



**HAL**  
open science

## La théorie du droit

Boris Barraud

► **To cite this version:**

| Boris Barraud. La théorie du droit. La recherche juridique, L'Harmattan, 2016. hal-01367773

**HAL Id: hal-01367773**

**<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367773>**

Submitted on 16 Sep 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.



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « La théorie du droit », in *La recherche juridique* (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 17 s.

*manuscrit de l'auteur (droits cédés aux éditions L'Harmattan)*



### **La possibilité de théories à caractère scientifique**

Au début du XX<sup>e</sup> s., l'auteur d'une thèse très novatrice exigeait de ses contemporains qu'ils « permett[ent] à la théorie juridique une part d'hypothèse, c'est-à-dire un peu d'art et de philosophie. Peut-être ainsi contiendra-t-elle une idée-force »<sup>1</sup>. La théorie devrait donc se situer à la frontière de l'art et de la philosophie, notamment dès lors qu'elle émet des hypothèses et entend proposer quelque idée-force. Par conséquent, la scientificité serait incompatible avec la recherche de théorisation. Au contraire, il faut croire que toute théorie gagne en puissance logique, explicative et de conviction à mesure qu'elle gagne en scientificité. Et ce qu'elle perd en caractère ne serait que de peu de poids face à ces gains précieux.

C'est ainsi que l'auteur de ces lignes a pu proposer une théorie du droit, la théorie syncrétique du droit, qui, bien plutôt que de se rapprocher de l'art ou de la philosophie, entend se rapprocher de la science en reposant sur une méta-théorie scientifique et en constituant une science des théories<sup>2</sup>. Est de la sorte poursuivie l'ambition kelsénienne d'« élever la théorie du droit [...] au rang d'une véritable science »<sup>3</sup>. Il est remarquable, sur ce point, que la première édition de *Théorie pure du droit* porte en sous-titre « Introduction à la science du droit ». Une théorie du droit peut être une science du droit. Toutefois, si la théorie syncrétique pourrait légitimement revendiquer l'application à son égard de l'étiquette générique de « science du droit »<sup>4</sup>, il est préférable de parler de « théorie scientifique du droit ». Que « la théorie du droit est une discipline de la science du droit »<sup>5</sup> est une affirmation acceptable uniquement à condition d'adhérer à une conception foncièrement large de cette science du droit et de ne pas la confondre avec la science du droit positif. Or, parmi la littérature juridique et parmi les discours des chercheurs en droit, « science du droit » veut très généralement dire « science du droit positif ». Il est donc raisonnable de n'appeler aucune théorie du droit « science du droit », tandis que, au sein du présent ouvrage, science du droit et science du droit positif seront rigoureusement distinguées, la première n'étant qu'une branche de la seconde, la seconde étant loin de se réduire à la première.

Par suite, voir dans la théorisation une activité scientifique, une activité objective et empirique à finalité descriptive, est fort original et il faut théoriser la théorie plus avant, au-delà de la science. La théorie du droit peut être scientifique mais, le plus souvent, elle ne l'est guère ou que peu. Max Weber invitait à distinguer

<sup>1</sup> P. CONDOMINE, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, th., Université de Lyon, 1912, p. 160.

<sup>2</sup> 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, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2017.

<sup>3</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 12.

<sup>4</sup> Par exemple, A. AARNIO, « Dogmatique juridique », in A.-J. ARNAUD, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993.

<sup>5</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 9.

le raisonnement, opération intellectuelle de pesée des arguments, de l'intuition, « saisie immédiate et globale d'un objet de pensée »<sup>1</sup>. Partant, une théorie est déjà un raisonnement par opposition à une intuition qui, seule, quelle que soit sa congruence, peinera toujours à emporter la conviction. C'est là un premier élément permettant de séparer la théorie du droit de la philosophie du droit.

### ***L'impossibilité de théories à caractère philosophique***

Puisque la théorie du droit est la branche fondamentale de la recherche juridique, il est nécessaire de préciser l'expression « théorie du droit » et, au préalable, de cerner le terme « théorie ». Cela est même indispensable tant la théorie tend à fréquenter intimement la philosophie. Mais la théorie du droit n'est pas la philosophie du droit. Hart remarquait combien les notions de science, de théorie et de philosophie sont ambiguës et mal fixées<sup>2</sup>. Ce sont pourtant des dimensions différentes, même si elles peuvent s'attacher à de mêmes réalités. Seulement, comme le sens de « droit », les objets respectifs de ces disciplines varient excessivement d'un auteur à l'autre. Ainsi n'est-il pas rare qu'un scientifique se croie théoricien et qu'un théoricien se croie philosophe. Or, autant la théorie peut être scientifique — quoique la plupart du temps elle ne le soit pas —, autant elle ne saurait être philosophique.

Un ouvrage récent portant le titre *Philosophie du droit* se divise en deux parties intitulées « I. Théorie » et « II. Pratique »<sup>3</sup>. La théorie serait donc l'une des deux branches de la philosophie, l'autre étant la pratique, ce que différents auteurs soutiennent<sup>4</sup>. Le schéma est sans doute, davantage que celui de poupées gigognes, celui de régions épistémiques parallèles mais en interaction. Toute donnée est susceptible d'une analyse scientifique, d'une analyse théorique et d'une analyse philosophique ; et il existe d'autres dimensions, à l'image de la dimension politique.

Par suite, s'il est possible de parler de « théorie scientifique » — mais une théorie scientifique est une théorie avant d'être une science —, mieux vaut ne pas chercher à consacrer quelque forme de « théorie philosophique ». En effet, l'objet des prochaines pages sera notamment de montrer que théorie et science sont compatibles quand théorie et philosophie sont incompatibles — tout comme sont incompatibles philosophie et science —. Aristote définissait la « sagesse théorique » comme la « connaissance de la vérité sur les principes, la plus achevée des formes du savoir »<sup>5</sup>. La philosophie étant étymologiquement l'amour de la sagesse, il

<sup>1</sup> Cité par G. TIMSIT, « Raisonnement juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1290.

<sup>2</sup> H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press (Oxford), 1983.

<sup>3</sup> B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1999.

<sup>4</sup> Par exemple, É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 1.

<sup>5</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* (vers 340 av. J.-C.), Vrin, coll. Textes philosophiques, 1994, L. VI, chap. 7 (cité par J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 325).

semble exister un lien intime entre philosophie et théorie. Et on pourrait théoriser davantage les idées que les éléments factuels et concrets. Sur ce qu'est — et ce que n'est pas — une théorie, des éclaircissements sont donc souhaitables.

**La théorie lato sensu : une explication rationnelle et simple d'un phénomène**

Les dictionnaires de la langue française font de la théorie un « ensemble organisé de principes, de règles, de lois scientifiques visant à décrire et à expliquer un ensemble de faits »<sup>1</sup> ; une « construction intellectuelle, hypothétique et synthétique, organisée en système et vérifiée par un protocole expérimental »<sup>2</sup> ; un « ensemble de lois formant un système cohérent et servant de base à une science, ou rendant compte de certains faits »<sup>3</sup>. Il s'agit là de la théorie au sens large, qui englobe mais dépasse la théorie au sens strict.

Une théorie peut donc être comprise, en premier lieu, comme une explication rationnelle et objective : « Un ensemble de propositions qui doivent être cohérentes pour permettre d'interpréter la réalité, et de formuler des hypothèses qui doivent être testées »<sup>4</sup>. « On appelle théorie, écrivait Kant, un ensemble de règles pratiques, lorsque ces règles sont conçues comme des principes ayant une certaine généralité »<sup>5</sup>. Là où le philosophe peut rechercher les explications dans un cadre métaphysique ou autrement spéculatif, le théoricien ne peut le faire ailleurs que dans un cadre rationnel ; ainsi des « tests » empiriques sont-ils envisageables et même indispensables.

Ensuite, une théorie peut consister en une classification, en une présentation, soit en un « système de propositions mathématiques, déduites d'un petit nombre de principes, qui ont pour but de représenter aussi simplement, aussi complètement et aussi exactement que possible, un ensemble de lois expérimentales »<sup>6</sup>. Simplicité, complétude, exactitude : voici peut-être les « lois » de la théorie. Cette dernière est forte lorsqu'elle parvient à simplifier la présentation de la réalité sans simplifier cette réalité elle-même, lorsqu'elle est simple sans être simpliste. Il faut répéter combien une théorie est dépendante de la pratique, car elle est théorie de la pratique. Une théorie qui trahirait la réalité pratique serait donc à jeter aux oubliettes. Représentation simple mais fidèle d'une figure matérielle complexe, une théorie se construit à la suite du repérage des propriétés essentielles de cet objet. Et ces

<sup>1</sup> V° « Théorie », in *Le petit Larousse illustré 2011*, Larousse, 2010.

<sup>2</sup> V° « Théorie », in *Trésor de la langue française*.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 3.

<sup>5</sup> I. KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Durand, 1853, p. 339.

