

## **Le contexte du droit ce sont ses sources formelles et les faits et moyens qui exigent son intervention**

Serge GUTWIRTH

Professeur à la Faculté de Droit et de Criminologie de la Vrije Universiteit Brussel

« Pour saisir le droit, il faut [...] commencer par débâter l'âne chargé de reliques" et lui demander de ne transporter que lui-même, sans essayer de servir de portefaix à l'humanité, la décence, la civilisation, la vérité, la morale, la loi du Père et tout ce fatras. Il faut ensuite ne pas se laisser impressionner par ce mélange de totale autonomie et de totale porosité : si on croit le saisir par la pince d'une telle alternative, c'est qu'il doit cheminer tout autrement. »

Br. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des Modernes*, Paris, La Découverte, 2012, 363

« (I)l ne faut plus considérer le droit (...) comme ce qui doit être expliqué à partir de "la structure sociale", qui viendrait s'ajouter à sa logique propre ; au contraire, c'est la logique propre au droit qui doit pouvoir expliquer certains des traits qui permettent aux associations de durer plus longtemps et de s'étendre sur une échelle plus vaste »

Br. LATOUR, *Changer de société – Refaire de la sociologie*, Paris, La Découverte, 2006, 14

Il y a deux façons de parler du droit, qui, tant chez les juristes que chez les « profanes », coexistent étrangement, un peu à la façon d'une illusion d'optique. On voit soit la jeune fille, soit la vieille femme, et jamais les deux à la fois, et le passage d'une « vue » à l'autre est difficile à saisir : on est dans l'une ou dans l'autre. En d'autres mots, le droit s'évoque sur deux registres, qu'il faut, selon moi, bien distinguer avant d'essayer de répondre aux questions posées par le comité de rédaction (« Le droit est-il source, affluent, alluvion ou aboutissement des changements sociaux ? » et « Qu'est ce qu'une approche du droit 'en contexte' »).

### 1. Le droit, c'est de la normativité

D'une part, et souvent en réponse à la question « Qu'est-ce le droit ? », l'on conçoit le droit comme étant un ensemble de règles et de normes (des interdictions, des commandements) qui s'imposent dans une société et qui sont sanctionnées par elle. Le droit est alors constitué de règles et/ou normes contraignantes. C'est ce que nous disent à peu près tous les manuels introductifs au droit, quand ils proposent aux étudiants et lecteurs une définition du droit. D'habitude, ces mêmes manuels énumèrent aussi, et de façon systématique les « sources formelles » du droit : la loi ou la législation, la jurisprudence, la doctrine, les coutumes, les principes généraux, l'équité et, parfois, les contrats. Ces « sources formelles » ont un double caractère : d'une part elles indiquent les référents qui permettent de faire émerger ou de fabriquer du droit, et de l'autre, assez paradoxalement d'ailleurs<sup>1</sup>, les lieux où le droit en vigueur s'exprime et serait lisible.

Deux choses nous frappent dans ces descriptions. D'abord, que les définitions du droit sont vagues et fort peu distinctives de la morale, de programmes politiques, de

---

<sup>1</sup> Au premier sens la « source formelle » n'est pas encore du droit : il peut en émerger, au second, c'est le lieu où il est lisible, où il s'exprime, et donc, où il doit se planquer. Rapports étranges entre « source » et « ruisseau », entre « devenir » et « être », c'est le moins qu'on puisse dire.

conventions, d'exigences religieuses et de règles propres à des communautés culturelles, ethniques, sportives et professionnelles, dont émane, en outre, toujours aussi une certaine dose de contrainte (et de sanction). Ensuite, que les sources du droit elles-mêmes peuvent - chacune pour elle-même - être considérées comme couvertes par la définition proposée du droit, y compris la jurisprudence préexistante au sens où en découlent des normes jurisprudentielles. Étrangement ainsi, le droit coïnciderait avec ses sources ... Parler du droit, dès lors, c'est en dire les sources.

