

LA FORCE NORMATIVE

LES APPORTS DE LA SYNTHÈSE

texte inédit

Ce texte est un concentré de la synthèse des contributions de l'ouvrage collectif La force normative, Naissance d'un concept, LGDJ - Bruylant, 2009 (891p). Pour la conceptualisation à trois pôles de la Force normative, consulter la conclusion de l'ouvrage.

I. LES ACCEPTIONS DE LA FORCE NORMATIVE

Quelle signification donner à l'expression "force normative", au sens de quel est son objet, sur quoi porte-t-elle ? Telle était l'une des premières questions de la problématique. L'expression "force normative" n'étant pas usuelle en doctrine, il y avait diverses manières de la comprendre dont l'ouvrage donne un panorama assez complet.

Force de la norme et force du droit. La majorité des contributeurs a traité de la "*force normative*" comme "*force de la norme*", et une majorité de cette majorité, comme force de la norme juridique, alors qu'une minorité de contributeurs a choisi d'étudier la force d'une norme non juridique, comme la norme éthique, la norme canonique ou la norme technique. Les quelques contributeurs en philosophie et sociologie du droit et certains préfaciers ont traité de la force du droit, et plus précisément des fondements philosophiques et socio-politiques de sa force. L'une des contributrices a traité de la force normative des paradigmes en droit.

Premiers intérêts du thème de la force normative. Dans cet ouvrage, la force normative est ainsi *associée à toutes sortes de normes et de sources, signe d'un thème à très large spectre*. Malgré le grand nombre de contributions qui le compose, l'ouvrage ne fournit pourtant qu'un premier aperçu du champ que pourrait recouvrir ce thème de la force normative associée au droit. Il s'avère immense, à la fois en étendue et en profondeur. On pourrait par exemple consacrer un ouvrage entier à la force normative des décisions juridictionnelles, ou administratives. Et un autre à la force normative en matière contractuelle. Et d'autres encore à ses spécificités dans telle ou telle branche du droit, ou pour telle catégorie de normes supra-nationales, souples ou spontanées.

Outil d'analyse et de synthèse, la force normative présente le double intérêt de permettre l'analyse *en profondeur* d'objets très fins et précis¹, et *en étendue*, la synthèse d'instruments² apparemment hétérogènes et sans liens.

Force de la norme et forces sur la norme. Si nombre de contributions envisage la force de la norme elle-même, quelques autres traitent des forces qui s'exercent sur elle en amont. Pour celles qui traitent de la force de la norme, beaucoup d'entre elles retiennent une qualification compréhensive de la norme, comme instrument de référence, catégorie plus large que celle des règles de droit obligatoires et sanctionnées donc.

Normativité et force normative. Si plusieurs auteurs utilisent, implicitement ou explicitement, les deux expressions normativité et force normative, comme des synonymes, ils sont nombreux à souligner *l'apport spécifique de l'expression et de la notion de "force normative", en ce qu'elle est porteuse d'intensité, de dynamique et de continuité*.

¹ Par ex., force normative d'une clause, d'un article premier de loi, d'un standard.

² Par ex., force normative des normes souples, ou d'une catégorie spécifique de normes souples.

Acceptions de la force normative. Parfois identifiée à la force obligatoire, la force normative est plus souvent *comprise comme “force de référence” de la norme, ce qui inclut la force obligatoire sans l’y réduire.*

Sur qui, sur quoi ? Elle ne s’exerce pas seulement sur les comportements des sujets de droit, mais aussi sur les acteurs du droit et sur le droit lui-même. Par conséquent, en tant que force de référence, la force normative peut ainsi servir de *modèle pour réguler les conduites et les pratiques, mais aussi pour transformer le droit, au sens de droit positif ou de pensée juridique.*

II. LES CARACTERISTIQUES DE LA FORCE NORMATIVE

Variable, évolutive et graduée.