<sup>6</sup> P. DUHEM, *La théorie physique, son objet, sa structure*, 2<sup>e</sup> éd. (1914), Vrin, 1989, p. 24 (cité par Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 180).

propriétés sont reliées entre elles par des principes — plus que par des hypothèses — déduits de l'observation de leurs interrelations<sup>1</sup>.

On explique qu' « une théorie vraie, ce n'est pas une théorie qui donne, des apparences physiques, une explication conforme à la réalité ; c'est une théorie qui représente de manière satisfaisante un ensemble de lois expérimentales ; la théorie devance l'expérience. Elle offre une économie de la pensée qui complète celle résultant de la loi expérimentale »<sup>2</sup>. Mais un « ensemble de lois expérimentales » est une réalité ; toute théorie pertinente est une explication et une représentation conformant à une réalité, quelle qu'elle soit. Il y a toujours une expérience qui précède et une expérience qui suit la théorie ; celle-ci n'est jamais première. La théorie est nécessaire à l'expérience en même temps que l'expérience est nécessaire à la théorie. L'expérimentateur met à jour des faits nouveaux et observe des lois nouvelles ; le théoricien imagine des représentations et des systèmes permettant de comprendre, notamment en les simplifiant, ces données brutes. Ensuite, il réoriente l'expérimentateur qui va découvrir d'autres faits nouveaux, etc. Toute science repose donc sur une théorie. Et une théorie est d'autant plus pertinente qu'elle se base elle-même sur des prémisses scientifiques, si ce n'est scientifiques.

***La double fonction de la théorie stricto sensu : assigner un objet d'étude et prescrire une méthode d'étude à une science***

Ainsi Bobbio définissait-il la théorie : « ensemble d'assertions liées entre elles, avec lesquelles un certain groupe de phénomènes est décrit, interprété, porté à un niveau plus élevé de généralisation, unifié ensuite en un système cohérent ; non pas le mode d'investigation d'une réalité déterminée, mais la manière de l'entendre, d'en donner une description et une explication globale »<sup>3</sup>. Où il apparaît à nouveau combien la théorie ne s'attache qu'aux seuls faits. Certes, tout est fait et, par exemple, une pensée est un fait si son existence peut être empiriquement constatée ; dès lors, tout est théorisable. La théorie ne se caractérise donc pas par son objet mais par ce qu'elle en fait, par la manière avec laquelle elle le traite.

Surtout, elle peut, contre la pensée de Bobbio, consister en un « mode d'investigation d'une réalité déterminée ». Plus encore, elle est essentiellement cela : *une théorie est la définition d'un objet d'étude et la prescription d'une méthode d'étude*. Elle est le cadre dans lequel évolue une science. Ainsi, suivant le sens strict ici retenu, *c'est la science, non la théorie, qui est chargée de comprendre et d'expliquer les faits*. La théorie se contente — mais c'est là la tâche la plus décisive

<sup>1</sup> Cela contre l'affirmation selon laquelle ces principes « ne prétendent en aucune façon énoncer des relations véritables entre les propriétés réelles des corps mais [ils sont] combinés suivant les règles de l'analyse mathématique » (P. DUHEM, *La théorie physique, son objet, sa structure*, 2<sup>e</sup> éd. (1914), Vrin, 1989, p. 24 (cité par Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 180)).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Ch. Agostini, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 24.

de toutes — de dire à la science quels sont ces faits qu'elle doit étudier et comment elle doit les étudier.

La théorie telle qu'on la conçoit *lato sensu* intervient *a posteriori*, après l'expérience vécue, puisqu'elle est « une description et une explication globale d'une réalité déterminée »<sup>1</sup>. *Stricto sensu*, elle possède un rôle pré-expérimental : il lui revient d'arrêter l'objet d'étude et les principes méthodiques d'une science. Une fois les faits recueillis, la science cherche à les analyser pour les expliquer, tandis que la théorie joue son rôle avant que le scientifique ne procède à ses expériences. Les principes théoriques sont ainsi autant des propositions générales que des règles techniques<sup>2</sup>. Une théorie est en quelque sorte un « Code de la science » ; elle regroupe l'ensemble des principes impératifs qui confèrent à une matière scientifique son particularisme, du point de vue de son objet et du point de vue de ses méthodes, et dont dépend très directement l'état des connaissances. Il semble donc qu'une science ne puisse apparaître qu'après qu'il ait été fait œuvre théorique et parce qu'il a été fait œuvre théorique. Et une méta-théorie, théorie de la théorie, peut constituer le cadre d'exercice d'une théorie scientifique telle que la théorie syncrétique du droit proposée par l'auteur de ces lignes<sup>3</sup>.

Bachelard mettait en garde contre l'obstacle épistémologique du réalisme ou de l'empirisme immédiat consistant à prétendre que la connaissance s'induirait directement de l'observation du réel. Selon le philosophe des sciences, un objet n'accède pas immédiatement à la connaissance humaine ; pour que cette accession se produise, l'homme doit nécessairement et préalablement élaborer des théories. Il n'est guère de connaissance du réel possible sans construction intellectuelle préalable ; ce qui n'interdit pas les constructions intellectuelles postérieures. Bachelard écrivait que « l'instrument de mesure finit toujours par être une théorie et il faut comprendre que le microscope est un prolongement de l'esprit plutôt que de l'œil »<sup>4</sup>. Dès lors, « le réalisme est [...] une métaphysique sans fécondité, puisqu'il arrête la recherche au lieu de la provoquer »<sup>5</sup>.

En résumé, la théorie, comprise dans son sens large, peut bien consister en une interprétation ou explication de certains faits, de certaines données ; mais son rôle fondamental, elle le joue à l'instant où elle confère à une science deux éléments : un objet d'étude et une méthode d'étude ; car alors, plus qu'encadrer cette science, elle la crée. Ainsi conçue, il est certain qu'une théorie ne peut pas être vraie ou fausse et

<sup>1</sup> X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 10.

<sup>2</sup> M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 10.

<sup>3</sup> Cf. 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, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2017.

<sup>4</sup> G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938, p. 242.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 21.

vérifiable à l'identique des propositions empiriques et scientifiques<sup>1</sup>, à moins d'être soumise à une méta-théorie qui l'oblige à ne pas stipuler la définition de l'objet en cause mais à rechercher sa définition lexicale. C'est principalement en cela que la théorie syncrétique du droit se distingue des autres théories du droit. Mais ici n'est pas l'endroit où davantage préciser ses prémisses et ses conséquences.

### ***Théories au pluriel***

Étymologiquement, la « *theoria* » signifie la vision, le regard. Cela accrédite plutôt la conception de la théorie en tant qu'approche subjective et post-scientifique. Seulement l'étymologie n'est-elle pas toujours bonne conseillère. L'origine latine ou grecque d'un mot peut être considérée comme un indice mais non comme une preuve. Le propre d'une langue et des mots qui la constituent est d'évoluer constamment et, parfois, radicalement.

Depuis Aristote, il est couramment accepté que la « *theoria* » s'oppose à la « *praxis* » (pratique). D'aucuns ont cependant déjà souligné combien théorie et pratique sont intimement liées, combien des rapports dialectiques les unissent à chaque instant. Certainement théoriser est-ce une pratique quand toute pratique s'appuie sur des prémisses théoriques qui l'orientent dans une plus ou moins grande mesure. Il n'en demeure pas moins que ce sont là, du point de vue didactique, deux manières d'appréhender et de concevoir des travaux parfaitement identifiables et séparables, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de travaux académiques. Il est donc banal mais pas inconséquent d'aborder la théorie en tant que contraire de la pratique.

En outre, on dénombre, en opérant un détour par l'histoire de la pensée, trois sortes principales de théories correspondant à trois logiques différentes : la théorie classificatoire propre à la logique formelle d'Aristote, complétée par les stoïciens, la théorie critique attachée à la logique transcendantale de Kant et la théorie dialectique coïncidant avec la logique du même nom de Hegel<sup>2</sup>. Et ces types génériques de théories se divisent en d'innombrables sous-théories variant sur quelques ou sur de nombreux points. La théorie se conjugue donc au pluriel, d'autant plus qu'elle peut se rapporter à d'innombrables objets.

Enfin, sans doute est-il possible d'ajouter, avec Christian Atias, que « la théorie ne rend pas seulement l'ensemble [...] qu'elle représente plus aisé à manier, plus commode, plus utile ; elle le rend aussi plus beau »<sup>3</sup>. Si théoriser n'est pas un art, cette activité n'en comporte pas moins une dimension artistique certaine, spécialement une dimension littéraire.

<sup>1</sup> É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 17 ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 11 ; M. Troper, « Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du Droit », in *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, 1984, p. 530 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 229.

<sup>2</sup> J. JIANG, « *Quid jus ?* Esquisse d'une théorie dialectique de la définition du droit », *RRJ* 2002, p. 630.

<sup>3</sup> Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 180.



Il est temps de s'intéresser plus spécifiquement à la théorie du droit. Assurément « vaste construction de l'esprit »<sup>1</sup>, elle doit être définie finement, spécialement afin d'éviter qu'elle ne puisse être assimilée aux disciplines proches qu'elle côtoie mais avec lesquelles elle ne se confond pas ; ainsi qu'afin de pouvoir, en droit, distinguer entre les fonctions de jurislatureur, d'observateur, de commentateur et de théoricien<sup>2</sup>.

