

## CONCLUSION

### Le concept de « force normative »

Catherine THIBIERGE

*Professeur à l'université d'Orléans*

#### I. L'INTÉRÊT D'UN CONCEPT DE « FORCE NORMATIVE » ..... 817

- A. L'UTILITÉ PRATIQUE : un outil technique de diagnostic de la force des normes en droit
- B. LES APPORTS THÉORIQUES : un quadruple vecteur de continuité, de dynamique, d'intensité et d'internormativité
- C. L'INTÉRÊT ÉPISTÉMOLOGIQUE : un concept fondamental du droit
- D. L'IMPACT PHILOSOPHIQUE : la conciliation incidente entre positivisme et jusnaturalisme?

#### II. LA CONCEPTUALISATION DE LA « FORCE NORMATIVE » ..... 821

- A. LA PRÉSENTATION DES TROIS PÔLES DE LA FORCE NORMATIVE
  - 1) Identification des trois pôles
    - Valeur normative
    - Portée normative
    - Garantie normative
  - 2) Comparaison des trois pôles
    - Variabilité des pôles
    - Nuances dans les définitions dues à la différence de nature des pôles
    - Spécificité de chacun des pôles en lien avec la question de la juridicité
- B. LES RAPPORTS ENTRE LES TROIS PÔLES DE LA FORCE NORMATIVE
  - 1) Dynamique des pôles
  - 2) Distorsions possibles entre les pôles
    - a) Distorsions entre valeur et garantie normatives
    - b) Distorsions entre valeur et portée normatives
    - c) Distorsions entre portée et garantie normatives

### C. LE DIAGNOSTIC DE FORCE NORMATIVE GRÂCE AUX TROIS PÔLES

- 1) Détermination théorique de la valeur normative
- 2) Observation empirique de la portée normative
- 3) Mesure technique de la « garantie normative »
- 4) Appréciation et mesure de la force normative selon les pôles
- 5) Mise en œuvre du modèle proposé : exemples concrets de diagnostic de la force normative

#### CONCLUSION

- La force normative, une co-création des multiples acteurs du droit
- La force normative du droit, au sein d'un champ de forces de toutes natures
- Les retombées théoriques et philosophiques du modèle de force à trois pôles
- Bilan et perspectives ouvertes
- La force et la forme

*Fig. 1 — Les trois pôles de la force normative*

*Fig. 2 — Dimensions et déclinaisons de la force normative*

*Fig. 3 — Exemples de diagnostic de la force normative*

*Fig. 4 — Champs de forces*

#### §35

**Avis au lecteur.** Cette conclusion doit beaucoup au travail de recherche accompli par les auteurs de ce livre et aux riches échanges qui ont jalonné son élaboration. Sans eux, elle n'aurait pas vu le jour.

Le modèle de théorisation de la force ici proposé s'adresse aux juristes du temps présent et concerne le système juridique occidental, plutôt de *civil law*; il ne prétend pas épouser la question de la force normative de manière universelle et absolue, mais simplement en donner un outil de compréhension et de diagnostic, en reflet de la complexité de la force des normes et de leur diversité contemporaine. Un outil aussi éclairant et opérationnel que possible.

Les figures citées dans le texte sont placées en fin de conclusion.

#### §36

*Fig. 1 — Les trois pôles de la force normative*

*Fig. 2 — Dimensions et déclinaisons de la force normative*

*Fig. 3 — Exemples de diagnostic de la force normative*

*Fig. 4 — Champs de forces*

#### §37

*Fig. 1 — Les trois pôles de la force normative*

*Fig. 2 — Dimensions et déclinaisons de la force normative*

*Fig. 3 — Exemples de diagnostic de la force normative*

*Fig. 4 — Champs de forces*

sité des matières, de la sensibilité de ses auteurs et de la variété des normes dont ils ont traité. De la force il nous délivre une vision multiple et mouvante. Vivante. Avec des réponses aux antipodes. Et d'autres qui se recoupent là où on s'y attendait le moins.

Sur le plan conceptuel, il en ressort finalement deux choses : un enseignement d'abord, celui de l'intérêt incontestable d'un concept de force normative pour les juristes, et ce sur tous les plans, du plus technique au plus théorique (I) ; une nécessité ensuite, celle de conceptualiser la force normative (II).

L'ultime défi que cette conclusion va donc tenter de relever, en une synthèse de la synthèse, c'est de *fournir de la force un modèle assez complet et complexe pour que les spécialistes puissent y reconnaître les spécificités de la force des normes dans leurs branches, pour que les praticiens puissent y diagnostiquer la force originale de tel instrument particulier, et pour que les théoriciens puissent peut-être y entrevoir sous un angle renouvelé l'inépuisable richesse de la force des normes en droit.*

### I. L'INTÉRÊT D'UN CONCEPT DE « FORCE NORMATIVE »

Deux constats révèlent cet intérêt. Point aveugle dans la doctrine juridique, le thème de la force des normes en droit a été fort peu exploré, en lui-même, par les juristes<sup>3</sup> alors même qu'interrogés à ce sujet ils ont des choses très variées, profondes et parfois surprenantes à en dire<sup>4</sup>. En outre, on a observé que, depuis quelques années, l'expression « force normative » commence à venir sous leur plume<sup>5</sup>. Par-delà sa simple utilisation, et à l'issue de cette recherche collective, il apparaît que désormais la « force normative » gagnerait à être érigée en un véritable concept, et plus particulièrement en concept à l'usage des juristes, pour des raisons pratiques, théoriques, épistémologiques et philosophiques.

#### A. L'utilité pratique : un outil technique de diagnostic de la force des normes en droit

Le concept de « force normative » permettrait de mettre en mots, en idées et en liens, de manière à la fois unifiante et complexe, des données empiriques que tous les juristes peuvent observer : les manifestations multiples de la force des normes. Non seulement des normes juridiques obligatoires et contrain-  
gnantes, mais aussi de normes juridiques qui, sans être dotées d'une force jur-

<sup>3</sup> Le terme « force » est ainsi très peu présent sous la plume de Kelsen : il n'apparaît pas ou peu dans les index de manuels. Par exemple, pas du tout dans l'index du précis Dalloz *Droit processuel* (2009) de S. GUINCHARD et alii, et seulement sous l'expression « force majeure » dans le précis Dalloz *Les obligations* (2005) de F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE.

<sup>4</sup> V. en fin d'ouvrage les réponses de juristes à la question « Selon vous, qu'est-ce qui fait la force des normes en droit? », p. 857.

<sup>5</sup> V. les recherches menées dans l'introduction de l'ouvrage, p. 35.

Voici au fond la question essentielle auquel ce livre tente d'apporter quelques réponses : *qu'est-ce qui, en droit, fait la force d'une norme?* À cette question, le pénaliste ne répond pas comme l'internationaliste qui lui-même a d'autres réponses que le constitutionnaliste ou le civiliste. Car la réponse appelle maintes variations non seulement selon les matières, mais aussi selon les normes. Qu'est-ce qui fait la force — ou l'absence de force — d'une norme légale ou spontanée, d'une norme de *hard law* ou de *soft law*, d'une norme juridique ou technique, d'une norme impérative ou supplétive ?

Son caractère obligatoire ? Sa sanction ? Et surtout la contrainte de l'autorité publique dont elle est assortie ? Sa place dans la hiérarchie des normes ? L'autorité de son auteur ? La qualité de sa source ? Et la formulation impérative de son énoncé ? Mais aussi ses effets juridiques ? Et l'accueil que lui réserve le juge ? Et plus largement l'interprétation qu'en donne la jurisprudence ? Sans oublier l'effectivité de la norme sur le terrain, la réception qu'en ont les destinataires ? Ajoutée à la conviction qu'ils ont de sa force ?

Et bien d'autres éléments encore, comme ceux qui relèvent du langage ou du symbolique... Un élément prépondérant dans toute cette énumération ? Tout cela ensemble ? Tout cela, mais hiérarchisé ? À question apparemment simple, réponses si multiples... À chacun ses évidences, selon sa spécialité, selon sa pratique ou son idée du droit, à chacun ses certitudes, ses repères, ses convictions.

Pourtant l'enjeu est fondamental. Comment se peut-il qu'autant de réponses se bousculent ainsi, rivalisant d'évidence et d'assurance ? La force aurait-elle en droit tant de visages ? Et le droit si peu d'unité, fût-il questionné à ce niveau de profondeur et d'essentialité ?