Intensité variable de la force normative. Obligeant à délaisser l’idée simple et d’apparent bon sens que chaque norme aurait en elle-même son type de force, la réunion des observations des contributeurs sur les variations d’intensité de la force normative met en évidence trois choses. D’abord que *la force normative n’est pas nécessairement inhérente à la norme et donc fixe, mais au contraire possiblement variable,* ce qui se vérifie sur des normes aussi différentes que des conventions internationales ou collectives, des directives européennes, des accords interprofessionnels ou des décisions de justice. Ensuite que *la force normative n’est pas nécessairement homogène pour un même instrument, et peut varier selon les dispositions.* Et enfin que ses *facteurs de variation* apparaissent non seulement très divers, *certaines subjectifs* liés aux personnes, destinataires, émetteurs et interprètes de la norme, et *d’autres plus objectifs* liés à l’énoncé ou au contenu de la norme mais en outre combinables entre eux.

- **Caractère évolutif de la force normative.** Deux enseignements peuvent être tirés à partir de l’examen du caractère évolutif de la force normative dans les contributions.

. *La force normative peut s’acquérir, s’intensifier ou se perdre.* Si la force normative obligatoire peut exister *ab initio*, la norme peut également l’acquérir *a posteriori*, car la force normative est parfois susceptible de se révéler ou de s’intensifier au fil du temps. Soit par l’effet d’un acte (transposition, accord, engagement de l’Etat validation, etc), soit par l’intervention du juge, qui peut la conférer ou la moduler, soit encore par la réception de la norme par ses destinataires. Corrélativement, elle peut aussi s’épuiser et se perdre par l’effet du temps.

. Lorsqu’elle est obligatoire, la force normative acquise peut revêtir, semble-t-il, *deux natures distinctes : une force normative obligatoire conférée ou reconnue juridiquement, par une autorité “officielle” (Etat, juge, etc); et une autre “sorte de force obligatoire”, “ressentie” par les destinataires et utilisateurs de la norme.*

- **Degrés de force normative.** L’une des 7 questions-clés de la problématique de départ était la suivante : la force normative est-elle susceptible de degrés et si oui, lesquels ? Peut-on les qualifier, les caractériser ?

Degré le plus fort. La synthèse des contributions qui en traitent révèle la très grande richesse du plus intense degré de la force normative, lui-même susceptible de gradation, chaque degré étant possiblement doté d’un régime juridique ou d’une acception spécifique. Force supplétive, susceptible de dérogation et force impérative, indérogeable ; force obligatoire et force exécutoire ; force obligatoire et force contraignante. Le nuancier de l’obligatoire mériterait certainement une étude d’ensemble en matière juridique.

Pluralité de degrés de force d’un même objet. Du point de vue de la force normative, il ne faut pas se fier au caractère faussement unitaire d’une qualification unique, comme “instruments de RSE”, “droit à” ou “proposition”. Un même type d’instrument peut en effet recouvrir une pluralité de degrés de force normative, de l’obligatoire au proclamatoire, en passant par l’inspiratoire.

Trois enseignements principaux peuvent être retirés du travail des contributeurs sur les degrés possibles de la force normative.

- *La nature de l'acte ne constitue pas un critère fiable de sa force.* Une loi peut très bien contenir des dispositions estimées faiblement normatives par le juge constitutionnel, alors qu'une recommandation peut inclure des dispositions qu'il considère comme impératives.

- La très faible force normative peut se constater après coup, et tenir dans la simple influence exercée par la norme, ou au sens plus ou moins précis de son énoncé.

- *Le degré le plus fort de la force obligatoire est lui-même susceptible de graduation,* selon qu'une force exécutoire et contraignante s'y adjoint ou non, et selon qu'il est impératif, supplétif -obligatoire par défaut- ou facultatif -obligatoire par choix-.

