large mesure. Laferrière n'a fait que réduire en système des solutions d'espèces, incompétence, voie de fait, violation de la loi, détournement de pouvoirs, ces "catégories" dans lesquelles s'analyse l'excès de pouvoir sont nées au sein du Conseil ». Et, invoquant la volonté de systématiser d'un Laferrière ou d'un Romieu, Rivero conclut : « Tout le droit jurisprudentiel s'est fait par ces systématisations successives. »

Le système remplit en effet une fonction de stabilité et de sécurité, il s'oppose à la vision subjective, à « l'impressionnisme juridique » auquel risque de conduire la conception de Chenot : « L'impressionnisme juridique, le jugement rendu au seul vu de l'ambiance d'une affaire, écrit Rivero, aboutissent à la mort du droit. »

Cependant, Bernard Chenot ayant déclaré que le juge doit « contrarier les théories générales, démentir les notions fondamentales », Jean Rivero ajoute : « Que le juge le fasse lorsqu'un jugement équitable est à ce prix. »[39]

Or, précisément, l'idée maîtresse de l'étude de Rivero est

38. Rivero, *Dalloz, Chronique*, 1951, Chenot, note, *Recueil Lebon*, arrêt Gicquel, 10 février 1950.
39. J. Rivero, art. cité, p. 99-102.

que l'on ne peut contredire les théories générales qu'au moyen d'autres théories générales, on ne peut démentir les notions fondamentales qu'au moyen d'autres notions fondamentales. De plus, même si le juge peut et doit aller contre ces théories et contre ces notions, son travail ne peut s'exercer qu'à partir d'elles, que grâce à elles.

Ainsi, même si le droit occupe une place particulière, insulaire dans l'édifice scientifique, il obéit au même mouvement, au même processus que l'ensemble des sciences. Gaston Bachelard a montré que la science est une « connaissance approchée », une connaissance sans cesse rectifiée, car « la science n'est jamais triomphante, mais toujours militante »[40]. Dans le même sens, Gilles-Gaston Granger va même jusqu'à définir paradoxalement la science comme la « connaissance erronée », une connaissance où l'erreur a sa place, car « l'édifice scientifique est nécessairement en déséquilibre et constamment en progrès »[41]. Le juge est en effet dans la même position que le savant qui doit sans cesse renverser et rectifier les théories précédemment admises. Transposant une formule célèbre de Gaston Bachelard, on pourrait dire que le droit n'avance pas par la simple accumulation de la législation ni par la seule capitalisation de la jurisprudence, mais par crises, par contradictions surmontées et rectifications successives.

C'est pourquoi, Bernard Chenot a raison de remarquer que le juge doit « contrarier les théories générales, démentir les notions fondamentales », à condition de préciser que cette contradiction et cette dénonciation font partie intégrante de la construction de l'édifice juridique, lui-même « constamment en déséquilibre et nécessairement en progrès ». Comme le déclare Rivero : « Que le système d'aujourd'hui soit appelé à céder quelque jour la place à une systématisation nouvelle, comment le nier ? »[42]

Replacer, à la suite de ces remarques, le droit dans le système des sciences, faire en sorte que le droit ne soit plus considéré comme un intrus dans la philosophie des sciences, découvrir les véritables rapports qui existent entre le droit

40. G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, PUF.
41. G.-G. Granger, *Pensée formelle et sciences de l'homme*, Aubier, 2e éd., 1967.
42. J. Rivero, art. cité, p. 102.