Partis de nos interrogations multiples sur la force normative<sup>1</sup>, nous en arrivons donc à cette question centrale : « Qu'est-ce qui fait la force normative pour les juristes ? »<sup>2</sup>. Ce livre est un kaléidoscope de réponses au gré de la diversité des matières, de la sensibilité de ses auteurs et de la variété des normes dont ils ont traité. De la force il nous délivre une vision multiple et mouvante. Vivante. Avec des réponses aux antipodes. Et d'autres qui se recoupent là où on s'y attendait le moins.

<sup>1</sup> V. les sept questions clés de la problématique développées dans l'introduction de l'ouvrage, p. 47.

<sup>2</sup> Aurons-nous entendu le conseil de JELLINEK si préoccupé de la méthode de conceptualisation juridique (préf. O. Joananian, p. 43 et 49), lui qui enjoint de défaire la question « *qu'est-ce que... ?* » qui présuppose un concept juridique substantiel, préexistant et donné, pour cette autre question « *comment le penser ?* » ? Réintroduction de la subjectivité du chercheur au cœur même de sa plus grande tentative d'objectivité scientifique.

dique obligatoire *ab initio*, n'en sont pas moins revêtues d'une certaine force au sens d'une capacité à fournir référence, c'est-à-dire à modeler les comportements, à réguler l'action, à guider l'interprétation des juges, à orienter la création du droit par le législateur, voire à inspirer la pensée de la doctrine et, plus largement encore, les représentations sociales du droit.

Nourrie de la forte base empirique fournie par ce livre, la conceptualisation de la « force normative » pourrait, dans ses retombées concrètes, permettre aux praticiens du droit d'établir de véritables diagnostics<sup>6</sup> de la force des normes qu'ils manient au quotidien, qu'ils invoquent à l'appui des prétentions de leurs clients ou qu'ils mobilisent au soutien de leurs décisions.

### B. Les apports théoriques : un quadruple vecteur de continuité, de dynamique, d'intensité et d'internormativité

Tel qu'il ressort de la synthèse des contributions de cet ouvrage, le concept de « force normative » présente plusieurs intérêts théoriques qui constituent autant d'apports, en regard des concepts usuels et familiers de la théorie du droit tels que ceux de source du droit, d'effectivité, ou de normativité. C'est en effet un concept *porteur de liens et de variations*.

D'abord, il présente l'intérêt de donner à voir le lien entre la source et les effets de la norme, en reliant le moment de son émergence au temps de son application. Car la force anime en effet la norme tout au long de son existence. En cela, elle constitue un concept *vecteur de continuité*.

Ensuite, le concept de force normative permet de comprendre les variations d'intensité d'une même norme, au cours de son évolution ; à la différence de la normativité ou de la positivité, qui peuvent se comprendre comme des qualités qui existent à un moment donné, celui de force normative s'inscrit dans le temps. Ce qui en fait un concept *vecteur de dynamique*.

En outre, il rend visibles les variations de la force de la norme, et peut même en permettre la mesure. Susceptible de degrés, il se spécifie ainsi par rapport à la normativité, qui peut être appréhendée simplement comme une qualité qui existe ou non. Cela en fait un concept *vecteur d'intensité*.

Enfin, érigée en concept, la force normative peut permettre de relier les normes juridiques aux autres champs normatifs. Elle se comprend en effet dans l'interaction avec les autres forces, créatrices ou réceptrices du droit, dont elle se nourrit et qui la nourrissent en retour, et avec lesquelles elle entre en coopération ou en lutte, etc. Par conséquent, c'est aussi un concept *vecteur d'internormativité*. En résumé, le concept de « force normative » présente l'intérêt de constituer un quadruple vecteur de continuité, de dynamique, d'intensité et d'internormativité, ce qui s'avère précurseur pour penser et pratiquer le droit dans sa complexité contemporaine. En d'autres termes, la force normative, c'est la normativité en mouvement, en puissance, en action et en interactions.

### C. L'intérêt épistémologique : un concept fondamental du droit

Bien qu'il s'agisse à l'évidence d'un concept non spécifiquement juridique et parce qu'il présente une réelle plasticité épistémologique, il peut se révéler fécond de voir dans la force normative un concept fondamental de la théorie du droit.

Certes il s'agit d'un concept *transdisciplinaire* qui intéresse non seulement le droit mais aussi les sciences sociales, dans leur rapport aux normes. Et, à ce titre, il peut venir alimenter la réflexion sur les liens du droit avec la morale, l'éthique, la religion, l'économie, la politique, l'étude des rapports sociaux, etc<sup>7</sup>. Cependant, et bien qu'il ne soit donc pas spécifiquement juridique, les juristes ont beaucoup à en dire, car il est *doté d'une très forte spécificité en droit*. La force normative juridique est probablement une sorte d'archétype de la force normative, en tout cas elle en est une figure très élaborée.

Il s'agit aussi d'un concept *épistémologiquement très plastique*, ou plus précisément d'un concept à géométrie différente<sup>8</sup>, susceptible d'un sens strict ou plus large. Dans une épistémologie positiviste classique, il est possible de comprendre la force normative de manière étroite, comme synonyme de force obligatoire. Elle ne présentera alors qu'un intérêt limité. Et c'est probablement l'une des raisons pour laquelle l'expression n'a longtemps pas été usitée<sup>9</sup>.

Dans une épistémologie complexe en revanche, il est possible de la concevoir plus largement que la force obligatoire, qu'elle pourrait inclure sans s'y réduire. Elle constitue alors une invitation à questionner l'assimilation de la force de la norme juridique à la seule force obligatoire et contraignante, la faisant passer du rang de postulat, par hypothèse indiscutable, à celui d'une assertion scientifique susceptible d'être réfutée ou amendée. À ce titre, il s'agit d'un concept susceptible de s'inscrire dans une « pensée juridique complexe » et peut-être de participer d'un paradigme juridique en émergence.

Il s'agit enfin, à notre avis, d'un concept *fondamental du droit*. Aussi fondamental que ceux de « source du droit » ou d'*« effectivité »* par exemple, par rapport auxquels il présente en outre deux intérêts : celui de les relier tous les deux, puisque, on l'a vu, c'est un concept vecteur de continuité entre l'émergence de la norme et son application ; et celui de dépasser, en amont, le concept de source et, en aval, celui d'*effectivité*, en mettant en relief les liens que la force de la norme juridique tisse avec les forces non juridiques (sociales, politiques, économiques, morales/éthiques, religieuses, scientifiques, psychologiques, etc.). Ces forces dont la synthèse a montré qu'elles ne sont pas seulement

<sup>7</sup> Cette dimension transversale est reliée au fait qu'il soit un vecteur d'internormativité.

<sup>8</sup> Sur l'émergence récente de l'expression « force normative » sous la plume des juristes, v. l'introduction de cet ouvrage, p. 35.

<sup>9</sup> Sur ces questions de la « pensée complexe » en lien avec le droit et les juristes, et de l'émergence d'un nouveau Paradigme juridique, v. dans cet ouvrage la préface d'A.-J. ARNAUD et le « postscriptum » de M. DELMAS-MARTY.

des « forces créatrices » du droit, mais aussi des « forces réceptrices »<sup>10</sup>, vont s'exercer sur sa mise en œuvre. *Le concept de force normative peut permettre de faire dialoguer les forces du droit entre elles*<sup>11</sup>, car il se situe à l'interface des forces techniques<sup>12</sup> et de terrain<sup>13</sup>, qui en sont autant de manifestations, d'une part, et des forces sociales et imaginantes du droit, qui contribuent à façonner la force normative par interaction<sup>14</sup>, d'autre part.

Il est fort possible, et cela demanderait un approfondissement théorique à venir, que la force normative soit au fond un concept central de la théorie du droit. Longtemps restée comme un point aveugle, et secondarisée par son assimilation à la seule force obligatoire confondue avec la force contraignante, elle apparaît au cœur de la « famille des concepts »<sup>15</sup> juridiques fondamentaux. Un concept clé dont la prise en compte permettrait de repenser les liens et les interactions entre les concepts juridiques de base tels que ceux de source, d'obligation, de sanction, de contrainte, de contrôle, d'effets de la norme<sup>16</sup> et d'effectivité<sup>17</sup>, de validité, de positivité, etc. Un concept qui permet d'établir, en outre, le lien avec des forces fondamentales et non juridiques que l'approche philosophique invite à éclairer.

