

Le « droit en contexte » est-il incompatible avec le formalisme juridique ?

Olivier Corten

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2013/1 Volume 70 , PAGES 70 À 76
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.070.0070

Date de mise en ligne : 28/06/2013

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2013-1-page-70?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Le « droit en contexte » est-il incompatible avec le formalisme juridique ?

Olivier CORTEN

Professeur ordinaire à l'Université Libre de Bruxelles
Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international

A l'occasion du lancement de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* « nouvelle version », le comité de direction a décidé d'y adjoindre le sous-titre « droit en contexte ». Dans cette perspective, il a demandé aux membres du comité scientifique d'exprimer leur point de vue sur le sens de cette expression, en posant plus spécialement les questions suivantes : « 1. *Le droit est-il source, affluent, alluvion ou aboutissement des changements sociaux?* 2. *Qu'est-ce, pour vous, qu'une approche du droit "en contexte"?* Quels en sont les enjeux, les atouts et les limites? ». C'est bien volontiers que je me suis livré à l'exercice, sans pour autant reprendre systématiquement et dans l'ordre chacune des questions posées, une liberté que l'on m'a d'ailleurs d'emblée invité à exercer.

Avant d'entamer le fil de la réflexion, quelques précisions préalables s'imposent. Tout d'abord, l'intérêt d'une telle démarche ne réside sans doute pas dans la valeur intrinsèque du raisonnement que je proposerai. En d'autres termes, ce dernier n'a certainement pas pour ambition de fournir les « bonnes » réponses aux questions posées. Au contraire, l'intérêt de demander aux futurs évaluateurs/évaluatrices de projets d'articles envoyés à la *Revue* d'y apporter des réponses est de relativiser par avance leurs évaluations. Ces dernières dépendront, pour chacun(e), du cadre de référence à partir duquel il ou elle se prononcera. La prise en compte de la réponse à la question posée en titre de cette réflexion permettra donc surtout de connaître le point de vue de celui qui répond, bien davantage que de découvrir ou d'évaluer le contenu de la réponse en tant que telle. En deuxième lieu, et ceci constitue une remarque moins fondamentale, j'ai choisi de ne pas alourdir les quelques lignes qui suivent en les assortissant de nombreuses références scientifiques. Dans la mesure où l'objet est d'exposer un point de vue personnel plus que de prétendre trancher un débat scientifique, je m'appuie essentiellement sur certaines études publiées

antérieurement, que je ne citerai cependant plus dans le corps du texte¹. Enfin, il faut préciser que ces études, et par conséquent la réflexion qui en découle, ont été élaborées à partir d'une analyse critique de l'ordre juridique international. S'il est vrai que ce dernier présente des spécificités qui ne sont pas sans conséquences sur le plan théorique, je ne pense pas, pour autant, que les caractéristiques très générales que l'on peut en déduire ne sont pas transposables aux ordres juridiques nationaux. Il en va en tout cas ainsi d'une réflexion sur la notion de « droit en contexte », même si les modalités d'application de cette notion s'avéreront sans aucun doute différentes en fonction de chaque ordre juridique considéré (qu'il soit international, national ou d'un autre type).

A mon sens, on peut ainsi très généralement affirmer que s'appuyer sur un « droit en contexte » suppose une relation quelque peu ambivalente avec le formalisme. D'un côté, et par définition, on tend en effet à rejeter toute approche normativiste du droit (1). D'un autre côté, on pourrait considérer que la prise en compte du contexte *n'exclut pas* tout type de formalisme (2). Paradoxalement, on peut même se demander si l'expression *n'implique pas* le maintien d'une version, certes atténuée, du formalisme comme principe tendant à affirmer la possibilité d'une distinction entre le droit et le non-droit (3).

