

Simone Goyard-Fabre

La normativité du droit

Son autorité ; sa légitimité



Liminaire

L'omniprésence des normes juridiques

*La normativité est « un phare
allumé sur mille citadelles »*

Charles Baudelaire

Sans référence aux normes, la grammaire, la connaissance, la logique, la technique, la morale, le droit, l'étiquette, le savoir-vivre, le commerce, la conduite sur la route, le jeu... ne s'offriraient qu'en un désordre déconcertant. Dans les situations pacifiques ou contentieuses de l'existence humaine, le recours aux normes est constant. Œuvre de culture, elles retiennent la vie sur la pente de la dégénérescence et de la corruption et empêchent qu'une fatalité sauvage se perpétue. Le refus de la normativité est même une espèce d'« ensauvagement » qui s'avère bien proche du cynisme. Les normes appartiennent en effet aux

« grammaires de l'intelligence »¹ ; pour une grande part, elles reflètent la marche des idées à telle enseigne que le crépuscule de l'horizon normatif serait – et peut-être est déjà –, dans le vertige du vide, le déclin, voire le trépas de la pensée.

De manière très générale, la normativité est la référence noétique du champ de l'action et la prémisses impérative de la plupart des conduites humaines. De ce constat auquel conduit une observation élémentaire des conduites humaines, gardons-nous d'inférer d'emblée le caractère d'instrumentalité des normes et, singulièrement, des normes juridiques. Le statut du normatif est une affaire grave : au-delà de leur texture pluraliste et de leurs contenus diversifiés, les normes ont en effet un dénominateur commun qui situe le point d'ancrage de leur fonction opératoire à un niveau trans-empirique. S'il est vrai qu'elles s'imposent comme un outillage mental qui possède dans le champ de l'action une fonction indicative et directive forte², elles sont bien plus que de simples maximes pratiques. Parce qu'elles participent du régime du pensable, on ne peut les réduire à des postulats ou à des axiomes, et elles ne sont pas non plus des principes ou des lois ; fussent-elles coulées dans des formes officielles et même institutionnelles, elles expriment des forces vives et

¹ Jean-Marc Ferry, *Les grammaires de l'intelligence*, Cerf, Passages, 2 004.

² La norme juridique « assure, oriente, canalise ou au contraire, contrarie le fait », François Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 8^{ème} édition, 2009 ; n° 463.

énoncent des lignes de conduite à tenir. Le plus souvent, celles-ci prennent force d'obligation (voire de contrainte) ou, à tout le moins, de recommandation ou de conseil. En stabilisant les multiples facettes de l'existence humaine, elles enrichissent celles-ci de lignes de signification et les orientent téléologiquement. Bien qu'inscrites sur un horizon pluraliste marqué de relativisme, et bien que parfois emportées par les ébranlements du monde, elles arrachent les comportements humains, grâce aux fins (par exemple la sécurité, l'utilité, la justice...) qu'elles visent, à la multiplicité changeante ou fragmentaire et, aussi bien, à l'incertitude dans lesquelles s'abîme inévitablement l'« empire de l'éphémère ». Il est ainsi patent qu'une grammaire ou une morale sans normes n'aurait ni sens ni valeur ; qu'un jeu sans règles serait absurde ; qu'un appareil juridique dépourvu de normes est inconcevable. Depuis toujours et aujourd'hui plus particulièrement, des codes, des lois, des recommandations, des règlements, des circulaires, des conventions et des traités... imposent, notamment dans l'univers juridique, des clauses si nombreuses et parfois si rigoureuses que nul ne saurait avec pertinence mettre en question la normativité qui caractérise un système de droit. La juridicité implique la normativité. La littérature juridique, para-juridique et politique forme un système tel que, quelle que soit la logorrhée normative dont il est le lieu depuis toujours et particulièrement à notre époque, et nonobstant « le

flou »³ et la « teneur indéçise »⁴ dont il pâtit parfois, les normes constituent les supports fonctionnels de sa configuration et de ses structures. Quelle que soit l'évolution perpétuelle d'un droit aujourd'hui complexe, dispersé, hétérogène et transformé par Internet et les « réseaux », ce trait structurel s'avère constitutif. Il est, à ce titre, si important que, dans le monde présent, le droit tout entier est généralement conçu comme un « système de normes » ; on dit même couramment que la normativité appartient à la structure organisationnelle et fonctionnelle de l'univers juridique. Loin des élans et de la théâtralité dont il est devenu le lieu, la présence des normes lui confère une sorte de syntaxe philosophique qui, à l'évidence, ne va pas, comme nous le verrons, sans un certain pari méta-théorique.