### **La théorie du droit comme définition de la notion de droit et de la méthode d'étude du droit**

Si une théorie est la prescription d'un objet d'étude et d'une méthode d'étude à une science, alors la théorie du droit est la prescription du droit comme objet d'étude et d'une méthode d'étude du droit à la science du droit<sup>3</sup>. Au sens strict, théoriser le droit consiste donc à définir le droit et à définir les fins et les moyens de son étude, tandis qu'il incombe à la science juridique subséquente de l'analyser et de l'expliquer, en termes plus ou moins abstraits.

L'expression générique « théorie du droit » sert à désigner différents principes liés entre eux par une logique et par une cohérence et ayant pour objet de « permettre un travail savant sur le droit »<sup>4</sup>. Parmi les deux missions attachées à toute théorie du droit, définir cet objet d'étude et prescrire une méthode pour son étude, la première focalise classiquement toute l'attention, au détriment de la seconde. Mais, dans « théorie du droit », « droit » fait référence à la discipline juridique et non à la notion de droit. Les théories du droit sont autant de concepts de droit. Si une théorie est aussi une « méthode de la connaissance »<sup>5</sup>, les théories du droit devraient être également autant de conceptions de la science du droit. En tout cas les éléments méthodico-théoriques sont-ils nombreux, ainsi qu'en témoigne, notamment, l'œuvre de Kelsen. En revanche, une théorie du droit n'est jamais une méthode pour l'action juridique ou politique et, lorsque, par exemple, des solutions d'ordre légistique sont proposées, cela est le fait d'un praticien et non d'un théoricien.

### **Théorie du droit, pensée du droit**

Une théorie du droit est une pensée du droit — comme une philosophie du droit est une pensée du droit —. Sur ce point, le professeur Pierre-Yves Gautier

<sup>1</sup> P. CONDOMINE, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, th., Université de Lyon, 1912, p. 81.

<sup>2</sup> Par exemple, Ch. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique* 1930, p. 231 s.

<sup>3</sup> En ce sens, par exemple, R. GUASTINI, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in P. AMSELEK, dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 249.

<sup>4</sup> É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 1.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 2.

suggère que, « avant de repenser le droit, encore faut-il d'abord l'avoir pensé »<sup>1</sup>. Il ne fait aucun doute que le droit a déjà été abondamment pensé tant les théories du droit et les philosophies du droit, qui sont autant de définitions du droit — les unes rationnelles, les autres métaphysiques ou essentialistes —, s'avèrent nombreuses et diverses ; ce qui n'empêche pas de nouveaux « programmes » d'être régulièrement présentés<sup>2</sup>. Pourtant, la prolifération des théories du droit et l'intérêt pour la matière sont des phénomènes relativement récents.

On note que ce n'est qu'au XX<sup>e</sup> s. que s'est imposée l'expression « théorie du droit » au sein de la littérature juridique, avec, en 1926, la fondation par Kelsen, à Brno en République Tchèque, de la *Revue internationale de la théorie du droit*. D'aucuns relèvent toutefois l'usage de cette expression par différents auteurs au cours du XIX<sup>e</sup> s.<sup>3</sup> et, en 1912, une thèse de doctorat novatrice avait été consacrée à « la théorie juridique et sa fonction »<sup>4</sup>. Mais se pencher sur la théorie du droit était alors comme se pencher aujourd'hui sur un hypothétique « droit postmoderne » : c'était faire œuvre subversive et risquer de ne rencontrer qu'au auditoire inattentif. Aux alentours des années 1950, en revanche, la discipline était devenue cardinale, quelques considérations théoriques s'avérant indispensables en toute étude sur le droit. Aussi est-il probable que, actuellement, la courbe de l'intérêt pour la théorie du droit soit descendante, ce qui s'expliquerait notamment par la multitude et la diversité des théories qui tendent à rendre la matière excessivement relative, contingente et, en somme, plus intime de la philosophie que de la pratique du droit, ce qui serait le signe de sa crise.

La théorie du droit n'est certainement pas une « théorie ordinaire », c'est-à-dire une théorie qui émerge directement et sans intermédiaire de la pratique et dont il est impossible d'identifier les auteurs<sup>5</sup>. Elle est, par opposition, une « théorie extraordinaire » dont les piliers ont été bâtis par quelques auteurs parfaitement identifiés et au premier rang desquels figure Kelsen. Suivant l'importante définition proposée par le théoricien austro-américain, la théorie du droit « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est »<sup>6</sup>. La théorie du droit serait donc toujours objective, jamais prescriptive à l'égard de la science qu'elle sous-tend. Pourtant, l'œuvre kelsénienne ne manque pas d'imposer une méthode rigoureuse à la science du droit. Cette définition est donc incomplète, à moins que Kelsen ne considère que, à

<sup>1</sup> P.-Y. GAUTIER, « Immatériel et droit – Rapport de synthèse », *Arch. phil. droit* 1999, p. 233.

<sup>2</sup> Par exemple, P. DUBOUCHET, « Programme pour une théorie générale du droit », *RRJ* 1996, p. 335 s.

<sup>3</sup> J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 312.

<sup>4</sup> P. CONDOMINE, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, th., Université de Lyon, 1912.

<sup>5</sup> J. CHEYRONNAUD, E. PEDLER, dir., *Théories ordinaires*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, coll. Enquête, 2013.

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

l'instant où il prescrit quelque attitude aux scientifiques du droit, il retire son habit de théoricien.

En tout cas, se retrouve ici le fait qu'une théorie définit l'objet d'étude d'une science : la science du droit étudie le droit tel que le conçoit la théorie du droit. Il faut que ladite science sache ce qu'est l'objet-droit, quels sont ses traits caractéristiques et constants, notamment afin que les scientifiques puissent précisément circonscrire leur champ d'investigation (les normes, les institutions et les commentaires juridiques) et pour que la science du droit puisse être une science autonome, à part des autres sciences sociales et à l'abri des confusions inter- ou transdisciplinaires. En cela, la théorie du droit est foncièrement une pensée du droit et, plus précisément, une pensée de la notion de droit.

Pour beaucoup, d'ailleurs, la théorie du droit se réduirait à sa dimension définitionnelle : elle se limiterait à « définir la norme juridique par ses caractères essentiels »<sup>1</sup>. À ce titre, évoquer une « théorie de la définition du droit »<sup>2</sup> paraît être un pléonisme. Toute théorie du droit est une définition du droit. Et cette définition, pour être une œuvre théorique plus que philosophique — car le philosophe autant que le théoricien définit le droit —, doit être la plus rationnelle possible, c'est-à-dire issue d'un « procès de systématisation et de mise en cohérence logique »<sup>3</sup>. Partant, « une théorie juridique ne peut pas ne pas abstraire, c'est de son essence. [Elle] est un produit de notre esprit, par lequel nous cherchons à classer les faits de la vie réelle »<sup>4</sup>. Seulement s'agit-il pour le théoricien de recourir à l'abstraction logique et non à l'abstraction métaphysique ou spéculative. « Science littéraire » et pensée rigoureuse, la théorie du droit recourt à des constructions psychiques et verbales tout à fait particulières, empruntant notamment à l'argumentation<sup>5</sup>.

### ***Théorie générale du droit et théories particulières du droit***

Kelsen parlait de « théorie générale du droit », de « théorie du droit positif en général, sans autre spécification »<sup>6</sup>, ce qui implique qu'il existerait des « théories particulières du droit ». Cette dernière expression est inconnue de la littérature *jus*-théorique ; mais s'y rattachent sans doute, par exemple, les théories du droit français, du droit public, du droit administratif, du droit civil, du service public ou de l'obligation. La théorie générale du droit est « doublement générale : [...] en ce

<sup>1</sup> M. TROPER, « Le territoire est plus intéressant que le territoire », *Jurisdoctoria* 2013, n° 10, p. 14.

<sup>2</sup> J. JIANG, « *Quid jus ?* Esquisse d'une théorie dialectique de la définition du droit », *RRJ* 2002, p. 627 s.

<sup>3</sup> G. TIMSIT, « Raisonement juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadriège-dicos poche, 2003, p. 1290.

<sup>4</sup> L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 1906, p. 43.

<sup>5</sup> N. MAC CORMICK, *Raisonement juridique et théorie du droit*, trad. J. Gagey, Puf, coll. Les voies du droit, 1996 ; L. OLBRECHTS-TYTECA, Ch. PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, 6<sup>e</sup> éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. UB lire fondamentaux, 2008.

