



**HAL**  
open science

# **Théories du droit et pluralisme juridique : Introduction et conclusion**

Boris Barraud

► **To cite this version:**

Boris Barraud. Théories du droit et pluralisme juridique : Introduction et conclusion. Théories du droit et pluralisme juridique - Tome II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016, 978 - 2 - 7314 - 1034 - 1. hal-01412963

**HAL Id: hal-01412963**

**<https://hal.science/hal-01412963v1>**

Submitted on 14 Dec 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Sommaire

## **PREMIÈRE PARTIE L'ÉLABORATION DE LA THÉORIE SYNCRÉTIQUE DU DROIT OU LA CRÉDIBILITÉ CONCEPTUELLE DU PLURALISME JURIDIQUE**

- Chapitre 1. L'intention épistémologique propre à la théorie syncrétique du droit
  - Section 1. La recherche d'une scientificité élevée des études théoriques du droit
    - I. L'objectivité, premier principe scientifique
    - II. L'empirisme, second principe scientifique
  - Section 2. La quête d'une réponse consensuelle et actuelle à la question du droit
    - I. Le sens relatif de « droit »
    - II. L'essence du droit par les sens de « droit »
  
- Chapitre 2. Les instruments scientifiques produits par la théorie syncrétique du droit
  - Section 1. L'échelle de juridicité, un outil pour mesurer la force juridique des règles
    - I. Les six critères de la juridicité
    - II. La production et la lecture des résultats
  - Section 2. L'échelle de normativité, un outil pour évaluer la force factuelle des règles
    - I. La définition de la normativité
    - II. L'utilisation de l'échelle de normativité

**SECONDE PARTIE**  
**L'EXPÉRIMENTATION DE L'ÉCHELLE**  
**DE JURIDICITÉ OU LA POTENTIALITÉ MATÉRIELLE**  
**DU PLURALISME JURIDIQUE**

- Chapitre 1. La virtualité du pluralisme juridique illustrée par les applications de l'échelle de juridicité à diverses formes de normativité
- Chapitre 2. L'éventualité du pluralisme juridique attestée par les applications de l'échelle de juridicité aux sources d'une branche de normes sujet d'expérience
  - Section 1. Les sources étatiques de normes comme indices de la possibilité du pluralisme juridique
    - I. Les sources étatiques « politiques » et la force juridique de leurs règles
    - II. Les sources étatiques « non politiques » et la force juridique de leurs règles
  - Section 2. Les sources non étatiques de normes comme preuves de la possibilité du pluralisme juridique
    - I. Les sources publiques externes et la force juridique de leurs règles
    - II. Les sources privées et la force juridique de leurs règles

# Introduction

**1. Le paradigme du pluralisme juridique, un paradigme restant à penser.** Au sein du premier tome de *Théories du droit et pluralisme juridique*, l'acceptabilité conceptuelle du pluralisme juridique a été mise à l'épreuve des théories et conceptions du droit existantes. Si, à l'heure du « droit global », de plus en plus de propositions novatrices tendent à affermir cette acceptabilité conceptuelle, le constat dressé n'a pu qu'être celui d'une fragilité du pluralisme juridique parmi la psyché juridique collective. En somme, bien que de moins en moins radicalement, les théories du monisme juridique, au premier rang desquelles figure le normativisme kelsénien, dominant des théories du pluralisme juridique qui ne parviennent pas à justifier de façon convaincante le panjuridisme qu'elles entendent affirmer. Il convient, en ce second tome, de présenter les prémisses, le contenu et les conséquences de la théorie syncrétique du droit, laquelle, d'une part, est une théorie originale proposée par l'auteur de ces lignes<sup>1</sup> et, d'autre part, constitue une théorie positiviste du pluralisme juridique<sup>2</sup>. En effet, cette théorie amène à considérer que toute norme sociale est juridique, mais seulement dans un cadre précisément défini : celui que forment *la définition syncrétique du droit et l'échelle de juridicité*.

---

<sup>1</sup> Les jalons de cette théorie ont été posés dans deux livraisons des *Archives de philosophie du droit* : B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *Arch. phil. droit* 2013, p. 365 s. ; B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (seconde partie : application) », *Arch. phil. droit* 2014, p. 503 s.

<sup>2</sup> On a pu soutenir que toute théorie positiviste du droit serait nécessairement moniste et que, pour penser le pluralisme juridique, il serait nécessaire de sortir du cadre positiviste (L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 130). Cela paraît discutable tant des propositions peuvent parfaitement tout à la fois soutenir le pluralisme juridique et être positivistes.

La théorie syncrétique du droit est toutefois, ainsi que son nom l'indique, avant tout une théorie du droit. Elle cherche essentiellement à comprendre et à expliquer la notion de droit et ce n'est que secondairement qu'elle apporte des éléments de réponse à la problématique de la possibilité théorique du pluralisme juridique. Le monisme et le pluralisme juridiques sont rarement étudiés en tant que tels. Ils ne sont, en général, qu'une conséquence accessoire, relevée « en passant », de travaux qui se concentrent sur d'autres aspects des phénomènes juridiques, principalement le concept de droit (pour les théories du monisme) et la réalité normative (pour les conceptions du pluralisme). Il en va à l'identique de la théorie syncrétique dont l'objet premier est de penser le droit, non de penser le pluralisme juridique, même si l'une et l'autre intention, normalement, se rejoignent. Qu'elle aboutisse à consacrer le pluralisme juridique et à écarter le monisme juridique est un simple résultat de son contenu et de son cadre épistémologique. Il n'en demeure pas moins que l'apport de la théorie syncrétique du droit à l'évolution et même au progrès de la pensée du pluralisme juridique pourrait éventuellement s'avérer réel, spécialement en ce qu'elle permet de reconnaître un pluralisme juridique qualitatif, soit le fait que toutes les normes sont juridiques, mais en revêtant des niveaux de force juridique variables, allant de la juridicité faible à la juridicité absolue.

Ensuite, l'objet de cet ouvrage est de souligner le grand particularisme de la théorie syncrétique du droit au sein du paysage de la théorie juridique moderne et, quoique dans une moindre mesure, au sein du paysage de la théorie juridique postmoderne. Ce particularisme provient en premier lieu de l'association qu'elle parvient à consolider entre la possibilité du pluralisme juridique et la reconnaissance d'une définition fine et précise du droit.

L'État, d'un point de vue moniste-normativiste, est l'« ordre juridique total »<sup>3</sup>, un monolithe cohérent et logique qui intègre et ramène à lui tous les sous-ordres juridiques et toutes les sources de règles de droit afin de former une « pyramide » unique. Il est le seul foyer de validité, laquelle est le seul critère de juridicité. Partant, il n'existe pas d'ordres juridiques et de sources de normes juridiques para-étatiques ; hors de l'État, ceux-ci ne sauraient être davantage que des ordres normatifs non juridiques et des sources de normes non juridiques. Et Carbonnier pouvait observer que les phénomènes de pluralisme juridique tendent à être « incompris voire ignorés dans les sociétés de type légaliste »<sup>4</sup> où prime la « conception

<sup>3</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1<sup>re</sup> éd. (1934), trad. H. Thévenaz, La Baconnière (Neuchâtel), 1988 (cité par J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 101).

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 2006, p. 47.

unitaire du droit qui le confond avec l'État »<sup>5</sup>. À l'inverse, l'État est, aux yeux de qui soutient le pluralisme juridique, un ordre juridique qui côtoie, dans l'univers du droit, un certain nombre d'autres ordres normatifs revêtant également la qualité juridique, tandis que les sources du droit, y compris privées, sont multiples.

Il pourrait être tentant, cela étant dit, de « capituler et abandonner les problèmes de l'identité et de l'unité du droit »<sup>6</sup> ; d'autant plus que ces problèmes sont le plus souvent perçus comme uniquement théoriques et que beaucoup de juristes ne les ont jamais abordés, se contentant de soutenir implicitement, en adhérant *grosso modo* à la doctrine dominante, l'étatisme juridique. Nombreux sont ceux, parmi les facultés de droit, qui considèrent – et ils n'ont certainement pas tort – que ce ne sont là que des « figures et conflits rhétoriques »<sup>7</sup>. Mais la théorie syncrétique se présente telle une voie nouvelle et, peut-être, telle une voie opportune afin de trancher les questions de l'identité et de l'unité ou pluralité du droit. C'est pourquoi il faut l'emprunter et se détourner des chemins théoriques existants, au moins le temps d'un livre.

À la fois temporellement (en ce qu'elle est très récente) et substantiellement (en ce qu'elle retient plusieurs critères de juridicité et aboutit à consacrer le pluralisme juridique), la théorie syncrétique s'inscrit sans doute davantage dans la pensée juridique postmoderne que dans la pensée juridique moderne, cela même si son intention est de n'être ni moderne ni postmoderne, ou plutôt à la fois moderne et postmoderne à l'instar de la psyché juridique collective qu'elle entend suivre. En même temps, elle ajoute une pierre à l'édifice de cette pensée postmoderne, lequel est en construction mais demeure loin d'être achevé. À l'ère postmoderne de la pensée juridique, les théories du monisme juridique apparaîtront moins que les théories du pluralisme juridique comme « l'incarnation même de la Raison »<sup>8</sup>. Seulement n'est-il que permis de conjuguer le verbe « apparaître » au futur. Si la pensée juridique moderne – dans sa seconde et dernière version (celle du xx<sup>e</sup> s.) – est attachée au monisme quand la pensée juridique postmoderne se rallie au pluralisme, reste à connaître les proportions d'auteurs qui intègrent l'un et l'autre cadres épistémiques.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>6</sup> G. TEUBNER, « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », *Dr. et société* 1997, p. 107.

<sup>7</sup> Réf. à A. LEMPEREUR, M. MEYER, dir., *Figures et conflits rhétoriques*, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 1990.

<sup>8</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 101.

La seule et unique condition pour que le pluralisme juridique triomphe du monisme juridique est que le nombre des penseurs et commentateurs qui acceptent l'idée de pluralisme juridique soit supérieur au nombre des penseurs et commentateurs qui la rejettent au profit de l'idée de monisme juridique. Or, dans les années 2010, cette condition n'est pas remplie, bien qu'elle soit de plus en plus proche de l'être, et le monisme juridique demeure le « paradigme dominant », le pluralisme juridique n'étant toujours qu'un « aspirant paradigme ». Il semble peu conforme à la réalité doctrinale contemporaine de dire que « la conception moniste est dépassée »<sup>9</sup>. La part de la doctrine qui estime que « plusieurs espaces de régulation juridique agissent simultanément »<sup>10</sup> croît, certes, de façon permanente, mais elle n'atteint pas encore le seuil de 50 %. Il n'est, en la matière, que possible de suivre qui soutient que « la vérification orthodoxe d'une prophétie postmoderne [...] suppose : 1. Que l'on accepte l'idée selon laquelle la modernité a précisément eu pour effet historiquement vérifiable de concentrer entre les mains de l'État la détermination officielle de la juridicité ; 2. Que l'on démontre que, dans ce même monde empirique – celui des sociétés occidentales –, la juridicité se définirait désormais tout autrement »<sup>11</sup>. La preuve de ce second point ne peut, pour l'heure, être apportée. Les postmodernes sont, aujourd'hui, moins nombreux que les modernes, même s'ils sont nombreux. Et le pluralisme juridique demeure dominé par le monisme et par l'étatisme juridiques.

On note qu'« à la quiétude du siècle précédent, ramenant le droit à la loi, a succédé un désordre normatif des plus troublants : enchevêtrement des sources, devenues insaisissables, lois que l'on dit sans droit, règles sans normes, normes sans contrainte... toutes hybrides monstrueux, dénoncées de toutes parts, désavouées par leurs auteurs mêmes et pourtant proliférant, comme par désenchantement »<sup>12</sup>. À l'aune de pareille description du contexte nomo-juridique, il faut croire que le monisme juridique n'est plus qu'un paradigme dominant en sursis, que l'idée de « droit au pluriel » appartient à l'avenir de la culture juridique quand celle de « droit au singulier »<sup>13</sup> appartient à son passé. Le seuil de 50 % précité sera sans doute atteint à court ou moyen terme. Il paraît, dès lors, peut-être

<sup>9</sup> J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Dr. et société* 2001, p. 835.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 836 ; également, B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *Dr. et société* 1988, p. 573 s.

<sup>11</sup> D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN, dir., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 71.

<sup>12</sup> N. MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD civ.* 1999, p. 729.

<sup>13</sup> Réf. à F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *RIEJ* 1982, n° 9, p. 51 s.

plus opportun car digne d'intérêt de penser le pluralisme juridique que de penser le monisme juridique, tout ou presque ayant été dit et écrit à propos de ce dernier quand le pluralisme juridique reste, dans une large mesure, à penser.

Tout d'abord, le pluralisme juridique pourrait être qualitatif en plus d'être quantitatif, vertical en plus d'être horizontal. Si les critères de la juridicité sont pluriels<sup>14</sup> et si la validité n'est pas la preuve mais seulement un indice parmi d'autres de la juridicité<sup>15</sup>, les normes et institutions pourraient ne pas être soit juridiques, soit non juridiques, mais être, à différents niveaux, semi-juridiques. Par suite, toutes les sources de normes pourraient potentiellement être des sources de normes juridiques, bien que beaucoup seraient des sources de normes faiblement ou moyennement juridiques. Pourtant, les tenants du pluralisme juridique, à l'identique des tenants du monisme juridique, adoptent une posture manichéenne par rapport aux normes et institutions : elles sont totalement juridiques ou bien elles ne le sont nullement, y compris celles qui appartiennent à ce « droit vulgaire [qui] court, en clair-obscur, le long du système juridique positif »<sup>16</sup>. Les auteurs en cause retiennent donc une approche du monde juridique terrible pour la pensée du droit-État selon laquelle il se trouverait nombre de foyers normatifs extra-étatiques desquels jaillirait une juridicité identique à la juridicité étatique. Ils rayent ainsi sans davantage de précautions le particularisme juridique que Kelsen et les modernes ont spécifié au terme de savantes constructions. Ils critiquent le normativisme et, dans une moindre mesure, les réalistes en soulignant qu'ils manqueraient, justement, de réalisme, qu'ils omettraient d'analyser le caractère social et politique du droit ; mais il appartient peut-être préférablement à d'autres disciplines de réfléchir à ces aspects, la science juridique devant se concentrer sur l'« aspect juridique du droit ».

Partant, avant de triompher, la pensée postmoderne risque fort de connaître une grave crise provoquée notamment par son caractère polysémique, ce dont il faudrait se réjouir puisque, « par nature, une crise donne à penser »<sup>17</sup>. D'ailleurs, peut-être cette crise est-elle déjà actuelle tant les postmodernes manquent de figures tutélaires et d'idées directrices, tant la postmodernité juridique se définit négativement plus que positivement. Malgré ses faiblesses et ses incertitudes, la révolution de

<sup>14</sup> Par exemple, C. THIBIERGE, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599 s.

<sup>15</sup> Par exemple, C. THIBIERGE, « Le concept de force normative », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 837.

<sup>16</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 371.

<sup>17</sup> R. DRAÏ, « La gouvernance négative », *Cités* 2004, n° 18, p. 86.



la culture juridique présenterait l'avantage de répondre en partie au souhait de Carbonnier « que [l]e droit retrouve [...] un peu de l'esprit de vie »<sup>18</sup>. Surtout, elle permettrait aux juristes de prendre en considération, dans leurs travaux, ces normes non étatiques multiples qui, aujourd'hui, jouent un rôle fondamental dans tout ce qui relève de la « gouvernance » ou de la « régulation » ; car il faut rappeler que la fonction de la théorie du droit est, en premier lieu, de circonscrire l'objet d'étude des chercheurs en droit.

Gaston Bachelard remarquait que « le progrès des sciences de la nature est toujours ordonné, celui des sciences humaines est toujours désordonné »<sup>19</sup>. En tout cas semble-t-il que la marge de progression, en termes de scientificité des études, soit plus grande parmi les sciences humaines que parmi les sciences de la nature. La théorie du droit, en particulier, pourrait être beaucoup plus scientifique, donc objective et empirique, qu'elle ne l'est actuellement, si bien qu'il ne faudrait plus opposer la théorie du droit et la science du droit mais la science de la notion de droit et la science du droit positif.

## 2. L'opportunité de chercher à contribuer au progrès scientifique.

On croit, écrivait Tocqueville, que les sociétés nouvelles vont chaque jour changer de face, et, moi, j'ai peur qu'elles ne finissent par être trop invariablement fixées dans les mêmes institutions, les mêmes préjugés, les mêmes mœurs ; de telle sorte que le genre humain s'arrête et se borne ; que l'esprit se plie et se replie éternellement sur lui-même sans produire d'idées nouvelles ; que l'homme s'épuise en petits mouvements solitaires et stériles, et que, tout en remuant sans cesse, l'humanité n'avance plus.<sup>20</sup>

Tocqueville redoutait un avenir dans lequel la pensée stagnerait, n'évoluerait plus ou, du moins, évoluerait mais sans progresser. Fort heureusement, si Tocqueville était bon observateur, il n'était guère bon prophète<sup>21</sup>. Concernant la pensée juridique, s'il est des époques qui connaissent des avancées rapides et d'autres au cours desquelles les esprits sont davantage figés, le mouvement, globalement, correspond à un long et continu progrès, des juristes de la Rome antique aux postmodernes

<sup>18</sup> J. CARBONNIER, « Légiférer avec l'histoire ? », *Dr. et société* 1990, p. 11.

<sup>19</sup> G. BACHELARD, archive sonore entendue dans « Les vertus du non (4/4) : La philosophie du non de Gaston Bachelard », Les nouveaux chemins de la connaissance, France culture, 17 oct. 2013.

<sup>20</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 248-249.

