

LES FRONTIÈRES DU DROIT

Michel MIAILLE

**Professeur émérite de Droit public et de Sciences politiques
Université de Montpellier I**

I. Les Frontières du droit dans le réel social.....	02
II. Les Frontières du droit dans la pensée juridique	05

Cette question doit être parmi les plus anciennes et les plus récurrentes dans l'univers du Droit. Peut-être que la bonne réponse serait celle d'un historien qui, comme l'avait fait naguère Michel VILLEY¹ ou Jean CARBONNIER², montrerait que l'univers juridique est d'abord un espace lié au procès et donc à une situation très définie, bien avant d'être un système généralisé de normes qui s'engendrent mutuellement, de sorte à former un ensemble qui s'autonomise par rapport aux autres systèmes de normes; ce serait alors plutôt un sociologue qui conviendrait, permettant de ne pas être dupe de l'apparente vocation du droit à recouvrir tout le champ social, qui montrerait ainsi les limites imposées, moins par le droit lui-même que par la logique du système en cause.

Cette approche pourtant n'est pas suffisante puisque n'est envisagée que la nature du droit comme système social, et non pas comme discipline : le droit est aussi un ensemble de savoirs et de pratiques intellectuelles qui prétendent rendre compte du droit comme système de règles³. En cela, il constitue un autre univers, avec d'autres acteurs et selon des logiques intellectuelles qui doivent se combiner avec celles d'une profession, juriste enseignant et même chercheur.

¹ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz 1974.

² CARBONNIER (J.), *Droit civil*, PUF 1974 : il faut surtout lire les développements intitulés "Pour aller plus loin", voir aussi *Sociologie juridique*, Presses univ. de France 2004.

³ MIAILLE (M.), "Définir le droit", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques* 1990, p. 41 et s. VILLEY (M.), "Une définition du droit", *Archives de philosophie du droit* 1959, p 47.

Au total, vouloir parler des limites du droit ou de ses frontières, c'est poser au moins deux questions qui ne se confondent pas : d'abord celle de la configuration d'un système de normes dans une société qui connaît par ailleurs d'autres systèmes normatifs et dont il faut alors penser les rapports. En ce sens, le "Droit" n'est pas omnipotent au sein des rapports sociaux et tout se joue, suivant les sociétés et les époques, dans l'infinie variété des rapports d'inclusion et d'exclusion avec les autres systèmes normatifs.

Ensuite apparaît la question de la dite "science" du Droit qui, dans l'éventail épistémologique actuel doit se combiner avec d'autres sciences : ces situations qui varient d'une époque à l'autre, montrent que le Droit n'a pas, et de loin, une position de surplomb sur toutes les autres disciplines, mais des relations de coopération, de concurrence voire d'hostilité, suivant les disciplines et les moments, en traçant des frontières toujours discutables.

Ce sont ces deux questions que je voudrais aborder, avec la conscience de leur immensité et de l'impossibilité de maîtriser tous les champs : peut-être, la seule posture possible est celle d'une certaine épistémologie à la manière de Michel FOUCAULT, tentant de penser la naissance des sciences de l'homme dans l'histoire occidentale⁴.

I. Les Frontières du droit dans le réel social

Il y a évidemment plusieurs manières de répondre. Je voudrais, en premier, apporter les réponses que "spontanément" des juristes interrogés sur ce point donnent. Elles sont marquées par une logique apparemment imparable puisqu'elles peuvent faire état d'une impossibilité quasi "physique" pour le système juridique de contrôler toutes les situations possibles et à venir. Mais cette réponse objective en quelque sorte, se double d'une autre qui se situe sur un tout autre plan, celui de l'éthique, lorsque le juriste se réjouit de ce que le droit ne doit pas tout traiter, pour sauvegarder la liberté⁵.

Pourtant, dans le sens que j'indiquais plus haut, il y a une autre direction permettant de rendre compte de ces fameuses frontières en les "dé-objectivant".

⁴ FOUCAULT (M.), *Les mots et les choses*, Gallimard 1990, à propos de la naissance des sciences humaines, non comme un objet en soi mais comme le résultat imprévu d'une situation historique de l'épistémè des sociétés occidentales au XIX^{ème} siècle.