Une difficulté surgit dès que l'on approche de l'horizon normatif sans lequel le droit ne serait pas le droit : elle tient à la polysémie qui rôde dans le vocable même de « norme ». Il est vrai qu'il existe peu – ou pas – de concepts univoques. Mais la plurivocité du terme de « norme » rend particulièrement difficile le travail qui cherche à en identifier le concept dans le discours juridique. La syntaxe normative du droit et le

³ Cf. Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'homme*, 2^{ème} édition, PUF, Quadriga, 2004. D'autres auteurs parlent de « la pensée complexe » du droit (E. Morin) et le caractérisent comme « science de l'imprécis » (A.A. Moles).

⁴ Cf. Paul Amselek, « La teneur indéçise du droit », *Revue du droit public*, 1991, P. 1199 sq.

pressentiment de l'horizon méta-empirique sur lequel il convient de le lire ne signifient ni que la « normalité » est l'apanage exclusif d'un ordre de droit ni que, seul, le « normativisme » est susceptible de rendre compte de l'identité du droit. Assurément, la « normalité » exclut ce qui est « hors normes » ; mais elle est un attribut tout empirique d'un état de choses. Quant au « normativisme », il n'est pas du même ordre que la normativité et les deux termes ne sauraient être confondus : le premier connote un caractère capital du monde juridique ; le second est d'ordre doctrinal. Cette précision terminologique établie, il est difficile de donner d'emblée une définition satisfaisante de la normativité ; certes, elle est partout, elle adresse un signal à tous, elle fédère les constellations notionnelles de la famille, de la propriété, de l'ordre public, de la justice... au point de faire du droit, selon l'expression imagée de Christian Atias, un « archipel de normes ». Nous recourons sans cesse à elles dans nos comportements comme en nos jugements ; elles servent à la régulation de la vie pratique qu'elles orientent et dirigent ; elles symbolisent le caractère opératoire du droit. Pourtant, nous avons bien du mal à préciser le statut de la normativité, à dire en quoi elle consiste formellement et sur quel soubassement spéculatif elle repose. A tout le moins cependant reconnaissons-nous que cette « catégorie reine », comme dit Paul Ricœur, confère au droit, dans ses contenus, ses procédures, ses raisonnements, ses jugements, ce qui fait l'essentiel de sa vocation et de sa capacité régulatrice dans la vie

publique. La norme, énoncée en sa forme canonique de « règle », détermine en effet les « règlements » et, corrélativement, la « réglementation » ; elle condense, en un domaine donné, un code de conduite dont on peut s'accorder à dire que, dans le labyrinthe de la condition humaine, il institue la « régularité » (ou l'« irrégularité ») des comportements et contribue *de facto* à leur normalité. Cette normalisation est l'antidote des anomalies, des déviations et de toute marginalisation. Comme tel, l'aspect normatif du droit est, tout au long d'un système juridique hiérarchisé, l'axe autour duquel se distribue son auto-présentation et s'affirme, selon des modèles formels, sa morphologie spécifique. D'ailleurs, l'image du droit comme « pyramide de normes », depuis Kelsen, est assez convenue au point qu'il est devenu impossible de penser « la maison du droit »⁵ sans une échelle de juridicité qui soit une échelle de normativité... Il reste qu'il est insuffisant de voir en une telle concomitance la traduction d'un champ lexical ou une simple affaire d'étymologie. Il est en effet de prime importance, en l'occurrence, de ne pas s'en tenir à une représentation ni même à une justification formelle et de cheminer des signes linguistiques à leur sens ; confondre l'énoncé de la norme ou son rang dans la hiérarchie des normes avec sa portée sémantique est, pour l'analyse théorique, une erreur regrettable. Le poids significatif que prennent les multiples normes au sein de l'univers

⁵ L'expression est de Jean Carbonnier.

juridique est révélateur de la configuration essentielle du droit et de la priorité sémantique, axiologique, voire ontologique, dont elles sont porteuses. Le diagnostic est ainsi clairement et fortement d'ordre philosophique. La signification des normes se laissant déchiffrer dans la réalité institutionnelle et, le plus souvent textuelle, de leur énonciation, la question qui se pose fait partie de ces « questions fondamentales » que Leo Strauss considérait comme typiquement philosophiques. C'est pourquoi le statut de la normativité juridique et « la force normative »⁶ inhérente au droit ne se peuvent comprendre sans recourir aux axes philosophiques d'un cadre théorique.

