

LA THEORIE DANS LE DROITPROPOS POUR UN DOCTORANT

par Michel MIAILLE  
Professeur de Science Politique  
Université de Montpellier I

Le titre est excessif par rapport à l'ambition de l'exposé : car ouvrir le champ de la théorie dans le droit est redoutable de complexité. Je voudrais limiter le propos à ce que l'on peut dire à un doctorant qui commence sa thèse, tels les conseils dits de "méthode" pour construire son projet. Pour ce faire, un constat et une précision.

1 - LE CONSTAT : celui du vide consternant de la place de la théorie dans la plupart des travaux de recherche des juristes, malgré des exceptions notables et courageuses car rien, dans la carrière, n'encourage sur cette voie.

L'illustration de cette proposition sera fournie par la lecture de deux jugements sur la place de la théorie dans les recherches juridiques, donnés par deux auteurs dans une publication récente.

1 ) La culture des revues juridiques françaises (l'histoire de la pensée juridique moderne, ouvrage collectif, Giuffrè (Milan) 1988. sous la direction de A.J.Arnaud.

G.WIEDERKEHR à propos de la culture des revues françaises de droit privé. Voir p<sup>2</sup> 20 et 28.

D.LOCHAK, à propos de la même recherche mais pour le droit public, voir p.50 et 51 et 57.

Tableau saisissant et inquiétant pour l'image qui se forge ainsi implicitement de ce qu'est la "théorie".

## 2 - UNE PRECISION

Le terme de théorie est mal compris ou galvaudé ce qui revient finalement au même résultat : l'absence ou la sous-estimation de l'effort théorique dans le champ du droit.

- mal compris, lorsque la théorie est inévitablement opposée à la pratique. Les juristes les plus traditionnalistes (MM. MAZEAUD) insistent sur cette crainte à l'égard de la "théorie" interprétée comme équivalent de dogmatisme ou de luxe abstrait. D'où un souci de coller à la réalité, aux choses concrètes qui rejette nécessairement la "théorie" dans "l'abstraction" confondue avec une expression gratuite et sans intérêt.

- galvaudée, la théorie lorsqu'elle est rabattue sur une simple description de ce qu'est le système juridique et sur les notions qu'il développe. Le système juridique est alors plein de théories qui n'apparaissent nullement comme une construction du juriste mais comme spontanément émanées du système lui-même.

Or, les théories pour les scientifiques sont des filets pour attraper le réel (K. POPPER). Cela signifie :

- non seulement que les théories sont des constructions qui ne tombent pas sous le coup de l'évidence mais qui sont le fruit d'hypothèses et de controverses, donc le contraire de l'empirisme immédiat ; et ces théories peuvent être multipliées pour répondre de phénomènes identiques (lois vérifiées et acceptées par les scientifiques mais ordonnées selon des théories qui, elles, peuvent varier selon les scientifiques. Ainsi, pour aller rapidement, la gravitation universelle n'a pas le même sens dans la théorie de Newton et dans celle d'Einstein).

21

- mais encore ces théories ne sont pas des constructions gratuites, elles n'ont pas de caractère superfétatoires : elles ont pour but de permettre une bonne ou une meilleure compréhension du monde. "En théorie" doit pouvoir signifier qu'on traite du réel ; sans confondre l'idée et le réel - ce qui serait un point de vue bien superficiel et idéaliste - il convient de rappeler que la seule légitimité de l'idée théorique, c'est de nous faire comprendre le réel ; sinon, elle n'a aucune valeur et doit être abandonnée (théorème : "faire voir"/"voir"). D'où l'utilité de la théorie, c'est à dire son intérêt pour le chercheur puisqu'elle est une manière de voir le réel et donc de le comprendre. La lutte intellectuelle entre théories est précisément le coeur du débat savant, selon des procédures réglées par la communauté des savants (notamment usages des "falsifications" selon K. POPPER pour prouver la validité des théories).