1. Le « droit en contexte » comme dépassement du positivisme formaliste

Par « positivisme formaliste », on désigne ici une approche directement inspirée du normativisme, selon laquelle le seul rôle du juriste serait de faire ou de s'en tenir au « droit », entendu comme un système de normes articulées entre elles de manière autoréférentielle. En d'autres termes, le formalisme repose sur deux propositions. D'une part, le droit est constitué de formes, chaque règle « formalisant » des positions politiques ou des valeurs morales par le biais de ce qu'on désigne comme des « sources formelles ». Le droit n'est donc pas « pur », objectif ou indépendant des sources matérielles ; tout en les formalisant, il exprime et reproduit des opinions et des valeurs. Le formalisme implique simplement que l'on puisse opérer une distinction entre ce qui relève du droit, d'une part, et ce qui

¹ Il s'agit essentiellement de : O. CORTEN, *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009 (qui constitue un recueil d'articles relevant de la théorie du droit international) ; *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Université de Bruxelles (ed.), 2009.

relève du non-droit, de l'autre, le critère de distinction renvoyant précisément à la forme, et non au fond (c'est-à-dire au contenu de la règle, méthode rejetée comme relevant du jusnaturalisme, et donc de l'arbitraire). Cependant, et d'autre part, la seule approche scientifiquement concevable du phénomène juridique serait de se limiter à une analyse de la structure et de la cohérence interne des relations entre les règles juridiques, à l'exclusion de toute perspective externe, qu'elle soit radicale (le droit étant envisagé comme un cadre de référence global et relativement « opaque ») ou modérée (la réflexion s'engageant alors dans une perspective interdisciplinaire impliquant, mais à titre transitoire, une analyse juridique classique). Ainsi défini, le formalisme semble radicalement, et même par définition, s'opposer à une approche tendant à placer le « droit en contexte ». La seule prise en compte du contexte ouverte au formaliste consiste, toujours dans la perspective positiviste classique, à en délimiter les contours pour mieux, ensuite, s'interdire de s'y aventurer. La relation entre le droit et le contexte est donc envisagée dans une perspective statique, la seule question étant de déterminer si, à un moment donné, l'on se trouve bien à l'intérieur du premier ou, ce qui revient au même, si on ne s'égaré pas dans une exploration (par définition vaine scientifiquement) du second. Les *interactions* entre le droit et le contexte sont, en revanche, exclues de l'analyse scientifique.

A l'inverse, l'approche désignée comme le « droit en contexte » centre son propos sur ces interactions, en privilégiant en principe une perspective dynamique. A partir de ce projet très général se déclinent de multiples approches, lesquelles peuvent être appréhendées à partir d'un axe théorique opposant un pôle normatif et un pôle explicatif. Le premier, ancré dans la tradition historique du droit naturel, vise à évaluer et interpréter la norme juridique de droit positif au regard de normes renvoyant à une conception de la justice. Prenant acte de la place essentielle de l'interprétation dans le raisonnement juridique et du « tournant linguistique » qui en souligne le caractère essentiellement créatif, il s'agit de se fonder sur une réflexion philosophique, tendant à définir le juste de manière rationnelle. Sont ainsi rejetés à la fois l'illusion positiviste de la possibilité même de fermer le droit à son environnement normatif et l'arbitraire d'une décision personnelle qui ne serait basée que sur la seule subjectivité de chaque interprète. Le deuxième pôle, que l'on peut qualifier d'explicatif, tend non pas à évaluer ou à justifier le droit ou la règle juridique, mais à en expliquer la naissance, les limites, les évolutions ou les disparitions par une prise en compte du « contexte ». Ce dernier ne renvoie cependant pas à la prise en compte de règles ou de normes de justice, mais de facteurs sociaux, politiques ou culturels susceptibles *d'expliquer* (sans les évaluer ou les

juger) les transformations du phénomène juridique. Les outils utilisés seront généralement moins philosophiques que sociologiques, anthropologiques ou politologiques.

On le comprend, le « droit en contexte » s'oppose doublement au formalisme juridique. D'une part, on conçoit la science du droit de manière plus large : prenant acte qu'il serait illusoire de prétendre exclure du raisonnement juridique la prise en compte des relations entre le droit et son environnement, on fait de ces dernières l'essence même du questionnement scientifique. D'autre part, et ce deuxième élément est fondamental, on admet un certain pluralisme méthodologique. Il ne s'agit pas, comme dans la conception normativiste classique, de réduire la science du droit à une approche particulière, ni même de prétendre à l'existence d'une hiérarchie scientifique entre les différentes approches possibles. Le choix de telle ou telle approche ne se justifie pas scientifiquement, mais est par définition situé et donc « subjectif ». Si l'on va jusqu'au bout de cette logique, on peut même se demander si le « droit en contexte » s'oppose radicalement à toute survivance d'un certain formalisme (qui constitue après tout une approche méthodologique possible, même si pas exclusive), au moins dans une version atténuée du concept.