#### D. L'impact philosophique : la conciliation incidente entre positivisme et jusnaturalisme<sup>18</sup>?

La fin de la synthèse<sup>19</sup> l'a montré, la force normative du droit ne réside pas en soi dans les normes, mais puise à des sources qui le transcendent. La force

10. Ces « forces réceptrices » peuvent être de soutien ou de résistance, v. la synthèse, VI, B, 2, p. 799 s.

11. V. Fig. 4 « Champs de forces », p. 846.

12. Comme la force contraignante, exécutoire.

13. Comme la force dissuasive, par exemple, et plus largement la force de régulation des conduites et des pratiques.

14. Sur les liens entre « force normative » et « forces imaginantes du droit », v. le « positivismus » de M. DELMAS-MARTY, p. 847.

15. Pour reprendre l'expression de « famille de notions » dégagée par Charles JARROSON, in *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.

16. La force normative peut se mesurer aux effets produits par la norme : effets de droit, effets symboliques sur les représentations individuelles et collectives, effets sur les comportements et les pratiques, effets sur le droit et sur les autres normes (harmonisation ou d'inspiration par ex.). Tous ces effets sont autant de manifestations de la force normative, que l'on peut observer à chacun de ses pôles. Cf. la seconde partie de cette conclusion.

17. Par ex., s'il n'est pas complètement évident que l'effectivité soit une condition de validité de la norme (cf. la place existante, mais tout de même secondaire, qui est la sienne dans l'œuvre de Kelsen), il est en revanche certain qu'elle est un aspect de la force normative. Ce n'est pas tant la validité du droit ou de ses normes, mais leur force, que l'effectivité permet de mesurer.

18. Cette possible conciliation peut se vérifier dans la conceptualisation de la « force normative » en trois pôles, présentée dans la seconde partie de cette conclusion, qui fait place à la plus pure technique juridique, dans le pôle de la garantie normative, mais aussi à la question de la légitimité des normes, dans celui de la valeur normative.

19. IX. B - Les fondements de la force normative, p. 809 s.

du droit vient d'ailleurs. La force du langage, la force symbolique et plus fondamentalement encore la force de la croyance le sous-tendent et l'irriguent. Étroitement associées<sup>20</sup>, ces « forces fondamentales »<sup>21</sup> qui animent la force des normes juridiques pourraient inviter les juristes à penser les fondements du droit autrement que dans l'opposition réductrice et probablement aujourd'hui dépassée entre jusnaturalisme et positivisme.

*La force normative*, même si elle jaillit à première vue de sources extérieures et tend à s'objectiver en manifestations très tangibles (contrainte, régulation des conduites...), ne s'origine pas dans le droit lui-même. D'origine extra-juridique<sup>22</sup>, elle prend plus profondément sa source dans les êtres humains<sup>23</sup>. Non pas dans l'Homme universel, rationnel et abstrait des Lumières, mais dans les hommes dans toute leur complexité humaine : dans leurs peurs, dans leurs espoirs et leurs idéaux, dans leur langage, dans leur besoin de symboles et de mythes, dans leur capacité d'adhésion et de résistance, dans leur croyance en la force du droit, dans leur conviction ou leur sentiment d'obligation, etc. En cela, l'épistémologie dans laquelle elle peut s'inscrire n'est ni celle d'un jusnaturalisme, religieux ou laïc, ni celle d'un positivisme étatique ou plus largement juridique. *La force normative appelle et annonce une épistémologie juridique de la complexité ouverte aux autres sciences humaines*, de la philosophie à la sociologie, en passant notamment par l'anthropologie et la psychologie.

Tous ses intérêts pratiques, théoriques, épistémologiques et philosophiques invitent à conceptualiser la force normative pour tenter d'en faire un outil aussi clarifiant et opératoire que possible, à l'intention et à l'usage des juristes.

### II. LA CONCEPTUALISATION DE LA « FORCE NORMATIVE »

Comment penser la force normative d'une manière à la fois éclairante pour les juristes, opératoire pour les praticiens du droit et guidante pour les acteurs du droit ? Et surtout en reflet de la complexité du droit contemporain ?

À question complexe, réponse complexe<sup>24</sup>. La synthèse des contributions de l'ouvrage l'a bien montré, la force normative est en lien avec de très nombreux auteurs et de très nombreux domaines.

20. Le langage et le symbole agissent comme des transmetteurs et des révélateurs de la croyance et la façonnent en retour.

21. En clin d'œil aux physiciens.

22. Origine qui la démarque par rapport à un strict positivisme juridique, et tout particulièrement de la théorie pure du droit de Kelsen.

23. Certes pas au sens où la force dépendrait d'un acteur en particulier qui pourrait la fixer, car elle est une co-création toujours en mouvement, mais au sens d'une responsabilité en tant que « co-créatrices » de sa force, par l'effet de la croyance qu'on y applique. V. sur cette question essentielle, la seconde partie du texte de C. SINTEZ et É. NICOLAS, « Si l'y a force dans le droit, il sagit seulement de celle que l'homme l'accepte » d'injecter dans cette entité conceptuelle dont il est le propre créateur et [qu'il] accepte en contrepartie de recevoir ».

24. Au sens de la pensée complexe. En tant que juristes, pour y parvenir, il paraît nécessaire de développer une « pensée juridique complexe » susceptible de rendre compte de la force des normes en droit dans ses multiples dimensions.

breux éléments, fort hétérogènes. Notre ultime hypothèse, à l'issue de cette recherche collective, est qu'il est possible de donner à comprendre sur un plan théorique et à diagnostiquer sur un plan pratique la force normative, à l'aide de trois pôles de cette force. Et c'est cela que nous nous proposons de vérifier pour terminer ce livre.

### A. La présentation des trois pôles de la force normative

La force normative peut se déployer dans plusieurs dimensions du droit que ces trois pôles donnent à voir (fig. 1).

#### 1) Identification des trois pôles

**Valeur normative.** Le premier de ces pôles est celui en lien avec la source de la norme. C'est celui auquel le juriste associe spontanément la force de la norme juridique. Il s'agit alors de déterminer la qualité et l'autorité de son auteur, sa place dans la hiérarchie des normes, la nature de l'instrument qui la porte, la formulation de son énoncé, l'intention qui a présidé à son élaboration, la régularité de son élaboration, la légitimité de son contenu, etc. L'accent est mis sur la valeur normative, c'est-à-dire sur la force conférée à la norme par son émetteur.

On observera ici que la valeur normative est elle-même composée de sous-pôles : l'un, *hiérarchique*, en référence à sa validité par rapport aux normes supérieures ; l'autre, *dénoncique*, en lien avec la formulation et le contenu prohibitif, prescriptif ou permisif de la norme ; et un autre encore, *axiologique*, en prenant en compte sa légitimité.

**Portée normative.** Le deuxième pôle est en lien avec les effets de la norme, et éclaire une autre dimension de la force à laquelle les juristes sont attentifs : celle de son effectivité « sur le terrain ». Il s'agit ici d'observer les effets produits par la norme, la manière dont la norme est reçue et perçue par ses destinataires et plus largement par les acteurs sociaux et les acteurs du droit, qu'ils soient auteurs de doctrine ou praticiens. Cela permet d'en évaluer la portée normative, c'est-à-dire la force de la norme perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires.

Les distinctions effectuées par la doctrine entre effectivité, efficacité et efficience<sup>25</sup> illustrent également la complexité et la richesse de ce pôle.

Ces expressions de « valeur normative » et de « portée normative » sont connues des juristes, quoique souvent confondues<sup>26</sup>. Celle qui désigne le troisième pôle nécessite un peu plus d'explication que les deux autres.

**Garantie normative.** La garantie est un terme familier dans le vocabulaire juridique, souvent associé à l'exécution d'une obligation contractuelle<sup>27</sup> ou d'une décision de justice<sup>28</sup>. Nous proposons de donner à ce terme une dimension supplémentaire. Non plus seulement de « garantie contractuelle » ou « procédurale », mais aussi de « garantie normative ». Il ne s'agit plus ici de garantir l'exécution d'une obligation contractuelle, mais plus largement de garantir le respect d'une norme.

Plus précisément, nous entendons par cette expression la garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique. Cette garantie est constituée d'une série d'attributs attachés à la norme : *assortie de contrainte, sanctionnable, contestable, mobilisable par le juge - d'office*<sup>29</sup>? au fondement de sa décision? au soutien de sa motivation? —, opposable, invocable par les justiciables, qui peuvent s'en prévaloir en justice. Ce ne sont pas là des caractères inhérents à toute norme juridique, mais seulement des attributs qui lui sont attachés par le système juridique.