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

qu'elle s'attache à la signification de la norme juridique par une analyse de sa finalité et de sa fonction et par une réflexion sur la structure, les procédés et la méthode de la pensée juridique ; et en ce qu'elle étudie le droit dans son ensemble et non simplement un système juridique particulier ou une branche spéciale du droit »<sup>1</sup>. Une théorie générale du droit veut proposer des réponses et des définitions universelles, valables à l'égard de tout le droit et de tous les droits ; elle entend décrire tous les systèmes juridiques existants et même tous les systèmes juridiques possibles<sup>2</sup>. Cependant, l'expression « théorie générale du droit » paraît être à la fois excessive et redondante : d'une part, l'ambition d'établir une théorie universelle est irréaliste, la théorie du droit romano-germanique peut difficilement être similaire à la théorie du *common law* et il n'est que peu — si ce n'est pas — d'éléments communs à tous les systèmes juridiques ; d'autre part, lorsqu'aucun qualificatif ne suit « droit » dans « théorie du droit », c'est implicitement mais nécessairement de théorie générale du droit dont il est question. Le qualificatif « général » peut donc être écarté car inutile. Et ce caractère général est bien sûr relatif : il faut soit considérer que le droit ne se retrouve pas dans toutes les sociétés — est alors en cause la théorie générale d'un droit rare —, soit considérer qu'une théorie générale du droit est impossible et que seules des théories particulières, attachées chacune à un système juridique, sont envisageables.

Se pose également la question de savoir si, par exemple, se référer exclusivement à l'idée de norme, ce qui permet de concevoir un objet spécifique à la « théorie pure » kelsénienne, n'a pas pour effet d'en faire une théorie spéciale plutôt que générale. Et puis toute théorie du droit apparaît telle une théorie spéciale aux yeux de la théorie syncrétique proposée par l'auteur de ces lignes ; quand la théorie du droit en général est une théorie particulière du point de vue de la théorie des sociétés.

Il est permis de penser que, chez Kelsen, une théorie pure est une théorie générale dans le sens d'une théorie objective et rationnelle, par opposition à une théorie subjective et spéculative — *i.e.* une philosophie —, reposant sur les valeurs<sup>3</sup>. Ainsi comprise, une théorie est par définition générale puisqu'elle doit être, dans la mesure du possible, objective et rationnelle.

Et la théorie générale du droit est encore générale parce qu'elle transcende par essence les frontières disciplinaires et, notamment, la *summa divisio* droit public/droit privé<sup>4</sup>. Des branches de la théorie générale du droit peuvent sans peine

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 5.

<sup>2</sup> F. OST, M. VAN HOECKE, « Théorie du droit », in A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd, LGDJ, 1993 ; M. TROPER, « Les contraintes juridiques dans la production des normes », in É. SERVERIN, A. BERTHOUD, *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. 30.

<sup>3</sup> Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 9.

<sup>4</sup> É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 3.

être isolées<sup>1</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'expression « théorie du droit » doit être appréhendée en tant que synonyme de « théorie générale du droit » et que l'idée de théorie générale du droit n'est que peu porteuse car excessivement relative et discutable.

Lorsque, dans *Le concept de droit*, Hart définit la théorie générale du droit comme la « science ayant pour objet l'exposé des principes, des notions et des distinctions qui sont communs aux divers systèmes de droit »<sup>2</sup>, il faut soutenir cette proposition en ce qu'elle caractérise la théorie par la scientificité, mais non en ce qu'elle la caractérise par le fait qu'elle ne s'intéresserait qu'aux éléments « communs aux divers systèmes de droit » tant il est contestable que ceux-ci existent *de facto* et tant, si tel était toutefois le cas, cela mènerait à limiter abusivement le territoire de la théorie du droit.

### **Les multiples théories de la théorie du droit**

La définition de la théorie du droit peut encore être discutée en bien des points. Il faut garder à l'esprit que la théorie de la théorie du droit ici proposée est fort stipulative et qu'il peut difficilement en aller autrement puisque les théoriciens du droit peinent à s'accorder sur l'objet et les limites de leur discipline. Par exemple, le professeur Jean-Louis Bergel retient que

*La théorie générale du droit a pour objet de saisir le phénomène juridique par l'étude de sa raison d'être, de ses finalités, de ses concepts fondamentaux, de sa mise en œuvre, de ses instruments, de sa méthode... En un mot, elle étudie l'ordre juridique dans sa globalité, à travers son « pourquoi ? » et son « comment ? ». C'est une construction intellectuelle méthodique et organisée fondée sur l'observation et l'explication des divers systèmes juridiques et destinée à définir les grands axes de la construction et de l'application du droit. Son étude ne saurait négliger les aspects essentiels de la méthodologie juridique.<sup>3</sup>*

Cette conception, selon laquelle le phénomène juridique serait donné à la théorie du droit et non défini par elle, ne partage que peu avec celle qui est en ces lignes retenue. Peut-être est-ce aussi en partie la philosophie du droit qui se trouve ainsi définie, spécialement lorsqu'est fait référence à la « raison d'être » et à la « finalité » du phénomène juridique ou au « "pourquoi ?" » de l'ordre juridique. Et peut-être la méthodologie juridique est-elle une branche parallèle, une science du droit à l'identique de l'histoire du droit ou de la sociologie du droit, plutôt qu'une

<sup>1</sup> Il en va ainsi, selon le professeur Jean-Louis Bergel, de la méthodologie juridique qui serait une branche spécifique de la théorie du droit (J.-L. BERGEL, « Méthodologie juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1022). Le professeur définit cette discipline comme celle qui « s'attache aux instruments et mécanismes de conception, de compréhension et d'application du droit » (*ibid.*, p. 1023).

<sup>2</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994, p. 366 (non souligné dans le texte original). Ce que confirment F. OST, M. VAN HOECKE, « Théorie du droit », in A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993.

<sup>3</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 4.

sous-branche par rapport à la théorie du droit. Enfin, peut-être la théorie du droit ne déborde-t-elle pas du cadre de la définition du droit et de la prescription de la méthode d'étude du droit car la compréhension et l'explication du droit, y compris dans ses lignes principales, incomberaient non à elle mais à la science du droit qu'elle ordonne — étant entendu qu'un même chercheur peut revêtir tour à tour les habits de théoricien du droit et les habits de scientifique du droit —.

Reste qu'il est permis de penser que la qualité d'une théorie se mesure tout spécialement à sa « capacité explicative »<sup>1</sup>, laquelle est un élément de sa « force scientifique ». Rien n'est plus décisif pour l'étude du droit que le cadre théorique retenu, que la notion de droit et la méthode d'étude acceptées. Dans tous les cas, il faut convenir que l'usage du terme « théorie » est, chez les juristes mais aussi au-delà, « flottant »<sup>2</sup> ; il se trouve encore bien d'autres manières d'appréhender son sens et sa portée.

### **Le point de vue externe et apolitique du théoricien du droit**

La théorie du droit est une théorie qui concerne le discours scientifique produit sur le droit, soit la doctrine juridique, l'ensemble des commentaires et des opinions ayant le droit pour objet. Cette acception de la théorie du droit est particulièrement intéressante en ce qu'elle implique une dimension épistémologique forte et invite à « décide[r] de la nature de ce langage, et notamment s'il est scientifique, auquel cas la théorie doit préciser son objet, ses méthodes et ses conditions d'évaluation »<sup>3</sup>. La théorie du droit s'exprime en conséquence par un « méta-discours juridique, le discours dogmatico-doctrinal »<sup>4</sup>.

En outre, le point de vue du théoricien serait nécessairement interne puisque de mêmes auteurs sont tour à tour commentateurs du droit et commentateurs de la doctrine, donc d'eux-mêmes, de leur propre œuvre doctrinale<sup>5</sup>. Quant à cette problématique, il est préférable de convenir que la théorie du droit doit s'efforcer d'être la plus objective possible et donc ne peut aborder son objet que d'un point de vue externe<sup>6</sup>. De plus, rien n'interdit à un même auteur de revêtir alternativement différentes casquettes, y compris en un même ouvrage. Il est seulement exigé que le point de vue adopté soit clairement expliqué et qu'il soit tout aussi clairement précisé quand il en est changé. Il n'est guère de difficulté à passer de la théorie à la

<sup>1</sup> R. RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Dr. et société* 2002, p. 153.

<sup>2</sup> É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 1.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> É. MILLARD, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *RIEJ* 2007, n° 59, p. 60.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>6</sup> F. OST, M. VAN HOECKE, « Théorie du droit », in A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd, LGDJ, 1993.

politique ou à la philosophie dès lors que cela est parfaitement transparent et que n'est pas proposé quelque indigeste *melting-pot* disciplinaire.