⁵ On pourra consulter tous les manuels d'introduction au droit qui sacrifient à l'incontournable opposition entre ce qui relève de la régulation juridique et ce qui appartient à l'univers de la Morale. On pourrait retrouver une autre césure dans la littérature marxiste, séparant le domaine du droit de celui de la réglementation technique, ainsi PASUKANIS (E. B.), *Théorie marxiste du droit et marxisme* (1928), E.D.I. 1970.

1. Le droit ne peut ni ne doit traiter toutes les situations : il y a donc une sorte de naturalité des frontières du droit qui se trouve "cantonnée" dans un univers déterminé. Qu'il ne puisse pas tout traiter tombe presque sous le sens : pas seulement parce que tous les jours apparaissent des questions qui jusque là n'avaient pas été juridicisées et dont le droit doit éventuellement se préoccuper, mais parce que dans certains domaines un autre type de normalisation suffit qui ne requiert pas l'intervention du droit. Les questions nouvelles, comme aujourd'hui les questions liées à l'évolution des conquêtes scientifiques, posent assez rapidement le problème de leur entrée dans le système de droit : on sait que dans certains cas, la non-juridicisation est préférable à une entrée dans cet espace qui pourrait apporter plus d'inconvénients que de réponses : ainsi en a-t-il été de la définition très discutée de l'embryon comme personne juridique. Mais, dans un tout autre domaine, le droit français n'a pas de définition juridique législative de la "religion" et par voie de conséquence des "sectes" : cette définition n'est ni nécessaire ni utile, car il suffit de définir les aspects objectifs de la religion à travers le "culte" et ceux des dites sectes à travers leurs dérives qui sont juridiquement sanctionnables. Il y aurait donc des limites objectives à la présence du droit. Ces limites seraient en partie dues aux phénomènes eux-mêmes (ainsi n'est pas juridicisée la vie quotidienne dans ses aspects de banales relations sociales où la courtoisie suffit : on ne pense pas réglementer la préséance des femmes dans les lieux publics, ou la place des convives à tables, sauf lorsque cela concerne un banquet public où les préséances font partie du jeu politique) et en partie à l'éthique qui impose des conduites suppléant cette absence du droit.

Cette manière de voir les choses est assez conforme à la *doxa* dominante des juristes selon lesquels le monde est construit comme un univers objectif, ayant une logique qui s'impose aux poseurs de règles que sont les juristes, législateurs comme juges. On sait d'ailleurs quelle résistance les juristes ont opposée à des règles nouvelles permettant de construire autrement la réalité : ainsi de l'égalité entre hommes et femmes, longtemps perçue comme un principe évident mais dans des limites imposées par la "Nature" : d'où les diverses inégalités qui n'étaient absolument pas perçues comme choquantes, car elles faisaient partie de "l'ordre des choses". On a vu encore le même étonnement, avec des arguments semblables, lorsqu'il s'est agi du traitement des colonisés puis des étrangers, qui "par nature" ne pouvaient prétendre à l'égalité des droits⁶. Et que dire du PACS, voté après des discours au Parlement

⁶ Il est intéressant d'observer qu'avec l'Union Européenne, la séparation (et l'opposition) entre national et étranger s'est enrichie d'une nouvelle catégorie, tierce, celle des Européens qui ne sont plus tout à fait des étrangers vis à vis des Français dont ils partagent certains droits (ainsi le vote communal).

qui étaient emblématiques de cette "objectivation" de la Nature, pour empêcher que le droit puisse entrer dans de nouvelles dispositions.

Ainsi, les dites "frontières" du Droit apparaissent comme des éléments indiscutables (ou très difficilement) d'une disposition du monde qui imposerait ses propres découpages. A ce type d'argument, longtemps dominant, il y a peu à répondre... sinon en changeant de paradigme.

2. Précisément, le changement consiste à penser les problèmes de la société comme dépendant des solutions qui leur sont appliquées : cette formule paradoxale veut signifier qu'il n'y a jamais de problème en soi, mais que celui-ci n'apparaît et n'est identifiable qu'à partir du traitement qui lui est appliqué⁷. Je voudrais en prendre un exemple significatif qui mériterait de plus amples développements. C'est celui du traitement de l'homosexualité dans les sociétés occidentales. La démonstration sera évidemment simplifiée pour mieux faire entendre le changement de paradigme.