<sup>21</sup> Quoique la philosophie semble lui donner raison puisqu'elle ne progresse pas : ce sont toujours Platon et Aristote qui sont les plus enseignés.

du XXI<sup>e</sup> s., en passant par les théologiens médiévaux et par les grandes figures du XX<sup>e</sup> s. Ainsi tout nouvel essai de contribution à cette grande histoire doit-il logiquement aspirer à devenir une pierre de plus portée à l'édifice. Une recherche en droit peut et parfois doit posséder la noble ambition de concourir au progrès de la pensée juridique, lequel progrès est possiblement, mais pas nécessairement, un progrès scientifique.

Désirer que ses travaux permettent l'une ou l'autre avancée épistémologique, ce n'est d'ailleurs guère ambitieux ou, en tout cas, c'est là le souhait, plus ou moins explicitement formulé, propre à tout essai universitaire. Ce qui est ambitieux, c'est de vouloir participer d'avancées épistémologiques sur la question du droit. Mais il faut gager que le fait que le sujet soit ambitieux ne saurait interdire de l'aborder, à condition qu'il soit néanmoins « faisable ». Pour être « faisable », le sujet doit déjà ne pas avoir été épuisé ; des propositions conceptuelles et de nouvelles classifications, en particulier, doivent demeurer envisageables. Assurément, de ce point de vue, la théorie syncrétique du droit est un sujet « faisable ». Plus largement, le droit est un sujet « faisable » ; et nul doute qu'il le sera toujours tant la connaissance de la notion de droit et, par suite, de l'objet-droit ne sera jamais parfaite et nécessitera toujours d'être revue et corrigée.

Le droit, à l'aube du nouveau millénaire, est fort dissemblable du droit tel qu'il apparaissait au crépuscule de l'ancien millénaire : un droit qui, enseignait Carbonnier, « se présentait comme un enchaînement de certitudes. Il y avait peu de lois, et qui ne changeaient guère. S'il y en avait, on les respectait. [...] Les réactions jurisprudentielles étaient lentes et très étudiées. Quelques principes, enfin, rendaient raison de l'ensemble »<sup>22</sup>. Désormais, on évoque abondamment la « gouvernance », la « régulation » ou le « droit souple », autant de néo-concepts censés traduire un nouveau visage du droit. C'est dire que le changement de millénaire a marqué l'entrée dans une ère de mutation rapide de la pensée juridique et que le thème du pluralisme juridique et des théories du droit, d'une part, s'il paraît atemporel n'en est pas moins très actuel et, d'autre part et par conséquent, est plus intéressant à traiter aujourd'hui en 2010 qu'hier en 1990. Ensuite, l'étude de ces mouvements – qui est dans le même temps une contribution à ces mouvements –, pour être efficace épistémologiquement, doit peut-être faire preuve de cohérence et de méthode. Qui travaille, plutôt que sur de vieilles pierres, sur des données nouvelles et mal maîtrisées risque plus que tout autre de côtoyer la « folie » et

---

<sup>22</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, p. 183-184.

l'« anarchie » théoriques<sup>23</sup> parmi lesquelles il serait dramatique de s'égarer. Or n'a-t-on pas déjà qualifié l'idée de pluralisme juridique de « folie »<sup>24</sup> ? Le terrain est miné et, assurément, il faut progresser prudemment, ce qui veut dire méthodiquement, scientifiquement.

Ce terrain périlleux et dangereux n'est pas un autre que celui de la définition du droit et, plus précisément, que celui de sa définition par le prisme exclusif ou non exclusif de l'État<sup>25</sup>. Le droit est, à n'en pas douter, à l'image du temps chez Saint-Augustin :

Qu'est-ce donc que le [droit] ? Qui en saurait donner facilement une brève explication ? Qui pourrait le saisir, ne serait-ce qu'en pensée, pour en dire un mot ? Et pourtant quelle évocation plus familière et plus classique dans la conversation que celle du [droit]. Nous le comprenons bien quand nous en parlons ; nous le comprenons aussi en entendant autrui en parler. Qu'est-ce donc que le [droit] ? Si personne ne me le demande, je le sais. Si quelqu'un pose la question et que je veuille l'expliquer, je ne sais plus<sup>26</sup>.

« Qu'est-ce que le droit ? » est une grande question. Et la théorie syncrétique du droit, réponse à cette question, est peut-être un grand sujet, tant qualitativement que quantitativement, dès lors que l'enjeu est de proposer un système théorique à la fois complet, cohérent et novateur. Faudrait-il s'interdire de traiter ce sujet justement parce qu'il s'agit d'un grand sujet ? Répondre par l'affirmative serait par trop frustrant et, au contraire, « le professeur doit encourager ses étudiants à ne pas avoir peur des grands sujets »<sup>27</sup>. La présente entreprise s'attaquera donc à cette thématique gargantuesque qu'est le concept de droit ; cela sans ignorer combien il est de « trop bons sujets qui, ne s'épuisant jamais, risquent d'user ceux qui – auteurs et lecteurs – les pratiquent trop assidûment »<sup>28</sup>. L'État compte au nombre de ces trop bons sujets<sup>29</sup> ; certainement le droit

<sup>23</sup> Réf. à P. FEYERABEND, *Contre la méthode – Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, trad. B. Jurdant, A. Schlumberger, Le Seuil, 1979.

<sup>24</sup> B. Z. TAMANAHA, « The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society* 1993, p. 192 s.

<sup>25</sup> Illustre parfaitement le besoin de conceptualisation en la matière le fait qu'un ouvrage intitulé *L'État français et le pluralisme* (N. ROULAND, *L'État français et le pluralisme – Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Odile Jacob, 1995) n'est d'aucune utilité à l'égard du sujet ici traité.

<sup>26</sup> SAINT AUGUSTIN, *Les confessions*, L. 11 (cité par G. CLAISSE, « Sacré Saint Augustin (2/4) : qu'est-ce que le temps ? », *Les nouveaux chemins de la connaissance*, France culture, 17 sept. 2013). Dans le texte original, Saint Augustin évoque bien « le temps » et non « le droit ».

<sup>27</sup> J. TULARD, « Napoléon », *Les lundis de l'histoire*, France culture, 25 juin 2012.

<sup>28</sup> D. ALLAND, « L'État sans qualités », *Droits* 1993, n° 16, p. 5.

<sup>29</sup> *Ibid.*

en fait-il de même. Au moment d'affronter les premières pentes de cet Annapurna théorique, le risque est grand, comme Tocqueville « devant la difficulté de [son] ouvrage et en présence d'un si grand objet », d'avoir « [la] vue qui se trouble et [la] raison qui chancelle »<sup>30</sup>. Pour éviter de trop souffrir de semblables maux des mots, les solutions s'appellent peut-être « la méthode » et « la science ».

Aussi l'intimité problématique liant le droit à l'État, d'où découle la réponse à la question de la possibilité du pluralisme juridique, sera-t-elle abordée au départ de la théorie syncrétique du droit, c'est-à-dire à l'aune d'une définition syncrétique du droit obtenue dans le cadre d'une méta-théorie scientifique imposant de rechercher cette définition de façon objective et empirique dans les dits et les écrits de ceux qui utilisent le nom « droit » et son adjectif « juridique ». La définition syncrétique du droit est donc, suivant les prescriptions de la méta-théorie scientifique, une définition lexicale en aucun point stipulative ; et l'exposé de la théorie syncrétique revêt nécessairement un caractère encyclopédique, son contenu présente par nature les traits d'une introduction au droit.

**3. Le recours inédit à la théorie syncrétique du droit.** La question du pluralisme juridique est problématiquement liée à celle de la définition du droit. Interroger le pluralisme juridique revient exactement à interroger l'étendue et les limites de la notion de droit :

« Le pluralisme juridique a le mérite d'attirer notre attention sur la seule question qui compte réellement et qui n'a toujours pas trouvé de réponse : qu'est-ce que le droit ? Derrière les controverses doctrinales sur l'existence ou non d'un droit extra-étatique, n'est-ce pas en effet cette seule et même question qui est posée<sup>31</sup> ? »

Partant, il s'agit, à travers ce second tome de *Théories du droit et pluralisme juridique*, d'apporter une pierre à l'édifice depuis longtemps entamé mais jamais achevé de l'interrogation fondamentale de la culture juridique : qui est le droit ? Posséder une réponse ferme et précise à cette interrogation paraît décisif tant le réflexe premier de celui qui étudie le droit devrait être, face à toute nouvelle norme, de se demander si elle est juridique ou non : qui est de droit ? En sociologie, Durkheim entendait, « non anticiper par une vue philosophique les conclusions de la science, mais simplement indiquer à quels signes extérieurs il est possible de reconnaître les faits

<sup>30</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 272.

<sup>31</sup> H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1161.

dont elle doit traiter, afin que le savant sache les apercevoir là où ils sont et ne les confonde pas avec d'autres »<sup>32</sup>. La théorie syncrétique du droit invite à poursuivre pareille ambition, ainsi qu'à le faire de manière scientifique.

Une théorie peut se comprendre comme la prescription d'un objet d'étude et d'une méthode d'étude à une science. Dès lors, une théorie du droit est la prescription d'un droit – *i.e.* le droit conçu d'une certaine façon – comme objet d'étude et d'une méthode d'étude de ce droit à la science du droit. Seulement, la théorie syncrétique du droit, expliquée et appliquée en ces pages, est davantage un système théorique<sup>33</sup> ou une théorie des théories qu'une théorie simple ayant vocation à se positionner aux côtés des théories existantes et à les concurrencer. En effet, elle se scinde en une *méta-théorie scientifique*, une *science des théories du droit* et une *définition syncrétique du droit*. La première ordonne la seconde qui recherche la troisième. En d'autres termes, la méta-théorie scientifique prescrit à la science des théories du droit de *constater* objectivement et empiriquement la définition syncrétique du droit. La méta-théorie scientifique consiste ainsi en un ensemble de prémisses qui prescrivent à la science des théories du droit de choisir les théories du droit comme objet d'étude et de les examiner sous un angle scientifique.

Plus précisément, la définition syncrétique du droit étant une *définition lexicale* (par opposition aux habituelles définitions subjectives et stipulatives), il incombe à la science des théories du droit de recenser les conceptions de la juridicité revêtant *actuellement* une *force doctrinale significative* (*i.e.* jouissant d'un certain niveau de popularité, ce qui exclut les conceptions marginales rarement partagées). Autrement dit, le scientifique des théories du droit doit essayer de *reconnaître ce qu'est le sens du mot « droit »* et non chercher à proposer ou à imposer, d'un point de vue personnel, ce que devrait être le sens du mot « droit ». Le choix opéré en ces pages est ainsi de miser sur ce qui serait *la* définition du droit, non en ce qu'elle revêtirait une quelconque qualité supérieure ou universelle mais en ce qu'elle formerait une construction syncrétique accueillant en son sein toutes les conceptions du droit justifiant actuellement d'une notoriété minimale.

Au vu de cette rapide présentation, la théorie syncrétique du droit apparaît plutôt originale et novatrice, tant du point de vue de ses prémisses que de celui de ses conséquences. On relève « la multiplication des thèses et

<sup>32</sup> É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2<sup>e</sup> éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. XX.

<sup>33</sup> Un système se définit comme un « ensemble de propositions, de principes et de conclusions, qui forment un corps de doctrine » (V<sup>o</sup> « Système », in *Trésor de la langue française*).

des colloques consacrés à la définition du droit et aux sources du droit »<sup>34</sup>. Or, « s'il y a beaucoup d'écrits sur un sujet, c'est qu'il n'y a peut-être plus rien à chercher, ou en tout cas à trouver »<sup>35</sup>. La conclusion de ce syllogisme devrait être que « les théories du droit et le pluralisme juridique » ne serait pas un sujet pertinent car ne permettant guère d'approche nouvelle, car n'autorisant guère d'apport doctrinal. Pourtant, il semble que, si des voies telles que celles du normativisme, du jusnaturalisme ou du réalisme ont été largement empruntées, si bien qu'elles se trouvent aujourd'hui obstruées et qu'il serait inopportun de s'élancer sur l'une d'entre elles, il existe une manière d'envisager le monde juridique et ses frontières qui n'a, pour l'heure, jamais été utilisée : celle du syncrétisme, selon laquelle lesdites voies devraient, plutôt que de mener au droit par divers chemins de traverse, se rejoindre pour former une seule et unique « autoroute théorique ».

Quêter un nouveau cadre *jus*-théorique paraît d'autant plus légitime qu'on dénonce le fait que « la théorie du droit a rompu toutes ses amarres avec le droit vivant, de sorte qu'elle ne peut plus guère participer de l'étude concrète de la matière »<sup>36</sup>. Et beaucoup d'observateurs, aujourd'hui, remarquent que les théories du droit souffrent quasi-naturellement d'un même travers qui est leur prétention à l'absolutisme<sup>37</sup>. Elles entendent expliquer l'entier phénomène juridique par une donnée-clé unique, laissant ainsi à la marge nombre des éléments qui font la richesse réelle du droit. Puisque cette donnée-clé varie d'un auteur à l'autre, la simplicité de chaque courant théorique contraste avec l'hyper-complexité de la pensée du droit prise dans son ensemble. Certainement « tous les grands penseurs sont[-ils] les hommes d'une idée »<sup>38</sup> et la volonté de se différencier d'autrui conduit-elle à soutenir une position ferme et à rejeter quasiment par principe toute autre analyse. Le syncrétisme ne semble pas déroger à la règle : il s'agit bien d'une idée unique soutenue avec conviction. Seulement ne l'est-elle pas *contre* les autres idées mais *avec* elles ; et elle ne se place pas à côté des autres idées mais *au-dessus* d'elles. D'ailleurs, ce sont les théories du droit qui nourrissent la théorie syncrétique du droit, si bien que cette dernière ne cherche en aucune façon à triompher de ces premières, à les éliminer ou, du moins, à les rendre marginales. Elles lui sont indispensables. Et

<sup>34</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 10.

<sup>35</sup> F. ROUVIÈRE, « Épistémologie de la recherche en droit », conférence à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, 7 févr. 2012.

<sup>36</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 1.

<sup>37</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 74.

<sup>38</sup> R. ENTHOVEN, « Quelque part dans l'inachevé - Jankélévitch », *Le gai savoir*, France culture, 28 oct. 2012.

l'auteur de ces lignes peut ou même doit lui aussi proposer *sa* définition du droit – loin de la définition syncrétique du droit qu'il ne saurait que constater objectivement et empiriquement :

Le droit est l'ensemble des normes produites par les institutions sociales puissantes, la puissance étant la capacité d'imposer psychologiquement et matériellement ses normes à leurs destinataires et l'État étant, pour l'heure, la plus puissante de toutes les institutions sociales, donc la source principale des règles de droit.

Entendu de la sorte, le droit ne serait constitué que de normes mais reposerait fondamentalement sur des faits. Cette définition se situe ainsi à mi-chemin entre le normativisme et les approches sociologiques qui se focalisent sur l'effectivité ou sur l'efficacité. Mais il n'est pas lieu de davantage développer pareille acception stipulative du droit qui, au sein du présent ouvrage, n'est qu'une approche du concept de droit parmi une foultitude d'autres. Qu'il s'agisse de la conception du droit que soutient l'auteur dudit ouvrage est parfaitement indifférent. Et il conviendrait de parler préférablement de « chercheur » et non d'« auteur ».

La modernité de la pensée juridique est, dans une large mesure, associée au positivisme juridique en général et au normativisme kelsénien plus spécialement. Sans doute des voix dissonantes, notamment parce que nostalgiques du jusnaturalisme qui fut le courant dominant aux temps prémodernes, ont-elles, tout au long du <sup>xx</sup><sup>e</sup> s., mis en exergue quelques apories normativistes : l'idée de norme fondamentale supposée ou, plus concrètement, le fait que, en réduisant le droit au commandement et à la volonté des organes compétents, le décret de l'empereur Caligula nommant son cheval Incitatus sénateur de Rome peut être un acte parfaitement valide et donc juridique<sup>39</sup>. Il n'en demeure pas moins que la culture juridique occidentale a été largement conquise par le positivisme et par le normativisme.

Au <sup>xxi</sup><sup>e</sup> s., plus les temps changent et plus la proportion d'auteurs n'adhérant pas ou n'adhérant plus à la modernité kelsénienne se fait importante. S'il est bien connu, depuis Rimbaud, qu'« il faut être absolument moderne »<sup>40</sup>, se pose aujourd'hui la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'être davantage « absolument postmoderne ». Sur ce point, même s'il est certainement des raisons de prédire la prochaine « fin de la modernité »<sup>41</sup>, l'auteur de ces lignes, qui hier élaborait un

<sup>39</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 138.

<sup>40</sup> A. RIMBAUD, *Une saison en enfer*, Poot et compagnie (Bruxelles), 1873.

<sup>41</sup> Réf. à G. VATTIMO, *La fin de la modernité*, Le Seuil, 1987.

« Dictionnaire du droit postmoderne »<sup>42</sup> au moyen duquel il entendait contribuer au développement de l'idée de postmodernité juridique, ne peut aujourd'hui que reconnaître, d'une part, que l'heure est encore à la modernité, les postmodernes demeurant minoritaires par rapport aux modernes, et, d'autre part, que le vocabulaire postmoderne reste par trop obscur et polysémique pour pouvoir définitivement prospérer. Reste que l'émergence de ce vocabulaire coïncide avec celle d'une crise de l'organisation juridique moderne et, surtout, avec celle d'une crise de la pensée et de l'analyse de cette organisation<sup>43</sup>. On en revient alors aux paradigmes qui, depuis toujours, concurrencent les paradigmes kelséniens ; et on propose de nouveaux concepts qui seraient plus conformes à la réalité d'un droit devenu global. Souligner ce mouvement n'est pas anodin car, si le normativisme dominait outrageusement la psyché juridique collective, exposer une contribution syncrétique aboutirait soit à exposer une contribution juste mais normativiste, soit à exposer une contribution non normativiste mais non juste puisque mettant au niveau du kelsénisme des courants qui, *de facto*, seraient de bien peu de poids par rapport à cet ogre théorique. En même temps que le pluralisme de ce « droit postmoderne »<sup>44</sup> qui devient chaque jour un peu plus tangible rend l'utilisation de l'adjectif « postmoderne » peu commode, il conforte la pertinence et l'utilité de la théorie syncrétique du droit.