Par conséquent, 1) ils peuvent ne pas l'être<sup>30</sup>, ce qui signifie que la garantie normative peut, selon les normes, être plus ou moins complète; 2) la garantie normative peut être attribuée *a posteriori* à une norme initialement faiblement normative, comme une norme déclaratoire par exemple et 3) elle peut l'être, dans une moindre mesure, à une norme non juridique, telle qu'une norme technique. Cela s'explique par le fait que ses attributs sont dissociables et peuvent donc exister indépendamment les uns des autres. Ainsi certaines normes peuvent-elles être simplement invocables en justice sans être ni contestables par un recours pour excès de pouvoir ni sanctionnables, comme les directives administratives et les recommandations d'autorités administratives indépendantes. C'est également le cas pour les normes techniques qui peuvent être invocables par les justiciables ou mobilisables par le juge au soutien de sa motivation, sans pour autant pouvoir l'être au fondement de sa décision.

Cela étant dit, et pour la situer par rapport aux deux autres pôles, on peut dire que si la valeur normative est une dimension de la force en lien avec la source de la norme, et la portée normative, en lien avec les effets de la norme, la garantie normative, quant à elle, est une dimension de la force en lien avec le respect de la norme. Ce qui est garanti, ce n'est pas la norme en elle-même, c'est plus exactement son respect par les acteurs du droit et les acteurs sociaux, ainsi que sa validité et donc sa conformité aux autres normes du système juridique. La garantie vient de la réaction potentielle et/ou effective du système jur-

27. Généralement, la garantie est fournie par une personne (contractant, garant) et l'obligation de garantie peut être de source conventionnelle ou légale. V. la garantie des vices cachés, la garantie d'évitement ou la garantie décennale du constructeur, etc.

28. S. GUNCHARD et alii, *Droit processuel*, Dalloz, 2009, chap. 3 - La garantie de l'exécution de la décision du juge, n° 476, p. 471.

29. Et on pourrait affiner encore la force de la norme, en lien avec cet aspect procédural de la garantie normative, en distinguant selon qu'elle doit être relevée d'office par le juge, ou qu'il peut seulement le faire.

25. V. RICHARD, *Le droit et l'effectivité. Contribution à l'étude d'une notion*, th. Paris II, 2003.

26. V. cpdt, pour une claire dissociation des deux, Y. AGUILA, concl., CE Ass. du contentieux, n° 297931, commune d'Annecy, qui distingue entre d'une part la valeur constitutionnelle (d'un principe, en l'occurrence de la Charte de l'environnement), qui est « pleine » et non pas recommandatoire ou déclaratoire, et, d'autre part, sa portée qui, elle, ne peut jamais être décrétée à l'avance mais se révèle au moment de sa « concrétisation ».

dique, qui peut jouer en aval, en réaction à la violation de la norme, mais également en amont, de manière préventive, avant toute violation.

Ainsi on pourra dire que la règle de droit est garantie par la contrainte et la sanction dont elle est assortie. Simplement, la force contraignante ne lui est pas inhérente mais lui est attachée par le droit. Ce qui n'est pas le cas pour toutes les normes juridiques. Comme les normes du droit international public qui ne sont pas garanties par un appareil de contrainte tel celui dont disposent les Etats<sup>30</sup>, ou comme certaines normes de droit constitutionnel, notamment d'habilitation ou plus largement permisives, pour lesquelles l'éventualité d'une contrainte ne fait pas sens<sup>31</sup>. Ce qui ne les empêche pas de pouvoir être dotées d'une certaine valeur normative et ce qui permet de ne plus systématiquement assimiler les forces obligatoire et contraignante<sup>32</sup>.

**Originalité du pôle de la garantie normative.** Ce pôle présente la spécificité de se référer doublement aux deux autres pôles. D'une part, *dans sa dualité* : comme la valeur normative, la garantie est susceptible d'être *potentielle*, et exprime donc, comme elle, une « vocation à »<sup>33</sup>, en l'occurrence une vocation de la norme à être sanctionnée, contestée, opposée, invoquée, etc.; et, comme la portée normative, elle peut être *effective*, manifestant la réalité, le fait d'être effectivement sanctionnée, contestée, etc. D'autre part, *dans son objet* : il s'agit d'une garantie du respect de la norme, en écho à de possibles violations dont la portée normative rend compte, et d'une garantie de la validité de la norme, en lien avec la valeur normative.

La question de la force d'une norme peut ainsi être abordée d'une manière assez riche, fine et nuancée si l'on s'interroge à la fois sur sa valeur, sa portée et sa garantie normatives. Mais, objectera-t-on, les trois ne vont-ils pas nécessairement ensemble? Une norme ayant une valeur normative incontestée n'est-elle pas naturellement assortie d'une forte garantie normative et donc dotée d'une grande portée normative? C'est tout à fait possible en effet. Mais cela n'est en rien systématique, car ces pôles, s'ils sont reliés les uns aux autres, présentent aussi une certaine capacité d'autonomie.

30. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'elles ne soient pas garanties du tout. S'il n'existe pas d'autorité publique internationale susceptible de mettre en œuvre une contrainte au sens juridique et étatique du terme, il existe une contrainte possible faite de mesures, par exemple de nature économique, mises en œuvre par certaines organisations internationales.

Il s'agit d'une pression exercée sur le sujet de droit, dont le degré peut parfois être très intense et qui est constitutive d'une véritable garantie normative.

31. Car certaines normes de droit constitutionnel sont bien obligatoires, sans pour autant être contraignantes. De même, le droit administratif se trouve dépourvu de « l'extrême pointe de la contrainte : pas de voies d'exécution contre l'Etat! », v. Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, « Connaissance du droit » 5<sup>e</sup> éd., p. 25.

32. Même si elles sont souvent associées par ailleurs.

33. Vocation qui s'exprime dans le suffixe -able des adjectifs qui la caractérisent : la norme est sanctionnable, contestable, invocable, etc.

## 2) Comparaison des trois pôles

**Variabilité des pôles.** À chacun de ces trois pôles, des variations sont possibles.

Ainsi la valeur normative peut revêtir plus ou moins d'intensité. Par exemple, une loi impérative a une valeur normative *a priori* supérieure à un avis juridictionnel purement consultatif<sup>34</sup>. Selon les conceptions, binaire ou graduée, de la normativité, la valeur normative peut être obligatoire ou n'être pas, ou bien au contraire être susceptible de degrés : valeur obligatoire<sup>35</sup>, recommandatoire, simplement déclaratoire, voire inspiratoire de la norme<sup>36</sup>.

La portée normative quant à elle est susceptible d'être plus ou moins étendue, selon la plus ou moins grande effectivité de la norme : portée forte, soutenue par l'acceptation de la norme<sup>37</sup>; faible, se heurtant à des forces sociales de résistance; voire portée inexistant, confinant à la désuétude.

Quant à la garantie normative, elle peut être plus ou moins complète. En effet, toutes les normes juridiques ne sont pas garanties de la même manière par le système juridique. Alors que certaines d'entre elles sont dotées d'une très forte garantie cumulant tous les attributs à leur plus forte puissance<sup>38</sup>, d'autres sont très faiblement garanties, voire pas du tout.

Par exemple, une loi pénale, assortie de contrainte et de sanction et qui, par voie de conséquence, est mobilisable par le juge et invocable par les justiciables, se voit attacher une garantie normative *maximale*<sup>39</sup>. En revanche, d'autres normes, comme les directives administratives, bénéficiant d'une garantie normative *partielle*, au sens par exemple où elles sont invocables et opposables sans pour autant être contestables par le biais d'un recours pour excès de pouvoir<sup>40</sup>. Et d'autres encore n'en ont absolument aucune, comme certains instruments de *soft law*.

Il résulte de ce constat une variation des niveaux de garantie attachée à la norme. Si tous les attributs en sont réunis, la « garantie normative » sera

34. Voir « L'éventail de normativité », proposé à la fin du rapport de synthèse, in *Le droit souple*, préc. ; Nature et force de la déclaration de Saint-Quentin? », 2009, p. 141 et spéc. p. 161.