Pendant très longtemps, l'homosexualité n'est vue qu'à travers le prisme de la doxa religieuse, spécialement dans l'aire judéo-chrétienne, à partir des interdits de l'Ancien Testament. Dès lors, elle ne peut être traitée qu'à partir de la notion de "péché" et ne reçoit comme "réponse" que celles qui sont compatibles avec la nature du mal : il y aura donc des peines qui vont de l'enfermement au bûcher, permettant d'amender s'il est possible le pécheur ou de le faire disparaître avec son péché dans les autres cas. Évidemment, les autorités ecclésiastiques auront compétence puisqu'il s'agit d'une affaire qui concerne la foi et les règles de l'église. Il faut certes ajouter que cela n'excluait pas complètement les juridictions civiles qui au nom des règles de la société pouvaient condamner un "déviant". Mais ce qu'il importe de considérer, c'est l'aspect "religieux" de l'espace où s'inscrivait ce phénomène.

Toute autre sera la solution des temps modernes où, progrès de la science aidant, l'homosexualité sera assimilée à une maladie : alors les médecins prennent le relais des prêtres et les médicaments, voire des traitements plus ou moins violents et remplacent les prières. Finis les bûchers, qui appartiennent à un autre âge, et entrée dans le monde de la médication, voire de la prévention : et l'on sait combien la société bourgeoise a produit de procédés et de dispositifs pour traiter les questions liées au sexe.

⁷ FOUCAULT (M.). *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Gallimard 1975. Il s'agit ici de la différence de traitement du crime entre le mode public et violent jusqu'au XVIII^{ème} siècle et le mode discret et administratif du XIX^{ème} siècle à nos jours.

Enfin, on pourrait dire qu'aujourd'hui, cette conception médicale a cédé la place d'abord à une définition psychiatrique puis à une théorisation de type anthropologique, faisant apparaître les codes sexuels et les pratiques qui leur sont liées comme autant de possibilités culturelles : aujourd'hui d'ailleurs le droit à la différence dans certains cas ou, plus largement l'interdiction de toute discrimination a parachevé l'itinéraire de cette forme de sexualité, non sans provoquer des débats houleux, quand on pense à l'instauration du PACS. On voit bien ici que la parole appartient désormais aux anthropologues, aux sociologues et aux juristes.

Que nous dit cette histoire, sinon que les déplacements de frontières montrent qu'elles n'existaient pas entre des entités prise dans leur nature même, mais qu'elles se créent en fonction de la définition que l'on donne du phénomène à traiter.

Dans ces conditions, il n'est plus question de parler "en soi" des frontières du droit : celles-ci se déplacent au gré des constructions sociales et politiques. Tel objet quasiment ignoré du Droit à tel moment peut, pour diverses raisons liées au développement de la société, devenir un objet juridique et élargir ainsi l'aire d'application du Droit, sans qu'il y ait eu autre chose que la transformation du regard que la société portait sur cet objet.

Peut-être, avons-nous au fond déjà commencé à parler de la manière dont les juristes réfléchissant à leur objet Droit construisent une discipline dont il faudrait aussi penser les frontières.

II. Les Frontières du droit dans la pensée juridique.

Il ne faudrait pas ici refaire une histoire enchantée de la science du Droit, qui, depuis les origines, aurait connu une définition et une indépendance à l'image de ce que l'on peut encore lire dans des manuels : ceux-ci laissent croire au néophyte que le Droit, comme partie du savoir humain, est un ensemble logique et construit à l'image du champ normatif dont il prétend rendre compte. Évidemment, d'une manière générale, cette adéquation est vérifiable et peut convaincre que la science juridique est comme toutes les autres, autonomisée par un objet bien défini et une méthode propre⁸.

Pourtant, cette épistémologie moderne ne rend pas compte de l'histoire réelle de la discipline et des croisements comme des exclusions dont elle est tissée. Ce retour au moins

⁸ Tous les manuels d'introduction au droit présentent cette version du savoir juridique à partir du présupposé positiviste : autonomie de l'objet, autonomie de la méthode. Contre : MIAILLE (M.), *Une introduction critique au droit*, Maspero 1976.

rapide à cette histoire complexe permettrait peut-être de mieux comprendre les défis d'aujourd'hui sur les limites de la science juridique.