S'ajoute à cela, qu'à nouveau tant chez les profanes que chez les juristes, l'évocation du droit réveille avant tout l'idée de la norme, de la règle et, donc, plus concrètement, de la loi, de la législation, soit-elle inter-, supra-, infra- ou nationale tout court. Droit et normes semblent coïncider. Mais la législation, somme toute, n'est-elle pas l'aboutissement par excellence du *politique* - le processus législatif - et donc de tout autre chose que du droit<sup>2</sup> ?

## 2. Le droit est une pratique

D'autre part, et ici souvent quand il s'agit de répondre à la question « Qui fait du droit ? », tout change et l'on évoquera spontanément les juristes professionnels : les juges, les avocats, les notaires, le ministère public, les juristes d'entreprise, les greffiers, les huissiers de justice et ainsi de suite. Non pas les élus politiques qui font les lois, mais l'ensemble des personnes qui participent au travail de la jurisprudence et à la production de décisions juridiques. De ce point de vue, devient « juridique » toute chose ou affaire que l'on saisit à partir de l'herméneutique particulière du droit, c.-à-d. « à la façon des juristes », ou, en d'autres mots encore, en anticipation tant du travail singulier qu'opèrera sur elle une instance judiciaire, que de la décision qu'elle prendra<sup>3</sup>. La singularité du droit s'exprime dès lors à travers son propre « régime d'énonciation », de la « pratique » qu'il constitue, ou du « mode d'existence » qu'il est<sup>4</sup>. Dans cette

---

<sup>2</sup> Les lois et règlements sont donc le résultat d'un processus de décisions et choix politiques, même s'ils fournissent également le cadre de références de la pratique ou de l'énonciation juridique. Cette *articulation* du politique et du juridique est bien illustrée par l'existence et le rôle de la section de législation du Conseil d'état belge, dont la mission consiste à analyser les textes des projets de loi du point de vue du droit et des juristes, et ceci, au bout du compte, toujours en anticipation de ce que les juges et instances judiciaires pourront en faire, pour le meilleur et pour le pire. Cette section s'inquiète donc de savoir comment le droit – le juges, les juristes - les mettrons en œuvre.

<sup>3</sup> Il y a deux façons de répondre à la question « quand est-ce qu'une chose devient juridique ? » : ou bien, par une réponse générale : le droit est partout, tout est juridique même si ce n'est que potentiellement, et la réponse est donc inintéressante ; ou bien, par une réponse plus générique : une action ou une chose devient juridique chaque fois qu'on lui donne une existence juridique, chaque fois que le régime de vérité/d'énonciation du droit s'en saisit, et donc chaque fois qu'elle rencontre un juriste, un avocat ou un juge, ou même, un non-juriste qui s'oblige à la penser selon le régime d'énonciation juridique.

<sup>4</sup> Au sujet de ces concepts : Br. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002; Br. LATOUR, « Note brève sur l'écologie du droit saisie comme énonciation » in Fr. AUDREN & L. DE SUTTER, *Pratiques cosmopolitiques du droit, Cosmopolitiques. Cahiers théoriques pour l'écologie politique*, n° 8/2004, Paris, L'Aube, pp. 34-40; Br. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des Modernes*, Paris, La Découverte, 2012 ; I. STENGERS, *Cosmopolitiques. Tome 1. La guerre des sciences*, Paris, La Découverte/Les empêcheurs de tourner en rond, 1996; I. STENGERS, *Cosmopolitiques. Tome 7. Pour en finir avec la tolérance*, Paris, La Découverte/Les empêcheurs de tourner en rond, 1997; I. STENGERS, « Une pratique cosmopolitique du droit est-elle possible ? » (entretien avec Laurent de Sutter), *Pratiques cosmopolitiques du droit, Cosmopolitiques. Cahiers théoriques pour l'écologie politique*, n° 8/2004, Paris, L'Aube, 14-33 et I. STENGERS & Br. LATOUR, « Le sphinx de l'œuvre » in E. SOURIAU, *Les différents modes d'existence suivi De l'œuvre à faire*, Paris, PUF, 2009. Voy. aussi à ce sujet : S. GUTWIRTH, P. DE HERT & L. DE SUTTER, « The trouble with technology regulation from a legal perspective. Why Lessig's 'optimal mix' will not work » in R. BROWNSWORD & K. YEUNG, *Regulating Technologies*, Oxford, Hart Publishers, 2008, 193-218. [http://works.bepress.com/serge\\_gutwirth/1/](http://works.bepress.com/serge_gutwirth/1/) et S. GUTWIRTH, « Composer avec du droit, des sciences et le mode technique: une exploration » in D. LE METAYER (éd.) *Les technologies de l'information au service des*