35. Valeur obligatoire qui elle-même peut varier selon que la norme est impérative, supplétive, facultative, etc.

36. Sur cette question, nous nous permettons de renvoyer à deux de nos textes. Rapport de synthèse, in *Le droit souple*, préc. ; Nature et force de la déclaration de Saint-Quentin? », LPA, 21 août 2008, n° 168, p. 40.

37. J. BAECHLER, « L'acceptation des normes », in *L'explication des normes sociales*, R. Boudon, P. Demelenne et R. Viale (dir.), PUF, 2001, p. 129.

38. Autrement dit, sanctionnables par les plus lourdes peines, assorties d'une possibilité d'exécution forcée, mobilisables par le juge au fondement de sa décision.

39. Du moins potentiellement, car cette garantie peut ne pas être effective si la norme n'est pas sanctionnée voire pas mise en œuvre par ceux chargés de le faire, en vertu par exemple du principe de l'opportunité des poursuites.

40. Sauf pour les circulaires impératives qui, selon la jurisprudence Duvignères du Conseil d'Etat, sont contestables par la voie du recours pour excès de pouvoir, mais non invocables du seul fait de leur impérativité. Il faut en plus, selon une jurisprudence constante, qu'elles soient réglementaires et légales (sauf en matière fiscale et sociale, où l'impérativité suffit).

complète. À défaut, il s'agira d'une garantie simplement partielle, voire d'une absence de garantie normative. Cependant, comme la garantie normative est un aspect important certes, mais cependant un aspect parmi d'autres de la force normative, ce n'est pas parce qu'une norme est faiblement garantie qu'elle en sera pour autant dénuée de toute force, et inversement<sup>41</sup>.

**Nuances dans les définitions dues à la différence de nature des pôles.** Selon que l'on étudie la force normative à travers l'un ou l'autre des trois pôles, on peut la percevoir avec des nuances qui expriment autant de ses définitions possibles. La valeur normative met l'accent sur la « *vocation de la norme à fournir référence* », alors que la portée normative souligne le « *fait pour la norme de servir de référence* », ce qui n'est pas exactement la même chose. La première se réfère à une force normative théorique et potentielle, alors que la seconde envisage une force normative effective et observable<sup>42</sup>.

Quant à la garantie normative, elle résulte de la *réaction potentielle et/ou effective du système juridique* afin d'assurer le respect de la norme juridique. Comme la portée normative, elle comporte donc également une dimension d'effectivité. Mais ce sont des effectivités de natures distinctes : l'effectivité de la garantie normative est une *effectivité juridique*, celle du contrôle exercé par les acteurs du droit qui sont en charge de veiller au respect de la norme, du juge au policier et au gardien de prison en passant par les fonctionnaires de l'administration. Alors que celle concernnée par ce que nous nommons « portée normative » est une *effectivité sociale* de la norme, sur le terrain et en lien avec les acteurs sociaux et les autres acteurs du droit, des auteurs de doctrine aux praticiens du droit<sup>43</sup>.

Ces nuances dans les définitions proviennent de la nature spécifique de chacun de ces pôles. La portée normative appelle une observation empirique de la réception de la norme par le corps social et les individus. Ce pôle revêt une dimension davantage socio-psychologique que les deux autres. La garantie normative telle que nous venons de l'esquisser est, en revanche, de nature typiquement juridique. Seul le système juridique est à même de l'offrir. Elle est

41. V. *infra* II. B., Les distorsions possibles entre les trois pôles, p. 829.

42. Certaines nuances de qualification permettent de rendre compte de cette différence : un rapport comme le rapport Catala, sans avoir de force obligatoire, est destiné à inspirer le législateur ou les praticiens. Dans cette *vocation à fournir référence* qui est la sienne, il a une *force inspiratoire*, autrement dit potentielle, en termes de « valeur normative » ; en revanche, si l'on veut exprimer le fait que certains rapports, comme le rapport Dintilhac, *servent effectivement de référence*, on parlera plus justement de *force inspiratrice*, donc effective en termes de « portée normative ».

43. Sur la distinction, exprimée un peu différemment, entre ces deux types d'effectivité, P. LASCOMBES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société* 1986-2, p. 127, spéc. p. 137, qui distinguent « deux axes, l'un définissant l'effectivité des normes, l'autre l'effectivité du contrôle du non-respect des normes » ; A. POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement. Contribution à la réflexion sur les sources et la validité des normes juridiques*, th. Orléans, 2009, qui développe l'idée d'un contrôle social et juridictionnel, vecteur d'effectivité de la norme, p. 525 s.

même en bonne partie, mais non exclusivement, juridictionnelle. Sa mise en œuvre passe souvent, mais pas systématiquement<sup>44</sup>, par le juge, dans le cadre du procès.

#### Spécificité de chacun des pôles en lien avec la question de la juridicité.

Plus fondamentalement, dans la graduation qu'elle offre, la garantie normative pourrait également s'avérer précieuse afin de mesurer la juridicité d'une norme. Lorsqu'elle est simplement partielle et minimale<sup>45</sup>, elle peut être accordée à des normes non juridiques, comme les normes techniques par exemple. Elle peut alors constituer une sorte de voie d'entrée dans le système juridique. En revanche, plus complète<sup>46</sup>, elle ne concerne que les seules normes juridiques. Elle présenterait alors l'intérêt de fournir une mesure plus exacte que celle qui s'appuie sur la seule justiciabilité<sup>47</sup> de la norme. En effet, certaines normes, comme les normes techniques, sont justiciables mais cela n'en fait pas des normes juridiques pour autant. En revanche, d'autres sont dotées de certains attributs de la garantie normative qui attestent, sans aucun doute possible, leur nature de normes juridiques : par exemple, elles sont susceptibles d'un contrôle de légalité, elles peuvent être soulevées d'office par le juge ou peuvent venir au fondement de sa décision.

Cela dit, selon la conception plus ou moins positiviste que l'on a du droit, on estimera indispensable pour qu'une norme soit juridique qu'elle présente des signes forts de garantie normative, telle qu'ête assortie de contrainte, ou bien, au contraire, on admettra qu'une norme puisse revêtir ou acquérir une juridicité par l'un des deux autres pôles. Par exemple, qu'une norme souple puisse être juridique par la seule autorité de son auteur (pôle valeur normative) ; ou qu'une norme spontanée le devienne par la répétition des pratiques assorties d'*opinio necessitatis* (pôle portée normative). *Chacun des trois pôles peut en effet être compris comme une voie d'accès spécifique à la juridicité.*

**Dimensions et déclinaisons des forces selon les pôles (fig. 2).** La force normative se décline de manière variée selon les pôles. Ainsi, selon sa vocation à servir plus ou moins impérativement de référence, autrement dit selon sa valeur normative, la norme est-elle susceptible d'une force variable : force obligatoire, recommandatoire, déclaratoire<sup>48</sup>, voire inspiratoire. Quant aux forces afférentes à la garantie normative, elles peuvent elles aussi être « hiérarchisées » selon leur plus ou moins grande intensité : « force contraignante », voire coercitive<sup>49</sup>, et

44. Voir le caractère opposable de la norme, ou la garantie non juridictionnelle dont elle est parfois assortie (cf. *infra* p. 834), l'exemple de la garantie des recommandations de l'AMF).

45. La garantie normative est partielle lorsque la norme est seulement *invocable* par le justiciable et mobilisable par le juge *au seuil soutien de sa motivation*.

46. La garantie normative est complète lorsque la norme est également *mobilisable par le juge au fondement de sa décision, contestable* par un recours pour excès de pouvoir, assortie de contrainte, etc.

47. Critère de la juridicité proposé par le doyen Carbonnier.

48. Sur la distinction de ces trois genres de normativité, voir « *l'éventail de normativité* », préc.

49. Avec dimension de contrainte physique.

« force exécutoire »<sup>50</sup>, mais aussi « simple force d'invocabilité » pour les normes non garanties par la contrainte juridique mais cependant invocables devant le juge ou par lui pour étayer la motivation de ses décisions. Quant aux déclinaisons de la force normative exprimant la portée normative, au sens de force effective « sur le terrain », dans la réalité sociale, elles s'expriment en des forces assez hétérogènes. S'agissant de celles qui s'exercent sur les conduites et les pratiques, on peut parler de « force régulatrice », dissuasive ou persuasive. S'agissant de la force exercée par certaines normes sur d'autres normes ou sur le droit lui-même, on parlera de « force harmonisatrice », unificatrice voire inspiratrice<sup>51</sup>.