En effet, le syncrétisme correspond sans doute plutôt bien à ce que laisse imaginer l'expression « pensée postmoderne »<sup>45</sup>, même s'il s'agit là d'une étiquette fort imprécise et donc fort englobante. D'ailleurs, un mouvement récent<sup>46</sup> – que l'on désigne par l'expression tout autant ambiguë de « postpositivisme » – cherche à renouveler la théorie du droit en dépassant les clivages traditionnels. Les auteurs en cause aspirent à construire une « théorie juridique intégrale » capable de concilier ces

---

<sup>42</sup> B. BARRAUD, « Dictionnaire du droit postmoderne », in *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012, p. 305 s.

<sup>43</sup> Cf. D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN, dir., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 47 s. ; B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, spéc. p. 9.

<sup>44</sup> Réf. à A. CARTY, dir., *Post-Modern Law*, Edinburg University Press (Edinburg), 1990.

<sup>45</sup> Réf. à S. SIM, *The Routledge Critical Dictionary of Postmodern Thought*, Routledge (New York), 1999.

<sup>46</sup> Même si ses prémisses peuvent être trouvées dans M. REALE, « La science du droit selon la théorie tridimensionnelle du droit », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 211 s.



doctrines qui classiquement s'affrontent plus qu'elles ne se complètent<sup>47</sup>. Certainement la démarche irénique en ces pages proposée s'inscrit-elle parmi ledit mouvement « postpositiviste », lequel affirme que « l'objectif de la théorie du droit [...] n'est pas le choix entre des courants dont chacun sort affaibli de décennies d'analyse critique, mais la collection de leurs parties demeurées intactes »<sup>48</sup>. Néanmoins, elle semble tout autant le dépasser dès lors que les « postpositivistes » n'intègrent dans leurs conceptions du droit que les seuls éléments des théories classiques qu'ils estiment pertinents ou acceptables. Lorsque la science des théories du droit recherche la définition syncrétique du droit, le seul critère utile afin de savoir s'il convient de retenir ou de rejeter une proposition conceptuelle est celui de sa *force doctrinale*, soit le niveau de pénétration qui est le sien parmi la psyché juridique collective.

La théorie syncrétique accepte toutes les explications relatives à l'ontologie du droit, non pas pertinentes – ce qui reviendrait à introduire un subjectivisme inconséquent dans la recherche –, mais dotées d'une force doctrinale significative. Une conception revêt une force doctrinale significative plutôt que marginale dès lors qu'un nombre remarquable d'auteurs contemporains – y compris hors des facultés de droit, lesquelles n'ont pas le monopole de la pensée du droit – la soutiennent. La force doctrinale d'une théorie, d'une thèse, d'un concept ou d'une idée est sa prégnance, sa capacité à emporter la conviction parmi l'ensemble de la psyché juridique collective ; elle se mesure en estimant la proportion de penseurs et d'observateurs du droit adhérant à la théorie ou idée en cause par rapport à la totalité des penseurs et des observateurs du droit. C'est assurément au moment où elle trace arbitrairement la ligne de démarcation entre force doctrinale significative et force doctrinale marginale que la théorie syncrétique du droit se présente sous son jour le moins scientifique. Cela conduit à positionner cette ligne de démarcation à un niveau relativement bas et, partant, à rendre la définition syncrétique du droit inclusive, de telle sorte que seuls de rares théoriciens, faisant œuvre quasi-solitaire, peuvent voir leurs définitions du droit ne pas intégrer la définition syncrétique.

<sup>47</sup> Cf. 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, *passim* ; A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENIK, « The Foundation of Legal Reasoning », *Rechtstheorie* 1981, n° 12, p. 133 s. et in Ch. GRZEGORCZIK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 159 s.

<sup>48</sup> A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENIK, « The Foundation of Legal Reasoning », in Ch. GRZEGORCZIK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1993, p. 159.

À l’instar du panthéon romain qui accueillait sans autre forme de procès tous les dieux grecs et étrusques rencontrant quelque succès populaire, il s’agit ici de produire la définition syncrétique du droit au terme d’un recensement objectif et empirique, dénué de tout apriori, des différents critères de juridicité possédant actuellement une force doctrinale significative. Par conséquent, les principaux enjeux attachés à la théorie syncrétique du droit sont des enjeux sémantiques et lexicographiques. Le chercheur s’adonnant à la science des théories du droit est peut-être un sémanticien et un lexicographe bien plus qu’un théoricien.

**4. Les enjeux sémantiques et lexicographiques de la théorie syncrétique du droit.** Au sein de la théorie syncrétique du droit, l’essentiel réside autant dans la méta-théorie scientifique qui encadre la science des théories du droit que dans la définition syncrétique du droit que reconnaît la science des théories du droit. Il ne saurait y avoir de quelconques résultats sans cadre épistémologique sous-jacent, puisque tout résultat n’est que le fruit d’une méthode ou d’une technique, et ce qui est le plus digne d’intérêt se situe à la fois dans les conclusions des travaux et dans les prémisses qui y conduisent. Aussi le présent tome sera-t-il consacré à la description de la définition syncrétique du droit, mais aussi à l’explication de l’appareil scientifique gouvernant la science des théories du droit et, donc, dont dépend très directement le contenu de cette définition. Or cette dernière doit être, suivant les prescriptions de la méta-théorie scientifique, une définition lexicale.

Les mots « droit » et « juridique » étant des outils de langage, des instruments orthographiques et verbaux appuyés sur des représentations intellectuelles, ils désignent ce que ceux qui les emploient désignent à travers eux lorsqu’ils les emploient. Partant, la réponse à la question de la spécificité du droit parmi l’ensemble des constructions sociales, pour être pertinente et convaincante, ne saurait être recherchée au moyen de définitions stipulatives – *i.e.* nouvelles et personnelles. Procéder ainsi reviendrait peut-être à ajouter de la confusion à la confusion. Le nombre des définitions de « droit » est actuellement si élevé – si bien qu’il s’agit d’un terme atteint de polysémie, « maladie du sens » touchant de plus en plus de concepts juridiques<sup>49</sup> – qu’il ne fait aucun doute que la (les) signification(s) de ce mot ne se situe(nt) pas ailleurs que parmi elles. Selon la méta-théorie scientifique, il convient de recourir préférablement à une définition lexicale, c’est-à-dire à une définition obtenue au terme d’une démarche objective et empirique, donc scientifique.

---

<sup>49</sup> Cf. B. BARRAUD, « La science et la doctrine juridiques à l’épreuve de la polysémie des concepts », *RIEJ* 2016, n° 76, p. 5 s.

La fonction du lexicographe est de rechercher et de retranscrire les sens des mots en usage dans une population ou une région linguistique. Celui qui s'intéresse au terme « droit » a vocation à exprimer uniquement mais entièrement les signifiés que retiennent majoritairement ceux qui emploient ce nom ou son adjectif « juridique ». En tant que linguiste, le lexicographe est un scientifique : un scientifique des mots et de leurs significations qui doit laisser s'effacer tous les traits de sa personnalité et toutes ses sensations personnelles. Le droit n'est pas autre chose ou davantage que ce que ceux qui utilisent le terme « droit » disent qu'il est ; par suite, si différents sens sont affectés à ce mot alors polysémique, il faut comprendre qu'il ne saurait se réduire à l'un d'entre eux et qu'il les désigne tous à la fois, peu important que certains soient incompatibles et contradictoires. Telle est une des idées directrices de la théorie syncrétique : une opinion isolée, quelles que soient sa logique et sa rationalité, est de peu de poids face à une opinion peut-être illogique et irrationnelle mais largement partagée au sein de la psyché collective. Pour connaître le sens de « droit », il ne faut surtout pas inventer ; il faut bien plutôt observer et retenir tous les signifiés possédant une force doctrinale significative. La définition du lexicographe et du sémanticien sera toujours plus juste et conséquente que la définition du philosophe, laquelle sera peut-être, en revanche, toujours plus profonde et apte à faire penser.

En ces pages, il s'agira donc de fournir un travail relevant de la linguistique juridique et, plus précisément, de la sémantique et de la lexicographie juridiques<sup>50</sup>, soit d'étudier la partie substantielle des mots, les signifiés des signifiants, les contenus intellectuels attachés aux signes linguistiques « droit » et « juridique ». La sémantique, science des significations, se distingue notamment de la phonétique, science des sons<sup>51</sup>. Si elle s'intéresse aux sens des énoncés, tout formalisme ne lui est pas étranger puisque l'étymologie est souvent un indice utile afin de pouvoir trouver le signifié à l'aune du signifiant. Ainsi « normatif » signifie-t-il étymologiquement « caractère de ce qui est une norme » et non pas « caractère de ce qui est une obligation ». C'est « obligatoire »

<sup>50</sup> Cf. G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 1990.

<sup>51</sup> M. BRÉAL, *Essai de sémantique : science des significations*, Hachette, 1897, p. 9 (cité par S. CACIOPPO, R. CAMPS, « Neutralité(s) et communications électroniques – Approche sémantique », in *Neutralité(s) et communications électroniques – Table-ronde de l'IREDEC 2013*, Les publications du LID2MS, coll. Les tables-rondes, 2013, p. 11). La phonétique ouvre des champs de recherche étonnants. Par exemple, on note que le sens d'« explosif » peut se comprendre du seul fait de ses sonorités quand on pourrait, pour les mêmes raisons, penser que « procrastiner » signifierait « dire des injures ou invectiver quelqu'un », alors que ce terme veut dire « remettre régulièrement les choses à plus tard » (F. HÉRITIER, Un monde d'idées, France info, 29 nov. 2013).

qui signifie étymologiquement « caractère de ce qui est une obligation ». Mais l'essentiel reste de savoir si ceux qui utilisent l'adjectif « normatif » entendent désigner à travers lui le caractère de ce qui est une norme ou bien le caractère de ce qui est une obligation.

Freud notait que « le mot, en tant que point nodal de représentations nombreuses, est en quelque sorte prédestiné aux sens multiples »<sup>52</sup> ; et Lacan de compléter : « Le mot n'est pas signe de signification mais nœud de significations »<sup>53</sup>. Il relèverait donc de la nature même des termes d'être plurivoques. Dans ce cas, il y a sans doute des degrés de plurivocité ; et « droit » se positionne tout en haut de l'échelle du flou sémantique. Si « droit » est aujourd'hui plus que jamais ambigu, c'est, d'une part, parce que les critères caractéristiques utilisés pour le définir n'établissent guère de consensus autour de leur nombre et de leurs identités et, d'autre part, parce que ces critères caractéristiques se révèlent en eux-mêmes incertains car reposant sur des critères caractéristiques de second degré qui varient et qui s'appuient sur des critères caractéristiques de troisième degré mal fixés, etc. Ainsi, si le droit se rattache, par exemple, à la validité ou à la justice, les sens de « validité » et de « justice » sont discutés et controversés. Par ailleurs, la complexité se voit amplifiée par le fait qu'il arrive régulièrement que, alors que deux locuteurs envisagent une seule et unique chose, ils n'utilisent pas le même signifiant pour désigner ce signifié commun : l'un utilise « norme juridique » et l'autre « règle juridique », l'un emploie « système juridique » et l'autre « ordre juridique ». En résultent des incompréhensions fort regrettables puisque provoquées uniquement par des difficultés d'ordre formel.

Face à ces incertitudes et complications sémantiques qui entourent le nom « droit » et ses dérivés « juridique » ou « juridicité », la présente contribution a pour ambition principale de produire un effort définitionnel et classificatoire. Il faut, grâce à des outils lexicaux clairs et stables, que les deux faces de l'unité linguistique, la forme phonique (« droit ») et l'image mentale (la pensée du droit)<sup>54</sup>, se rapprochent ou, mieux, se rejoignent, que l'unité de la première ne contraste plus avec la pluralité de la seconde.

<sup>52</sup> S. FREUD, *L'Interprétation des rêves* (1900), Puf, 1967, p. 293 (cité par S. CACIOPPO, R. CAMPS, « Neutralité(s) et communications électroniques – Approche sémantique », in *Neutralité(s) et communications électroniques – Table-ronde de l'IREDIC 2013*, Les publications du LID2MS, coll. Les tables-rondes, 2013, p. 11).

<sup>53</sup> J. LACAN, « Propos sur la causalité psychique », in H. EY et alii, *Le problème de la psychogénèse des névroses et des psychoses*, Desclée de Brouwer, 1950 (cité par S. CACIOPPO, R. CAMPS, « Neutralité(s) et communications électroniques – Approche sémantique », in *Neutralité(s) et communications électroniques – Table-ronde de l'IREDIC 2013*, Les publications du LID2MS, coll. Les tables-rondes, 2013, p. 11).

<sup>54</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990.

Or, pour l'heure, les images mentales associées à « droit » demeurent par trop dispersées aux quatre coins de la psyché juridique collective. L'enjeu est important, ainsi qu'en témoigne le droit administratif dont la pluralité de sens est « l'une des causes principales de [son] obscurité et des erreurs dans la question de [sa] définition »<sup>55</sup>. Ce n'est qu'après être parvenu à produire une définition opératoire du droit que pourraient être entreprises des investigations théoriques et empiriques sur les formes et les transformations de la régulation juridique. Peut-être trop d'études sont-elles menées en la matière au départ d'aprioris infondés, sans avoir satisfait à cette prémisse nécessaire, ce qui contribue à alimenter le foyer des confusions.

Par ailleurs, il convient de préciser que, si la méthode employée pour déterminer le(s) sens d'un terme influence très directement les résultats obtenus, les moyens ici mis en œuvre afin de caractériser « droit » ne seront pas les mêmes que ceux auxquels l'auteur a pu recourir pour expliquer « État »<sup>56</sup>. En effet, la notion d'État, loin de toute définition lexicale, a pu être légitimement *discutée*, ce qui implique de laisser s'exprimer la subjectivité et une part de stipulation. Cette différence de traitement semble se justifier par le degré moindre de polysémie qui caractérise « État » par rapport à « droit » et qui implique des possibilités et des besoins différents d'un terme à l'autre : alors que le sens d'« État », *selon l'auteur de ces lignes*, doit partiellement évoluer car certains des éléments caractéristiques qui lui sont classiquement attachés le sont maladroitement ou archaïquement, le sens de « droit », en revanche, doit en premier lieu être clarifié, ce qui oblige l'auteur à se mettre en retrait, conscient qu'ajouter des propositions nouvelles à celles déjà existantes reviendrait à ajouter quelque confusion supplémentaire au contexte sémantique déjà fort nébuleux dans lequel évolue « droit ». Les développements relatifs à l'État ont donc pu être rédigés par un théoricien de l'État quand ceux afférents au droit doivent l'être par un scientifique des théories du droit.

Ensuite, d'autres pierres d'achoppement apparaissent. Tout d'abord, le droit compte parmi les rares phénomènes étudiés au sein des universités à ne revêtir aucune prétention à l'universalité. Les étudiants français, s'ils s'attachent à l'économie, à la médecine ou à la chimie, s'intéressent, dans les facultés de droit françaises, au droit français. Les droits positifs sont intimement nationaux, notamment en raison des liens qui les relient aux

<sup>55</sup> M. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, 1982, p. 26 (cité par H. ISAR, *Le service public et la communication audiovisuelle*, PUAM-Economica (Aix-en-Provence-Paris), coll. Droit de l'audiovisuel, 1996, p. 20).

<sup>56</sup> B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, *passim*.

États. Les cultures juridiques sont-elles identiquement nationales ? Si elles le sont dans une moindre mesure, elles s'avèrent au moins régionales. Partant, la signification du mot « droit » sera recherchée dans les pensées juridiques issues de la culture juridique européenno-occidentale, laquelle – c'est une conséquence des colonisations juridiques des siècles passés et notamment du XIX<sup>e</sup> s.<sup>57</sup> – est toutefois largement présente en Amérique, en Afrique ou encore en Océanie.

Certainement les tenants de la globalisation juridique conviennent-ils que, dans un monde chaque jour davantage interdépendant, y compris en matière juridique, seules des recherches cosmopolites seraient susceptibles de rendre justice de la réalité de ce nouveau monde<sup>58</sup>. Ne voyant plus de phénomènes juridiques que planétaires, ils en appellent à un « *global turn* de la pensée juridique »<sup>59</sup>, à l'adoption d'une « perspective globale »<sup>60</sup> et à des « théories juridiques *worldwide* »<sup>61</sup>. Mais, lorsque le droit global est expliqué par l'universalité du « duo westphalien ordres juridiques internes-droit international »<sup>62</sup>, il y a peut-être une erreur : certes, il existe des droits positifs partout et en ce sens le droit est global, mais les contenus de ces droits et les institutions qui les génèrent, eux, diffèrent le plus souvent, parfois radicalement. Il importe donc de distinguer globalisation de la pensée du droit et globalisation du droit positif<sup>63</sup>, la première étant assurément plus palpable et plus ancienne que la seconde. Cependant, nul doute que, si elles sont en cours et si elles s'entraînent et s'encouragent l'une l'autre, la globalisation de la pensée du droit et la globalisation du droit positif demeurent très inabouties.

Par suite, une difficulté importante réside dans le recours à des sources doctrinales de langue étrangère. L'auteur ne lisant couramment ni l'anglais, ni l'allemand, ni l'italien, la plupart des références citées seront des ouvrages ou articles rédigés ou traduits en français. Or, pour de nombreux

<sup>57</sup> D. KENNEDY, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 » in A. SANTOS, D. TRUBEK, dir., *The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal*, Cambridge University Press (Cambridge), 2006, p. 19 s.

<sup>58</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit, l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, spéc. p. 190.

<sup>59</sup> M. XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 16.

<sup>60</sup> W. TWINING (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit, l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 190).