III. LA MESURE DE LA FORCE NORMATIVE

Au début de cette recherche, l'une des questions-clé de la problématique a consisté à se demander si la force normative était susceptible d'être mesurée, et même s'il serait possible de concevoir une sorte d'échelle des différents degrés de la force, comportant des indicateurs précis pour chaque degré, un peu comme il en existe dans l'échelle de Beaufort pour mesurer la force du vent.

Plusieurs manières de mesurer la force normative ont été évoquées ou développées, regroupées en deux catégories. La plus explorée est ce que l'on peut qualifier de "mesure juridique de la force normative". Mais quelques contributeurs se sont aussi aventurés sur le terrain de sa mesure extra-juridique.

- **La mesure juridique** de la force normative est *de nature technique*. Deux modalités en ont été plus particulièrement approfondies. L'une, par la pratique juridictionnelle des cours supérieures : il semble en effet possible d'évaluer la force d'une norme par l'examen de l'usage qu'en font les arrêts qui en citent le texte et les moyens des pourvois. L'autre, par le régime juridique et contentieux applicable à la norme : les différents degrés possibles de la force normative des actes administratifs et donc des normes dont ils sont porteurs, sont révélés par les variations de régimes contentieux qui leur sont applicables. Il s'agit d'indicateurs puissants de la force normative, car ce sont des indicateurs objectifs, liés aux caractères contestable³, opposable et invocable de l'acte.

- **La mesure extra-juridique** de la force normative est *de nature empirique*. Elle est en lien avec l'effectivité de la norme et nécessite l'observation de l'attitude de ses destinataires. Les mesures possibles de la force normative se signalent par une diversité qui ne fait que préfigurer la multiplicité des indicateurs de la force normative elle-même.

Cette diversité des mesures envisageables semble devoir nous faire renoncer à la "découverte" d'une échelle unique des degrés de force normative avec les critères précis de chaque degré, telle que l'échelle de Beaufort en fournit pour la force du vent. Une telle échelle n'est cependant pas impossible à formaliser si l'on s'attache à la dimension particulière de la force normative, comme celle révélée par le régime contentieux applicable à la norme.

IV. LES INDICATEURS DE FORCE NORMATIVE

D'où vient la force des normes en droit ? Quels en sont les facteurs et les indicateurs ? Lorsque l'on demande à un juriste quelle est la force d'une norme, que va-t-il observer pour répondre ?

Certains paramètres de la force des normes en droit sont classiques, comme l'association avec la contrainte. Nombre d'entre eux sont en lien avec sa source : nature de l'instrument, place dans la hiérarchie des normes, formulation de l'énoncé normatif. D'autres sont en lien avec ses effets, au premier rang desquels sa sanction, de manière plus large ses effets de droit, mais aussi ses effets extra-juridiques. On constate donc que *même les plus forts indicateurs en lien avec la contrainte, la source ou la sanction de la norme ne semblent pas constituer des indices suffisants de sa force normative*. Ils doivent être corroborés par d'autres.

D'autres indicateurs de la force normative ont été décelés dans la réception de la norme par ses destinataires, et donc dans son effectivité. Mais aussi dans la mise en oeuvre contentieuse (caractère contestable, opposable, invocable) et non-contentieuse (utilisable par les parties, applicable, répétable) de la norme.

D'autres indicateurs encore sont plus inattendus, la force de la norme juridique étant mise en lien avec la force du langage, de la croyance ou avec ses origines extra-juridiques.

Après ce vertigineux inventaire de tous les indicateurs de force relevés par les auteurs de cet ouvrage, et parfois combinés entre eux, on conviendra sans difficulté que les *facteurs de la force normative sont extrêmement hétérogènes et complexes*, et qu'il n'est pas possible de se prononcer sur l'origine de la force d'une norme en droit de manière trop simplifiante ou univoque. *La force normative est une résultante complexe et unique pour chaque norme ou type de norme*.

V. LES DOUBLES DIMENSIONS DE LA FORCE NORMATIVE

D'assez nombreuses contributions ont souligné la *double dimension de la force normative*. La distinction entre la force normative potentielle et effective ; celle entre la force normative objective et subjective ; entre la force normative intrinsèque et extrinsèque ; ou encore entre la force normative symbolique et régulatrice.