perspective, oui, le droit fait exister un « autre monde »<sup>5</sup> : il fait exister juridiquement les choses qu'il saisit. Une voiture, une parole ou un humain deviennent des êtres juridiques, lorsque – pour l'une ou l'autre raison – ils sont pris par les formes du droit ou par son herméneutique particulière, ce qui peut être le travail tant de juristes diplômés que de « profanes » ayant à le faire. Dans l'affaire, ou en anticipation de celle-ci, il s'agira alors de qualifier et d'interpréter les faits cités, tenus et contraints par les « sources du droit », c.-à-d. la législation en vigueur et applicable, la jurisprudence préexistante et pertinente, les systématisations de la doctrine juridique et, s'il en est, des règles coutumières, des principes généraux du droit et de l'équité.

C'est donc bien l'instance juridique qui produit le droit, qui le fait exister là où il n'est pas encore : avant l'intervention du juge, on peut au mieux essayer d'anticiper ce que celui-ci statuera. Seul l'instance judiciaire peut *dire* ce qui est *pour droit*. C'est elle qui crée et « arrête » le lien qui stabilise, cet attachement qu'on prendra pour vérité juridique (*res iudicata pro veritate habetur*), même si elle ne nous plaît pas en tant que partie, ou d'un point de vue moral ou économique. Fort pertinemment d'ailleurs, c'est bien la jurisprudence en action qui répond sans difficulté au modèle des « sources » : le droit est fabriqué, fait ou produit, en référence à ces « sources » (à ces référents), là où il n'existait pas, parce qu'il n'avait pas encore été dit.

Si, comme il est accepté généralement, il y avait déjà du droit comme nous le connaissons chez les Romains, ce n'est naturellement pas parce que le contenu de leurs règles et normes s'apparentaient aux nôtres (ce qui n'est certainement pas le cas, au minimum pour les esclaves et les femmes), mais parce que nous jugeons et produisons encore toujours des attachements juridiques comme ils le faisaient. Pour le dire avec une boutade de Latour : « Cicéron prendrait place au Conseil d'Etat ou à la Cour de Luxembourg sans avoir d'autre effort à faire que d'apprendre le français ! »<sup>6</sup>. L'implication est claire : il peut y avoir du droit dans des Etats organisés d'une toute autre façon que les Etats de Droit Démocratiques. Même Hitler, Staline, Ceausescu et Pinochet ne pouvaient pas se permettre une économie du droit : il leur a fallu installer des (semblants) d'instances judiciaires pour permettre la production de liens stabilisants, l'assignation de responsabilités, le rattachement de choses et paroles à des personnes, la punition, et la mise à plat de disputes et conflits qui sinon n'en finiraient jamais.

### 3. Deux registres, deux tonalités.

Bref, la notion de « droit » fait appel à deux significations différentes.

---

droits : opportunités, défis, limites, Bruxelles, Bruylant, 2010, 24-42  
([http://works.bepress.com/serge\\_gutwirth/14/](http://works.bepress.com/serge_gutwirth/14/))

<sup>5</sup> M.-A. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête : anthropologie, sociologie, histoire, sociologie*, 1998/7, 17-38.