<sup>61</sup> M. XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 16

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Par exemple, D. KENNEDY, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 » in A. SANTOS, D. TRUBEK, dir., *The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal*, Cambridge University Press (Cambridge), 2006, p. 19 s.

professeurs, la « bonne » recherche en droit serait celle qui mobilise des ressources de toutes origines ou, du moins, qui mobilise la littérature anglo-saxonne sur son sujet<sup>64</sup>. L'impossibilité de se fonder sur d'autres écrits que les écrits français, wallons et québécois – ainsi que les écrits traduits en français – paraît constituer une limite des présents travaux.

Cet écueil doit néanmoins être relativisé. En effet, lorsqu'est étudié le sens de « droit », il paraît difficile, quelles que soient les compétences plurilinguistiques du chercheur, d'identifier des équivalents exacts du mot français parmi les langues étrangères. La précision et la rigueur ne peuvent qu'être malmenées. Pour ne prendre qu'un exemple – mais non le moindre –, les juristes anglais et étatsuniens, *common lawyers*, désignent approximativement ce que les juristes français envisagent sous l'étiquette « droit » par « *Law* », terme pourtant proche étymologiquement du latin « *lex* », donc de « loi » ; et ils parlent de « *statute law* » pour indiquer les normes contenues dans les actes législatifs. Le constat ne fait aucun doute : « Dans la plupart des langues, il n'existe pas d'équivalent exact du terme droit »<sup>65</sup>. Par conséquent, une discipline telle que l'ethnologie juridique, se proposant d'observer les « droits exotiques », souffre de trop parier sur l'universalité du concept de droit<sup>66</sup> ; même si, évidemment, ce n'est pas parce que le signifiant n'existe pas au sein d'une communauté linguistique, car y est en usage une autre langue, que le signifié lui-aussi n'y existe pas. Mais, comme, en ces pages, l'intérêt est porté sur le lien entre signifiant et signifié, puisque l'ambition est de définir « droit », la présence du seul signifié importe peu.

Dès lors, l'attachement à la rigueur verbale devrait logiquement conduire à écarter toutes les œuvres étrangères traduites en français puisqu'il n'est pas assuré que ce qui est désigné par « droit » dans l'ouvrage traduit corresponde exactement à la notion de « *Law* », de « *Recht* » ou de « *diritto* ». « *Traduttore, traditore* »<sup>67</sup>, « traduire c'est trahir », et Joachim du Belley pouvait écrire que « d'aucuns [sont] vraiment mieux dignes d'être appelés traditeurs que traducteurs, vu qu'ils trahissent ceux qu'ils entreprennent

<sup>64</sup> À l'automne 2012, lors de la soutenance d'une thèse consacrée aux crises actuelles du droit, le Professeur J.-L. B. soulignait qu'« utiliser des sources doctrinales étrangères est impératif pour une thèse portant sur une question qui se joue des frontières ». Par exemple, la thèse du Professeur Olivier Beaud se réfère largement à la littérature allemande en rapport avec son objet : *État et souveraineté* (O. BEAUD, *État et souveraineté*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 1989).

<sup>65</sup> N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1421.

<sup>66</sup> N. ROULAND, « Anthropologie juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 64.

<sup>67</sup> « Traducteur, traître » en italien.

d'exposer »<sup>68</sup>. Toutefois, parce qu'il serait peu judicieux d'avancer sur ces chemins théorico-juridiques sans la compagnie de Kelsen, Hart, Ross ou Bobbio, la littérature étrangère francisée ne saurait être exclue par principe. Que les pensées de ces auteurs aient été traduites est certes une limite puisqu'elles peuvent avoir été ponctuellement déformées, mais n'étudier que les auteurs de langue française serait une erreur épistémologique autrement plus importante. Reste qu'il faut insister sur le fait que, puisque la synonymie parfaite n'existe pas, seul le mot « droit » et ses dérivés « juridique » et « juridicité » seront ici étudiés ; leurs équivalents étrangers ne pourraient être les sujets que de travaux dans leurs langues respectives. Aussi longtemps qu'aucun *esperanto* universel ne s'imposera, il ne se trouvera nulles définitions universelles<sup>69</sup>.

Antisthène, à qui l'on demandait ce qu'il enseignerait à son fils, répondait « la philosophie, s'il doit vivre en compagnie des dieux, la rhétorique, s'il vit avec les hommes »<sup>70</sup>. Comme nul n'a encore eu le loisir de converser avec les dieux, l'essentiel réside bien en ce que disent les hommes – en l'occurrence en ce qu'ils disent du droit – et parmi les interactions qui existent entre locuteurs et destinataires des énoncés, car, ainsi que l'avait déjà perçu Montaigne, « la parole est moitié à celui qui parle et moitié à celui qui écoute »<sup>71</sup>. Dans ce système linguistique, le temps est un acteur premier. En effet, la signification attachée à un mot est évolutive et il n'est pas rare que le sens actuel d'un terme soit sans rapport avec son sens originel autant qu'avec son sens futur. « Droit » n'échappe guère à la règle et le scientifique des théories du droit ne peut qu'accepter de devoir sans cesse reconsidérer la définition syncrétique du droit.

**5. L'évolutivité et la relativité du sens de « droit ».** Si le concept de droit se présente, aux yeux de la théorie syncrétique du droit, tel un donné qu'il faut rechercher et retranscrire, ce donné n'est pas un donné invariant. Il est le résultat de constructions anciennes et sans cesse renouvelées, dépendantes des contextes intellectuel, social et politique. En un mot, il

<sup>68</sup> J. DU BELLEY, *Défense et illustration de la langue française*, 1549, chap. 6.

<sup>69</sup> L'anglais tend, chaque jour davantage, à devenir cet *esperanto*, cannibalisant les autres langues (cf. C. HAGÈGE, *Contre la pensée unique*, Odile Jacob, 2012). Aussi faut-il reconnaître qu'un ouvrage sur la question du sens de « Law » rédigé en anglais revêtirait une portée potentielle ô combien plus importante qu'un ouvrage sur la question du sens de « droit » rédigé en français.

<sup>70</sup> Cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 235.

<sup>71</sup> M. DE MONTAIGNE, *Les essais*, Abel Langelier, 1588, L. III, chap. 13.



est le résultat de « luttes sémantiques »<sup>72</sup> autour de la détermination de son signifié. Le langage a presque une vie biologique et on a pu affirmer que

Les langues sont des organismes vivants dont la vie, pour être d'ordre purement intellectuel, n'en est pas moins réelle et peut se comparer à celle des organismes du règne végétal ou du règne animal. [...] Toute langue est dans une perpétuelle évolution. À quelque moment que ce soit de son existence, elle est dans un état d'équilibre plus ou moins durable, entre deux forces opposées qui tendent l'une, la force conservatrice, à la maintenir dans son état actuel, l'autre, la force révolutionnaire, à la pousser dans de nouvelles directions<sup>73</sup>.

Le lexicographe joue toujours un double jeu : en même temps qu'il observe objectivement quels sont les signifiés attachés aux signifiants et les interprète à sa façon, il tend à les renforcer. Les institutions verbales, les plus anciennes comme les plus récentes, reposent sur des compréhensions collectives. La tâche du lexicographe, tâche scientifique, est de les rechercher objectivement et empiriquement pour ensuite les expliquer et, ce faisant, les conforter ; car ce n'est qu'après avoir été diffusées sans modification et pendant un long temps qu'elles finissent par aller de soi. Ce travail lexicographique, dès lors qu'il porte sur des structures conçues *ex nihilo* par l'esprit humain, ne saurait être définitif. Il n'est pas ici de vérités naturelles à rechercher, seulement une réalité sociale et psychique à observer en ayant à l'esprit que, demain peut-être, cette réalité sera changée et l'ouvrage à recommencer. Où réapparaît le tonneau des Danaïdes.

La mission du scientifique des théories du droit est donc de constater la définition *actuelle* du droit. Pour cela, il doit investir le terrain de la pensée *actuelle* du droit, ce qui implique, notamment, de ne s'intéresser qu'aux ouvrages récents (publiés durant les dix ou vingt dernières années) et aux ouvrages anciens auxquels se réfèrent les auteurs des ouvrages récents. La définition syncrétique du droit n'est ainsi guère fixée ; elle doit évoluer à mesure qu'évoluent les opinions relatives à ce qu'est le droit.

Les signifiés attachés à un signifiant varient nécessairement dans le temps et dans l'espace, parfois radicalement. « Le droit, écrivait Jean Dabin, est changeant selon les temps et selon les lieux »<sup>74</sup>. Cela vaut entièrement à l'égard du concept de droit. Concernant la dimension temporelle, l'historicité du droit apparaît comme un lieu commun depuis

<sup>72</sup> O. JOUANJAN, « État de droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 649.

<sup>73</sup> A. DARMESTETER, *La vie des mots étudiés dans leurs significations*, 5<sup>e</sup> éd., Delagrave, 1895, p. 3.

<sup>74</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 271 (cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 125).

Savigny et au regard des historiens du droit<sup>75</sup>. Les phénomènes juridiques, qu'ils soient positifs ou, mais dans une moindre mesure, théoriques voire philosophiques, sont marqués par la relativité et la contingence : ils naissent, ils prospèrent, ils vivent, ils périssent, ils disparaissent. « La permanence et l'universalité des diverses finalités et de bon nombre des ingrédients du phénomène juridique »<sup>76</sup> quelques fois affirmée est loin d'être avérée. Phénomène éminemment social, le droit – donc le sens de droit – change à mesure que la société change, car il n'en est qu'un reflet assez exact. Or, de tout temps et de plus en plus, une société est un ensemble en perpétuelle mutation. Aussi les signifiés actuels de « droit » – les seuls qui importent ici – ne sont-ils probablement ni ceux d'hier ni ceux de demain. L'être juridique, dans tous ses aspects, n'est toujours que « naissances »<sup>77</sup> et « histoires »<sup>78</sup>, histoires passées ou histoires contemporaines, histoires en marche, comme tout fait social. D'ailleurs, le droit, que ce soit le mot ou le phénomène, a fatalement été inventé avant de se répandre, en différents endroits et en différents moments. Cela n'est pas anodin tant, souvent, on tend à envisager un improbable concept éternel de droit – même le phénomène ne s'observe guère à toutes les époques.

Beaucoup d'auteurs conviennent cependant que le droit a considérablement mué depuis les origines ; mais ils ont plus de difficultés à accepter qu'il connaisse aujourd'hui encore et qu'il connaîtra demain encore des changements ; ils l'imaginent ayant atteint un certain état d'achèvement ou d'aboutissement. Tout mot apparaît un jour dans la langue, puis il voit son sens se transformer, se préciser ou se décupler ; et, lentement, il peut devenir désuet pour, finalement, ne plus être connu que des seuls historio-linguistes. Il est vrai que la langue française, par rapport à l'anglais notamment, évolue peu<sup>79</sup> ; c'est là un effet positif et remarquable des travaux, depuis 1635, de l'Académie française. Il n'en demeure pas moins qu'elle vit et, dès lors, que « droit », « juridique » et « juridicité » vivent.

<sup>75</sup> Par exemple, F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, CNRS éditions, 2005 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2010 ; J. BART, *Histoire du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002.

<sup>76</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 121.

<sup>77</sup> J. GAUDEMET, *Les naissances du droit – Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001.

<sup>78</sup> J.-L. HALPÉRIN, « Le droit et ses histoires », *Dr. et société* 2010, p. 296 s. ; P. BROOKS, P. GEWIRTZ, *Law's Stories – Narrative and Rhetoric in Law*, Yale University Press (New Haven), 1996.

<sup>79</sup> Il est remarquable que des écrits de langue anglaise datant du début du XX<sup>e</sup> s. sont aujourd'hui incompréhensibles à moins d'être traduits en anglais contemporain (M. CÔUTEAUX, « La langue française », 2000 ans d'histoire, France inter, 9 oct. 2006).

En même temps que l'existence d'une règle est temporellement relative (elle entre dans l'ordre normatif puis, plus tard, en sort), son caractère juridique ou, plus finement, son niveau de juridicité varie en même temps que varie(nt) le ou les sens de « droit ». La psyché juridique collective, qui est l'objet d'étude de *Théories du droit et pluralisme juridique*, est un complexe de données ontologiquement mouvant ; il convient de l'accepter sans réserve, d'accepter l'évolutionnisme ou darwinisme juridique et de convenir que le sens syncrétique de « droit » qui sera identifié ne sera que son sens actuel, un sens bientôt appelé à varier en tout et, surtout, en partie.

Quant à la dimension spatiale, beaucoup de théories du droit se disent générales en ce qu'elles seraient des théories des convergences entre tous les systèmes juridiques du monde, des théories portant sur leurs traits communs. Mais, d'une part, le mot « droit » est propre à la langue française et, d'autre part, les phénomènes compris comme juridiques sont si différents en fonction des cultures qu'il paraît difficile d'isoler de véritables caractères universels du droit. Il faut donc se résoudre à n'aborder que la qualité de droit d'essence européen-occidentale et, plus particulièrement, la qualité de droit français – c'est-à-dire de droit des peuples de langue et de culture françaises ou, plus restrictivement, de droit applicable sur le territoire français et à la population française ; et il faut considérer que la théorie syncrétique du droit ne saurait être une théorie générale du droit.

Ensuite, puisque la modernité de la culture juridique a profondément gravé dans le marbre l'indissolubilité du lien droit-État, le travail du lexicographe semble, à première vue, aisé : « une norme juridique est une norme étatique, une institution juridique est une institution étatique etc. ». Toutefois, une interrogation marque fortement le début du XXI<sup>e</sup> s. : le temps de la modernité de la culture juridique ne laisse-t-il pas place à un quelconque temps de la postmodernité de la culture juridique ? La seule manière de le savoir est de rechercher les évolutions qui, potentiellement, affecteraient le sens de « droit » et feraient que le sens actuel de « droit » ne serait pas le sens passé de « droit », lequel passé pourrait contenir le XX<sup>e</sup> s.

Le paradigme moderne du droit est présenté comme un « système univoque, cohérent et complet de règles générales et abstraites (à l'image des mathématiques) »<sup>80</sup>, et seul l'État paraît en mesure de conférer ces caractères à un ordre normatif, en l'occurrence le sien. Seulement, ce paradigme moderne peut ne plus être dominant ou, en tout cas, être désormais moins dominant, subissant la concurrence de paradigmes théoriquement subversifs. Il est susceptible de connaître des innovations,

---

<sup>80</sup> B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, p. 10.

de devoir affronter des critiques, des controverses et même des crises qui entraînent sa remise en cause, sa délégitimation et qui, potentiellement, peuvent mener à son remplacement par un nouveau paradigme dominant. Tout cela dépend des mouvements qui affectent la psyché juridique collective, laquelle seule décide des « révolutions scientifiques » au sens de Kuhn et qui elle-même est influencée par le contexte social et culturel dans lequel elle s'inscrit. Les « socles épistémologiques », pour reprendre une expression de Michel Foucault<sup>81</sup>, connaissent au cours de leurs « carrières » autant d'avancées que de régressions ; en tout cas, ils sont en constante évolution et, parfois, ils en passent par des révolutions. Envisager la théorie syncrétique du droit – pour la première fois dans l'histoire de la pensée juridique semble-t-il –, ce n'est surtout pas vouloir engendrer pareille révolution ; il s'agit uniquement d'observer les mouvements qui marquent de leur empreinte la psyché juridique collective, même s'il est vrai que, indubitablement, la théorie syncrétique participe en même temps qu'elle l'analyse d'une nouvelle forme de rationalité du droit.

Au-delà de la démarche irénique et objective spécifique à la théorie syncrétique du droit, celle-ci s'avère originale en ce qu'elle invite à utiliser des outils théorico-scientifiques inédits et, en premier lieu, l'échelle de juridicité, laquelle sert à estimer la force juridique d'une norme et concourt à la consécration d'une conception graduelle du droit.

**6. La mesure pionnière de la juridicité des normes.** La science des théories du droit doit permettre de répondre à la question de la définition du droit, laquelle n'est pas une autre que celle de la possibilité du pluralisme juridique. Or, si la théorie syncrétique du droit n'est certainement pas innovante par les interrogations qu'elle colporte, sempiternelles et classiques parmi les classiques, elle l'est en revanche peut-être par les voies qu'elle ouvre. Durkheim remarquait qu'« il n'y a entre les faits sociaux que des différences dans le degré de consolidation qu'ils présentent »<sup>82</sup>. Il en va de même des normes juridiques : il n'y a entre les normes juridiques que des différences dans le degré de consolidation qu'elles présentent. Considérée communément comme une qualité qu'il serait uniquement permis de revêtir ou de ne pas revêtir, la juridicité est aussi, à l'aune de l'échelle de juridicité, une qualité qu'il est permis de revêtir partiellement. Si elle ne parvient pas à convaincre de cela, et par suite du fait que *le*

<sup>81</sup> M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Gallimard, 1966 (cité par B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. Citoyen, droit et société, 1998, p. 10).

<sup>82</sup> É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2<sup>e</sup> éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 14.

*pluralisme juridique est théoriquement possible tout en préservant l'autonomie du droit dans l'ensemble des structures sociales normatives et institutionnelles*, alors la théorie syncrétique aura échoué.

Cette théorie débouche sur un pluralisme juridique qualitatif ou vertical qui permet de résoudre le problème de la possibilité du pluralisme juridique quantitatif ou horizontal. En effet, l'attention est, dans ce cadre, moins portée sur le fait qu'une norme soit juridique ou non que sur le degré de juridicité qui s'y attache. À l'aune de l'expérimentation de l'échelle de juridicité qui sera proposée au sein de la seconde partie de ce tome, il ne semble pas exister, *de facto*, de normes non juridiques et le scientifique du droit se trouve autorisé par la théorie du droit à étudier toutes les normes sociales, le champ des normes juridiques recouvrant le champ des normes sociales. Toutefois, il y a de grandes disparités entre les niveaux de force juridique des règles. C'est là une différence fondamentale par rapport aux théories classiques du pluralisme juridique, lesquelles tendent à accueillir toutes les règles, quelles que soient leurs origines et leurs caractéristiques, sous le couvert d'une seule et même juridicité.