L'interrogation qui se profile en cette « demande philosophique »⁷ est ardue parce qu'elle ne peut être que « critique ». Disons en tout cas qu'en s'attachant à des questions pérennes qui, sans cesse, rebondissent, elle s'engage sur un double chemin : d'une part, il est permis de se demander si, à raison de la pluralité, de la relativité et de la diversité domaniale des normes, la notion de normativité peut connoter une catégorie générale de la pensée qui, à ce titre, posséderait une dimension universelle (ou, à tout le moins,

⁶ Tel était, en 2009, le titre du Colloque qui s'est tenu au Collège de France sous l'égide du Centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans. Les Actes du Colloque ont été publiés, sous la direction de Catherine Thibierge, à la LGDJ : *La force normative. Naissance d'un concept*.

⁷ L'expression est empruntée à Jacques Bouveresse.

universalisable)⁸ ; d'autre part, il est nécessaire de cerner, dans le champ immense où s'installent la polysémie normative et l'instabilité des dispositifs juridiques, la texture mentale de la norme et les critères spécificateurs des normes juridiques⁹.

Afin de résorber le tourment intellectuel que soulèvent de telles questions, Ludwig Wittgenstein¹⁰ aurait sans doute proposé de les reconduire à leur source philosophique. Bien qu'il soit prudent de reconnaître que les questions relevant de la *praxis* et impliquant, par voie de conséquence, un rapport plus ou moins serré à l'éthique, sont trop graves pour que l'on puisse en parler sérieusement, il aurait eu raison. La normativité est une « expérience de pensée » qui, seule, a la capacité d'être, comme le dit aussi Wittgenstein, « gérante », parce qu'elle s'offre, au-delà de tout ce qui est d'ordre anecdotique ou symbolique, comme « un nuage de métaphysique condensé en une goutte de grammaire ». Cela suffit à indiquer l'altitude (ou la profondeur, c'est tout un) à laquelle il convient

⁸ Cet aspect de la question fait partie de la démarche critique dont Kant est le pionnier ; sans être ici thématique comme tel puisque ce sont principalement les problèmes du droit que nous examinons, il demeurera la toile de fond de notre investigation.

⁹ John Rawls, dans *The concept of Law*, a tenté de répondre à cet aspect de la question des normes. Nous reviendrons bien évidemment sur les analyses qu'il propose.

¹⁰ L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques* (1939-1940), publiées en 1964 ; trad. française Gallimard, 1975. Voir notamment les § 138-142 relatifs à la problématique des règles dans lesquels la méthode d'analyse mise en œuvre à propos des « jeux de langage » (cf. § 23) peut servir d'exemple pour l'étude des normes juridiques.

de se situer pour capter et énoncer la problématique qui s'attache à la délimitation conceptuelle et à l'examen critique des notions-clefs de l'ordre normatif dans le champ juridique.

Au seuil de cette étude, nous ne saurions oublier que le droit n'est pas et ne peut pas être un non-lieu de la philosophie¹¹. Il suffit à cet égard de rappeler la tension qui s'est installée – Xénophon, déjà, le signalait dans son *Hiéron* – entre les philosophes et les juristes (aussi bien que les politiques). Mais dans l'immensité et la mouvance du champ philosophique qu'ouvre, à son niveau propre, la plurivocité du droit, c'est de beaucoup de modestie qu'il convient de faire preuve. Il importe en effet de se demander à quelles conditions les normes possèdent *l'autorité* qui rend plausible et acceptable la capacité directive et régulatrice dont elles sont lestées ; une norme qui n'est pas *légitime* ou qui n'est pas légitimée serait arbitraire et n'aurait pas d'autorité ; elle dérogerait même à la nature du normatif. Les racines de la normativité importent plus encore que sa silhouette critériologique.