Ces questions d'épistémologie générale ont évidemment des effets dans le champ juridique : la théorie n'y occupe pas exactement la même place, mais doit faire l'objet de nos préoccupations si le savoir des juristes veut se hisser au niveau d'une réflexion rigoureuse.

cf. Ch.ATIAs Epistémologie juridique PUF.1985

M.MIAILLE Une introduction critique au droit, Maspero 1976, rééd. 1980.

et M.MIAILLE Définir le droit, in Rev.Droits, 1990.

Je voudrais montrer qu'en ce domaine, l'objet "théorie" en droit peut s'analyser de manière différente et qu'ensuite, la construction d'une attitude théorique suppose le respect de certaines contraintes d'où l'analyse en deux temps :

1. Le caractère dual de la théorie en droit
2. Les conditions d'une construction théorique en droit.

## I - LE CARACTERE DUAL DE LA THEORIE EN DROIT

La difficulté, à propos du droit comme des sciences sociales en général, c'est qu'en travaillant sur un objet social (et le droit en est un), on travaille sur des productions humaines. A l'inverse des objets inanimés ou animés mais extérieur à l'homme, a fortiori d'objets inexistantes concrètement (les mathématiques), le chercheur n'a pas à créer librement la théorie explicative. Les matériaux apparaissent déjà ordonnés, ont déjà une cohérence pensée par des hommes bref sont déjà soustendus, semble-t-il, par des "théories", ou une "théorie".

Il y a donc deux sens que l'on peut attribuer à la théorie dans le domaine juridique : celui que nous pouvons attribuer au système juridique lui-même, et celui qui est développé dans le savoir juridique. Or, ces deux "théories" - ou plutôt effort de théorie, théorisation - ne correspondent pas nécessairement.

(cf. Ch.ATIAs, Savoir des légistes et science des légistes. PU d'Aix-Marseille).

Cette dualité de situations entraîne une dualité de qualification de la théorie en droit et, en réalité deux attitudes de la part des juristes.

(cf. VANDEKERCHOVE et OST, Le système juridique entre ordre et désordre, PUF, 1988.

M.MIAILLE, Définir le droit, in Rev.Droits, 1990).

1. La théorie comme effort de théorisation "interne" au champ juridique.

Elle apparaît comme une rationalisation poussée à son point extrême par le juriste, des textes plus ou moins épars ou disparates du système juridique. Mais ce travail intellectuel n'est que le prolongement de ce qui a été commencé par le législateur ou le magistrat. Si le législateur a bien fait son travail, ce travail serait même inutile : la théorie est déjà présente et il suffit de la lire, sans autre adjonction. C'est ce que le font les premiers exégètes du code de 1804 (plans de cours suivant mot à mot le plan du code).

(cf. A.J.ARNAUD, Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours, PUF, 1978).

La théorie juridique est donc dans le texte car le législateur ou le juge est guidé par une raison qui ordonne (au sens de : ordonnance les choses) et met en place un ordre rationnel.

Le commentateur de la doctrine reprend cet ordre et cette logique et a pour tâche de la systématiser au besoin d'éliminer les contradictions, d'où un certain travail "critique". Il épouse alors la théorie pratique du législateur dans un positivisme qui lui tient lieu de théorie.

2. La théorie comme effort de construction "externe" au champ du système juridique.

Le juriste veut rendre compte, dans cette attitude d'un objet - le texte juridique, l'institution ou telle pratique juridique - et cet objet n'a de sens que dans sa différence ou sa similitude avec d'autres objets sociaux - donc d'autres formes de réglementation des conduites.

Alors, l'analyse consiste à comprendre l'objet-droit dans ses rapports avec les autres objets et ceci nécessite des théories qui constituent des cadres dans lesquels ces objets prendront place et auront un sens.

Il faut affirmer que cette attitude est toujours celle d'un juriste - au moins dans l'attitude "modérée" que prônent V.de KERCHOVE et OST. Car le but est bien d'expliquer l'objet-droit et le détour par d'autres objets (économiques, politiques ou sociaux), n'a pas pour finalité de "s'éloigner" du droit, mais d'y revenir avec des déterminations et des expériences plus importantes ou plus profondes.