Le point commun de ces qualifications dédoublées réside (peut-être ?) dans leur temporalité sous-jacente : la première dimension (potentielle, objective, intrinsèque, symbolique) est aussi première dans le temps. Elle existe en aval. Alors que la seconde dimension de chacune (force manifestée, force subjective, force extrinsèque, force régulatrice) ne se vérifierait que dans le temps second de la mise en oeuvre de la norme. D'où les possibles distorsions entre les deux...

Et certains ont exploré ces *distorsions dans la force*, soit entre une force initiale forte et une force effective faible (ex de certaines lois pénales contraignantes et pourtant faiblement dissuasives), soit à l'inverse, entre une force initiale faible voire inexistante et une réelle force normative (ex de certaines recommandations ou normes techniques). Faible force normative juridique ne signifie pas nécessairement faible force normative tout court.

Autrement dit, *“alors que la valeur peut être symboliquement et hiérarchiquement forte, la portée peut rester faible”*. Et réciproquement.

VI. LA TYPOLOGIE DES FORCES DU / EN DROIT

En début de recherche, nous nous sommes demandés comment la force normative se manifeste-t-elle ? N'a-t-elle pour expression que les forces techniques “classiques” familières aux juristes, telles que la force obligatoire ? Ou bien s'exprime-t-elle aussi par d'autres forces, incitative, dissuasive, symbolique, psychologique, etc...) ? Parmi les multiples forces évoquées dans l'ouvrage, il est possible de tracer une ligne de partage entre les forces de la

norme juridique elle-même, voire du droit dans son ensemble, et les forces qui s'exercent sur le droit et sur les normes juridiques.

- Les forces de la norme juridique et du droit

Concernant les forces "classiques" de la norme juridique, il ressort de l'ouvrage que les forces obligatoire, contraignante et exécutoire gagnent à être distinguées. En effet, la force contraignante et exécutoire vient souvent mais non nécessairement renforcer la force obligatoire de la norme. Autrement dit, *la force contraignante n'est pas inhérente à la norme juridique. Elle lui est seulement attachée par le système juridique*, mais peut aussi, pour certaines normes, ne pas l'être.

Concernant les autres forces de la norme juridique, elles peuvent s'exercer à différents niveaux : en tant que *force régulatrice*, la force normative s'exerce sur les comportements. Forces incitative / persuasive et force dissuasive sont les deux facettes d'une même force de régulation des comportements qui s'exerce sur les conduites elles-mêmes qu'elle tend à modeler, à façonner. Cette force régulatrice est *de nature non juridique, psychosociologique*. Elle ne produit pas d'effets de droit, mais des effets sociaux, comportementaux. Et elle vient se combiner à la force juridique plus ou moins obligatoire de la norme. On peut dire alors que *la force normative se trouve précisément dans cette "conjonction des forces" juridique et non juridique*.

En tant que force d'influence, la force normative peut aussi s'exercer sur le législateur, voire sur le droit lui-même. *Force inspiratrice* du législateur, *force harmonisatrice et unificatrice s'exerçant sur le droit*. Il est ici possible de parler de force normative, au sens où ces normes, ces instruments revêtent, plus ou moins intensément et directement, la force de modèle pour le législateur et / ou pour le juge. Selon l'intensité, c'est de simple force d'influence ou bien de véritable force de référence exercée par la norme dont il s'agit.