La théorie du droit est phénoménologique : elle s'intéresse uniquement à ce qu'est le droit et en aucun instant à ce qu'il devrait être<sup>1</sup>. Ainsi s'oppose-t-elle radicalement à la « politique juridique ». Kelsen enseignait que « le théoricien de la société n'est pas, en qualité de théoricien de la morale ou de théoricien du droit, une autorité sociale. Sa tâche n'est pas de régler la société humaine mais de connaître, de comprendre la société humaine »<sup>2</sup>. Quant à Bobbio, il retenait qu'une théorie du droit est « une façon d'entendre et d'expliquer le phénomène juridique »<sup>3</sup> ; jamais ne saurait-il être question de chercher à influencer ou à ordonner le phénomène juridique. La théorie du droit est prescriptive à l'égard de la science du droit ; en revanche, elle se veut, s'imagine parfaitement descriptive à l'égard de l'objet-droit. Lorsque la théorie affirme que la science du droit a une fonction descriptive et un contenu axiologique neutre, elle dit non ce que cette science est mais bien ce qu'elle doit être. Partant, au-dessus de la science du droit descriptive se trouve une méta-science prescriptive et idéale. Bobbio le reconnaissait parfaitement lorsqu'il écrivait que, « pour résumer la théorie kelsénienne de la science du droit en une formule à sensations, on pourrait dire qu'elle “prescrit de décrire” ; en d'autres termes, cela signifie qu'une science du droit “neutre” est obtenue au prix d'une méta-science “idéologisée” »<sup>4</sup>.

Même si la théorie, *lato sensu*, peut vouloir expliquer la structure du droit positif, ce dernier lui est assez indifférent ; en tout cas se concentre-t-elle essentiellement sur la science du droit, en lui conférant son objet et sa méthode. En conséquence, il est logique que la théorie du droit demeure impassible lorsque le droit positif connaît des évolutions, lorsque les normes et les institutions changent. Certainement, se voulant générale, ne peut-elle décrire un quelconque contenu matériel commun à tous les systèmes juridiques puisque celui-ci n'existe pas<sup>5</sup> ; et la substance des normes juridiques n'est toujours que l'expression de l'idéologie de ceux qui les posent<sup>6</sup>, ce qui est de peu d'intérêt d'un point de vue théorique. Surtout, si elle se concentre sur la forme ou sur la « logique »<sup>7</sup> du droit, comme en témoigne la « pyramide » des normes kelsénienne, et ignore complètement la substance du

<sup>1</sup> P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 6.

<sup>2</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 119.

<sup>3</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 47.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>5</sup> M. TROPER, « Les contraintes juridiques dans la production des normes », in É. SERVERIN, A. BERTHOUD, *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. 30.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Réf. à *Arch. phil. droit* 1966, « La logique du droit ».

droit, c'est parce qu'elle se doit de répondre à l'exigence d'objectivité et de rationalité qui implique l'extériorité et le détachement par rapport à des données politiques contingentes. Aussi la théorie du droit serait-elle fondamentalement plus scientifique que la « dogmatique juridique »<sup>1</sup>.

Les travaux théoriques comportent généralement peu de références aux normes juridiques positives, si ce n'est aucune, et en cela réside tout particulièrement l'origine du certain isolement dont souffre la théorie du droit parmi les facultés de droit, lesquelles, évidemment à juste titre, sont prioritairement des facultés de droit appliqué. Les théories du droit apparaissent, aux yeux de beaucoup, telles « des spéculations qui n'ont pas d'influence sur la réalité juridique »<sup>2</sup>. Peut-être sont-elles, en définitive et paradoxalement, trop extérieures au droit, c'est-à-dire trop extérieures au droit que pratiquent quotidiennement les juristes.

### **La crise de la théorie du droit**

Le pluralisme du droit est aussi un pluralisme des théories du droit, certaines pouvant être rapprochées, d'autres étant très éloignées et clairement incompatibles. La concurrence parmi elles est féroce et a déjà été souligné combien cela occasionne la crise des théories du droit. Or la théorie syncrétique envisagée par l'auteur de ces lignes ne souhaite guère participer de ces controverses en venant se placer aux côtés des théories préexistantes et en cherchant à les combattre. Tout au contraire, elle aspire à régler ces difficultés, en partie du moins, en proposant auxdites théories un terrain d'entente et de conciliation<sup>3</sup>.

D'aucuns dressent un constat d'échec de la théorie du droit, laquelle serait « éclatée, [...] entrée dans l'âge de l'éclectisme et du bricolage, ce qui conduit à son affadissement voire à sa mort »<sup>4</sup> ; et d'ajouter : « Le déclin et la crise du droit [...] ne font que traduire le déclin et la crise de la théorie du droit elle-même. Entre la misère de la réalité et la misère du concept il existe une corrélation absolue »<sup>5</sup>. Pareilles observations sont certainement excessives — il faut souvent être excessif pour se faire entendre —. Néanmoins, alors qu'on souligne également le « statut épistémologique extrêmement sommaire »<sup>6</sup> et, plus généralement, les

<sup>1</sup> R. GUASTINI, « Préface », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. Ch. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1998, p. 5.

<sup>2</sup> R. RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Dr. et société* 2002, p. 153.

<sup>3</sup> Cf. 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, *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. Inter-normes, 2017.

<sup>4</sup> J. JIANG, « *Quid jus ?* Esquisse d'une théorie dialectique de la définition du droit », *RRJ* 2002, p. 664.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 665.

<sup>6</sup> R. RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Dr. et société* 2002, p. 153.



« insuffisances » — qui confinent souvent à la suffisance — de la théorie du droit<sup>1</sup>, il s'agit, en faisant de la théorie syncrétique du droit une véritable science des théories du droit, de contribuer au renforcement dudit statut épistémologique de la théorie du droit. Il est certain que le terrain *jus*-théorique, malgré la profusion d'écrits qui le constellent, autorise aujourd'hui une marge de progression importante, ce qui invite à l'investir et à le creuser au moyen d'outils nouveaux.

Cela est d'autant plus important que le droit, par définition, ne saurait se passer de la théorie du droit. Il faut redire combien cette dernière est plus qu'une branche de la recherche juridique ; elle en est le tronc, sur lequel viennent se greffer de la science du droit positif à la linguistique juridique ; elle en est le socle, qui permet à l'anthropologie, à l'histoire ou à l'économie du droit de tenir debout. En d'autres termes, la théorie du droit est la source des sciences juridiques.

Suivant la distinction de Kant, le droit pose deux questions : « qu'en est-il en droit ? » et « qu'en est-il du droit ? »<sup>2</sup>. Tandis que la réponse à la première est à rechercher par la science juridique au sein du droit positif, la réponse à la seconde est à rechercher par la philosophie et/ou par la théorie du droit. Les deux interrogations sont sans commune mesure et la plupart des publications dans le domaine juridique ne s'intéressent qu'à la première, ce qui est heureux et compréhensible par le fait que le monde, la société, l'homme ou la vie sont avant tout des faits et des pratiques qui se passent volontiers des considérations philosophiques et/ou théoriques. En définitive, savoir répondre à « qu'en est-il du droit ? » importerait peu et d'aucuns ont déjà pu constater combien il est aisé de pratiquer le droit, d'être un bon juriste même, sans savoir ce qu'est réellement ou essentiellement, théoriquement ou philosophiquement le droit<sup>3</sup>.

Pourtant, la théorie du droit est fondamentale pour la science du droit comme toute théorie est fondamentale pour sa science ; et ce caractère ne saurait jamais se

<sup>1</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. XII.

<sup>2</sup> I. KANT, *Critique de la raison pure*, Hartknoch (Riga), 1781 (cité par Ch. ATIAS, « La question de droit », *RTD civ.* 2010, p. 248).

<sup>3</sup> Par exemple, Georges Vedel, à qui l'on avait demandé quelle était sa définition du droit, en venait à s'expliquer en ces termes : « Voilà des mois que je sèche laborieusement sur la question, pourtant si apparemment innocente [...] : "Qu'est-ce que le droit ?" Cet état, déjà peu glorieux, s'aggrave d'un sentiment de honte. J'ai entendu ma première leçon de droit voici plus de soixante ans ; j'ai donné mon premier cours en chaire voici plus de cinquante ; je n'ai pas cessé de faire métier de juriste tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge. Et me voilà déconcerté tel un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponse qui font échapper au zéro. Le pire est que je ne puis justement rendre une feuille immaculée et que je dois expliquer, si ce n'est justifier mon ignorance. L'étudiant est heureux, qui peut se retrancher derrière la surprise de la question posée ou, sans vergogne, avouer sa paresse. Le sujet sur lequel on m'interroge est bien au programme et j'ai honnêtement travaillé. Si bien que me voilà réduit à un examen de conscience. [...] Mais, après tout, dans des champs réputés pour leur rigueur, mathématiciens ou physiciens sont, m'a-t-on dit, perplexes sur la définition de l'objet de leur savoir [...]. Cette résignation n'est pas glorieuse, mais elle n'est pas incommode. *Je crois qu'il est possible d'être juriste sans avoir une bonne définition du droit* » (G. VEDEL, « Indéfinissable mais présent », *Droits* 1990, n° 11, p. 67 et 70 (souligné dans le texte original)).

voir démenti, quel que soit l'état « des sociétés inscrites dans la mondialisation où le droit se technicise de plus en plus, où son enseignement devient de plus en plus procédural et statistique »<sup>1</sup>. Puisqu'une théorie est forcément nécessaire pour fonder et organiser une science, nul doute que la théorie du droit est indispensable du point de vue de la science du droit. Peut-être celle-ci ne le reconnaît-elle que ponctuellement, car désormais elle est parfaitement affirmée, mature et émancipée ; reste que la théorie du droit est une discipline fondatrice pour tout le droit, en premier lieu car elle dit ce qu'il est. C'est là une source de motivation intarissable pour qui travaille sur les questionnements qu'elle implique.