La mode du binaire et du manichéisme laisse la place à un pluralisme qui est celui des qualités juridiques. Une norme n'a pas seulement le choix entre droit et non-droit ; elle peut parfaitement appartenir au monde du mi-droit. Par suite, mesurer la force juridique implique de (re)connaître les critères de la juridicité et, donc, de disposer au préalable d'une définition du droit ou, mieux, de *la* définition du droit. Chaque théorie pourrait disposer de son échelle de juridicité ; et une norme pourrait être très juridique aux yeux de l'une en même temps que peu juridique aux yeux d'une autre. L'échelle de juridicité attachée à la théorie syncrétique du droit peut être considérée tel un instrument scientifique en ce qu'elle s'appuie sur la définition syncrétique du droit, définition obtenue au terme d'une entreprise scientifique au sein de laquelle la personnalité et les opinions ou valeurs du chercheur-théoricien n'ont pas droit de cité.

Lorsqu'un auteur concède qu'il est « tout aussi difficilement concevable de nier l'existence du droit dans les sociétés sans État que de nier la prééminence du droit étatique »<sup>83</sup>, la seule issue envisageable afin d'éviter la contradiction est celle des degrés de juridicité : il est tout aussi difficilement concevable de nier l'existence du droit d'origine privée que de nier la force juridique supérieure du droit d'origine étatique. Pourtant, pareille conception n'a, semble-t-il, jamais été retenue. Le projet de, pour la première fois, mesurer le droit ou, plus précisément,

---

<sup>83</sup> H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1161.

mesurer la juridicité des normes est au moins autant original et novateur que l'intention syncrétique et que l'aspiration à forger une « théorie des théories juridiques »<sup>84</sup> ou une « science des théories juridiques ». Alors que quelques écrits, spécialement ceux portant sur la « théorie tridimensionnelle du droit », peuvent être rapprochés de la théorie syncrétique – bien qu'ils ne l'ont pas inspirée et qu'ils en diffèrent sur nombre de points –, l'échelle de mesure de la juridicité et la méthode de calcul de la force juridique, quoique dans l'air du temps<sup>85</sup>, ne connaissent, ni de près ni de loin, aucun antécédent<sup>86</sup>. Certes, Gurvitch a pu proposer d'entrecroiser « six étagements de droit en profondeur » avec les « multiples espèces de droit différenciées horizontalement » afin de « dénombre[r] des espèces de droit qui se combattent et s'équilibrent à différents degrés d'intensité et d'actualité »<sup>87</sup> ; mais les spécialistes de la sociologie du droit savent à quel point la pensée de Gurvitch ne se rapproche guère de l'idéal de scientificité et de conservation de l'autonomie du droit ici prôné.

À travers l'échelle de juridicité, ce n'est pas une théorie radicalement neuve du droit qui transparaît mais plutôt cette « théorie des théories » qui, mieux qu'une théorie de plus accolée aux théories existantes, doit

<sup>84</sup> Réf. à Ch. ATIAS, *Théorie contre l'arbitraire – Éléments pour une théorie des théories juridiques*, Puf, 1987.

<sup>85</sup> En ce sens, R. IKONICOFF, « Comment le nombre a envahi la société », *Les cahiers de science et vie* 2009, n° 112, p. 106 s.

<sup>86</sup> Les études suivantes traitent de l'efficacité économique des normes, de leur attractivité, et n'ont donc rien en commun avec l'intention ici exposée : B. DU MARAIS, *Des indicateurs pour mesurer le droit*, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2006 ; A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Évaluer le droit », *D.* 1992, p. 263 s.

<sup>87</sup> G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 166. Gurvitch décrivait « un pluralisme vertical des espèces de droit dans la réalité juridique, disposées en paliers de profondeur ; la vie du droit, comme toute vie sociale, se réalise dans un étagement de couches superposées, allant d'un schématisme plus ou moins rigide et d'un symbolisme extérieur à un dynamisme et à une immédiateté accrues (dans la direction descendante), et, inversement, d'une spontanéité et souplesse à une cristallisation et conceptualisation renforcées (dans la direction ascendante) » (*ibid.*, p. 167-168). Et le sociologue d'ajouter : « On peut retrouver dans tout droit un pluralisme vertical, et ceci sous un double aspect. D'une part, il s'agit du *droit inorganisé* toujours sous-jacent au *droit organisé*, ces deux paliers en profondeur de la réalité juridique correspondant exactement aux deux couches superposées de la sociabilité active : sociabilité spontanée et sociabilité réfléchie. D'autre part, il s'agit du *droit fixé d'avance*, du *droit souple* et formulé *ad hoc*, et du *droit intuitif* – paliers en profondeur spécifiques à la réalité juridique et distingués d'après les *modes de constatation* de tout droit » (*ibid.*, p. 168 (souligné dans le texte original)). Puis, il identifiait « six paliers : 1° Droit organisé fixé d'avance. 2° Droit organisé souple. 3° Droit organisé intuitif. 4° Droit inorganisé fixé d'avance. 5° Droit inorganisé souple. 6° Droit inorganisé intuitif » (*ibid.*). Mais ce « pluralisme vertical » imaginé par Gurvitch est incomparable à celui envisagé en ces pages.

permettre à la pensée juridique de progresser, notamment en assurant des avancées scientifiques. Il semble peut-être inexact de dire que, « parmi les définitions du droit, certaines positions sont inconciliables »<sup>88</sup>. Les positions les plus antagonistes sont parfaitement conciliables – ou au moins associables – par le truchement de l'échelle de juridicité et des degrés de juridicité. Le problème est que, classiquement, « tout se passe comme s'il n'y avait pas de degré[s] dans le droit, ou bien on y est tout entier, ou bien on n'y est pas du tout et on parle d'autre chose »<sup>89</sup>. Le droit ne pourrait être que pur<sup>90</sup>. Pourtant, comme tout construit social et comme tout construit intellectuel, il est forcément variable : variable dans le temps, variable dans l'espace, mais aussi variable dans sa nature. Et, lorsqu'il varie, il ne passe certainement pas du droit au non-droit sans connaître quelques stades intermédiaires.

Par cette sorte de « démarche de "physicien-juriste" »<sup>91</sup> que permet l'échelle de mesure de la juridicité, il s'agit de rendre compte simplement mais rigoureusement, de façon ludique<sup>92</sup> mais avec une complète honnêteté intellectuelle, loin de toute stipulation et de tout arbitraire, de la complexité de la réalité du phénomène juridique, lequel ne s'arrête certainement pas à la loi et/ou à la décision juridictionnelle et ne s'étend peut-être pas jusqu'au « jeu de loi » et/ou aux petits-déjeuners des magistrats. Il est évident que l'État tolère et même parfois encourage les formes non étatiques de régulation et que ce sont des rapports de complémentarité et d'interdépendance qui existent entre institutions publiques et organisations privées. Est même relevé que la régulation publique serait l'exception quand la régulation privée serait le principe<sup>93</sup>. Mais cela ne dit rien de la qualité juridique des normes en cause et plus complexe et incertaine est la question de la juridicité de cette régulation extra-étatique ; peut-être le droit est-il l'exception et le non-droit le principe. On reconnaît que « les sources du droit ne sont pas toutes d'égale qualité pour poser des règles de droit »<sup>94</sup> ; et, bien plus tôt, Aristote observait que « le droit issu de la loi est supérieur

<sup>88</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 14.

<sup>89</sup> B. LATOUR, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte, 2004, p. 273.

<sup>90</sup> Ce que Kelsen ne disait pas – en tout cas directement – puisque sa « théorie pure du droit » n'est pas une « théorie du droit pur ».

<sup>91</sup> H. ISAR, « L'organisation structurale des pluralismes : contribution à une approche épistémologique de la pluridisciplinarité en sciences humaines et sociales », in O. BENOIST, H. ISAR, dir., *Pluralisme, pluralismes*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2011, p. 228.

<sup>92</sup> F. OST, « Pour une théorie ludique du droit », *Dr. et société* 1992, p. 93 s.

<sup>93</sup> J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales – Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* 1986, vol. XVIII, p. 30.

<sup>94</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 55.

à celui qui naît des jugements particuliers »<sup>95</sup>. Si la qualité de source du droit est variable, la qualité de règle de droit pourrait l'être également. Il serait logique d'imaginer que les sources privées, autant que les sources publiques, produiraient des normes de droit mais que ces dernières seraient par nature moins juridiques que la plupart des normes d'origine publique. Peut-être le fortement juridique est-il l'exception et le faiblement juridique le principe. Néanmoins, l'idée d'une hiérarchie entre différents niveaux qualitatifs de droit semble neuve, quel que soit le pragmatisme qui paraît l'empreindre, spécialement par opposition au manichéisme de la vision « droit/non-droit ».

Un des intérêts de l'hypothèse du pluralisme juridique qualitatif, c'est-à-dire de la juridicité graduelle et de l'échelle de juridicité, est de poser autrement cette question essentielle de la théorie juridique : une norme extra-étatique peut-elle être juridique ? Autrement dit, des sources privées de normes peuvent-elles être des sources de normes juridiques ? De Santi Romano à Carbonnier, nul n'est parvenu à apporter de réponse ferme et incontestable et la controverse est aujourd'hui plus vive que jamais. Bien sûr, dans l'espace des « sciences littéraires », il n'est pas imaginable d'apporter une réponse ferme et incontestable à quelque polémique que ce soit. Cependant, entre les tenants de la parfaite non-juridicité des normes non étatiques et ceux de leur entière juridicité, il est à parier, aux côtés des exigences d'équilibre et de modération, que, si ces règles sont certes juridiques, elles sont aussi moins juridiques que les règles d'essence étatique. Mais encore faut-il s'en assurer au travers de quelques mises à l'épreuve scientifiques ; c'est pourquoi la seconde partie de ce livre sera entièrement consacrée à la mesure de la force juridique de règles-types engendrées par les différentes sources de normes (étatiques, publiques externes, privées).

Enfin, il faut à cet instant souligner qu'un principe est intimement lié aux idées de scientificité, de syncrétisme et de mesure de la juridicité : celui d'équilibre. Loin de l'affirmation caricaturale d'un Lénine selon laquelle, « tandis que l'État existe, pas de liberté ; quand régnera la liberté, il n'y aura plus d'État »<sup>96</sup>, il faut – en cette étude mais aussi au-delà, car il s'agit presque d'une philosophie de vie et d'une philosophie politique – garder à l'esprit l'éloge de la mesure par lequel Camus conclut *L'homme révolté*<sup>97</sup>,

<sup>95</sup> ARISTOTE, *Rhétorique*, 323 av. J.-C., L. I, chap. 1 (cité par Ph. RAYNAUD, « Anciens et modernes », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 50).

<sup>96</sup> V. I. LÉNINE, *L'État et la révolution* (1917), Éditions sociales, 1972.

<sup>97</sup> A. CAMUS, *L'homme révolté*, Gallimard, coll. Nrf, 1953.



le goût de Montaigne, bon cavalier, pour le trot plutôt que pour le pas ou pour le galop, ainsi que les aphorismes de Pascal sur le juste milieu<sup>98</sup>.

Ce principe d'équilibre et, plus globalement, l'ensemble de la théorie syncrétique du droit ne restent pas sans conséquences relativement aux problèmes théoriques et conceptuels que soulève le pluralisme juridique puisqu'ils amènent à affirmer que ce pluralisme est parfaitement possible. Seulement ces conséquences sont-elles involontaires et en aucune façon recherchées, même si, sans aucun doute, la théorie syncrétique du droit s'analyse telle une théorie du pluralisme juridique et non telle une théorie du monisme juridique.

Par ailleurs, l'étude scientifique d'une notion et des théories qui l'entourent est incomparable à leur étude libre, partielle, personnelle, subjective, stipulative.

**7. La différence entre une étude théorique libre et une étude théorique scientifique.** Dans *L'État – Entre fait et droit*<sup>99</sup>, il est apparu judicieux, si ce n'est nécessaire, de faire œuvre originale et de ne pas se borner à simplement retranscrire les affirmations contenues dans la plupart des manuels de droit constitutionnel. Il a semblé opportun de chercher à participer de la « réinvention de l'État »<sup>100</sup>. Qu'une certaine unanimité épistémique entoure le contenu et les limites de l'État n'interdit pas de proposer de nouvelles approches, de nouvelles analyses, tout au contraire. Pareille attitude est autorisée par le fait qu'un certain consensus entoure actuellement le sens du concept d'État, car, ainsi, il ne s'agit pas d'ajouter de la confusion à la confusion mais bien plutôt d'apporter quelque contradiction face à une absence de discussion.

En revanche, les travaux portés par le présent volume sont imprégnés d'une posture par rapport à la connaissance tout autre ; ce n'est que la théorie de l'État qui a pu être le résultat d'une approche « libre ». Ici, il importe d'adopter une attitude scientifique, sans que celle-ci empêche d'être critique. Autrement dit, il convient d'observer objectivement et empiriquement de quelle manière les auteurs conçoivent le nom « droit » et son adjectif « juridique » ; cela fait, il reste toujours permis de se prononcer quant à la pertinence de ces conceptions, mais, que l'auteur les juge pertinentes

<sup>98</sup> Notamment : « Trop et trop peu de vin. Ne lui en donnez pas : il ne peut trouver la vérité. Donnez-lui en trop : de même » ; « Quand on lit trop vite ou trop doucement, on n'entend rien » (B. PASCAL, *Pensées*, 1669).

<sup>99</sup> B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015.

<sup>100</sup> Réf. à B. BADIE, « Inventions et réinventions de l'État », in *Mélanges Maurice Duverger*, Puf, 1987, p. 495 s.

ou non, elles doivent être prises en considération dès lors que leur force doctrinale est significative. Contrairement à « État », « droit » est entouré d'une dense discussion et d'une certaine confusion. Il ne serait donc que possible, à qui adopterait une démarche « libre », à qui poursuivrait une ambition stipulative, d'ajouter de la confusion à la confusion.

Le droit est ce que ceux qui en parlent disent qu'il est. L'État aussi est ce que ceux qui en parlent disent qu'il est ; seulement l'auteur de ces lignes, lorsqu'il définit personnellement l'État, n'est-il que l'un de « ceux qui en parlent » et non un scientifique cherchant objectivement et scientifiquement la signification du mot « État ». En ces pages, l'auteur sera amené à dénoncer l'attitude des penseurs qui, aujourd'hui toujours, définissent le droit en recourant à une large part de stipulation et en faisant œuvre subjective et d'autorité, attitude qui pourtant a été celle dudit auteur tout au long de son exposé relatif aux caractères spécifiques de l'État. Qu'il soit encore rappelé combien il a pu *proposer sa définition de l'État* mais est tenu de *présenter la définition du droit* en raison des incertitudes qui imprègnent ce dernier quand l'État est davantage objet de certitudes. L'auteur de ces lignes ne se dénonce donc pas lui-même lorsqu'il regrette le manque de scientificité des théories du droit ; car cette critique est parfaitement circonscrite : nullement cela ne le conduit-il à regretter le manque de scientificité des théories de l'État.

S'il fallait retenir une idée-cadre de la définition de l'État qui a été exposée par ailleurs, ce serait que la souveraineté est un « droit au droit » et que la puissance de l'État est au fait ce que la souveraineté de l'État est au droit<sup>101</sup>. *A priori*, une telle conception tend à conforter la vision d'un lien strict entre le droit et l'État et donc à se placer en tant que défenseuse du monisme juridique. Si l'État jouit du « droit au droit », la « pyramide » est l'État<sup>102</sup>. Ce dernier paraît devoir être « seul maître à bord : nulle autorité concurrente à la sienne, nulle contrainte qui ne soit le produit de sa libre volonté »<sup>103</sup>, dans le monde juridique en tout cas. Toutefois, il faut là encore souligner combien la définition du droit contenue en ces pages est le fruit d'une recherche scientifique quand la définition de l'État précédemment retenue a été conçue au départ d'une approche personnelle, en partie stipulative. Autrement dit, la définition du droit reconnue grâce à la théorie syncrétique du droit est parfaitement indépendante de la définition de l'État proposée par

<sup>101</sup> B. BARRAUD, *L'État – Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, p. 170 s. et 261 s.

<sup>102</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 315.

<sup>103</sup> J. CHEVALLIER, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 109.

l'auteur de ces lignes. Si a été à l'instant affirmé que, selon *L'État – Entre fait et droit*, l'État possède le monopole du droit grâce à la souveraineté, peut-être les pages ci-dessous contiendront-elles l'observation contraire, selon laquelle le droit est plus grand que le droit de l'État. Une approche scientifique du droit est parfaitement indépendante de toute approche « libre » de l'État, ainsi que de toute approche « libre » du droit.

L'État peut, au premier abord – et surtout par comparaison avec le droit –, apparaître comme une réalité qui s'impose à l'esprit et à l'analyse. Néanmoins, le décrire demeure une intention fort ambitieuse obligeant à faire œuvre rigoureuse et réfléchie ; car une théorie de l'État est « une grande œuvre, une belle totalité qui [...] restitue la complexité de l'objet dans sa systématisme – et donc le simplifie pour en revenir à l'élémentaire »<sup>104</sup>. Si la caractérisation, pour reprendre l'expression de Saint Paul, de « la longueur, la largeur, la hauteur et la profondeur »<sup>105</sup> de l'État qui a été ailleurs proposée ne présente nul caractère scientifique et syncrétique, elle ne manque cependant pas de largement s'appuyer sur les écrits existants. Mais, à la différence du contexte épistémologique spécifique au présent livre, son auteur a pu alors librement choisir entre les diverses analyses à disposition ; et il a pu en proposer des personnelles, éventuellement inédites.