- Les forces sociales s'exerçant sur le droit et sur les normes juridiques

Il ressort de l'ouvrage une conception des forces créatrices du droit non seulement élargie à de nouveaux acteurs et à de nouvelles sources du droit, mais aussi enrichie des "forces réceptrices du droit". Il peut s'agir de forces de soutien ou au contraire de forces de résistance. La force de la norme juridique peut donc se heurter, sur le terrain social, à des forces de résistance passive (force d'inertie) ou active (force contestatrice) qui influent sur son effectivité, jusqu'à pouvoir la paralyser. Elle peut être opposée non seulement par les destinataires de la norme, mais aussi par ceux qui sont chargés de la mettre en oeuvre, acteurs du droit, pouvoirs publics ou Etat. La connaissance de ces forces sociales de réception de la norme permet, en amont, une adaptation de la force normative au contexte culturel et en aval une évaluation de la force normative en termes d'effectivité.

Ces forces sociales, créatrices ou réceptrices, qui s'exercent sur le droit en général et sur la norme juridique ne relèvent pas, en elles-mêmes, de la force normative juridique. Cependant elles contribuent de manière déterminante à en façonner la force normative, qui s'en trouve amplifiée ou amoindrie. Celle-ci ne peut donc se comprendre et se lire qu'au travers le prisme de leurs interactions.

VII. LES RAPPORTS ENTRE LES FORCES

Interactions entre les forces et entre les champs normatifs. Cette question, non initialement posée par la problématique a été évoquée voire approfondie par certaines contributions.

Il en résulte que *la norme juridique est prise dans un "champ de forces" dont les interactions déterminent sa force normative réelle*. Traversée, modelée, inspirée par des forces juridiques

et non juridiques, elle exerce en retour sa propre force normative sur ces forces sociales qu'elles cherchent à régir, réguler, orienter, etc.

La prise en compte de ces rapports entre les forces juridiques et sociales pour la compréhension de la force des normes juridiques, fait de *la force normative un vecteur de continuité, depuis ses origines extra-juridiques jusqu'à ses effets extra-juridiques. Egalement un vecteur d'internormativité. et d'interdisciplinarité.*

VIII. ELEMENTS DE THÉORISATION DE LA FORCE NORMATIVE

Déconstruction, complexité et plongée dans les fondements philosophiques, certains contributeurs ont apporté des pierres à une réflexion fondamentale et méta-juridique sur la force normative.

Pensée juridique complexe. Notion complexe, la force normative permet non seulement de refléter la complexité de la réalité juridique mais aussi de contribuer à une pensée juridique complexe, aux sens des théories de la complexité⁴, car elle peut donner à penser la force des normes dans leurs divers degrés et nuances et en lien avec leurs origines et leur réception. Ce faisant elle favorise la possible déconstruction de certains concepts juridiques, comme la contrainte ou la normativité.

Fondements. D'un point de vue fondamental et philosophique, qu'est-ce qui justifie et explique la force de la norme juridique ? Voici une ultime question de la problématique de départ à laquelle l'ouvrage apporte quelques éléments de réponse. Car si, comme l'écrit Jean-Paul Costa, "la force normative est un concept pluridisciplinaire sur lequel se fonde tout système juridique", il est sans nul doute important d'aller questionner ses fondements. De l'ouvrage, il ressort quatre fondements de la force normative, non dénués de compatibilité pour certains. Leurs auteurs montrent que la force normative ne provient pas de la norme elle-même mais trouve son fondement ailleurs.

Si la force de la contrainte se trouve déconstruite (P. Amselek), relativisée empiriquement (P. Noreau), dépassée philosophiquement chez Foucault (I. Dore) et désidentifiée techniquement de sa dimension la plus dure (C. Groulier), c'est que le fondement de la force normative peut être trouvé ailleurs : dans la force du langage (P. Amselek, B. Géniaut, E. Nicolas, C. Sintez), dans la force symbolique (P. Noreau) et dans la force de la croyance (E. Nicolas et C. Sintez).

La force jaillit de toutes parts en lien avec la norme, source d'effets de droit mais aussi d'effets sociaux. Nul acteur n'en est maître, ni ne la fixe. Elle évolue sans cesse et se conjugue aux forces sociales qui la renforcent ou l'épuisent. Au coeur du droit, la force normative traverse et anime ses formes.