Considérée par beaucoup comme une discipline périphérique et sans influence, la théorie du droit est en réalité au cœur du droit. Si cela est souvent insensible, le droit, dans toutes ses dimensions, repose sur des données théoriques. Toute pratique est le fruit d'une conception théorique, même si cela n'est pas toujours conscient et encore moins souvent formalisé. Un commentaire pourra varier radicalement selon que son auteur est tenant de positions jusnaturalistes ou de positions normativistes ; et il y a autant de discours différents sur le droit que de conceptions différentes du droit. C'est pourquoi d'aucuns plaident contre le cloisonnement entre les matières et contre l'isolement de la théorie du droit par rapport au reste du discours juridique<sup>2</sup>.

Par suite, la théorie du droit doit être précisément distinguée des branches de la recherche juridique qui entretiennent avec elle des liens de parenté mais qui sont loin d'être ses sœurs jumelles. On a pu proposer un schéma présentant des frontières fluides entre les domaines de la théorie du droit, de la philosophie du droit et de la doctrine juridique<sup>3</sup>. La rigueur scientifique prônée au sein du présent ouvrage relatif à la recherche juridique oblige à retenir pareille différenciation et à clairement identifier les critères de distinction.

Le mot « droit » est-il une fenêtre ou bien un mur<sup>4</sup> ? Il est certainement fenêtre et mur à la fois. Les fenêtres n'existant que grâce aux murs qui les encadrent, il faut autant chercher à creuser de nouvelles fenêtres que vouloir ériger de nouveaux murs pour les soutenir. Or il convient de rigoureusement séparer la théorie du droit et la philosophie du droit : dans la maison de la notion de droit, la théorie bâtit des murs quand la philosophie perce des fenêtres.

<sup>1</sup> É. LE ROY, « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité – Généralité du phénomène et spécificités des ajustements », Séminaire international *Le nuove ambizioni del sapere del giurista : l'antropologia giuridica e la tradutorologia giuridica*, Rome, 12 mars 2008.

<sup>2</sup> X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 6.

<sup>3</sup> M. VAN HOECKE, *What is Legal Theory*, Louvain, 1985, p. 64 (cité par R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 2).

<sup>4</sup> Réf. à M. ROSEMBERG, *Les mots sont des fenêtres ou bien ce sont des murs*, trad. A. Cessotti, C. Secretan, La découverte, 2005.

## **Orientations et illustrations bibliographiques**

- ABENSOUR Ch., *Le droit*, Quintette, coll. *Philosopher*, 1996
- ALEXY R., « Idée et structure d'un système du droit rationnel », *Arch. phil. droit* 1988, p. 25 s.
- AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du Droit (Méthode phénoménologique et théorie du Droit)*, LGDJ, 1964
- AMSELEK P., dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. *Léviathan*, 1994
- AMSELEK P., « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM (Paris-Aix-en-Provence), 1986, p. 30 s.
- AMSELEK P., « La phénoménologie et le droit », *Arch. phil. droit* 1972, p. 185 s.
- AMSELEK P., « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 13 s.
- AMSELEK P., « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits* 1989, n° 10, p. 7 s.
- AMSELEK P., « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 85 s.
- AMSELEK P., « La teneur indéfinie du droit », *RDP* 1991, p. 1199 s.
- AMSELEK P., GRZEGORCZYK Ch., dir., *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Puf, coll. *Questions*, 1989
- Arch. phil. droit* 1966, « La logique du droit »
- Arch. phil. droit* 1978, « Formes de rationalité en droit »
- Arch. phil. droit* 1986, « Le système juridique »
- Arch. phil. droit* 1990, « Vocabulaire fondamental du droit »
- ARNAUD A.-J., dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993
- ATIAS Ch., *Théorie contre l'arbitraire : éléments pour une théorie des théories juridiques*, Puf, 1987
- ATIAS Ch., « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *Arch. phil. droit* 1982, p. 220 s.
- AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832
- AUSTIN J. L., *Quand dire c'est faire* (1962), Le Seuil, 1970
- BARRAUD B., *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux – Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2012
- BARRAUD B., *Théories du droit et pluralisme juridique – t. I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. *Inter-normes*, 2016
- BARRAUD B., *Théories du droit et pluralisme juridique – t. II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM (Aix-en-Provence), coll. *Inter-normes*, 2017
- BARRAUD B., « 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.
- BARRAUD B., « 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.
- BECCARIA C., *Traité des délits et des peines*, 1766
- BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 5<sup>e</sup> éd., 2012
- BEUDANT C., *Le droit individuel et l'État – Introduction à l'étude du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Rousseau, 1920
- BOBBIO N., *Théorie de la norme juridique*, Giappichelli (Turin), 1958
- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Ch. Agostini, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. *La pensée juridique*, 1998
- BOBBIO N., « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges Paul Roubier*, t. I, Sirey, 1961, p. 53 s.
- BOBBIO N., « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in PERELMAN Ch., dir., *La règle de droit*, Bruylant (Bruxelles), 1971, p. 104 s.
- BOBBIO N., « Kelsen et les sources du droit », *Arch. phil. droit* 1982, p. 135 s.
- BOURDIEU P., *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Droz (Genève), 1972
- BOURETZ P., « Le droit et la règle : Herbert L. A. Hart », in BOURETZ P., dir., *La force du droit – Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 41 s.
- BOYER R., SAILLARD Y., *Théorie de la régulation : l'état des savoirs*, La découverte, 1995
- BRUNET P., MILLARD É., dir., *Le réalisme juridique scandinave en question*, Presses universitaires de Rouen, 2004
- CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2009
- CARBONNIER J., *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1960-1961
- CARBONNIER J., *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995
- CARBONNIER J., « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 5 s.
- CARDOZO B. N., *The Nature of the Judicial Process*, 1921
- CARDOZO B. N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press (New York), 1928
- CARRÉ DE MALBERG R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Librairie du Recueil Sirey, 1933

- CARRÉ DE MALBERG R., « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », in *Mélanges François Gény*, Sirey, 1935, p. 192 s.
- CAYLA O., « Kelsen, Théorie pure du droit », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 320 s.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Bobbio, Essais de théorie du droit », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 61 s.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK Ch., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005
- CHAZAL J.-P., « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 303 s.
- CHEVALLIER J., « Droit, ordre, institution », *Droits* 1989, n° 10, p. 19 s.
- CHEYRONNAUD J., PEDLER E., dir., *Théories ordinaires*, École des hautes études en sciences sociales, 2013
- CIURO-CALDANI M. A., « Contribution de la théorie générale des réponses juridiques au plurijuridisme », in BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 73 s.
- COMBACAU J., « Une manière d'être des choses », *Droits* 1990, n° 11, p. 11 s.
- COMTE A., *Discours sur l'esprit positif*, Carillan-Goeury et Vr. Dalmon, 1844
- COMTE A., *Auguste Comte and Positivism, the Essential Writings*, University of Chicago Press, 1983
- CONDOMINE P., *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, 1912
- COPPENS P., LENOBLE J., « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'État, théorie de la norme, et procéduralisation contextuelle », in COPPENS P., LENOBLE J., dir., *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant (Bruxelles), 2000, p. 1 s.
- COTTA S., « De l'expérience du droit à sa définition », *Droits* 1990, n° 11, p. 15 s.
- CUBERTAFOND B., *La création du droit*, coll. Le droit en questions, Ellipses, 1999
- DABIN J., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969
- DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007
- DABIN J., « La définition du droit », in *Mélanges Paul Roubier*, t. I, Sirey, 1961, p. 199 s.
- DAVIES M., *Delimiting the Law*, Pluto Press (Londres), 1996
- DE BECHILLON D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996
- DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997
- DE BÉCHILLON D., « L'Ordre juridique est-il complexe ? », in DE BECHILLON D., dir., *Les défis de la complexité – Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, L'Harmattan, 1994
- DE HAULLEVILLE P. Ch. A., *La définition du droit*, Elibron, coll. Classics series, 1999
- DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013
- DIEBOLT S., *Le droit en mouvement – Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, th., Université de Paris X - Nanterre-La Défense, 2000
- DJUVARA M., « Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif », in *Mélanges Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 231 s.
- D'ORS A., *Une introduction à l'étude du droit*, trad. A. Sériaux, PUAM (Aix en Provence), 1991
- D'ORS A., « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits* 1989, n° 10, p. 51 s.
- Droit et société* 2002/1, « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? Lectures d'Alf Ross »
- Droit et société* 1988/10, « Pratiques de recherche, questions théoriques et problèmes épistémologiques sur le droit et la société »
- Droits* 1989, « Définir le droit 1 », n° 10
- Droits* 1990, « Définir le droit 2 », n° 11
- DUBOUCHET P., *Trois essais pour une théorie générale du droit*, L'Hermès, 1998
- DUBOUCHET P., « Herméneutique et théorie normative du droit », *RRJ* 1994, p. 745 s.
- DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : la règle de droit, le problème de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927
- DUHEM P., *La théorie physique, son objet, sa structure*, 2<sup>e</sup> éd. (1914), Vrin, 1989
- DWORKIN R., « La théorie du droit comme interprétation », *Dr. et Société* 1985, p. 99 s.
- EHRLICH E., *Contribution à la théorie des sources du droit*, 1902
- ENCINAS DE MUNAGORI R., *Introduction générale au droit*, Flammarion, 2006
- FABRE-MAGNAN M., *Introduction générale au droit*, Puf, coll. Licence, 2009
- FALCON Y TELLA M. J., *A Three-Dimensional Theory of Law*, trad. H. Shneider, Martinus Nijhoff Publishers (Leiden), 2010
- FALCON Y TELLA M. J., « Concepto y fundamento de la validez del derecho », *Civitas* 1994
- FALCON Y TELLA M. J., « La tridimensionalidad y el problema de la validez del derecho », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 1989, p. 75 s.
- FARINAS DULCE M.-J., « El problema de la validez jurídica », *Civitas* 1991
- FOIRIERS P., « Règle de droit, essai d'une problématique », in PERELMAN Ch., dir., *La règle de droit*, Bruylant (Bruxelles), 1971
- FONTAINE L., « Le pluralisme comme théorie des normes », in FONTAINE L., dir., *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007, p. 125 s.
- FRYDMAN B., *Les transformations du droit moderne*, Story-Scientia-Fondation Roi Baudoin (Bruxelles), coll. À la rencontre du droit, 1999