1. Les frontières de la connaissance juridique dépendent, comme on l'a vu plus haut, de la situation épistémologique dans laquelle se trouve le chercheur. Or, celle-ci a changé profondément depuis des siècles et il est abusif de laisser croire que la naissance comme le développement d'une branche du savoir se déroulent dans un univers homogène et lisse. Bien au contraire, les particularismes du savoir en général s'impriment dans tous les champs investigués.

Les leçons magistrales de Michel VILLEY ont bien mis l'accent sur la manière dont le Droit peut être pensé chez les Grecs et notamment chez Aristote⁹. L'usage de la raison dialectique permet d'intégrer dans la pensée juridique, et même dans les solutions retenues, des principes et des résultats qui sont proprement de "nature" philosophique, de sorte qu'il est impossible de comprendre sans la philosophie la pensée juridique. Peut-être le magistrat ou le responsable politique d'Athènes n'a-t-il pas toute la conscience de ce détour : mais celui-ci est non seulement présent mais indispensable pour celui qui commente, qui explique, qui rend intelligible la solution juridique. Dès lors, les porteurs de la science du Droit ne sauraient considérer, comme aujourd'hui, la philosophie comme une "matière" étrangère, voire superflue, mais bien au contraire comme le cœur de la connaissance.

On sait comment au cours du Moyen Age, les débats furent vifs concernant l'indépendance de la philosophie au regard de la théologie : mais il faudrait aussi rappeler comment pendant longtemps, le droit ne pouvait se penser indépendamment de la théologie. Quand on lit la *Somme théologique* de Thomas d'AQUIN, on est surpris de considérer la logique de la démonstration qui s'appuie à la fois sur la rationalité aristotélicienne et sur la force de la pensée chrétienne telle qu'interprétée par la tradition de l'Église. Le caractère apparemment anecdotique de la cérémonie pendant laquelle les étudiants de droit passent leurs examens sous le regard de l'évêque, rappelle que la suprématie intellectuelle de la théologie (ou au moins des commandements de l'Église) s'imposait à tout savoir. Certes, une certaine autonomie, presque technique, mais pas seulement, permettait qu'il y ait du "jeu" entre des préceptes théologiques et les solutions juridiques mais les "frontières" du droit comme savoir n'auraient pu s'opposer à la soumission et d'une certaine manière à l'intégration du droit dans l'univers religieux.

⁹ VILLEY (M.). *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz 1957.

C'est donc lentement que le savoir juridique se dégage de cette emprise au cours de conflits où apparaissent des arguments techniques, par exemple l'autorité du droit romain comme modèle indépassable de la logique juridique et l'influence de courants de pensée nouveaux comme le sera le cartésianisme ou les philosophies des Lumières plus tard. Au fond, c'est avec le début du XIX^{ème} siècle et la codification napoléonienne que semble s'imposer une solution avec l'École de l'exégèse qui prétend que la science du droit n'est jamais que l'énoncé des textes en vigueur et que dès lors, les frontières des règles définissent celles de la pensée. On sait pourtant que cette hypothèse d'une exégèse pure n'a jamais durablement fonctionné et qu'il a fallu élargir la pensée juridique à d'autres champs. Tout ce siècle, des révolutions de 1848 à 1870, a été marqué par des possibles transformations importantes de la pensée du droit à la fois par la philosophie démocratique mais aussi par les apports de l'économie et de la pensée sociale¹⁰. Certes, les Facultés de droit ont réagi et refusé l'aggiornamento qui était possible, notamment en laissant à la porte de leurs institutions de nouveaux savoirs comme les "sciences politiques", aussi bien dans les années 1840 que plus tard en 1873¹¹. On en sait la conséquence : le développement d'un savoir nouveau à l'extérieur des Facultés qui continuent à privilégier jusqu'au début du XX^{ème} siècle le double support du droit romain et du droit civil comme fondements du savoir juridique. Même les réformes de 1954 n'arrivèrent pas à bousculer véritablement les frontières du savoir juridique et l'entreprise, pourtant très consensuelle, du Doyen CARBONNIER reste à cette époque marginale¹² !