On comprend que cette théorie juridique devra, elle-même s'appuyer sur des "méta-théories".

Ainsi chez DUGUIT le droit pénal comme droit répressif et le droit civil restitutif, l'un archaïque l'autre moderne, s'appuient sur une métathéorie celle de la division accélérée et complexe du travail social et sur le fondement de l'idée de solidarité qui découle de cette division du travail. Solidarité qui change considérablement depuis la société traditionnelle (solidarité mécanique) jusqu'à la société moderne (solidarité organique).

Ainsi les grands débats doctrinaux portaient, au début du siècle, entre représentants de théorie (de métathéories) très différentes voire opposées : solidarisme, institutionnalisme, individualisme par exemple.

Pour ma part, je n'envisage la théorie que dans ce deuxième sens, comme ouvrant sur une attitude "externe". Alors, il est possible de penser ce qu'est une construction théorique.

## II - LES CONDITIONS D'UNE CONSTRUCTION THEORIQUE EN DROIT

La démarche théorique n'est pas libre au sens où elle est codifiée par la communauté des savants qui ont défini dans tous les domaines scientifiques, les démarches à adopter, les modes de raisonnement, les formes d'argumentation acceptées, etc..

- Une réserve toute de suite.

Comme toute "communauté", celle des savants obéit à des impératifs qui ne sont pas strictement intellectuels et scientifiques, mais aussi culturels, sociaux et politiques, visant à reproduire ce groupe dans ses caractéristiques, dans ses partages de pouvoir - dans ses intérêts collectifs par rapport à d'autres groupes,

cf. P. BOURDIEU L'homo academicus qui montre d'ailleurs les différences de comportement suivant les disciplines, reprenant la distinction de Kant sur le conflit des facultés entre facultés critiques et facultés mondaines (dont le droit!)

et sur le plan plus juridique,

Ch. ATIAS, conclusion de son épistémologie juridique : la communauté des juristes (p. 208 et s.)

Autrement dit, les conditions dans lesquelles un juriste veut faire de la théorie ne sont pas libres intellectuellement mais aussi socialement car des normes liées aux procédés de recrutement, aux étapes de la carrière, aux concurrences de champs - autant d'éléments non scientifiques - viennent limiter les initiatives. En premier lieu, en France la préparation au concours d'agrégation comme filtre des conduites et imposition de normes très précises ne peut pas être oubliée dans la manière dont la théorie est pensée à l'intérieur de l'université.

cf. Ouvrage s/d A.J. ARNAUD sur la culture des revues juridiques françaises, op. cit.

Sous cette réserve, la construction juridique comme effort théorique peut se présenter comme dans toutes les sciences sociales au moins sous deux étapes : la mise en place d'une problématique ; le choix d'hypothèses de travail.

### 1. La construction d'une problématique.

Elle est la construction du cadre théorique à l'intérieur duquel le sujet de recherche sera traité. Cela signifie quelques conséquences.

- Le sujet de recherche n'existe jamais seul ou isolé mais toujours par rapport à un ensemble de notions qui lui sont liées, par proximité ou opposition mais qui permettent de le définir.

- La problématique est la manière dont on aborde le champ, à l'intérieur duquel se situera le sujet déterminé. Chaque problématique permet de faire apparaître des "problèmes" spécifiques qui n'existent que par rapport à ce cadre et non en soi. D'où le fait que telle question peut apparaître dans telle problématique et ne pas exister dans une autre. Ceci est très clair lorsqu'on change de "point de vue" théorique, c'est-à-dire de la problématique. Le plus simple est de prendre l'exemple de la différence entre un objet de droit pénal et celui de la politique criminelle.

cf. M.DELMAS-MARTY, Le flou du droit, PUF page 123. Il y a changement, déplacement dans cette nouvelle problématique, qui fait apparaître des objets et des problèmes qui n'existaient pas dans la problématique classique du droit pénal.