- FRYDMAN B., « Renouveau et avancée dans la définition du droit », *D.* 2014, p. 989 s.
- GARDIES J.-L., *L'erreur de Hume*, Puf, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1987
- GASSIN R., « Système et droit », *RRJ* 1981, p. 353 s.
- GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I et II, LGDJ, 1954
- GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. I, II, III et IV, 1914-1924
- GÉNY F., « La notion de droit en France, son présent, son avenir », *Arch. phil. droit* 1931, p. 15 s.
- GÉRARD Ph., « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *RIEJ* 2010, n° 65, p. 65 s.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G., *Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1994
- GOYARD-FABRE S., *Re-penser la pensée du droit*, Vrin, 2007
- GRIDEL J.-P., *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 1994
- GRZEGORCZYK Ch., « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits* 1990, n° 11, p. 31 s.
- GRZEGORCZYK Ch., MICHAUT F., TROPER M., *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1993
- GUASTINI R., « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in AMSELEK P., dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 249 s.
- HABIB L., « L'impur objet de la science du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 93 s.
- HAESAERT J., *Théorie générale du droit*, Bruylant (Bruxelles), 1948
- HALPÉRIN J.-L., « Hart, Le concept de droit », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 240 s.
- HALPÉRIN J.-L., « Jellinek, L'État moderne et son droit », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 293 s.
- HALPÉRIN J.-L., « Jhering, L'évolution du droit », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 298 s.
- HALPÉRIN J.-L., « Romano, L'ordre juridique », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 485 s.
- HAMON F., « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *Mélanges Michel Troper*, Economica, 2006, p. 487 s.
- HART H. L. A., *Le concept de droit* (1961), trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1994
- HART H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press (Oxford), 1983
- HART H. L. A., « L'importance des définitions en droit », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1993, p. 89 s.
- HART H. L. A., « Sur le réalisme scandinave », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg* 2000, p. 43 s.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « Holmes, The Common Law », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 275 s.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « Pound, Mechanical Jurisprudence », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 463 s.
- HERRERA C.-M., *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997
- HERRERA C. M., dir., *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001
- HERVADA J., « Le droit dans le réalisme juridique classique », *Droits* 1989, n° 10, p. 31 s.
- HOBBES Th., « La loi, source unique du droit », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1993, p. 301 s.
- HOGUE A. R., *Origins of the Common Law*, Liberty Fund (Indianapolis), 1986
- HOLMES O. W., *The Common Law*, McMillan (Londres), 1881
- HOLMES O. W., *Collected Legal Papers*, Peter Smith (New York), 1952
- HOLMES O. W., « The Path of the Law », *Harvard Law Review* 1920, p. 457 s.
- HONEYBALL S., *Integrity, Community and Interpretation: a Critical Analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law*, Aldershot-Ashgate (Brookfield-Darmouth), 1998
- HUSSON L., *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974
- IBANEZ P., « Le concept de droit dans tous ses états », *RRJ* 2004, p. 75 s.
- INTZESEILOGLOU N., « L'espace-temps du système juridique : de la spatio-temporalité systémique à la spatio-temporalité juridique », *Arch. phil. droit* 1998, p. 285 s.
- JAKAB A., « Problèmes de la *stufenbaulehre* – L'échec de l'idée d'indifférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Dr. et société* 2002, p. 411 s.
- JELLINEK G., *L'élément juridique dans la science de l'État et la méthode juridique*, trad. G. Fardis, Ch. Bourgoing-Dumonteil, Fontemoing, 1903
- JELLINEK G., *L'État moderne et son droit – Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Éditions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005
- JESTAZ Ph., *Le droit*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2012
- JESTAZ Ph., « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197 s.
- JIANG J., *Théorie du droit public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010
- JIANG J., « *Quid jus ?* Esquisse d'une théorie dialectique de la définition du droit », *RRJ* 2002, p. 627 s.

- JOUANJAN O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Puf, 2005
- JOUANJAN O., dir., *Théories réalistes du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000
- JOURDAN A., *Le droit français*, 1875
- KALINOWSKI G., « Trois notions de droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 43 s.
- KALINOWSKI J., *Querelle de la science normative – Une contribution à la théorie de la science*, LGDJ, 1969
- KANTOROWICZ H., *La définition du droit* (1958), Giappichelli (Turin), 1962
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 1<sup>ère</sup> éd., trad. H. Thévenaz, La Baconnière, 1953
- KELSEN H., *The communist Theory of Law*, Steven & Sons (Londres), 1955
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962
- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, Puf, 1996
- KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État – La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. B. Laroche, V. Faure, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1997
- KELSEN H., « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 141 s.
- KELSEN H., « Sur le fondement de l'ordre juridique », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1993, p. 137 s.
- KELSEN H., « L'efficacité n'est pas une "conditio per quam" de la validité », in Ch. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1993, p. 326 s.
- KELSEN H., « Théorie pure du droit », in BEHRENDT Ch., BOUHON F., *Introduction à la théorie générale de l'État – Recueil de textes*, Larcier (Bruxelles), coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2009, p. 9 s.
- KELSEN H., « L'ordre juridique », in BEHRENDT Ch., BOUHON F., *Introduction à la théorie générale de l'État – Recueil de textes*, Larcier (Bruxelles), coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2009, p. 75 s.
- KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. droit* 1940, p. 33 s.
- KELSEN H., « Quel est le fondement de la validité du droit ? », *Revue internationale de criminologie et de police technique* 1956, n° 10, p. 161 s.
- KELSEN H., « Le système juridique », *Arch. phil. droit* 1986
- KELSEN H., « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Dr. et société* 1992, p. 551 s.
- KELSEN H., « Une Théorie "réaliste" et la *Théorie pure du droit* – Remarques sur *On law and Justice* d'Alf Ross », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg* 2000, n° 4, p. 15 s.
- KNAPP V., « Théorie du Droit et cybernétique », in *Mélanges Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 233 s.
- LABBÉE X., *Les critères de la norme juridique*, Presses universitaires de Lille, coll. Manuels, 1994
- LEBEL-GRENIER S., *Pour un pluralisme juridique radical*, th., Université McGill de Montréal, 2002
- LEBEN Ch., « Ordre juridique », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- LEBEN Ch., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits* 2001, n° 33, p. 19 s.
- LE COUSTUMER J.-Ch., « Troper, Pour une théorie juridique de l'État », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 579 s.
- LE MOIGNE J.-L., « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? », *RRJ* 1985, p. 155 s.
- LEVINSON S., MAILLOUX S., *Interpreting Law and Literature*, Evanston, 1988
- LINDHAL L., PECZENIK A., VAN ROERMUND B., dir., *Theory of Legal Science*, Dordrecht (Boston), 1983
- LIVET P., *Les Normes – Analyse de la notion, étude de textes : Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristote*, Armand Colin, 2006
- LUHMANN N., « L'unité du système juridique », *Arch. phil. droit* 1986, p. 163 s.
- LUKIC R., *Théorie du droit et de l'État*, trad. M. Gjidara, Dalloz, 1974
- LUNDSTEDT A. V., *Legal Thinking Revised (My Views on Law)*, Almqvist & Wiksell (Stockholm), 1956
- MACCORMICK N., *Raisonnement juridique et théorie du droit* (1978), trad. J. Gagey, Puf, coll. Les voies du droit, 1996
- MARTENS P., *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier (Bruxelles), coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2003
- MERKL A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne, 1927
- MERKL A., « Das doppelte Rechtsantlitz – Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie der Rechts », *Juristische Blätter* 1918, p. 425 s.
- MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1982
- MIAILLE M., « Définir le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 41 s.
- MIEDZANAGORA J., *Droit positif et théories positivistes du droit*, LGDJ, 1970
- MILLARD É., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006
- MILLARD É., « Réalisme », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- MILLARD É., « Réalisme scandinave, réalisme américain : un essai de caractérisation », in BRUNET P., MILLARD É., dir., *Le Réalisme juridique scandinave en question*, Presses universitaires de Rouen, 2004
- MILLARD É., « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in *Mélanges Michel Troper*, 2006, p. 725 s.