C'est dire comment une histoire rapide de l'enseignement du droit montre les difficultés à légitimer des frontières indiscutables à la science du Droit : en réalité, s'impose une configuration née de l'histoire moins de la pensée que du rôle que doit jouer le droit comme savoir dans la société. Si les sciences "ancillaires" comme la sociologie ou l'anthropologie, sans parler de l'histoire, continuent d'avoir une place quasi secondaire dans les cursus et même les recherches juridiques, c'est plus le fait de la définition que l'on donne de la place du juriste dans la société comme porteur de la loi que du fait intellectuel même.

¹⁰ ARNAUD (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIX^{ème} siècle à nos jours*, Presses univ. de France 1975. MIAILLE (M.), "Le droit constitutionnel et les sciences sociales", *RDP* 1984, p.276 à 297 pour un exemple de rapports entre une discipline juridique et la sociologie politique.

¹¹ FAVRE (P.), *Naissances de la science politique en France*, Fayard 1989.

¹² CARBONNIER (J.), *Sociologue juridique, op. cit.* MIAILLE (M.), "Sur l'enseignement des Facultés de Droit en France. Les réformes de 1905, 1922 et 1954", *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique* n° 3/1979, p. 78 à 107.

2. Peut-être ce rappel permet-il de comprendre les débats aujourd'hui sur les limites de la science du Droit. D'abord, cette question n'est pas propre à cette science mais est le lot commun de toutes les disciplines qui constamment s'interrogent sur leur consistance et sur leurs frontières. C'est la preuve même de la vitalité d'un savoir que d'être capable de se réorganiser en fonction des défis que les faits apportent à la pensée. Les configurations épistémologiques qui convenaient à un temps déterminé sont comme les hypothèses des chercheurs destinées à être remise en cause et à céder la place à d'autres configurations¹³. Il est clair que le XXème siècle et a fortiori le XXIème sont porteurs de tels défis : on voit comment de nouvelles disciplines naissent dans les champs scientifiques, absorbant ou dépassant les anciens découpages. Comment le savoir juridique pourrait-il continuer d'échapper à ce vaste mouvement de réorganisation du savoir ? Évidemment, il ne s'agit pas d'être naïfs et de croire qu'il suffirait de vouloir pour que les choses changent.

P. BOURDIEU a bien montré que les universitaires n'étaient pas de purs esprits et que leur appartenance à telle ou telle institution n'avait rien de neutre¹⁴. S'il est vrai comme l'avait déjà démontré KANT que les juristes et les médecins appartiennent à l'ordre de Facultés mondaines, alors il est compréhensible qu'un changement de paradigme ne peut se faire sans que soit reposée la question de la place et du rôle des juristes dans la société. Ce n'est qu'avec une reconsidération de cette place sociale et politique des juristes qu'un changement d'épistémè pourrait être possible. Alors, le temps où l'on pouvait considérer la sociologie et d'autres sciences sociales comme seulement adjacentes paraîtra révolu : ce n'est pas pour imposer une nouvelle domination sur une ancienne configuration. C'est pour penser une autre manière de poser les problèmes et donc de les résoudre. La place du Droit dans la société change de toute évidence : la place du savoir relatif au Droit ne saurait rester dans la configuration d'avant.

Les limites du Droit sont à penser non pas comme un rétrécissement (c'est la vieille peur des juristes qui voient dans les autres sciences une menace et un envahissement) ou *a fortiori* comme une extension (le retour à la toute puissance de la pensée du droit s'appuyant d'ailleurs sur une demande quelquefois pressante), mais comme une novation des rapports entre ces savoirs.

Ces transformations sont certainement de l'ordre de la pensée, mais aussi de l'ordre du

¹³ FOUCAULT (M.). *Les mots et les choses, op. cit.* On lira particulièrement l'histoire des épistémès en Occident selon les trois temps de la « correspondance », de la « classification » puis de « l'histoire ».

¹⁴ BOURDIEU (P.), *Homo academicers*, Éd. de Minuit 1984.

réel: cela signifie qu'elles ont à voir avec un changement de régime des rapports sociaux et politiques qui sont actuellement à l'œuvre. Le déplacement des frontières, chacun le sait, n'est pas que dans l'imagination de ceux qui font des cartes, mais s'accomplit d'abord sur des champs de bataille et dans les congrès de paix !