## 2 - Le choix des hypothèses

Si la problématique est construite, elle doit ouvrir sur un certain nombre de questions qui vont faire l'objet de la recherche : ce seront autant d'hypothèses, incluses dans la problématique qui assure la cohérence de l'ensemble.

Ces hypothèses doivent être infirmées ou validées et, ce faisant, la problématique d'ensemble est confirmée ou abandonnée ou nuancée. Le travail de recherche est donc la réponse à des hypothèses et, par la même, la validation (ou non) d'une problématique déterminée.

(Exemple : définition matérialiste de la notion d'où la présence de critères de définition d'éléments qu'il faudra retrouver dans l'étude du terrain).

Cette démarche doit être complétée par au moins deux observations.

1 ) Nulle part, il n'a encore été question de méthode. On s'attendrait à voir maintenant proposer ou présenter la méthode ou les méthodes comme de simples instruments au service d'une démonstration pour les hypothèses et, par là, pour la problématique.

Ce serait une vue naïve des choses car la méthode ne peut pas être ravalée au stade instrumental où elle est souvent confinée. Outre qu'elle est plus complexe que d'être un simple outil, elle a une importance capitale dans la manière dont elle explore une hypothèse. La manière de faire apparaître tel ou tel résultat, détermine déjà la validité (ou non) de l'hypothèse.

(Exemple simple : des questions et du protocole d'un questionnaire conditionnant la pertinence de l'enquête, donc de ses résultats pour répondre à l'hypothèse).

D'où le très grand sérieux avec lequel il faut user des méthodes qui obligent à un constant aller et retour entre la recherche (la théorie, la problématique) et la vérification des hypothèses.

2 ) La problématique choisie n'est pas non plus un acte totalement libre car s'imposent à notre esprit, des manières de penser sous la forme de paradigmes, c'est à dire de groupes de notions qui forment un ensemble cohérent, organisant la vision de tel ou tel problème. Or, ces paradigmes évoluent, s'enrichissent ou se trouvent troublés par l'introduction de concepts extérieurs. Il faut donc être très vigilant. Deux exemples seront choisis.

Premier exemple : le paradigme de la modernité et de la post-modernité.

cf. B. de SOUSA SANTOS. La transition post-moderne : droit et politique. RIEJ 1990, numéro 24 p.77 et s.

La fin désabusée du 20ème siècle permet de mesurer la distance parcourue depuis le 19ème : les promesses tenues et non tenues, les espoirs et les inquiétudes. Or, ce qui ressort de cette analyse, c'est l'idée qu'un moment s'achève et que nous devons renouveler l'analyse de ce qui naît. C'est à proprement parler un changement de paradigme, c'est à dire l'épuisement d'une manière de concevoir le monde, au sens le plus global qui a donc des incidences par exemple sur le monde juridique.

#### a - Le déclin du paradigme de la modernité

Qu'est ce que la modernité ? C'est un paradigme complexe, apte à des variations nombreuses, fondées sur deux piliers :

- le pilier de la régulation fondé lui-même sur le principe du nombre, de l'Etat et de la communauté.

- celui de l'émancipation lié au principe de la rationalité aussi bien dans le<sup>m</sup> monde artistique que cognitif (développement des sciences) ou pratique (ainsi le droit).

Le paradigme de la modernité permet de rendre compte de la société qui naît entre le 16ème et le 18ème siècle et qui s'affirme complètement à la fin du 18ème siècle correspondant ainsi avec l'hégémonie de la production capitaliste. Cette modernité peut, elle-même être découpée en périodes correspondant au capitalisme libéral et à la naissance de la modernité ; au capitalisme organisé au début du 20ème siècle correspondant à l'Etat Providence ; enfin, au capitalisme en crise de cette fin du siècle. Or, cette évolution qui est celle d'un déclin a des effets, ou des manifestations sur le droit.