Toutes ces déclinaisons de la force normative permettent de saisir que cette dernière se manifeste dans différentes dimensions : la dimension théorique de la valeur normative, la dimension très technique et en partie jurisdictionnelle de la garantie normative, et celle beaucoup plus empirique voire, par certains aspects, psychosociologique, de la portée normative. Bien évidemment, ces dimensions interagissent les unes avec les autres.

## B. Les rapports entre les trois pôles de la force normative

En interaction entre eux, les trois pôles de la force normative sont aussi, et c'est là une partie non négligeable de la grille d'analyse qu'ils offrent, susceptibles de distorsions qui donnent à voir la force normative dans toute sa possible complexité.

### 1) Dynamique des pôles

**Adéquation fréquente.** Les trois pôles peuvent parfaitement être en osmose pour un certain nombre de règles de droit tout à la fois obligatoires, effectives et assorties de contrainte. L'adéquation entre eux sera alors parfaite et leur examen à chacun, même s'il est susceptible de fournir plus de précisions dans l'analyse de leur force, ne présentera qu'un intérêt limité.

De manière générale, les juristes associent la forte valeur normative d'une norme avec la garantie que lui accorde l'ordre juridique. Et presupposent que plus la garantie normative d'une norme est complète, faite de contrainte et de sanction, et plus sa portée sera effective. Il y aurait alors une synergie « naturelle » entre les trois pôles de la force normative.

**Dynamique des pôles.** Ces trois pôles s'avèrent aussi reliés entre eux par des canaux très variés. Ainsi, pour augmenter la portée effective d'une norme et

favoriser son accueil par ses destinataires voire la société dans son ensemble, l'émetteur peut avoir tout intérêt, par-delà la valeur normative de celle-ci, à la faire connaître, la diffuser voire à en médiaiser les sanctions, lesquelles sont un aspect de la garantie normative, dont elle est assortie. C'est par exemple ce qu'il a fait, avec un certain succès quant à son effectivité, pour la disposition qui a étendu l'interdiction de fumer aux lieux publics dits de convivialité<sup>52</sup>. En voici une autre illustration : plus une norme semblera dotée d'une certaine légitimité sociale, donc d'une valeur normative, plus elle a de chance d'avoir une réelle portée normative, en raison de l'adhésion de certains de ses destinataires, et plus elle a de chances d'être invoquée en justice et de voir sa garantie normative se développer. Et la dynamique est vraie aussi dans le sens inverse. Le développement de la force normative du principe de précaution en fournit une très claire illustration<sup>53</sup>.

Mais, s'ils exercent une influence les uns sur les autres, ces trois pôles sont cependant loin d'être toujours à l'unisson. Et c'est alors que leur examen respectif révèle tout son intérêt.

### 2) Distorsions possibles entre les pôles

Il arrive bien souvent que l'on observe des distorsions étonnantes entre ces pôles. Certaines normes puissent leur force à l'un seul de ces trois pôles ou revêtent une force en l'absence d'un des trois. Cela provient du fait que même s'ils sont bien évidemment très reliés, ils s'avèrent aussi susceptibles d'une certaine autonomie les uns par rapport aux autres.

En effet, certaines normes puissent leur force initiale à l'un seul des trois pôles. À titre d'exemple, la force des normes spontanées, comme les usages, s'encracne *ab initio* dans leur effectivité, au pôle de la portée normative. Puis leur force se consolide ou se dément aux deux autres. Il en est ainsi pour les normes spontanées, issues de la répétition de pratiques, qui ont, en raison de leur nature même, d'abord une portée normative sur le terrain, que le législateur peut consacrer en officialisant leur valeur normative, ou le juge reconnaître en leur associant une certaine garantie normative.

Tous les cas de figure semblent possibles.

En raison de la très grande hétérogénéité des normes juridiques, des distorsions s'observent dans les deux sens.

- **Valeur normative incontestable sans garantie normative.** Certaines normes constitutionnelles, bien que supérieures dans la hiérarchie des normes,

<sup>50</sup> La force contraignante est une force qui s'exerce *sur* le débiteur, sur ses biens ; alors que la force exécutoire est une force *de l'acte*, par exemple du jugement, et plus précisément, une force dont l'acte est assorti et qui constitue une manifestation de sa garantie par le système juridique.

<sup>51</sup> Sur la teneur de ces diverses forces, extra-juridiques, de la norme juridique, voir la synthèse, VI. La typologie des forces du droit et en droit, p. 792.

<sup>52</sup> Décret n° 2006-1386 du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif.

<sup>53</sup> V. dans cet ouvrage, p. 479, la contribution de M. BOUTONNET, « La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie générale du droit ».

sont pourtant dépourvues de toute garantie normative<sup>54</sup>. C'est le cas aussi de nombreuses normes de droit international public<sup>55</sup>. Elles ont une *force normative de principe*.

Dans le même ordre d'idée, certaines lois<sup>56</sup> dites mémorielles ou certains articles premiers de loi énonçant un objectif revêtent, par leur nature, une valeur normative, mais sans aucune garantie normative *a priori*<sup>57</sup>. En ce qui les concerne, l'idée même d'une sanction ou d'une possible contrainte est un non-sens. Elles sont dotées d'une simple et puissante *force symbolique*.

- **Faible valeur normative initiale et forte garantie normative *a posteriori*.** Parfois la garantie est conférée par le juge *a posteriori*. Des instruments déclaratoires *ab initio*, comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou le préambule de la Constitution de 1946, dotés d'une faible valeur normative initiale, bien que d'une très grande valeur et portée symboliques, se sont vus assortis d'une garantie normative ensuite, au point pour le juge constitutionnel de les intégrer au bloc de constitutionnalité. Il en est de même pour les préambules des actes communautaires, auxquels la Cour de justice de communautés européennes peut accorder une garantie, malgré leur valeur *a priori* purement déclaratoire<sup>58</sup>. Ces instruments déclaratoires à l'origine témoignent d'une *force normative évolutive*.

Le droit au logement en fournit également un très bel exemple. À l'origine simple droit fondamental dénué de toute garantie<sup>59</sup>, il s'est d'abord vu qualifier d'*« objectif à valeur constitutionnelle »*<sup>60</sup>, puis a été déclaré *invocable* dans certains cas par la Cour de cassation, pour finalement devenir un droit *opposable légalement consacré*<sup>61</sup>. Il constitue une illustration topique de la possible *désification progressive de la garantie normative* qui lui est attachée par le système juridique.

54. Ainsi, l'alinea 1<sup>e</sup> de l'article 20 de la Constitution : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique “de la Nation”, qui ne peut être sanctionnée par un juge ou invoquée par un justiciable ». En pratique en effet, sauf période de cohabitation, cet article est ainsi allègrement transgessé par le président de la République, qui détermine et conduit lui-même la politique nationale, sans encourrir aucune sanction.

55. V. sur cette distinction R.-J. Dupuy, qui dissocie les plans normatif et coercitif, in *Droit déclaratoire et droit programmatrice : de la coutume sauvage à la soft law*, Société française de droit international, Pédone, 1975, p. 132.

56. Ou celles prévoyant des funérailles nationales.

57. V. sur cette question *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21/2006 1.

58. S. LEMAIRE, *Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I*, Dalloz, 2008, p. 2157.

59. Loi du 6 juillet 1989, art. 1<sup>e</sup> : « Le droit au logement est un droit fondamental ».

60. Qualification de nature à renforcer sa valeur normative, Cons. constit., 19 janvier 1995, n° 94-359 DC.

61. Art. 1<sup>e</sup> de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opprisable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

## b) Distorsions entre valeur et portée normatives

- **Valeur obligatoire sans portée normative.** Nombre de lois, bien que théoriquement dotées de force obligatoire, n'ont pas ou plus d'effectivité, faute d'une véritable réception par leurs destinataires. Ici prennent place des questions de désuétude et d'ineffectivité. Elles témoignent d'une *force normative simplement potentielle mais non effective*.

- **Faible valeur normative et grande portée normative.** À l'inverse, nombre de recommandations d'autorités administratives servent de référence à leurs destinataires<sup>62</sup>. Bien que dotées d'une moindre valeur normative, simplement recommandatoire, et d'une garantie normative minimale<sup>63</sup>, elles exercent pourtant une *force effective*. Certaines sont même perçues comme obligatoires voire « contraignantes » par les acteurs qu'elles concernent. C'est, par exemple, le cas des recommandations de l'Autorité des marchés financiers pour les acteurs de la place financière concernés. Et dans une mesure peut-être moins forte mais non négligeable pour les recommandations de la Commission des clauses abusives<sup>64</sup>. Ce qui vaut pour ces recommandations est aussi vérifiable plus largement pour un certain nombre d'instruments de droit souple. Vérifiables références pour ceux auxquels ils s'adressent, malgré leur absence de force obligatoire, ils sont parfois dotés d'une véritable *force régulatrice* des conduites et des pratiques.