Avant de quitter ces pages d'introduction et de présentation, il reste à souligner combien ce tome second – comme *Théories du droit et pluralisme juridique* dans son ensemble – fait exception parmi la littérature juridique dès lors que son objet d'étude principal n'est pas le droit positif, pas les normes et les institutions positives, mais, justement, la littérature juridique.

**8. Des recherches attachées principalement aux théories du droit et secondairement aux règles de droit.** La matière première d'une recherche en droit est logiquement le droit positif, donc les normes juridiques auxquelles donnent lieu, notamment, la loi et la jurisprudence. La matière première qui intéresse une théorie du droit, afin de la systématiser et d'en définir les contours, est également le droit positif<sup>106</sup>. En revanche, dans le cas d'une science des théories du droit, la matière première à exploiter sera non le droit positif mais les théories, les opinions et les commentaires

<sup>104</sup> O. JOUANJAN, É. MAULIN, « La théorie de l'État entre passé et avenir – Journées en l'honneur de Carré de Malberg », *Jus Politicum* 2008, n° 12, p. 1.

<sup>105</sup> Cité par A. SÉRIAUX, *Le droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 10.

<sup>106</sup> Mais certains ouvrages de théorie du droit ne citent quasiment aucune norme juridique. « Le risque que l'on court, note le Professeur Olivier Beaud, est d'écrire une histoire idéologique en attribuant à l'opinion d'un ou plusieurs auteurs la valeur objective du droit sans vérifier si cette opinion est confirmée par le droit positif » (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 32).

portant sur le droit positif. Il s'agira d'analyser scientifiquement les pensées du droit existantes, en tant que simples faits objectivement et empiriquement observables. Dès lors que « l'étude devient objet d'étude »<sup>107</sup>, la doctrine occupe inéluctablement la place centrale des travaux. Mais, le droit étant plus que toute autre chose une science et une activité pratiques, il est indispensable de toujours se rattacher aux faits primaires : les règles de droit. C'est à cela que servira le recours à diverses règles-types et à une branche du droit « sujet d'expérience » au sein de la seconde partie du livre. Ce dernier ne doit pas planer très au-dessus du droit positif ; il doit *in fine* y revenir tant, s'il n'est pas permis de réduire le monde du droit aux pensées juridiques, d'aucuns le résumant, non sans raisons, aux normes juridiques.

Ross félicitait Hart pour son ouvrage *Le concept de droit* qui, selon l'auteur danois, « n'est pas, comme le sont tant d'ouvrages de théorie générale du droit, un livre sur les livres. L'auteur s'intéresse davantage à son sujet qu'à la littérature sur son sujet »<sup>108</sup>. Et, bien plus tôt, Montaigne pouvait regretter qu'« il y a plus de livres sur les livres que sur tout autre sujet : nous ne faisons que nous entregloser »<sup>109</sup>. Le lecteur estimera certainement que le présent volume est malheureusement l'un de ces « livres sur les livres ». Mais tel est le principe même d'une science des théories et il n'est guère possible d'échapper à cette critique. L'important est de savoir prendre le recul nécessaire par rapport à ces données très particulières que sont les données doctrinales pour pouvoir ne pas les considérer autrement que comme des faits et, spécialement, pouvoir se défendre contre leur influence et penser « proprement »<sup>110</sup>. Tout mot, toute construction verbale n'est, au-delà de sa forme, qu'un ensemble de croyances quant au(x) sens. Or la plupart des réflexions de théorie du droit font le choix de l'une de ces croyances concurrentes et cherchent à disqualifier les autres, ce qui de certains points de vue est totalement justifiable et digne d'intérêt mais n'est pas conforme aux canons et aux exigences de la science. L'œuvre scientifique est celle qui parvient à prendre suffisamment de recul par rapport à son objet d'étude, qui sait ne pas être militante. Ainsi que l'exprime un poète contemporain : « Pour aller de l'avant, il faut prendre du recul, car prendre du recul, c'est prendre de l'élan »<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> H. ISAR, « L'organisation structurale des pluralismes : contribution à une approche épistémologique de la pluridisciplinarité en sciences humaines et sociales », in O. BENOIST, H. ISAR, dir., *Pluralisme, pluralismes*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2011, p. 227.

<sup>108</sup> A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard, E. Matzner, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004, p. 183.

<sup>109</sup> M. DE MONTAIGNE, *Les essais*, Abel Langelier, 1588, L. III, chap. 13.

<sup>110</sup> G. THULLIER, « Penser par soi-même en droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1145.

<sup>111</sup> MC SOLAAR, « Le bien, le mal », 1993.

Les concepts fondamentaux de la culture juridique, au premier rang desquels figure le concept de droit, ne sont pas des invariants statiques et éternels mais des constructions plus ou moins fragiles, toujours temporaires, résultant de luttes sémantiques pour la détermination de leurs contenus et influencées par les contextes intellectuels et sociaux dans lesquels elles évoluent. Partant, choisir la problématique « les théories du droit et le pluralisme juridique », peut-être est-ce « s'éprendre d'un problème insoluble et stérile », ainsi que le suggère un anathème baudelairien<sup>112</sup>. Il faut néanmoins affronter ce problème, cela en s'accordant le « temps de penser »<sup>113</sup> et la « liberté de penser » nécessaires à tout ouvrage scientifique au moins autant qu'à tout ouvrage philosophique.

Ensuite, on souligne que, pour qu'un écrit constitue un véritable travail de recherche, il se doit soit d'aborder un sujet inédit, soit d'aborder un sujet classique mais en adoptant un point de vue novateur<sup>114</sup>. En l'occurrence, seule la seconde situation est concevable et, tandis que les développements autour de la problématique sont innombrables, cette étude doit s'efforcer de proposer une approche à la fois originale, pionnière, mais aussi susceptible de contribuer au progrès scientifique. La mesure de la juridicité des normes au moyen d'une échelle graduée et la science des théories du droit sont peut-être autant de propositions nouvelles parmi la littérature *jus*-théorique et conformes aux canons de la science.

Si un système est un « ensemble de propositions, de principes et de conclusions »<sup>115</sup>, alors la théorie syncrétique du droit, reposant sur une méta-théorie scientifique et aboutissant à la définition syncrétique du droit, forme bien un système. Il convient, en ce second tome de *Théories du droit et pluralisme juridique*, de présenter ce système, de présenter les objectifs, les moyens et les résultats qui le constituent (*première partie*). Pourra ensuite être procédé à quelques premières applications de l'échelle de juridicité, instrument de mesure de la force juridique des règles élaboré dans le cadre de la théorie syncrétique. Cette expérimentation témoignera du pluralisme juridique qualitatif et vertical qui imprègne le monde des normes et autorisera l'examen du pluralisme juridique quantitatif et horizontal en ce qu'elle démontrera que toute norme sociale est, *dans une certaine mesure*, juridique, que toute norme sociale peut intégrer l'objet d'étude du juriste (*seconde partie*).

<sup>112</sup> Ch. BAUDELAIRE, « Femmes damnées (Delphine et Hippolyte) », in *Les Fleurs du mal*, Poulet-Malassis et de Broise, 1857.

<sup>113</sup> Réf. à M. GOBERT, « Le temps de penser de la doctrine », *Droits* 1994, n° 20, p. 97 s.

<sup>114</sup> A.-S. CONSTANT, A. LÉVY, *Réussir mémoire, thèse et HDR*, 5<sup>e</sup> éd., Gualino, coll. Mémentos LMD, 2015, p. 63.

<sup>115</sup> V° « Système », in *Trésor de la langue française*.

## Conclusion

### 178. La théorie syncrétique du droit, théorie de la juridicité graduelle.

La revue d'effectif des différentes théories ou, du moins, acceptions du droit conduisant à l'affirmation du pluralisme juridique contre le monisme juridique – au sein du premier tome de *Théories du droit et pluralisme juridique* – amène à dresser le constat suivant : ce sont certainement leurs faiblesses méthodologiques et épistémologiques, le fait qu'elles fassent montre d'une conscience insuffisante de la spécificité du juridique au sein du social – même si d'autres raisons peuvent être isolées<sup>2854</sup> –, qui sont à l'origine de leur fragilité et qui expliquent la préférence de la psyché juridique collective pour le monisme et l'étatisme juridiques. Entre le normativisme kelsénien et le « pluralisme juridique radical », par exemple, peut-être un ensemble théorique est-il autrement plus rigoureux, logique et savamment élaboré que l'autre. D'ailleurs, il est tout à fait révélateur que l'auteur de l'un des derniers essais à aborder la problématique du pluralisme juridique définisse celui-ci sous les traits d'une « conception du droit qui renonce à toute définition du droit »<sup>2855</sup>. Or la fin première de toute théorie ou même simple pensée du droit est normalement la définition de cet objet qu'est le droit ; une théorie du pluralisme juridique ne s'appuyant sur aucune spécification particulière de l'objet-droit ne peut qu'être excessivement vide ou, en tout cas, inopérante aux oreilles des acceptions de la juridicité cohérentes, soit celles qui rencontrent le plus grand succès parmi le public des juristes. Et le fait que les thèses du pluralisme juridique soient extraordinairement nombreuses et, surtout, diverses – on évoque une « nébuleuse de pluralismes juridiques »<sup>2856</sup> – empêche d'autant plus tout succès du concept de pluralisme juridique, trop évasif et disloqué en de multiples contrées théoriques indépendantes les unes des autres et qui, au final, se combattent entre elles plus qu'elles n'affrontent, solidairement, le monisme juridique.

<sup>2854</sup> Cf. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 2006, p. 47-48.

<sup>2855</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 79.

<sup>2856</sup> *Ibid.*, p. 81.

La théorie syncrétique du droit est une nouvelle-venue dans ce paysage. Elle paraît constituer la première théorie du droit à consacrer un pluralisme juridique qualitatif, bien qu'ait déjà été exposée la thèse d'un « droit en douceur »<sup>2857</sup>, que des auteurs aient conclu à la « nécessité d'une conception plurielle et interactionniste des conditions ou critères de validité »<sup>2858</sup> et qu'aient été proposées des analyses telles que celle de Carbonnier qui aboutit à décrire une « frange énorme de droit vulgaire [qui] court, en clair-obscur, le long du système juridique »<sup>2859</sup>. Parmi les réflexions apparemment les plus avant-gardistes sur le droit, sont le plus souvent envisagés un critère unique de juridicité et une qualité juridique exclusivement susceptible d'être ou de ne pas être revêtue par l'objet étudié<sup>2860</sup> ; tandis que les mesures et évaluations du droit entreprises jusqu'à présent<sup>2861</sup> portent sur tout autre chose que sur le niveau théorique de juridicité, notamment sur l'efficacité économique.

Aux yeux de la théorie syncrétique, toutes les sources de normes sociales sont des sources de normes juridiques, mais toutes, loin s'en faut, ne sont pas des sources de normes fortement ou absolument juridiques. Il se trouve, entre les diverses normes sociales, des variations de degré mais non des variations de nature<sup>2862</sup>. Ainsi n'est-il guère possible que cette théorie encoure le reproche adressé aux conceptions émergentes du droit<sup>2863</sup> qui ne feraient que « standardiser » et « niveler »

<sup>2857</sup> G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, trad. M. Leroy, Economica, 2000.

<sup>2858</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), Bruxelles, 1987, p. 271.

<sup>2859</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 371.

<sup>2860</sup> Ainsi note-t-on, par exemple, que, « face aux lois supplétives de volonté, soumises à la volonté des parties, de deux choses l'une : soit la règle de droit n'est pas forcément impérative et la définition du droit devra se trouver un autre signe caractéristique ; soit les lois supplétives ne sont pas des règles de droit » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 29) – étant précisé qu'une loi est certainement un acte supportant diverses règles de droit plutôt qu'une règle de droit en soi.

<sup>2861</sup> R. MELOT, J. PÉLISSE, « Prendre la mesure du droit : enjeux de l'observation statistique pour la sociologie juridique », *Dr. et société* 2008 ; A. JEAMMAUD, É. SERVERIN, « Évaluer le droit », *D.* 1992, p. 263 s. ; B. DU MARAIS, dir., *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports* Doing Business, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2006.

<sup>2862</sup> *Contra*, J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 360 (« le juridique et l'infra-juridique ne font pas un pluriel parce qu'ils ne sont pas d'identique nature »).

<sup>2863</sup> Par exemple, A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, spéc. p. 242-243 (« polycentricité et pluralisme s'étudient en fonction de l'émergence de plus en plus visible de formes alternatives, voire informelles, de régulation juridique, qui constituent autant de foyers de production de droit. [...] Toute procédure ne relevant pas du droit étatique et visant à régler une situation ou à donner une solution à un conflit crée du droit alternatif. [...] Les lieux du

le droit<sup>2864</sup> ou celui selon lequel il s'agirait d'une vision diluée et approximative de la juridicité dans laquelle toute forme d'expression normative pourrait être juridique<sup>2865</sup>, tout cela ne contribuant qu'à renforcer le « désordre juridique »<sup>2866</sup> et, *in fine*, à mener à la « mort du droit »<sup>2867</sup> par la disparition de tout signifié assorti au signifiant « droit », lequel ne serait plus qu'une coquille vide à ranger au banc de l'histoire. Au contraire, la théorie syncrétique espère pouvoir être qualifiée de « précise », de « rigoureuse », mais aussi de « juridique », si ce n'est de « juriste ».

Il n'est permis de considérer que le pluralisme juridique devrait l'emporter sur le monisme juridique qu'à condition d'envisager des degrés de juridicité, loin de la vision manichéenne droit/non-droit<sup>2868</sup>, par trop caricaturale et impraticable. Par conséquent, il est vrai, à l'aune de la définition syncrétique du droit, que les frontières de ce dernier sont aujourd'hui excessivement floues et incertaines<sup>2869</sup>, puisqu'il est difficile, si ce n'est impossible, de fixer, tout en respectant les principes scientifiques qui empreignent la théorie syncrétique, un niveau de juridicité en-dessous duquel les normes concernées sortiraient de l'empire du juridique. À l'heure de la « nébulisation de la frontière du droit et du non-droit »<sup>2870</sup>, il est impossible d'établir par quelque moyen scientifique que ce soit ladite frontière. Une norme faiblement juridique ne doit pas s'analyser autrement qu'en tant que norme faiblement juridique. Partant, d'autant plus qu'aucune norme à juridicité nulle ne se laisse en pratique observer, la définition syncrétique aboutit à nier le « droit au non-droit » que revendiquait Carbonnier<sup>2871</sup>. Mais cela ne fait, semble-t-il, aucunement

---

droit deviennent, sinon infinis, du moins aussi nombreux qu'il y a, sur la planète, d'êtres humains capables de régler par eux-mêmes une situation ou de donner une solution à un conflit »).

<sup>2864</sup> J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 103.

<sup>2865</sup> Par exemple, M. VIRALLY, « Le phénomène juridique », *RDP* 1966, p. 13.

<sup>2866</sup> Réf. à A. DECOQ, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 149 s. ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur le "désordre juridique français" », in *Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 405 s. ; C. SAMPFORD, *The Disorder of Law*, Basil Blackwell (Oxford), 1989.

<sup>2867</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 146.

<sup>2868</sup> Par exemple, J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 20.

<sup>2869</sup> J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 37.

<sup>2870</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 223.

<sup>2871</sup> Cf. O. ABEL, J. CARBONNIER, « Le droit au non droit – Entretiens », in J. CARBONNIER, *Écrits – 1908-2003*, Puf, 2008, p. 1533 s. Peuvent être ici rappelés les célèbres théorèmes du



entrer la théorie syncrétique dans la ligne de mire de qui regrette que la pensée du droit contemporaine tende à fragiliser la notion de droit<sup>2872</sup> ; au contraire, il faut le redire, le recours à cette théorie trouve spécialement sa justification dans le besoin de mettre un frein à la tendance au panjuridisme qui marque l'évolution de la culture juridique à l'heure du « droit global ». Admettre que de vagues énoncés sans valeur normative ni force contraignante sont du droit est tout autre chose qu'admettre que ces mêmes énoncés revêtent une juridicité faible. Tout pluralisme se définit comme la « garantie d'une diversité dans le respect d'un cadre commun »<sup>2873</sup> ; c'est bien ainsi qu'il faut envisager le pluralisme juridique en ses aspects théoriques.

Ensuite, la théorie syncrétique du droit revêt peut-être une force doctrinale intrinsèque, non seulement parce qu'elle est une théorie scientifique, objective et empirique, reposant sur une méthode transparente, mais aussi en ce qu'elle se situe nécessairement, que ce soit sur la question de la définition du droit ou sur celle de la possibilité du pluralisme juridique, dans une position de juste milieu et d'équilibre. Or ne plaide-t-on pas pour les « vertus de tempérament, de proportion et d'ajustement souple »<sup>2874</sup>, ne souligne-t-on pas que « la qualité première du juriste doit être le sens de la mesure »<sup>2875</sup> et ne rendait-on pas hommage à Bodin en raison du fait qu'il était le « maître des justes milieux, désamorçant les antagonismes et annulant les contraires »<sup>2876</sup> ? C'est exactement cela (désamorcer les antagonismes et annuler les contraires) que souhaite permettre la théorie syncrétique du droit ; et c'est pourquoi elle imagine se

---

grand juriste : « Théorème 1 : “Le droit est plus grand que les sources formelles du droit” ; [...] Théorème 2 : “Le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes” » (J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 20-22).

<sup>2872</sup> G. KOUBI, « La notion de “charte” : fragilisation de la règle de droit ? », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 165.

<sup>2873</sup> M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 371.

<sup>2874</sup> E. PUTMAN, « Éditorial », RRJ 2012, p. 1599.

<sup>2875</sup> A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 418.

<sup>2876</sup> C. SCHMITT, « La formation de l'esprit français par les légistes », in *Du politique*, Pardès (Puisseaux), 1990, p. 197 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 50). Carl Schmitt, se référant toujours à Bodin, ajoutait l'observation suivante : « Comparé au légiste anglais, le légiste français est logique et rationaliste. Comparé à l'allemand, il est pragmatique et se méfie des systèmes » (*ibid.*, p. 191 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 50)). Certainement faut-il s'efforcer de suivre ce modèle du « légiste français ».

parer d'une force doctrinale intrinsèque et, dès lors, parvenir à consacrer la thèse du pluralisme juridique, mais dans une acception bien spécifique : le pluralisme qualitatif, soit à travers une vision graduelle de la juridicité.