<sup>6</sup> Br. LATOUR, *Enquête ...*, op. cit. note 4, p. 366. La contemporanéité du droit romain fut magistralement exprimée dans les travaux de Yann Thomas, dont Y. THOMAS « Res, chose et patrimoine », *Archives de philosophie du droit*, 1980 n° 25, 413-426 et Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature », *Le débat*, 1998, n° 100, 85-107. Voy. Aussi : A. SHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008, 540 p. et L. DE SUTTER, « Nous sommes tous des juristes romains », compte rendu de Aldo Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008, 539 p. in *Droit et Société*, 73/2009, 793-795

Le plus souvent l'imagerie est abstraite, générale et « axiomatique »<sup>7</sup> : le droit est un ensemble préexistant de règles et normes contraignantes, et ce surtout au modèle de la législation à laquelle le présent doit s'adapter (d'où d'ailleurs cette litanie redondante que le droit est toujours « en retard » sur la science, la technologie, la morale, l'économie, etcetera). Le droit semble alors incarner une vision de l'homme et de la société, mais justement avec une « dominante juridique » dont on ne décrit pas ce qui la caractérise, ni à quoi ou qui on la doit. Souvent dans cette tonalité le droit disparaît dans un projet de société et de justice issu du développement simultané de la démocratie et de l'état de droit dans la *polis* Athénienne (leur *Gleichursprunklichkeit*)<sup>8</sup>. Il est mêlé à tout, et pour commencer, à la gouvernance et la réglementation qui s'ensuivent. Mais si la règle, la norme et la loi sont au cœur du droit (bien plus qu'à sa « source ») comment distinguer ce dernier de la politique, la gouvernance ou la « régulation » ? Ou encore : si c'est la justice et l'équité qui le caractérisent (plutôt que d'en être des « sources » - principes généraux) où donc réside la différence avec l'éthique et la culture ? En assimilant le droit à la normativité, ne l'a-t-on finalement pas dissous dans de l'autre que lui ?

De l'autre côté, une autre approche, plus concrète et pragmatique, qui s'intéresse au droit en ce qu'il a de singulier et qui le distingue de tout le reste. Ici, le droit, est une pratique qui produit des décisions, instaure des « trêves »<sup>9</sup>, stabilise des liens, produit de la « sécurité juridique », ... et donc (r)attache ou « arrête » juridiquement ce qui est pour l'une ou l'autre raison tombé dans une incertitude dérangeante et qu'on ne parvient pas à résoudre autrement qu'en faisant appel à son office<sup>10</sup>. C'est la pragmatique romaine du *casus* plutôt que la philosophie politique athénienne : le droit comme pratique qui toujours à nouveau, au cas par cas, inventive et productive, se voit relancée dans la jurisprudence<sup>11</sup>. Ici le droit est « topique »<sup>12</sup> : il produit des solutions à des cas à travers son propre régime d'énonciation et ses propres conditions de félicité.

#### 4. Bien parler du droit

Le lecteur aura certainement compris que pour « bien parler » du droit, c'est le second registre qui s'impose. En effet, car ce n'est qu'à travers ce dernier qu'il est possible de décrire ce que le droit fait à l'exclusion de tout autre pratique (relier, attacher, stabiliser et assigner) ; ce n'est qu'en l'abordant de cette façon que les juristes s'y reconnaissent. Il s'agit donc d'un « retour au droit », non pas au bon vieux positivisme juridique, mais au droit comme expérience et comme pratique irréductible et singulière<sup>13</sup> : montrer comment le droit se fait, comprendre ce qui est vrai et faux en droit, (régime de véridiction juridique), (re)connaître les contraintes qui obligent les juristes et les font hésiter, prendre au sérieux le registre de leur créativité et saisir ce qu'est pour eux une

---

<sup>7</sup> Pour les concepts « axiomatique » et « topique » voir L. DESUTTER, *Deleuze. La pratique du droit*, Paris, Michalon, 2009, collection Le bien commun, p. 70 et seq, (avec les références aux travaux originaux de Gilles Deleuze).

<sup>8</sup> Voy. R. FOUQUÉ, *De democratische rechtsstaat : een onrustig bezit ?*, Forum Essayreeks, Utrecht, 2011.