Dans la première partie de notre recherche, nous nous attacherons à montrer ce qui, du point de vue de l'analyse philosophique, fait **l'autorité de la norme** dans l'univers du droit ; cette question – *quid facti ?* –

¹¹ C'est ce que nous nous sommes attachée à montrer dans notre ouvrage *La textualité du droit* (Cerf, 2012) auquel la présente réflexion fait logiquement suite.

nous entraînera bien loin de la finalité instrumentale si volontiers et si souvent prêtée aux structures normatives du champ juridique. Puis, dans la seconde partie de notre étude, nous nous interrogerons sur ce qui fait **la légitimité de la norme** – *quid juris* ? – et en assure l'autorité ; nous verrons en quoi et comment, quelle que soit l'idéalité prescriptive et régulative des normes, il est nécessaire, tout spécialement devant les ébranlements du monde actuel, de procéder, en scrutant les mouvements de légitimation des normes, à la re-fondation de la normativité juridique.

Première partie

**Question *Quid facti* ?
L'autorité de la norme**

L'autorité de la norme et sa logique d'airain

*« La norme est la supériorité
du même sur l'autre »*

André Lalande¹²

La normativité est omniprésente dans le vaste espace des conduites humaines où l'absence de normes est même considérée comme « anomie » ou comme « anomalie », c'est-à-dire comme un état aux confins de la pathologie, voire, plus brutalement, comme une monstruosité. Dans l'espace différencié de la modernité, elle habite notamment le champ juridique en s'incrétant sur un mode multiple dans le tissu des textes, des actes et des jugements comme l'axe autour duquel ils se développent. De manière plus générale, elle s'installe, avec une polysémie parfois embarrassante en raison du risque d'ambiguïté qui en accompagne

¹² André Lalande, *La raison et les normes*, Hachette, 1948, p. 34.

l'interprétation, au cœur du champ de la praxis humaine. Par conséquent, c'est seulement dans le large espace des conduites de l'homme – que celles-ci relèvent de la morale ou, plus généralement, de l'activité pratique – qu'il convient, à travers des grilles d'analyse aussi précises que possible, d'en rechercher la nature spécifique.

Dans son uni-pluralité et sa constante évolution, la normativité, au milieu de nombreuses joutes juridiques, ne se peut identifier et comprendre que par l'élucidation préalable de sa racine : le terme de *norme*. Ce terme, scruté par diverses études¹³, y est le plus souvent renvoyé à son étymologie : le grec *gnômon* ou *canôn*, le latin *norma* ou *regula*, qui désignent, au sens propre, une équerre ou une règle et, au sens figuré, un outil mental à destination quasiment ustensilaire ou instrumentale. Cette ambivalence, que déjà remarquait Cicéron, se retrouve dans le sens actuel du mot qui ou bien connote un « instrument de mesure » dont on se sert pour apprécier « le déroulement du cours des choses »¹⁴ ou bien exprime l'idée que « quelque chose doit être ou doit se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon »¹⁵. On comprend donc que le discours sur les normes soit souvent trouble... et

¹³ Cf. notamment l'ouvrage récent de Paul Amserek, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Première partie, A. Colin, 2012.

¹⁴ Paul Amserek, « Norme et loi », in *Archives de philosophie du droit*, tome XXV, La loi, Sirey, 1980, p. 89.

¹⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit (1934)*, traduction Ch. Eisenmann, Sirey, 1962, p. 6.

troublant. Cependant, et même si, malgré son ambiguïté, la référence étymologique est éclairante, elle ne suffit pas à rendre compte de la portée sémantique et régulatrice du terme « norme » qui, à l'évidence, ne trouve place dans la sphère de la pratique et, singulièrement, du droit, qu'en son sens figuré. C'est donc son usage analogique ou métaphorique qu'il convient d'examiner pour tracer les traits diagrammatiques de la normativité. C'est à cette condition seulement que nous parviendrons à en effectuer l'identification et que nous pourrons, en saisissant les raisons de son autorité, apprécier l'importance des enjeux philosophiques qu'elle introduit en ce domaine.

Traçons donc le cadre dans lequel nous conduirons notre investigation et précisons le style de notre interrogation afin, d'une part, *d'identifier la nature de la normativité* et, d'autre part, de *capter la spécificité des normes juridiques*.