Et la théorie syncrétique du droit doit présenter d'autres qualités justifiant de lui avoir consacré de substantiels développements et, surtout, d'y recourir afin de régler la problématique du pluralisme juridique. Notamment, il lui appartient de constituer peut-être une « théorie ludique du droit »<sup>2877</sup>, formellement et matériellement stimulante et attrayante, en raison du recours à des critères et des sous-critères précisément circonscrits et de l'élaboration d'un instrument de mesure du niveau de juridicité des normes. Plus généralement, la légitimité hypothétique du choix de la théorie syncrétique se résume dans les deux caractères de la nouveauté (ne pas proposer une analyse du pluralisme juridique déjà plusieurs fois opérée auparavant par d'autres) et de la scientificité (ne pas retenir une approche du pluralisme juridique marquée par la subjectivité, l'arbitraire, la stipulation et la spéculation, si ce n'est par des considérations d'ordre politique ou idéologique). Ne dit-on pas que l'opportunité d'une étude dépend de sa capacité à « remettre la science en culture »<sup>2878</sup> ? Néanmoins, quant à la science des théories du droit, il s'agit davantage de « *mettre* la science en culture » que de « *remettre* la science en culture », ce qui traduit son caractère semble-t-il novateur. Seulement – il faut le redire – n'est-ce qu'à l'aune de son efficacité épistémique, épistémologique et scientifique que la théorie syncrétique doit être jugée. La novation et la mutation épistémologiques<sup>2879</sup> ne sont évidemment pas des fins à poursuivre ; au contraire, elles sont accessoires, des effets qui suivent ou non le choix du chemin qui apparaît, aux yeux de l'observateur, le plus pertinent dans le but d'atteindre un savoir véritable et sûr.

Reste que s'enquérir de la problématique du pluralisme juridique, qui n'est pas une autre que celle de la définition du droit, est aujourd'hui plus que jamais indispensable puisque cette dernière « est l'affaire de tous, et l'intérêt pour la question n'a jamais été aussi vif que depuis que la technique a asphyxié le droit et ceux qui l'étudient »<sup>2880</sup>. Peut-être chercher à répondre à la question du sens de « droit » en empruntant de nouvelles voies – à condition qu'elles se révèlent pertinentes – est-il préférable au fait d'exposer les voies depuis longtemps existantes et connues de tous pour, ensuite, se

<sup>2877</sup> Cf. F. OST, « Pour une théorie ludique du droit », *Dr. et société* 1992, p. 93 s.

<sup>2878</sup> É. KLEIN, « Comment savons-nous ce que nous savons ? », conférence à l'Agora des savoirs, Centre Rabelais de Montpellier, 2 nov. 2011.

<sup>2879</sup> J. LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative du droit », *Arch. phil. droit* 1988, p. 124.

<sup>2880</sup> P. DEUMIER, « À propos de certains éléments de la définition du droit », *D.* 2014, p. 991.

borner à opter arbitrairement, à l'aune de convictions personnelles, en faveur d'une ou plusieurs d'entre elles. Les essais de théorisation du droit auxquels adhèrent actuellement nombre de penseurs du droit ont été entrepris « dans des siècles où l'espace avait une autre dimension et où le temps avait une autre durée »<sup>2881</sup> – où l'on osait soutenir que « la perpétuité est dans le vœu des lois »<sup>2882</sup> ; il est nécessaire d'au moins les actualiser et de s'assurer de la pérennité de leurs congruences respectives ; à moins qu'il ne faille totalement les reprendre, de leurs fondements jusqu'à leurs détails. Ce n'est, en tout cas, qu'à la pensée juridique globale, non à quelque auteur individuellement, de décider du tournant à prendre et, par exemple, de confirmer ou non que le concept de « force juridique », rarement usité jusqu'à présent, s'avère très utile, parce qu'il porterait en lui les idées de gradualité et de dynamique et que, ce faisant, il permettrait de rendre justice de la singularité et de la complexité du droit contemporain<sup>2883</sup>.

À l'heure actuelle, le problème de la signification du concept de droit demeure, paradoxalement, l'un des plus délicats du monde juridique ; et les introductions au droit récentes ne manquent pas de prévenir leurs lecteurs en ces termes : « N'attendez pas de cette introduction qu'elle vous dise ce qu'est le droit. Espérez, au mieux, quelques pistes [face à] beaucoup d'interrogations »<sup>2884</sup>. La « teneur indéçise du droit »<sup>2885</sup> est, aujourd'hui plus que jamais, une réalité, ce qui justifie de se lancer sur la pente savonneuse de la définition du droit, de consacrer un ouvrage universitaire à ce problème, de s'essayer à la « cuisine du droit »<sup>2886</sup>, et légitime le fait de chercher à apporter quelques réponses à l'aide de la théorie syncrétique, loin de toute proposition stipulative, convaincu que Carbonnier s'égarait lorsqu'il soutenait l'« impossib[il]ité de trouver une définition qui permette d'arracher la notion de droit du magma des doutes »<sup>2887</sup>.

<sup>2881</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 90.

<sup>2882</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1801.

<sup>2883</sup> En ce sens, A.-J. ARNAUD, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in C. THIBIERGE, dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 14 (« seul un recours à des théories issues d'une pensée juridique complexe peut permettre de rendre compte de la diversité autant des normes juridiques que des multiples régulations contemporaines. Ce n'est que de ce creuset que sortiront les idées susceptibles de permettre aux nouvelles générations de juristes de répondre à une attente qui n'est plus celle du temps où nous avons été formés, où nous avons eu la chance d'avoir pour maîtres ces auteurs prestigieux qui ont forgé les concepts que nous avons reçus et que nous comptons transmettre, à notre tour, comme un legs intangible et sacré »).

<sup>2884</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 12.

<sup>2885</sup> Réf. à P. AMSELEK, « La teneur indéçise du droit », *RDP* 1991, p. 1199 s.

<sup>2886</sup> Réf. à Ch. JAMIN, *La cuisine du droit*, Lextenso, 2012.

<sup>2887</sup> J. CARBONNIER, « Préface », in Th. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, LGDJ, 1988, p. 3.

Quant à savoir si l'objectif d'améliorer et d'approfondir les connaissances (scientifiques) relatives au concept de droit est atteint, seule la réception du présent écrit est en mesure d'en décider, comme seul l'ensemble de ceux qui utilisent l'adjectif « juridique » assorti au nom « règle » décident de sa signification – étant entendu que, bien évidemment, « la doctrine, ce sont d'abord des individus libres. Son trait essentiel, c'est sa triple liberté. Tout le monde peut se dénommer auteur ou jurisprudence [...]. Tout jurisconsulte est libre d'avoir une opinion, quand il le veut, sans attendre d'être interrogé [...]. Tout jurisconsulte est libre d'avoir l'opinion qu'il veut »<sup>2888</sup>. Chacun doit heureusement demeurer libre de soutenir, par exemple, qu'« une famille est un État »<sup>2889</sup> ; et si, dans la psyché juridique collective, domine l'idée qu'une famille est un État, alors une famille est un État.

Le paradigme du pluralisme juridique jouit, depuis plusieurs années, d'une force doctrinale croissante qui va peu ou prou de pair avec le développement des thèses « postmodernes » autour du droit, en particulier par le truchement de l'idée de « droit global », ou encore avec celle de « droit souple ». Si la théorie syncrétique venait à rencontrer quelque modeste succès parmi la psyché juridique collective, ce serait autant de soutien supplémentaire conféré au pluralisme juridique puisque cette théorie, à travers ses prémisses épistémologiques, la définition du droit qu'elle constate, les outils qu'elle propose et, surtout, les résultats auxquels elle aboutit, se positionne entièrement du côté du pluralisme juridique, spécialement en conduisant à affirmer l'existence d'un pluralisme qualitatif du droit, soit un « panjuridisme éclairé » qui s'oppose à la fois à la pensée des tenants du monisme juridique et à la pensée du panjuridisme telle qu'elle se retrouve chez certains soutiens du pluralisme juridique qui, à

<sup>2888</sup> É. PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique », in *Mélanges Rolland Drago*, LGDJ, 1989, p. 12 (cité par O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 386-387). Et l'internationaliste Decencière-Ferrandière de souligner, dans son *Essai de justice internationale*, qu'« il est une qualité peut-être plus répandue chez les professeurs que dans d'autres milieux, en raison même de la nature de leurs occupations et du statut qui leur est assuré : c'est le sens critique et l'indépendance d'esprit. Le conformisme est incompatible avec l'esprit de recherche, et les professeurs qui ont le sens de la dignité de leurs fonctions sauront toujours s'en souvenir » (cité par O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 387). Il va de soi que la théorie syncrétique abonde entièrement en ce sens et revendique la liberté de chacun d'adhérer ou non à elle, quelle que soit, par ailleurs, sa force doctrinale intrinsèque.

<sup>2889</sup> A. PANUNZIO, *Studi in onore di O. Ranalletti*, Padoue, 1931, p. 183 (cité par S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 100).

mille lieues de la définition syncrétique, se passent de toute définition du droit et assimilent, sans autre forme de procès, pluralisme juridique et pluralisme normatif.

Enfin, reste qu'il faut gager que les sciences du droit et la théorie juridique peuvent progresser ; elles ne sont pas la philosophie, matière au sein de laquelle les auteurs les plus entendus et écoutés demeurent, au XXI<sup>e</sup> s., Platon et Aristote. L'enjeu premier de tout travail *jus*-scientifique devrait donc consister à chercher (nécessairement) et à parvenir (éventuellement) à faire progresser les connaissances scientifiques dans et sur le droit. Ne faut-il pas s'élever contre qui affirme sans ambages que « les juristes ne font jamais de découvertes ; il n'y a qu'une évolution lente et progressive sans aucun saut important »<sup>2890</sup> ? « S'il existe une science des sociétés, écrivait Durkheim, il faut bien s'attendre à ce qu'elle ne consiste pas en une simple paraphrase des préjugés traditionnels, mais nous fasse voir les choses autrement qu'elles n'apparaissent au vulgaire ; car l'objet de toute science est de faire des découvertes et toute découverte déconcerte plus ou moins les opinions reçues »<sup>2891</sup>. Aussi, au-delà de la force doctrinale intrinsèque qui s'attache, peut-être, à la théorie syncrétique du droit et, par ricochet, à la résolution par elle de la problématique de l'acceptabilité théorique du pluralisme juridique, ne sont-ce que le temps et l'expérience qui, une fois passé l'effet de surprise – qui oblige presque naturellement le public des penseurs du droit à se montrer réservé au sujet de pareille théorie déconcertante sous l'angle des modes d'analyse et des représentations habituels<sup>2892</sup> –, attesteront de leurs forces doctrinales réelles. Ainsi que le notait Tocqueville, une révolution ne réussit toujours que si la minorité qui la provoque obtient l'assentiment de la majorité passive<sup>2893</sup>. Il n'est bien entendu pas permis à l'auteur de ces lignes, au moment où il les rédige, d'opérer quelque conclusion sur ce point. Quant à savoir si la définition syncrétique du droit et l'échelle de juridicité constituent des « découvertes scientifiques », il paraît éventuellement autorisé de soutenir que tel serait le cas tant la conjoncture *jus*-théorique antérieure à leur constatation ou élaboration s'avère peut-être incomparable avec la conjoncture

<sup>2890</sup> M. A. DELPLANQUE, *La Gouvernance globale – Fin de l'ordre juridique international*, th., Université de Nice-Sophia Antipolis, 2000, p. 5. Dans le même sens, mais concernant l'économie, E. MALINVAUD, « Pourquoi les économistes ne font pas de découvertes », *Économie politique* 1996, p. 929 s.

<sup>2891</sup> É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2<sup>e</sup> éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. VII.

<sup>2892</sup> En ce sens, J.-L. BERGEL, « Globalisation du droit et professions juridiques », *RRJ* 2010, p. 2167.

<sup>2893</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835 et 1840), Flammarion, coll. GF, 2010, p. 243.

*jus*-théorique telle qu'elle se présente après les avoir incorporées. Plus encore, c'est la science des théories du droit qui serait une « découverte scientifique » – non une révolution mais une apparition scientifique. Cependant, les « découvertes scientifiques » auxquelles il est, en ces pages ou chez Durkheim, fait référence sont, bien sûr, davantage des métaphores servant à désigner des avancées dans le champ des connaissances que des découvertes scientifiques analogues à celles opérées, notamment, dans les domaines de la physique ou de la chimie<sup>2894</sup>.

### 179. Le besoin d'équilibre entre théorie et pratique dans la recherche juridique.

Par ailleurs, si *Théories du droit et pluralisme juridique* n'interroge pas les implications pratiques du pluralisme juridique, par exemple à l'aune d'une expérience menée sur la branche du droit particulière qu'est le droit des communications électroniques, nul doute qu'une autre étude pourrait être envisagée à ces fins. En 1822, les facultés de droit d'alors avaient pour consigne que « les étudiants ne reçoivent que des connaissances positives et usuelles »<sup>2895</sup>. Partant, Tocqueville pouvait déplorer le délaissement de la formation intellectuelle et de l'ouverture de l'esprit aux problèmes de philosophie du droit<sup>2896</sup>. Aujourd'hui, on regrette que de tels excès persistent et même s'accroissent, « au risque d'achever la transformation de nos anciennes facultés de droit en simples écoles de droit appliqué »<sup>2897</sup>. Le tout-pratique est assurément quelque-chose d'incommodé ; mais il l'est moins que le tout-théorique, car le droit reste avant tout une pratique sociale. À nouveau, il n'y a que l'équilibre qui puisse s'avérer satisfaisant. Et, à l'équilibre, il faudrait ajouter le lien ; ce ne doivent pas être deux parties hermétiques qui se tournent le dos mais deux parties interdépendantes se faisant face et dialoguant, dans l'espoir de quelques progrès dialectiques. Que soit rappelé cet aphorisme attribué – sans doute abusivement – à Albert Einstein : « Rien n'est plus pratique qu'une bonne théorie »<sup>2898</sup>. Et rien n'est-il pas plus théorique qu'une bonne pratique ?

<sup>2894</sup> Cf. B. FRYDMAN, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des Tribunaux* 1996, p. 809 s.

<sup>2895</sup> Ord. 6 sept. et 1<sup>er</sup> déc. 1822 (citée par A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence (Aix-en-Provence), 2002, p. 20).

<sup>2896</sup> Cf. A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville (1805-1859)*, Hachette, 1984, p. 70.

<sup>2897</sup> A. LECA, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence (Aix-en-Provence), 2002, p. 20.

<sup>2898</sup> Cité par G. VEDEL, « Indéfinissable mais présent », *Droits* 1990, n° 11, p. 68 ; et par J. M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement*, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, 2004, p. 6. Cet aphorisme est également – et plus souvent – attribué au psychologue américain Kurt Lewin.

Peut-être le mécanisme ne fonctionne-t-il que dans un sens : de la théorie vers la pratique.

Savigny aussi plaidait en faveur d'une « harmonie » entre ces deux pôles de la connaissance. Il écrivait que la séparation entre la théorie et la pratique, « bonne et légitime, pourrait dégénérer en isolement fatal [...]. La division est bonne si chacune ne perd point de vue l'unité primitive, si le théoricien conserve et cultive l'intelligence de la pratique, le praticien l'intelligence de la théorie. Là où cette harmonie est détruite, là où la séparation entre théorie et pratique devient absolue, advient inévitablement le risque que la théorie devienne un jeu de l'esprit, la pratique un métier purement artisanal »<sup>2899</sup>. C'est dans la perspective de cette harmonie qu'il est préférable de s'inscrire. Pourtant, d'aucuns considèrent que la doctrine française aurait succombé au travers que soulignait Savigny. Au début du xx<sup>e</sup> s., Adhémar Esmein dressait le triste constat selon lequel « les gens du Palais (juges et avocats) voient ceux de l'École (professeurs) comme formant une classe spéciale de juristes, un peu rêveurs, un peu pédants et ignorants de la pratique »<sup>2900</sup> ; et le Professeur Olivier Beaud d'interroger tout à l'inverse : « Le juriste français n'est-il pas devenu une sorte d'artisan du droit méconnaissant ainsi ce que disait Laboulaye de la science du droit : elle est une science mixte, et elle se dessèche si elle est une science exclusivement pratique ? »<sup>2901</sup>.

Plutôt que de s'enfermer dans un bocal, derrière l'une ou l'autre étiquette, il est peut-être plus opportun de chercher à imiter Bodin, dont on dit qu'il alliait « le sens pratique des réalités et une capacité certaine à théoriser »<sup>2902</sup> et dont l'œuvre est qualifiée de « croisement de la théorie et de la pratique »<sup>2903</sup>. Il faut, ainsi qu'en convenait Bergson, « agir en homme de pensée [et] penser en homme d'action »<sup>2904</sup> afin de réconcilier les « gens du Palais » et les « gens de l'École ». Tous ont à y gagner tant le savoir global semble être ô combien plus important, qualitativement parlant, que la somme des savoirs théoriques et des savoirs pratiques qui, individuellement, sont comme de l'encre sans papier ou du papier sans encre.

<sup>2899</sup> C. F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, Berlin, 1848, p. XV (cité par O. BEAUD, « Doctrine », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 388).

<sup>2900</sup> A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p. 5 (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 314).

<sup>2901</sup> O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 388.

<sup>2902</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 50.

<sup>2903</sup> S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la République*, Puf, coll. Léviathan, 1987, p. 75.

<sup>2904</sup> H. BERGSON, *Écrits et paroles*, Puf, 1957.