<sup>9</sup> Fr. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1998

<sup>10</sup> Sur tout cela voy. les références reprises à la note 4

<sup>11</sup> « En simplifiant quelque peu, mais sans trop nous éloigner de la vérité, nous pouvons dire en effet que, si nous devons au Grecs la naissance du 'politique', nous devons au Romains celle du 'juridique' » ; A. SCHIAVONE, *o.c.*, supra n. 6, p. 9)

<sup>12</sup> Cf. n. 7

<sup>13</sup> Cf. S. GUTWRTH, « Composer avec du droit, des sciences et le mode technique: une exploration », *o.c.* supra n. 4, p. 24-28

réussite (conditions de félicité)<sup>14</sup>. Cette approche permet également de ne pas surcharger le droit et de le délester d'une longue série de tâches et attentes pour lesquelles il n'est pas fait ni « compétent » (protéger la démocratie et les droits de l'homme, reconstruire les liens meurtris après un crime, bien punir, décider du vrai en histoire, sciences, religion ..., imposer une éthique, organiser l'économie, etc. etc. ...). Finalement, c'est la seule approche qui permette de comprendre un rapport non ambigu ou non équivoque entre les sources ou référents formels du droit, et celui-ci même<sup>15</sup>.

## 5. « Changements sociaux » et droit

A la lumière de cette approche du droit, la perspective sur ses rapports avec les « changements sociaux » prend une toute autre tournure que dans l'approche du droit comme normativité. Si par changements sociaux il faut comprendre des changements ailleurs que *dans* la pratique du droit, c'est-à-dire en politique et législation, en économie, en technologie, en science, en éthique, climatiques, etc. etc., ces changements n'auront pas d'impact sur elle : ni source, ni affluent, ni alluvion, ni embouchure, ni instrument, ni ... Ils n'auront pas d'effet sur ses opérations, son herméneutique particulière, et donc sur son régime d'énonciation ou sur son mode d'existence. Si le droit romain s'enseigne encore dans les premières années de droit, ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une curiosité historique, mais précisément parce qu'il permet de faire entrer les étudiants *dans* le droit tel qu'il se fait encore aujourd'hui, esclaves ou non.

Bien sûr, il est parfaitement possible d'analyser la signification politique, culturelle, scientifique, éthique ou économique du contenu des décisions juridiques, mais alors, ce n'est plus du droit qu'on fait, mais autre chose (de la sociologie, de la morale, ...). Déplorer par exemple que « le droit » entérine le mariage homosexuel, c'est commettre une erreur de catégorie. Si une instance juridique est contrainte de reconnaître ces mariages, c'est bien parce que si elle n'était pas tenue de le faire elle ne serait pas juridique. Ce n'est pas une affaire de choix, mais de régime ou de pratique.

Bruno Latour a bien raison de dire, comme repris dans les exergues, que la question intéressante n'est pas de rechercher l'explication du droit ailleurs, mais plutôt de se demander ce que, en conséquence de son mode propre, justement, il rend possible ailleurs, et par quelles articulations il coproduit – avec d'autres pratiques et modes d'existence – un monde commun. Dans la réponse à cette interrogation, on rencontrera inmanquablement sa capacité de produire des attachements stables et durables, de relier ce qui ne tenait plus, et de prendre des décisions - *d'« arrêter »* - là où l'on n'y parvient pas par d'autres moyens.

## 6. Une approche du droit en contexte

---

<sup>14</sup> Br. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, op. cit. supra n. 4, p. 264-265 : « Bien parler sur l'agora avec les praticiens, c'est espérer qu'ils hocheront la tête avec approbation quand on leur proposera de leur pratique une version, peut-être totalement différente, mais au moins adéquate à leur expérience et si possible partageable. »

<sup>15</sup> Dans cet article je n'ai malheureusement pas la place d'élaborer plus profondément la description et présentation de cette pratique juridique qui surprend par ce mélange d'extraterritorialité et d'omniprésence, d'« autonomie » et de « porosité » (cf. citation en exergue), par le « détachement » des juristes, par l'importance de la « sécurité juridique » et par des opérations spécifiques qu'il met en œuvre (qualification, subsomption, imputation, distinction, etc.). A ce sujet voy. les références reprises à la note 4 et encore : S. GUTWIRTH, « Waarvan zijn de bronnen van het recht de bron? Van het recht, natuurlijk! », *Liber Amicorum René Foqué.*, M. C. FOBLETS, M. HILDEBRANDT and J. STEENBERGEN, Gent, Larcier/Boom, 2011, 593-614 et N. VAN DIJK, « Approaching Law through Conflicts », *Law and Method*, 2011/1.