Celui-ci est, au départ, une institution simple, rationnelle, globale qui suppose que tout problème social peut trouver sa solution dans ce dans ce cadre - même lorsqu'il y a contestation ou crise, ce qui réactive les promesses du paradigme. Ensuite, se posent les problèpes d'ajustement pour que le système capitaliste soit plus juste et plus efficace d'où une régulation encore plus forte au bénéfice de l'Etat, pendant que l'émancipation rencontre des problèmes plus difficiles car la rationalité du groupe n'est plus celle des individus. Enfin, la troisième période montre l'éclatement du système : la régulation par le marché devient dominante et aboutit à diminuer le poids et le rôle de l'Etat, incapable d'assurer celle-ci du fait d'une complicité extrême, à des niveaux différents, selon des formes complètement transformées (ainsi la transformation des classes et des groupes sociaux) ; et du côté de l'émancipation, les possibilités de rationalisation s'épuisent dans des manques irréparables et des excès incontrôlables.

b - D'où la naissance nécessaire d'un nouveau paradigme.

L'idée moderne d'une rationalité globale, incluant le personnel (l'individuel) et le social a fini par se désintégrer dans une multitude de multirationalités au service d'une irrationalité globale et incontrôlable. Il faut donc réinventer ces rationalités locales, devenant présentes dans tous les éléments de l'organisation sociale. C'est la post-modernité.

C'est ce qui est le plus visible :

Les formes de rationalité éclatent. De la relativité aux théories du chaos ou de l'auto-organisation (autopoïèse), elles obligent à respecter ces autonomies de champs rationnels qui ne peuvent pas être inclus dans une totalité simple. Obligation de penser le complexe™ selon le mot de François Morin.

La régulation est devenue plus difficile à observer et donc à analyser : le principe du marché est de plus ambigu, car il dévore tout l'espace social, mais en même temps, les chances d'une extension démocratique se sont accrues. Les luttes changent aussi de terrain et se proposent de nouveaux objets : sexe, écologie, égalité raciale. L'Etat enfin perd de son importance au profit de la société civile et de formes plus fines de traitement des problèmes. Cela a un effet sur le droit qui devient "post-moderne" comme le propose l'analyse de A.J.ARNAUD.

cf. A.J.ARNAUD, Repenser un droit pour l'époque post-moderne, Rev. du CNRS, Courrier, avril 1990.

et A.J.ARNAUD, La pensée juridique européenne, PUF, 1991.

Les caractéristiques de ce droit, ayant dissipé les illusions de la modernité - ou plutôt ses promesses non tenues - seront, en quelque sorte, le contraire du droit moderne :

- relativisme, le droit devient relatif, notamment dans sa prétention à traiter les questions sociales ;

- pluralisme : plusieurs niveaux juridiques autonomes s'étagent, du droit étatique à l'infra-droit, du droit vécu au droit conçu.

- pragmatisme : les pratiques deviennent essentielles, d'où l'intérêt sur la rhétorique, l'argumentation, la recherche de solutions.

- Autre exemple : les recherches sur le droit des enfants, après la convention de 1989 et sa ratification par la France.

Plusieurs histoires de l'enfance sont possibles dont la plus affirmée, idéologiquement, est celle de l'émancipation et du passage du sujet de droit à l'acteur social. Mais cela se discute réellement car une autre théorisation est possible. Alors ces hypothèses sur la nature du droit, et donc les réponses aux stratégies déployées sont différentes : ainsi le rôle de l'avocat, des associations et des administrations s'occupant d'enfants.

Deuxième exemple : l'introduction d'un terme nouveau dans le champ juridique : la régulation.

La régulation a été produite par d'autres disciplines notamment la biologie, puis par transfert, par les sciences sociales. Quel usage peut en faire le juriste ? Il faut (re)connaître l'histoire de ce concept dans les autres sciences pour savoir ce qu'il on introduit dans son propre champ. Donc mesurer les pré-réquisits qui s'attachent à ce mot, lorsqu'on prétend l'utiliser : d'où la nécessité d'étudier d'une part l'usage de la régulation dans les sciences et la technologie et, d'autre part le transfert dans le champ juridique.