## c) Distorsions entre portée et garantie normatives

Certaines normes, bien que sanctionnées par le juge et donc dotées de garantie normative certaine et effective, n'ont qu'une bien faible portée normative. Parmi d'autres exemples possibles, celui de l'exigence de parité homme/femme en matière électrique, sanctionnée d'amendes aux partis, mais que ceux-ci préfèrent souvent payer plutôt que d'établir des listes à parité. Ou encore celui de certaines prescriptions imposées aux entreprises au profit des personnes handicapées : malgré la sanction financière, les entreprises préfèrent quelquefois payer plutôt que de se mettre en conformité avec la réglementation. Les phénomènes de calcul du « prix de la violation », la question des fautes lucratives et plus largement nombre de phénomènes de déviance sociale illustrent cette possible distorsion entre une portée normative faible et une garantie normative qui ne se révèle finalement pas suffisamment dissuasive pour modérer les conduites et les pratiques.

62. V. *infra*, p. 834, pour le développement de différents exemples de recommandations.

63. Elles sont seulement invocables en justice, et mobilisables par le juge au soutien de sa motivation, mais pas au fondement de sa décision, comme chef de cassation (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 399), non susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 16 janvier 2006, *RDC*, 2006, p. 670, C. Péres) et bien évidemment non sanctionnables juridiquement, encore moins assorties de contrainte.

64. V. *infra* p. 834, les variations de la portée normative des recommandations dans les exemples concrets de diagnostic de force normative développés ci-dessous.

*Pour revêtir une certaine force normative, une norme n'a donc pas besoin d'avoir de la force à chacun des trois pôles, ni que sa force y soit portée à son plus haut degré d'intensité.*

### C. Le diagnostic de force normative grâce aux trois pôles

Pour établir le diagnostic le plus complet et précis possible de la force d'une norme, il est nécessaire de déterminer sa valeur normative, d'observer sa portée normative et de mesurer la garantie normative que le système juridique lui accorde. Ce qui fait de l'appreciation de la force d'une norme, une opération complexe, et de son résultat, une évaluation très spécifique, « sur mesure » pour chaque norme examinée. Pour y parvenir, voici les principales questions à se poser à chacun des pôles.

#### 1) Détermination théorique de la valeur normative

Il s'agit d'abord de déterminer l'intensité de la vocation de la norme à fournir référence par les réponses aux questions suivantes :

- Quelle est la source de la norme? Et, plus précisément, quelle est la nature de cette source<sup>65</sup>? Formelle ou non formelle? Officielle ou officieuse? Etc.
- Quelle place occupe-t-elle dans la hiérarchie des normes? Y figure-t-elle?
- Quelle est l'autorité de son émetteur? Au sens juridique? Au sens large d'autorité politique, sociale, d'expertise, etc.?
- La norme est-elle formellement valide? Quel a été son mode d'élaboration? La validité de la procédure suivie? La compétence de son émetteur? Sa conformité aux normes qui lui sont supérieures?
- De quelle nature est l'instrument qui la porte?
- Quelle est la formulation de son énoncé? Le mode de conjugaison utilisé?
- Son contenu est-il légitime?
- Quelle est l'intention de l'émetteur de la norme? Qu'en révèlent les travaux préparatoires?
- Quelles forces créatrices sont à son origine?

Grâce aux réponses à cette première série de questions, on pourra déterminer juridiquement la force conférée à la norme par sa source, autrement dit sa valeur normative.

#### 2) Observation empirique de la portée normative

Il s'agit ensuite d'observer le fait pour la norme de servir de référence, grâce aux réponses aux interrogations suivantes :

- La norme produit-elle des effets sur les conduites, sur les pratiques, ou sur le droit lui-même?
  - Si oui, quel type d'effets produit-elle? De régulation, de dissuasion, de persuasion, d'harmonisation, etc.?
- Sont-les effets escomptés? Des effets secondaires? Des effets pervers?
  - Comment la norme est-elle perçue et reçue par ses destinataires? Par le corps social? Par les auteurs de doctrine? Par les praticiens du droit?
  - *Quid* des forces sociales de réception de la norme telles que les forces de soutien, ou de résistance?
- Grâce à cette deuxième série de questions, il sera possible d'évaluer socialement la force exercée par la norme, c'est-à-dire sa portée effective.

#### 3) Mesure technique de la « garantie normative »

Il s'agit enfin de mesurer la réaction, potentielle et effective, du système juridique afin d'assurer le respect et la validité de la norme.

- La norme est-elle assortie de contrainte, au sens juridique du terme de possible contrainte par l'autorité publique? Est-elle susceptible d'exécution forcée? En nature ou seulement par équivalent?
- La norme est-elle sanctionnable? Quelles sont les sanctions prévues? Les sanctions effectivement appliquées?
- La norme est-elle contestable? Par quels recours? Par un recours pour excès de pouvoir? Par qui?
- Est-elle utilisable pour le contrôle d'autres normes? Au fondement d'un contrôle de constitutionnalité, de légalité, de conventionnalité?
- Est-elle « mobilisable » par le juge? Par quel juge? Par tous les juges?
- À quelles fins? Au fondement de sa décision, comme chef de cassation? Simplement à l'appui de sa motivation? Comme directive d'interprétation, comme modèle de solution dans un conflit de normes? Le juge peut-il la soulever d'office?
- La norme est-elle opposable? Par qui? À qui?
- La norme est-elle invocable? Par qui? Est-elle recevable comme moyen de droit? Comme moyen au fondement d'une prétention?

Et ces mêmes questions dans leur volet d'effectivité juridique : la norme est-elle effectivement sanctionnée, contrôlée, invoquée, etc.?

Les réponses à cette troisième série de questions permettront de mesurer techniquement la force accordée à la norme par le système juridique, autrement dit le degré de garantie qu'il lui offre, potentiellement et effectivement.

#### 4) Appréciation et mesure de la force normative selon les pôles

La force normative ne se mesure pas de la même manière selon les pôles. Dans sa dimension de valeur normative, elle peut se déterminer hiérarchiquement et techniquement et *a priori*, en s'interrogeant sur sa valeur obligatoire ou simplement recommandatoire voire déclaratoire. Dans sa dimension de

65. Sur la typologie des sources, C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mél. Ph. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 518.

portée normative, la force peut s'évaluer psychosociologiquement et *a posteriori*. Il s'agit d'une évaluation empirique qui passe par la « mesure des écarts », notamment entre les effets escomptés par l'émetteur et ceux effectivement produits par la norme sur ces destinataires<sup>66</sup>. Quant à la force dans sa dimension de garantie normative, la question de la mesure peut s'envisager en deux temps et de deux manières, selon qu'il s'agit de la garantie potentiellement accordée par le système juridique et de celle effectivement appliquée par les juges et par les autres acteurs juridiques. Il est en effet des normes sanctionnables et mobiliables théoriquement mais qui ne sont pas effectivement sanctionnées et mobilisées par le juge et les justiciables. Ces nuances dans l'appréciation et la mesure de la force à chacun des Pôles reflètent les dimensions et temporalités différentes dans lesquelles ils s'inscrivent.

### 5) *Mise en œuvre du modèle proposé : exemples concrets de diagnostic de la force normative (fig. 3<sup>67</sup>)*

Prenons l'exemple de ce décret du 22 septembre 2004<sup>68</sup> qui a consacré juridiquement l'obligation d'étiquetage des bagages, instituée quelque temps auparavant par la SNCF. Sa valeur normative, obligatoire, est indiscutable. En outre, cette obligation est assortie de sanction, puisque sa méconnaissance est érigée en contravention de 1<sup>re</sup> classe et peut aller, selon ce texte, jusqu'à entraîner un refus d'accès au train. Sanctionnable, ce décret fait donc également l'objet d'une garantie normative potentielle indéniable. En revanche, ces sanctions n'étant pas mises en œuvre par les agents de la SNCF, il n'est donc pas effectivement sanctionné. Il est en outre fort peu respecté par les usagers du train, d'où une portée normative extrêmement faible en pratique.