Le contexte, on l'aura compris, est dangereux, car bien trop souvent il a bon dos et permet de noyer le poisson. Expliquer les choses par leur contexte, en définitive, c'est leur enlever leur singularité, et même leur existence. C'est pourquoi Bruno Latour en fait une *horresco referens*<sup>16</sup>. Et c'est pourquoi, fort souvent, les praticiens du droit sont indifférents aux critiques venant tant des sciences (sociales) et de la philosophie, que de joueurs économiques, d'acteurs politiques et de porteurs de morale. Heureusement d'ailleurs, car c'est du droit qu'on attend d'eux. Si je m'adresse à une juriste, et qu'elle considère que ma vache bien vivante est un « immeuble », je peux pouffer de rire, mais c'est bien moi qui me serais trompé de catégorie : ce qu'est la vache d'un point de vue biologique ou habituel p.ex., n'intervient pas (ou fort marginalement) dans le droit.

Que peut alors signifier une approche du droit « en contexte », question à laquelle il m'a été demandé de répondre ? Eh bien, fort *littéralement*, c'est une approche qui va s'intéresser aux deux ensembles de « textes avec » lesquels le droit se fabriquera : d'une part, les textes attestés, à travers lesquels s'expriment les sources du droit – la législation, la jurisprudence, la doctrine, etc ... -, les sources formelles donc, et de l'autre, les textes du dossier qui exposent les « faits » de l'affaire et les « moyens » que les parties en tirent. Et c'est entre – et « avec » - ces deux ensembles de « textes » que se dérouleront les multiples opérations du droit, truffées d'hésitations et de transformations, qui vont permettre de finalement le dire, de décider et de le produire<sup>17</sup>.

Toute approche interdisciplinaire d'études juridiques, comme celle qui reste au cœur de cette revue renouvelée, se doit, pour être et rester scientifique, de respecter la singularité du droit, au risque de perdre le *close contact* tellement crucial entre le collectif des chercheurs et la chose sur laquelle ils veulent produire le savoir le plus exact possible. Or, pour qu'une étude soit « juridique » il faut qu'au moins qu'elle compte pour ceux auxquels elle s'adresse, donc les juristes, qu'elle parle devant eux, qu'elle ne leur fasse pas d'enfant dans le dos<sup>18</sup>. C'est dire que « la science juridique », (qu'elle soit interdisciplinaire ou non) a un rôle crucial à jouer, au sens où elle doit respecter, à elle seule, non pas un, mais deux régimes d'énonciation: elle doit tant être « source formelle du droit » (doctrine) et embrasser les contraintes qui désignent les juristes, qu'être « production de connaissance robuste et rectifiée » et épouser les contraintes qui font les scientifiques.

Serge Gutwirth

1 février 2013

---

<sup>16</sup> Voyez par exemple Br. LATOUR, *Changer de société – Refaire de la sociologie*, Paris, La Découverte, 2006, 151 : « Si la société explique la religion, alors la société suffit. Si la société explique le droit, alors la société suffit. Si la société explique la science, alors ... », et encore, quand un professeur pendant une discussion fictive avec un étudiant lui dit, p. 215 « - Eh bien ! Gardez-les [toutes ces explications contextuelles] si ça vous amuse, mais je ne crois pas qu'elles expliquent quoi que ce soit – utilisez les comme décorations ... Au mieux elles valent pour tous les acteurs, elles sont donc superfétatoires puisqu'elles ne permettent pas de faire apparaître une différence entre eux. Au pire, elles noient tous les acteurs qui présentent vraiment de l'intérêt dans un déluge d'acteurs sans intérêt. En règle générale, le contexte ne vaut rien. C'est juste une manière d'arrêter la discussion quand on est fatigué ou qu'on a la flemme de la continuer »

<sup>17</sup> Br. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, op. cit. supra n. 4, p.

<sup>18</sup> Au sujet de cette *politesse* du « faire connaissance », voy. V. DESPRET, *Quand le loup habitera avec l'agneau*, Les empêcheurs de penser en rond, Le Seuil, 2002, 24 et seq.