- MILLARD É., « Ross, On Law and Justice », in CAYLA O., HALPÉRIN J.-L., dir., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 488 s.
- MILLARD É., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cah. Cons. const.* 2006, n° 21, p. 59 s.
- MILLARD É., RUDE-ANTOINE E., YOUNÉS C., « Norme, normativité, juridicité », in RUDE-ANTOINE E., CHRÉTIEN-VERNICOUS G., dir., *Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, 2009, p. 77 s.
- NICÁCIO C. S., *Médiation et émergence du droit : pour un paradigme de la complexité juridique*, th., Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2012
- OLIVECRONA K., *Law as Fact*, 2<sup>e</sup> éd., Stevens & Sons (Londres), 1971
- OLIVECRONA K., *De la loi et de l'État – Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. P. Jonason, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2010
- OPPETIT B., *Droit et modernité*, Puf, coll. Doctrine juridique, 1998
- OST F., « Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique », in HAARSCHER G., RIGAUX F., VASSART P., dir., *Droit et pouvoir – t. I : La validité*, Story Scientia (Bruxelles), 1987, p. 97 s.
- OST F., « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in BELLOUBET-FRIER N., CLAISSE A., TIMSIT G., dir., *Les administrations qui changent*, Puf, coll. Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 73 s.
- OST F., « Sources et systèmes de droit », in AGUILA Y. et alii, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 117 s.
- OST F., « Entre ordre et désordre : le jeu du droit – Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Arch. phil. droit* 1986, p. 133 s.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Puf, 1988
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Puf, 1992
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., « *Juris-dictio* et définition du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 53 s.
- PARIENTE-BUTTERLIN I., *Le droit, la norme et le réel*, Puf, coll. Quadrige manuels philosophie, 2005
- PASHUKANIS E. B., *La théorie générale du droit et le marxisme* (1924), EDI (Paris), 1970
- PATTARO E., dir., *Contributi al Realismo Giuridico*, Giuffrè (Milan), 1982
- PATTARO E., « Définir le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 47 s.
- PECES-BARBA MARTINEZ G., « Une définition normative du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 51 s.
- PERELMAN Ch., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, LGDJ, 1984
- PERELMAN Ch., dir., *La règle de droit*, Bruylant (Bruxelles), 1971
- PERELMAN Ch., « Ontologie juridique », *Arch. phil. droit* 1982, p. 23 s.
- PERRIN J.-F., « Définir le droit... selon une pluralité de perspectives », *Droits* 1989, n° 10, p. 63 s.
- PETEV V., « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne », in AMSELEK P., dir., *Théorie du droit et science*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 233 s.
- PFERSMANN O., « Hiérarchie des normes », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- PICAVET E., *Kelsen et Hart – La norme et la conduite*, Puf, 2000
- PIMONT S., « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.* 2009
- PLAYOUST O., « Normativité et légitimité du droit », *RRJ* 1993, p. 193 s.
- POUND R., « The Call for a Realist Jurisprudence », in *American Legal Realism*, New York, 1993
- RAUCENT L., *Pour une théorie critique du droit*, Duculot, 1975
- RAZ J., *The Concept of Legal System – An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press (Oxford), 1970
- RAZ J., *The Authority of Law*, Clarendon Press (Oxford), 1979
- RAZ J., « Legal validity », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 1977, p. 339 s.
- REALE M., « La science du droit selon la théorie tridimensionnelle du droit », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 211 s.
- REALE M., « La situation actuelle de la théorie tridimensionnelle du droit », *Arch. phil. droit* 1987, p. 369 s.
- REGOURD S., « La part du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 55 s.
- RENARD G., *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930
- RICKERT H., *Théorie de la définition*, Gallimard, 1997
- RIGAUX F., « Le droit au singulier et au pluriel », *RIEJ* 1982, n° 9, p. 13 s.
- RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955
- ROBERT-WANG L., « Règle de droit », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- ROGUIN E., *La règle de droit*, F. Rouge (Lausanne), 1889
- ROMANO S., *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975
- ROSS A., *On Law and Justice*, University of California Press (Berkeley), 1959
- ROSS A., *Directives and Norms*, Routledge & Keegan (Londres), 1968
- ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard, E. Matzner, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 2004

- ROSS A., « La validité dépend de l'efficacité », in GRZEGORCZYK Ch., MICHAUT F., TROPER M., *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story Scientia (Paris-Bruxelles), coll. La pensée juridique, 1993, p. 323 s.
- ROSS A., « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », *Arch. phil. droit* 1934, p. 167 s.
- ROUBIER P., *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Sirey, 1951
- ROUBIER P., « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Mélanges Georges Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 9 s.
- ROUBIER P., « De la légitimité des situations juridiques », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 265 s.
- ROUVILLOIS F., *Le droit*, Flammarion, coll. Corpus, 1999
- SCARPELLI U., *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, Bruylant-LGDJ (Bruxelles-Paris), coll. La pensée juridique, 1996
- SCHMITT C., « Le droit comme unité d'ordre (*Ordnung*) et de localisation (*Ortung*) », *Droits* 1990, n° 11, p. 77 s.
- SÈVE R., *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, 2007
- SOURIOUX J.-L., *Introduction au droit*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, coll. Droit fondamental, 1989
- SUR S., « Actes, normes, droit : dix mille signes », *Droits* 1990, n° 11, p. 59 s.
- TASSITCH G., « Le réalisme et le normativisme dans la science juridique », *Revue internationale de théorie du droit* 1927, n° 3
- TERRÉ F., *Le droit*, Flammarion, coll. Dominos, 1999
- TERRÉ F., « Une pyramide », *Droits* 1990, n° 11, p. 63 s.
- TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, Puf, coll. Les voies du droit, 1993
- TEUBNER G., *Droit et réflexivité – L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquey, Story scientia-LGDJ (Bruxelles-Paris), 1994
- TEUBNER G., dir., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter (Berlin-New York), 1988
- TEUBNER G., « Evolution of Autopoietic Law », in TEUBNER G., dir., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter (Berlin-New York), 1988, p. 217 s.
- THÉVENAZ H., « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Dr. et société* 1986, p. 533 s.
- THIBIERGE C., « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure – Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Arch. phil. droit* 2008, p. 251 s.
- THOMAS Y., *Mommsen et l'Isolierung du droit*, De Bocard, 1984
- TIMSIT G., *Thèmes et systèmes de droit*, Puf, coll. Les voies du droit, 1986
- TIMSIT G., *L'archipel de la norme*, Puf, 1997
- TIMSIT G., « Système juridique », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- TIMSIT G., « Sur l'engendrement du droit », *RDP* 1988, p. 39 s.
- TIMSIT G., « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 93 s.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994
- TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, coll. Léviathan, 2001
- TROPER M., « Normativisme », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- TROPER M., « Science du droit », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
- TROPER M., « La théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie* 1981, p. 519 s.
- TROPER M., « Système juridique et État », *Arch. phil. droit* 1986, p. 29 s.
- TROPER M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg* 2000, n° 4, p. 51 s.
- TROPER M., « Ross, Kelsen et la validité », *Dr. et société* 2002, p. 43 s.
- TWINING W., *Globalization and Legal Theory*, Butterworths (Londres), 2000
- VAN DE KERCHOVE M., « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », in KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 1<sup>ère</sup> éd., trad. H. Thévenaz, Publications des Facultés universitaires Saint Louis (Bruxelles), 1988
- VAN DE KERCHOVE M., « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 37 s.
- VAN QUICKENBORNE M., « Quelques réflexions sur la notion de validité », *Arch. phil. droit* 1968, p. 185 s.
- VERNENGO R., « Le droit est-il un système ? », *Arch. phil. droit* 1991, p. 253 s.
- VIRALLY M., « Notes sur la validité du droit et son fondement », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 459 s.
- VIRALLY M., « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 373 s.
- VIRALLY M., « Le phénomène juridique », *RDP* 1966, p. 6 s.
- WILLKE H., « Le droit comme codage de la puissance publique légitime », *Droits* 1989, n° 10, p. 113 s.
- WROBLEWSKY J., « Validité des normes juridiques, approche analytique », in HAARSCHER G., RIGAUX F., dir., *Droit et pouvoir – t. I : La validité*, Story-Scientia (Bruxelles), 1987, p. 135 s.