*

* *

Il nous faut d'emblée remarquer que, aujourd'hui, la notion de normativité imprègne notre expérience quotidienne au point de s'exprimer en un terme galvaudé que sclérosent des déviations et des détournements de sens et de valeur. Il est donc malaisé, au milieu de tant de confusions, ignorantes de la différence des ordres et des catégories de la

pensée, d'en donner, malgré son omniprésence, une définition liminaire précise et rigoureuse. Il est difficile, dans le monde du droit qu'habitent souvent le flou et la complexité, de saisir l'identité statutaire de l'ordre normatif. La connaissance du droit ne donnant lieu qu'à une science inexacte, il faut d'abord écarter les errances obstinées auxquelles condamne une pseudo-pensée qui, faute d'analyse et de réflexion, emprunte des chemins apparemment faciles mais emplis de pénombre et ne menant nulle part. C'est donc seulement dans un contexte interrogatif apuré qu'il est possible d'élucider d'une part, en sa généralité, le concept de normativité et d'autre part, de manière singulière, la propriété spécifique qui est la sienne dans la sphère juridique.

Dans notre tradition occidentale et, plus étroitement encore, continentale, le concept de norme ne saurait, en sa généralité, être défini en adoptant le point de vue de la factualité. On dira sans doute que cette attitude intellectuelle porte, fortement appuyée, la marque de la pensée kantienne. Elle est, en vérité, bien plus ancienne puisqu'elle est celle des juristes de Rome et des canonistes médiévaux. Les normes, comme Cicéron et Thomas d'Aquin l'avaient déjà magistralement compris (même s'ils n'utilisent pas exactement le même langage que les auteurs modernes), n'appartiennent pas à l'ordre des faits ; elles n'ont pas d'existence empirique : un comportement qui, dans la vie de tous les jours, est très fréquent (et même « le plus fréquent » ou, comme

on dit, « le plus courant ») ne constitue pas une norme ; répéter que 2 et 2 font 5 n'instaure pas une vérité ; de même, si les fraudeurs, en matière fiscale, sont devenus très nombreux, il ne s'ensuit nullement que la fraude se soit installée dans le droit comme une norme ; si, dans un climat d'insécurité, l'auto-défense et la détention d'armes deviennent des comportements usuels, ils ne sont pas pour autant érigés en normes. La factualité répétitive ou cumulative d'un comportement ne décide pas de sa normativité (ni même, d'ailleurs, de sa normalité). C'est une antinomie qui, formellement, sépare le normatif et le factuel ; ils ne sont pas du même ordre et, lors même qu'il existe entre eux un ordre médian et mixte qui ne manque ni de complexité ni d'opacité, le normatif et le factuel ne peuvent relever des mêmes catégories de la pensée¹⁶.

Certes, en se plaçant dans une perspective généalogique ou transformationniste, il est indiscutable que l'on ne peut négliger les nécessités pressantes du temps qu'une époque impose toujours *hic et nunc* aux modes de vie, d'action ou de pensée, et par conséquent, aux divers réseaux des normes qui les dirigent. Mais, parce que la formation (ou la transformation) des normes ne peut pas être confondue avec la nature intrinsèque de ce qui est normatif, on ne saurait parler adéquatement d'une

¹⁶ De Hume à Searle, de nombreux auteurs ont insisté sur la différence d'ordre entre *ought* et *is*, et l'ont même considérée comme irréductible.

« norme de fait » : de même qu'il n'est pas possible d'aligner le droit sur le fait – *Jus ex facto non oritur* –, la forme antinomique des termes « norme » et « fait » donne à une telle expression le tour d'une contradiction *in adjecto*. Etablir le droit par le fait est toujours un sophisme. De surcroît – ce qui, des points de vue épistémologique et philosophique, est plus grave encore –, il importe de souligner que, malgré les tentations contemporaines d'une vulgate langagière fort attachée aux positivismes scientistes, la norme ne peut être traitée comme si elle appartenait par nature à un discours physique ; tout au contraire, elle lui est irréductible. La « loi de Hume » (appelée aussi la « guillotine de Hume ») énonce sans ambages l'impossible déduction des normes à partir des faits. Nous y reviendrons dans les deux chapitres suivants. Notons toutefois d'ores et déjà que la normativité, se dérochant à toute réduction scientiste et résistant à toute tentative cognitiviste, se réclame d'une intelligence spéculative idéelle et répond exclusivement à une demande philosophique de type critique qui exclut la naturalisation des normes. Ce que Husserl appelle « la superstition des faits » ne saurait trouver sa place dans l'ordre normatif du droit. Dans l'aire de l'action où, comme la morale ou l'art, le droit se déploie, l'impératif premier est de saisir en quoi et comment la normativité transgresse essentiellement la phénoménalité et, devant un horizon philosophique, prend place sur un autre plan qu'elle. Si, comme le disait Rousseau, la droite pensée