2. Le droit en contexte exclut-il toute survivance d'un certain formalisme ?

L'une des nombreuses manières de s'inscrire dans la perspective d'un « droit en contexte » est d'adopter une approche « critique ». Ce terme lui-même peut donner lieu à de multiples déclinaisons (d'autant que la charge laudative qu'il a vocation à véhiculer en fait indéniablement un label résolument attractif). Pour ce qui me concerne, je me réfère plus spécialement à ce que, dans le domaine du droit international, on a parfois désigné comme l'« école de Reims », en raison des colloques qui se sont tenus dans cette ville dans les années 1970 et 1980. Largement inspirée d'un marxisme non orthodoxe dont les références renvoient notamment à Gramsci et à Althusser, cette approche conçoit le droit comme une idéologie, et en ce sens, comme constituant à la fois le reflet et l'enjeu des rapports de forces économiques, politiques et sociaux. La règle juridique est ainsi envisagée comme le produit d'une contradiction, dite « primitive » lorsqu'elle intervient en amont de sa formulation, « consécutive » lorsque le débat se déplace sur le plan de son interprétation ou de son application. Il n'existe donc pas de sens objectif ni unique, la construction d'un sens légitime étant lui-même l'objet de luttes qui conditionnent son évolution. Le droit, tout en étant le langage du pouvoir, peut lui-même être utilisé à

l'encontre de ce même pouvoir ; loin de s'imposer par la force du raisonnement juridique lui-même ou par des valeurs prétendument universelles, il constitue un enjeu pour l'ensemble des acteurs sociaux.

A priori, cette approche critique semble par définition incompatible avec le formalisme juridique. A la réflexion, il faut sans doute formuler une conclusion plus nuancée, le formalisme pouvant encore être utilisé de différentes manières, qui se distinguent certes toutes d'une conception normativiste orthodoxe. En premier lieu, il est parfaitement envisageable de montrer comment une règle de droit particulière ne fait que formaliser des valeurs caractéristiques d'une époque mais aussi d'un pouvoir particulier. On exploite ainsi toute l'ambivalence du positivisme juridique classique puisque ce dernier, s'il légitime indirectement les valeurs exprimées par le droit en les présentant comme « obligatoires », relativise cette dernière expression en dissociant la force normative du droit de toute dimension transcendante ce qui, d'une certaine manière, revient à disqualifier la règle juridique comme simple expression de la volonté du pouvoir. La détermination du sens et de la logique de la règle peut donc, même dans une perspective théoriquement formaliste (l'exposé du contenu de la règle s'opérerait par le biais d'un recours aux sources formelles), revêtir une dimension potentiellement subversive. Une deuxième approche, plus normative, peut consister à s'engager dans un débat plus strictement juridique, en soutenant telle ou telle interprétation particulière du droit. C'est ce qu'on désigne parfois comme le « militantisme juridique », lequel connaît diverses illustrations comme dans le domaine des droits de la personne, du droit humanitaire ou du droit de la paix, pour ne reprendre que quelques exemples. Le formalisme est envisagé ici comme une option non pas fondamentale ou épistémologique mais plus modestement stratégique. Puisque la détermination du sens « juridiquement correct » est un enjeu de luttes, et que les règles du jeu renvoient à un raisonnement qui reste, auprès des juristes praticiens, principalement formaliste, il est parfaitement justifié de suivre ces règles du jeu en faisant « comme si » elles revêtaient un caractère objectif. Mais précisément, on reste parfaitement conscient qu'il ne s'agit que d'un « jeu » : l'interprétation que l'on défendra ne sera pas présentée comme la seule qui soit scientifiquement valable, mais comme celle qui répond le mieux aux règles méthodologiques généralement partagées par les acteurs d'un champ donné, dans un contexte et à un moment donné. Dans cette perspective, que l'on pourrait qualifier de « faussement naïve » (ou, c'est selon, de cynique), l'approche critique épouse, stratégiquement et pour les besoins de la cause, une approche positiviste formaliste. Enfin, le formalisme peut, toujours dans une perspective critique, être perçu comme un cadre de références, non