Concernant la question centrale parmi ces travaux (« qu'est-ce que le droit ? »), au-delà de son caractère fondamental qui apparaît patent pour la théorie du droit dont l'objet principal est d'y répondre, elle porte en elle des implications pratiques tout autant cardinales pour le juge et l'avocat dont la teneur des discours ne peut que dépendre intimement de la réponse apportée. De plus, le travail de ces praticiens du droit est justement de prédire, pour l'avocat, et d'affirmer, quant au juge, quelles sont les règles qui sont juridiques et qui, partant, doivent s'appliquer à des conflits ou des situations déterminés. Sur ce point, a pu être relevé que, « de manière plus ou moins consciente, plus ou moins formalisée, [la] pratique n'est toujours que la conséquence d'une conception théorique de ce qu'est le droit »<sup>2905</sup>. Cette influence des conceptions personnelles concernant le droit est particulièrement perceptible lorsque les problèmes posés au droit positif flirtent avec la morale, ainsi qu'en a parfaitement témoigné l'« affaire Perruche » à l'occasion de laquelle le clivage jusnaturalistes/juspositivistes est réapparu au grand jour<sup>2906</sup>.

C'est sans doute à raison qu'on soutient que les savoirs académiques sont des « savoirs pour l'action »<sup>2907</sup>, mais aussi que « la maîtrise des questions théoriques fondamentales est un gage de qualité du discours dogmatique »<sup>2908</sup>. Par exemple, le recours à la jurisprudence afin de déterminer les significations d'énoncés normatifs suppose la résolution préalable – foncièrement théorique – du problème du statut de celle-ci parmi les sources du droit. Et puis existent des matières typiquement théoriques dans lesquelles les magistrats suivent clairement les réflexions des théoriciens ; Charles Eisenmann le remarquait à propos de la souveraineté lorsqu'il la qualifiait de « concept issu de la doctrine » par opposition aux « concepts issus du droit positif »<sup>2909</sup>.

Le cloisonnement classique de la théorie et de la pratique juridiques, leur isolement même, n'a donc rien de naturel ; il est, bien au contraire, relativement artificiel et doit être relativisé. Pourtant, le lecteur émettra légitimement cette objection : la présente étude est fondamentalement théorique et ne pose que très peu d'interrogations d'ordre pratique. En se bornant à ne traiter que les aspects théoriques de la problématique

<sup>2905</sup> X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 6.

<sup>2906</sup> Cf., parmi d'autres, D. DE BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.* 2002, p. 47 s.

<sup>2907</sup> *Dr. et société* 2005/2, « Savoirs académiques, savoirs pour l'action ? ».

<sup>2908</sup> X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 6.

<sup>2909</sup> Ch. EISENMANN, « Problèmes de méthodologie et de classifications », *Arch. phil. droit* 1966, p. 29.



du pluralisme juridique, *Théories du droit et pluralisme juridique* participerait effectivement et inévitablement dudit cloisonnement ; ce double ouvrage serait donc, de ce point de vue, incomplet ou inachevé. Néanmoins, il forme un ensemble avec *Les sources du droit de la communication par internet*, qui interroge pour sa part la dimension concrète du pluralisme juridique (le pluralisme quantitatif ou horizontal). L'auteur de ces lignes s'est donc bel et bien efforcé de répondre à l'exigence d'équilibre entre théorie et pratique, même si cela ne transparaît guère à l'échelle des deux tomes de *Théories du droit et pluralisme juridique* qui à présent s'achèvent.

### **180. Fermeture de *Théories du droit et pluralisme juridique* et ouverture vers *Les sources du droit de la communication par internet*.**

Au sein d'un futur ouvrage intitulé *Les sources du droit de la communication par internet*, il s'agira de procéder à des travaux pratiques relatifs non à la qualité juridique, non à la possibilité du pluralisme juridique, mais aux quantités de règles juridiques, à la réalité du pluralisme juridique. Seul importera alors de retenir que toute norme sociale est juridique, quel que soit son niveau élevé, moyen ou bas de juridicité, et donc que l'ensemble des normes extra-étatiques doit être inclus dans l'étude de la réalité du pluralisme juridique. Avec le Professeur Catherine Thibierge, il convient de relever que nombre de normes allient faiblesse *jus*-théorique et force *jus*-pratique ou force *jus*-théorique et faiblesse *jus*-pratique<sup>2910</sup>. Sous l'angle théorique, qui intéressait *Théories du droit et pluralisme juridique*, il n'y a que la force ou faiblesse juridique, soit la juridicité, qui revêt de l'importance ; sous l'angle pratique, qui concernera *Les sources du droit de la communication par internet*, il n'y a que la force ou faiblesse factuelle, soit la normativité, qui revêt de l'importance.

Si la théorie syncrétique du droit était une théorie étatiste à l'identique, en particulier, du normativisme kelsénien, il ne serait guère utile de poursuivre l'aventure au-delà de l'ouvrage qui à présent se termine, car la réalité du pluralisme juridique (l'existence *de facto* de sources extra-étatiques de normes juridiques concurrençant les sources étatiques à l'échelle d'une branche du droit et d'un espace étatique) ne pourrait se voir pertinemment interrogée. Mais la théorie syncrétique du droit est entièrement une théorie du pluralisme juridique et en aucune façon une théorie du monisme et de l'étatisme juridiques. Et il ne se trouve en cela nulle contradiction avec la critique par ailleurs adressée par l'auteur de ces lignes aux théories du pluralisme juridique déjà existantes, des jusnaturalismes aux conceptions

<sup>2910</sup> C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 145.

des socio-anthropologues du droit en passant par le « pluralisme juridique radical », puisqu'observer que les diverses sources de normes produisent des règles fortement, moyennement ou faiblement juridiques n'est en rien équivalent – et est même contraire – à l'affirmation selon laquelle ces sources donneraient lieu à des normes identiquement juridiques.

L'auteur de ces pages en vient donc, en un mot, à rejeter les pluralismes juridiques classiques autant que les monismes juridiques et à soutenir le pluralisme juridique qualitatif sur lequel échoit logiquement la théorie syncrétique du droit. Et ledit pluralisme qualitatif ne saurait être compris telle une voie médiane entre pluralisme et monisme juridiques. Il s'allie clairement au pluralisme juridique et à la vision d'un « multiple impur [qui] supplante l'unique pur »<sup>2911</sup> pour affronter le monisme, spécialement en ce qu'il autorise, sous un angle pratique, à questionner la réalité du pluralisme juridique, là où tout monisme étatiste, qui est aussi un souverainisme juridique, interdit par définition pareil questionnement et consacre la vision d'un État « ordre juridique total »<sup>2912</sup>. Il faut que les manifestations observées soient d'identique nature pour composer un pluralisme, ce qui amène normalement qui ne voit de nature juridique qu'attachée mécaniquement à la nature étatique à nier toute *possibilité de réalité du pluralisme juridique*.

Longtemps, la culture juridique, notamment en France, a résumé l'empire du droit à l'empire de l'État, quand elle n'a pas vu dans « État » et « droit » deux synonymes. Aujourd'hui, quoique cet étatisme recule de manière de plus en plus patente – on le taxe de temps à autre d'« irréalisme »<sup>2913</sup> et on écrit parfois que « l'État est inutile à la notion de droit »<sup>2914</sup> –, il continue d'empreindre fortement la pensée juridique. Un commentateur observe, de manière fort à propos, que « l'opposition du modèle américain, fondé sur la règle de droit, et du modèle français, centré sur le pouvoir d'État, se retrouve dans le langage, où l'expression française la plus proche du concept anglo-saxon de “règne de la loi” (*rule of law*) est “État de droit”, comme si l'État était une médiation indispensable à ce règne »<sup>2915</sup>.

<sup>2911</sup> J.-M. SOREL, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 97.

<sup>2912</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 393.

<sup>2913</sup> A. SÉRIAUX, *Le Droit – Une introduction*, Ellipses, 1997, p. 232.

<sup>2914</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 248.

<sup>2915</sup> L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Quadrige essais débats, 2007, p. 45.

Reste que c'est l'insatisfaction de l'auteur devant l'ensemble des théories du droit modernes et passées, qu'elles confinent à l'étatisme ou au pluralisme juridique et qu'elles revêtent une force doctrinale élevée ou basse, croissante ou déclinante, qui explique le recours à la théorie syncrétique du droit, approche scientifique et inédite de la notion de droit et, donc, du pluralisme juridique ; qui explique que soit convenu, par exemple avec le Professeur Jacques Chevallier, qu'il serait grand temps de « repenser le droit »<sup>2916</sup> ou, mieux, de repenser la pensée du droit<sup>2917</sup>. D'une part, le déploiement de l'étatisme juridique a certainement coïncidé avec des temps dans lesquels l'État était l'acteur dominant, si ce n'est omnipotent, de la société, ce qui devrait conduire à le mettre à l'épreuve de la réalité d'un État contesté, d'un État concurrencé, de la gouvernance et des diverses formes a-étatiques (quand ce n'est pas anti-étatiques) de « droit postmoderne » – on remarque l'« opérabilité de plus en plus délicate des concepts traditionnels du droit moderne (souveraineté, hiérarchie des normes, unilatéralité de la régulation, sujet de droit, obligatorité...) »<sup>2918</sup>. En ce sens, Duguit estimait, très pragmatiquement, que l'étatisme juridique ne saurait être que temporaire<sup>2919</sup>. D'autre part, il semble que les routes empruntées par ceux qui cherchent à circonscrire la notion de droit ne soient peut-être pas les plus efficaces épistémiquement et les plus légitimes épistémologiquement. Sur ce dernier point, c'est encore à

<sup>2916</sup> J. CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in Ch.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 38.

<sup>2917</sup> En ce sens, par exemple, J. FAVRE, « La pensée juridique est-elle nécessairement une pensée de l'État ? », in D. ROUSSEAU, dir., *Le droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 97.

<sup>2918</sup> L. PECH, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », in R. CANET, J. DUCHASTEL, dir., *La régulation néolibérale – Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions (Montréal), 2005. Le paysage du droit à l'ère contemporaine est décrit en ces termes peu réjouissants pour l'État comme pour les thèses du droit-État : « Du fait que l'économie devient planétaire, les modèles de production changent à la barbe des gouvernants. Une nouvelle division internationale du travail apparaît, que les modes traditionnels de contrôle de l'État se révèlent impuissants à contrôler ou même gérer, encore moins à maîtriser et juguler. Les investissements suivent le développement de marchés de capitaux qui se soustraient de plus en plus à tout contrôle étatique. De puissantes qu'elles étaient déjà, les entreprises multinationales acquièrent, de ce fait, un pouvoir de négociation et de marchandage leur permettant de se soustraire, en pratique, aux exigences des États. Elles deviennent transnationales et inventent une régulation au gré des besoins. Cette sorte de droit international parallèle du commerce assure, bien entendu, la promotion du libre-échange. Il s'efforce de tourner les protections mises en places au niveau des États, dont les droits sont considérés comme trop contraignants » (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique – 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 39).

<sup>2919</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927, p. 111.

L'œuvre durkheimienne qu'il convient de comparer la théorie syncrétique, laquelle peut reprendre à son compte, en subrogeant la notion de droit à la sociologie, pareil exposé : « Parce que la sociologie est née des grandes doctrines philosophiques, elle a gardé l'habitude de s'appuyer sur quelque système dont elle se trouve solidaire. C'est ainsi qu'elle a été successivement positiviste, évolutionniste, spiritualiste, alors qu'elle doit se contenter d'être la sociologie tout court »<sup>2920</sup>. La notion de droit, au sens de la théorie syncrétique, doit se contenter d'être la notion de droit tout court.

D'aucuns observent la « transformation de la morphologie du droit »<sup>2921</sup>, signalent le « déclin du droit », reprenant le mot de Ripert<sup>2922</sup>, ou envisagent de ranger le droit « au musée »<sup>2923</sup>, tandis que le Professeur François Terré dénonce « les ravages du positivisme [normativisme kelsénien] [qui] ont favorisé une vision étriquée du droit »<sup>2924</sup> et que, récemment, l'auteur de l'un des tout derniers essais consacrés à la définition du droit dressait le constat suivant : « L'Occident a imposé une conception qui lie le droit à l'État et il n'est pas facile de les détacher. Il le faut néanmoins si l'on veut saisir la réalité du droit »<sup>2925</sup>. Il serait donc indispensable de trouver quelques moyens adéquats de saisir ladite réalité du droit en rompant le lien théorique qui l'accroche à l'État. Peut-être la théorie syncrétique, recouverte du voile légitimant de la méta-théorie scientifique, jouissant d'une force doctrinale supposément intrinsèque et débouchant sur l'échelle de juridicité, pourrait-elle compter au nombre de ceux-là. Le xx<sup>e</sup> s. a porté à son apogée la radicalisation moderne de la distinction droit/non-droit, alors qu'il paraît davantage conséquent de privilégier une acception progressive de la qualité juridique, ce qu'aucune théorie du droit parée d'une force doctrinale importante n'autorise. Les rapports et intrications entre ces trois entités que sont l'État, la société et le droit sont ô combien complexes et variables ; ils ne sauraient se réduire à des alternatives binaires et simplistes. Pourtant, on propose généralement soit que seules les normes d'origine étatique méritent d'être appelées « droit », soit que « le produit des actes privés, coutumiers ou spontanés,

<sup>2920</sup> É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2<sup>e</sup> éd. (1937), Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 139.

<sup>2921</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 9.

<sup>2922</sup> G. RIPERT, *Le déclin du droit – Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949.

<sup>2923</sup> A. JEAMMAUD, « Le droit au musée ? Les avocats du déclin », *Économie et humanisme* 1991, n° 318, p. 7 s.

<sup>2924</sup> F. TERRÉ, « Une pyramide », *Droits* 1990, n° 11, p. 65.

<sup>2925</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 248.

est lui-aussi du *vrai droit* »<sup>2926</sup>. En ce qu'elle consacre une vision graduelle de la force juridique, ne donnant gain de cause ni à l'étatisme juridique ni au panjuridisme brut, la théorie syncrétique constitue peut-être une voie opportune.

À l'instant de conclure la conclusion, au moment d'apposer un point final à ces travaux relatifs aux théories du droit et au pluralisme juridique, il faut espérer que quiconque les commentera retiendra la même remarque que celle adressée à l'un des tout derniers livres de théorie du droit parus : « Le plus fascinant, dans ce livre, au-delà de toutes les critiques qu'on peut en faire dans le détail, est de voir comment un juriste se confronte, chose suffisamment rare pour être saluée, avec cette question indispensable : “qu'est-ce que le droit ?” »<sup>2927</sup>. Est-il pertinemment et rationnellement explicable que plus d'ouvrages en droit aient été consacrés à la police administrative ou à la responsabilité contractuelle qu'à la problématique « qu'est-ce que le droit ? » ? Sans doute une réponse par l'affirmative est-elle possible à l'aune du caractère éminemment concret et pragmatique des activités des juristes ; mais la question la plus fondamentale de l'univers juridique demeure fatalement celle-là : « qu'est-ce que le droit ? ».

Un jeune chercheur écrit que « les auteurs parlant de “fabrication du droit” sont désormais concurrencés par d'autres leur préférant la question de la “production du droit” »<sup>2928</sup>, ce qui signifierait que « nous sommes passés d'un âge artisanal du droit à un âge industriel du droit »<sup>2929</sup>. Tout dépend, quant à pareils propos autant que concernant la possibilité du pluralisme juridique, autant que concernant la possibilité de « sources du droit complexes et hétérogènes, présentant l'aspect d'un bric-à-brac »<sup>2930</sup>, des signifiés attachés aux signifiants « droit » et « juridique ». Ainsi la relativité et la contingence des observations touchant aux phénomènes dits « juridiques » sont-elles des éléments essentiels, trop souvent négligés et outrepassés ; et leur prise en compte invite à faire le choix d'une

<sup>2926</sup> R. AGO, « Science juridique et droit international », *RCADI* 1956, p. 940 (non souligné dans le texte original ; cité par L. BAL, *Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, th., Université de Strasbourg, 2012, p. 574) ; également, par exemple, A. ALLOTT, G. R. WOODMAN, dir., *People's Law and State Law*, Foris Publications (Dordrecht), 1985 ; D. HELD, « Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty », *Legal Theory* 2002.

<sup>2927</sup> O. JOUANJAN, « Remarques critiques sur *L'ordre juridique et le discours du droit* », *D.* 2014, p. 995.

<sup>2928</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, th., Université de La Rochelle, 2011, p. 41.

<sup>2929</sup> *Ibid.*, p. 41-42.

<sup>2930</sup> G. FARJAT, « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 637.

définition lexicale du droit, donc à faire le choix de la théorie syncrétique, espace au sein duquel peut être tenu un discours objectif et empirique, valide scientifiquement, sur la notion de droit. Or il s'avère que, grâce aux degrés de force juridique, ladite théorie syncrétique rend conceptuellement possible le pluralisme juridique, cela sans effacer, bien au contraire, l'autonomie du droit dans le champ du social.

Reste, ensuite, à observer si le pluralisme juridique est non seulement possible mais aussi réel en dénombrant les quantités de normes jaillissant de chaque source et en les comparant, tâche qui n'est raisonnablement envisageable qu'à l'échelle d'une branche du droit et d'un espace étatique. Il est définitivement temps de fermer *Théories du droit et pluralisme juridique* et d'ouvrir *Les sources du droit de la communication par internet*, temps de clôturer les réflexions relatives à la possibilité du pluralisme juridique et d'engager les recherches portant sur la réalité du pluralisme juridique. Ainsi la théorie, loin de s'en couper, pourra-t-elle se mettre au service de la pratique. Elle ne saurait être une fin en soi et l'étude du concept de droit n'a de sens que parce que les moyens et les résultats de l'étude du droit positif en dépendent.

La bibliographie de l'ouvrage est disponible en ligne à l'adresse <[univ-amu.academia.edu/BorisBarraud](http://univ-amu.academia.edu/BorisBarraud)>, rubrique « Bibliographies ».