Deux sens peuvent être sollicités qui n'ont ni le même contenu, ni les mêmes conséquences :

- un sens large, vague même, indique seulement un mode d'ajustement d'institutions et de pratiques sociales propre à reproduire le système de ces institutions et de ces pratiques. Sens générique dont le droit n'est qu'un élément. Le droit est "dans" la régulation - est un des instruments de la régulation (ce qu'ont redécouvert les économistes, surtout dans les écoles les plus libérales). Sens finalement assez pauvre car, au fond cela peut n'entraîner aucune conséquence précise. On peut prendre le mot régulation comme équivalent à système de droit : on parle de régulation juridique.

D'où un emploi presque généralisé, en droit et en science politique, souvent non défini - qui fait partie d'une mode. Si l'on veut l'intégrer alors dans la théorie régulationniste, il faut donc adhérer au systémisme et à toute la doctrine de la reproduction des conditions de production sociale.

- un sens plus étroit qui renverse la perspective : la régulation serait alors :

. ou bien un mode intermédiaire de règlement des conflits, entre la société civile et l'institution juridique. En ce sens, le champ de la régulation serait un entre-deux, un espace limite qui serait à la frontière du droit ;

. ou bien un mode interne au champ du droit mais selon des procédés et des institutions nouveaux : ainsi on parle d'organes régulateurs (conseil constitutionnel, mais surtout AAI) ou de droit régulateur : celui-ci serait moins coercitif qu'incitatif, plus administratif que juridique classique, plus lié au but à atteindre qu'aux moyens utilisés. En ce sens, les procédures prendraient le pas sur les principes ou deviendraient les principes eux-mêmes. Dès lors, analyser le droit de cette manière, oblige à penser la spécificité du droit moderne et du droit post-moderne actuel : moins unitaire, mais éclaté en ensembles ayant leur logique.

Cette régulation serait bien mise en lumière par la succession et l'enchevêtrement d'ordres juridiques séparés et différents, agissant chacun avec leur logique propre.

cf. M.DELMAS-MARTY, Le flou du droit, PUF.

Il faut ajouter un point qui se rattache à d'autres courants doctrinaux : celui notamment de M.Foucault. Il y a un usage mal défini de Foucault, par simplement l'emprunt de certaines notions et donc le risque d'une superficialité de cette recherche partielle.

L'idée qui est la plus reprise, c'est le passage de la loi à la norme donc d'une régulation juridique à une régulation technico-sociale mais cette idée n'est qu'un élément de paradigme plus construit de Foucault sur un changement de société et de manière de penser la société.

cf. travail sur "les mots et les choses" et "surveiller et punir".

Cela signifierait notamment que nous entrerions dans une conjoncture historique et du savoir où le problème central ne serait plus l'Homme et où le savoir sur l'homme se définirait par rapport à d'autres pôles, scientifique d'un côté, philosophique de l'autre. Ainsi, on ne peut pas se contenter de juxtaposer le monde de la loi de celui de la norme comme deux modes alternatifs mais comme tendanciuellement deux modes successifs. La régulation ne serait donc pas une technique d'amélioration du conflit social : elle serait en tendance, un autre mode de résolution des conflits.

voir une démonstration de ce type in : F.EWALD, L'Etat-Providence, Paris, 1989. (L'Etat assuranciel permettrait une autre conception du devenir social, le risque prenant la place de la faute dans la perception même des phénomènes sociaux).

\*\*\*\*\*

Il faut conclure : un exposé de cette nature, rapide et abstrait, risque fort de rater son objet en développant un savoir qui peut apparaître étrange, non seulement par son caractère désincarné mais aussi par sa distance d'avec les habitudes au sein des Facultés de Droit. C'est dire l'importance ici des techniques de transmission de ce savoir qui ne sont pas identiques à celle du savoir pédagogique. A la manière de l'artisan, il faut que le directeur de thèse soit à côté du doctorant pour lui indiquer très pratiquement ce qu'il faudrait faire, les questions qu'il faudrait se poser dans tel cas précis, la formulation préférable dans telle situation (P.BOURDIEU, Réponses, 1991). C'est la limite de tout exposé abstrait.