seulement effectivement dominant dans la profession —et en ce sens « utile » ou « performant »— mais aussi, dans une certaine mesure, légitime. Le propos s'appuie sur la conviction que, en l'absence de toute forme, l'autonomie du droit avec le pouvoir dominant risque de s'estomper, voire de disparaître. En formalisant les valeurs et les intérêts dans un langage autonome, en privilégiant une « culture du formalisme », on s'oppose en même temps à un argument naturaliste basé sur la supériorité intrinsèque de certaines valeurs. On retrouve une illustration de la formule selon laquelle « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ». La forme légale apparaît ainsi comme une limite, certes toute relative puisque son sens comme son application dépendront d'un rapport de forces par définition fluctuant.

Bref, le « droit en contexte » ouvre la voie à une approche critique qui, tout en s'en démarquant radicalement, n'apparaît pas complètement incompatible avec certaines options formalistes. On peut même, et ce sera la dernière étape du raisonnement, se demander si l'expression même de « droit en contexte » n'implique pas, nécessairement, le maintien d'un certain formalisme.

3. Le « droit en contexte » n'implique-t-il pas le maintien d'un certain formalisme ?

Le projet d'un droit en contexte charrie en définitive un rapport ambivalent avec le formalisme. En axant la science du droit vers l'étude des interactions entre le droit et son contexte, on s'oppose à une perspective formaliste radicale selon laquelle, la seule science du droit serait réduite à une analyse purement interne au droit existant. En même temps, l'expression « droit en contexte » présuppose que l'on puisse distinguer — pour mieux étudier ensuite leurs rapports réciproques— le droit, d'une part, et son contexte, d'autre part. Or, une définition minimale du formalisme renvoie précisément à la possibilité de distinguer le droit du non-droit. En ce sens, le « droit en contexte » non seulement, est compatible mais même, *implique* une certaine dose de formalisme. Un tel présupposé peut bien entendu être lui-même soumis à la discussion. Les théories actuelles de la « déformalisation » tendent ainsi à remettre en cause la possibilité même de distinguer la sphère juridique de la sphère politique ou morale. Dans cette perspective, les frontières entre le droit et le non-droit sont poreuses, s'estompent voire disparaissent purement et simplement, ce qui ouvre la voie à diverses expressions comme la « gouvernance globale » ou, plus classiquement, le *soft law*. Bien entendu, on pourrait, par commodité de

langage, désigner ces théories comme autant de déclinaisons du « droit en contexte ». De mon point de vue, cette dernière expression repose cependant sur le postulat d'une possible distinction entre le droit et son environnement, séparation qu'il importerait non pas de nier ou de négliger mais d'étudier de manière dynamique. Dans cette perspective, la distinction entre approche interne et externe (radicale ou modérée) du phénomène juridique, de même que l'accent mis sur les relations dialectiques entre le droit et le non-droit, ou encore, la critique du droit positif par la mise en évidence de la formalisation de certaines positions politiques ou valeurs morales historiquement situées, supposent toutes que l'on maintienne le principe d'une certaine distinction. Cette dernière n'est certes pas conçue comme une nécessité objective ou comme une vérité scientifique, mais plutôt comme une caractéristique du droit contemporain. A l'inverse, la thèse d'une « déformalisation », si on pousse sa logique à son terme, aboutit à l'abolition de la distinction entre le droit et le non-droit, avec pour conséquence, une extension potentiellement illimitée de la sphère juridique et de sa légitimité. Rien de plus éloigné, de mon point de vue, d'une perspective critique du phénomène juridique laquelle, paradoxalement, implique bien le maintien d'un postulat formaliste sur le plan méthodologique.