En d'autres termes, si ce texte revêt bien une force normative potentielle forte, faite de force obligatoire doublée de force contraignante, sa force normative effective (portée et garantie réelles) est extrêmement faible, pour ne pas dire nulle. On constate ici qu'au lieu d'une réponse théorique sur la seule force obligatoire, évidente, de ce décret, on obtient, grâce au diagnostic des trois pôles de la force normative, une réponse bien plus affinée et plus proche de la réalité du droit.

À l'inverse, prenons l'exemple d'une recommandation émise par l'Autorité des marchés financiers. Sa valeur normative est faible, simplement recommandatoire, ce qui lui confère une force normative théoriquement moindre. En revanche, sa portée normative est extrêmement forte, car elle est perçue comme obligatoire par ses destinataires que sont les acteurs de la place boursière. Elle est même si forte qu'elle n'est jamais discutée en justice. D'ailleurs, ces recommandations ne jouissent d'aucune garantie juridictionnelle, ni potentielle ni effective ; et

elles n'en ont pas besoin. Est-ce à dire qu'elles soient dépourvues de toute garantie normative ? Non, car le non-respect de cette recommandation entraîne des conséquences pour ses destinataires, notamment un risque de refus d'autorisat<sup>69</sup> par l'AMF elle-même. Autrement dit, elle est dotée d'une garantie qui passe par l'autorité administrative indépendante elle-même. Une garantie qui, pour n'être pas juridictionnelle, n'en est pas moins extrêmement efficace et contraignante<sup>70</sup>.

Toutes les recommandations d'autorités administratives indépendantes ne sont cependant pas dotées d'une pareille portée normative. Celle des recommandations de la Commission des clauses abusives va ainsi dépendre de la qualité de ses destinataires : tous les professionnels ne les suivent pas, alors qu'elles sont très effectives pour les associations de consommateurs. Quant à leur garantie par l'ordre juridique, si elle est potentiellement inexisteante faute d'être prévue, en l'absence de force contraignante et de sanction de ces recommandations, elle existe malgré tout. En effet, le juge y recourt dans la motivation de ses décisions, et l'avocat du consommateur les invoque dans ses conclusions.

Ou encore l'exemple du rapport Dintilhac<sup>71</sup>, qui propose une nomenclature des préjudices corporels. Concernant sa *valeur normative*, le premier réflexe du juriste serait de la nier purement et simplement. Il est en effet incontestable qu'il s'agit d'une simple proposition, émanant de praticiens et d'universitaires, dénuée de tout caractère obligatoire et qui n'a pas sa place dans la hiérarchie des normes telle que les juristes la conçoivent. Mais si, au lieu de se situer du point de vue de la hiérarchie normative, on considère sa valeur à travers le prisme des forces créatrices qui ont contribué à son élaboration, il est cependant possible de lui reconnaître une certaine valeur, au sens d'une certaine autorité. Ses auteurs ont une indéniable légitimité pratique et théorique. Cela n'est de toute évidence pas sans lien avec la très forte portée normative de ce rapport et de la nomenclature qu'il porte. Cette nomenclature est en effet quasi-systématiquement mise en œuvre par les avocats, les médecins-experts et les magistrats qui traitent de ces questions. *Quid de sa garantie normative ? A priori*, il en est dénué. Son non-respect ne saurait bien évidemment entraîner une quelconque sanction par exemple. Cependant, n'observe-t-on pas d'autres effets indirects<sup>72</sup> ? Toute garantie normative indirecte ne paraît pas exclue.

Ces exemples éclairent la garantie normative dans des dimensions jusque-là restées dans l'ombre : il y a bien sûr la garantie officiellement apportée par le

69. Ou un risque de refus d'émettre s'agissant du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

70. Même si c'est d'une force contraignante particulière qu'il s'agit. L'AMF relaie ainsi le juge dans son pouvoir de sanction.

71. Rapport en date du mois de juillet 2005, élaboré par un groupe de travail dirigé par J.-P. DINTHILAC et composé notamment de magistrats, d'avocats, de professeurs d'Université et d'experts.

72. Sur ce point et pour une première mise en application des trois pôles de la force normative, v. M. ROBINEAU, *Le statut juridique de la nomenclature Dintilhac. Expertise et indemnisation*, actes d'un colloque tenu à Aix en nov. 2008, Ed. hospitalières, 2009 (à paraître).

66. Sur cette question de la mesure des écarts, v. l'article de P. LASCOUMES et E. SERVERNÉ, préc.

67. Fig. 3 – Exemples de diagnostic de la force normative, p. 844.

68. Décret n° 2004-1022 du 22 septembre 2004.

droit, qu'elle soit potentielle et/ou effective. Mais il en est d'autres qui, pour être non juridictionnelles<sup>73</sup> ou indirectes<sup>74</sup>, n'en sont pas moins fort efficaces, et qui demandent une connaissance de la pratique pour pouvoir être précisées et mesurées.

\* \* \*

**La force normative, une co-création des multiples acteurs en droit.** Tous les acteurs peuvent être concernés au stade de la genèse de la force normative — et pas seulement l'émetteur officiel de la norme — et tous sont nécessaires à la production et à la mesure de cette force, si l'on tient compte de la manière dont elle se décline aux trois pôles. Le législateur ou plus largement le « juriste » en édictant la norme bien sûr, mais aussi l'administration en l'appliquant et en l'interprétant, le juge en contribuant à l'interprétation et à l'effectivité de la norme, l'expert en influençant la décision du juge, l'avocat en invoquant telle norme plutôt que telle autre, en développant telle interprétation de la norme plutôt que telle autre, les destinataires — ou auteurs<sup>75</sup> — de la norme, qu'ils soient praticiens du droit (notaires, assureurs, etc.) ou acteurs sociaux, institutionnels et médiatiques, personnes morales, simples particuliers, tous contribuent, chacun dans leur fonction, à leur place et à leur manière, à la force normative.

Et, corrélativement, aucun acteur ne la maîtrise complètement à lui seul; certains l'insufflent, d'autres l'activent<sup>76</sup>, la réveillent, l'amplifient ou la déniennent, d'autres encore la rendent consciente ou la font vivre. Mais aucun de ses acteurs n'en est maître, même si certains peuvent plus que d'autres l'infléchir. *La force normative est une co-création; c'est, pour chaque norme, une œuvre commune, vivante et unique.*

**La force normative du droit, au sein d'un champ de forces de toutes natures (fig. 4).** La synthèse l'a montré, après bien d'autres études de sociologie de philosophie et de théorie du droit, la force des normes juridiques ne peut se comprendre qu'en relation avec de multiples autres forces : les forces sociales<sup>77</sup> bien sûr, dont le droit jaillit, que celui-ci façonne et qui le transforment dans d'incessantes et complexes interactions, les « forces imaginantes », qui lui insufflent de profondes et puissantes transformations<sup>78</sup>; et les « forces fondamentales » d'ordre extra-juridique, qui fondonnent la force normative et sont reliées à toutes les autres. Et toutes ces forces sont en interaction les unes avec

les autres. Autant dire que la conceptualisation de la force normative comprise dans sa complexité relève non pas d'une « théorie pure » mais d'une « théorie ouverte du droit».

**Les retombées théoriques et philosophiques du modèle de force à trois pôles.** Elles sont nombreuses et importantes. Dans ce modèle de compréhension et de diagnostic de la force normative, aucun des trois pôles — valeur, portée, garantie — ne concentre toute la force à lui seul. Aucune dimension ne l'épuise. La contrainte et la sanction y ont leur place, mais une place relativisée, au sein du pôle de la garantie normative. Elles n'apparaissent donc plus comme centrales et ne peuvent plus prétendre constituer des critères infali- bles du droit ou de la norme juridique. Une norme peut très bien être dotée de force normative sans contrainte et sans sanction, et sa positivité peut aussi se vérifier à chacun des deux autres pôles, par sa valeur théorique et sa portée effective. De même, la hiérarchie des normes, et la place qu'y occupe ou non la norme selon le modèle kelsienien, même revisité, est un indice de valeur, donc de force normative important certes, mais un indice parmi d'autres. Autrement dit, elle aussi perd en centralité. C'est que le modèle proposé déborde celui d'une « théorie pure » pour une « théorie ouverte » du droit au sens où il mixe les indicateurs juridiques et extra-juridiques de la force des normes pour faire place à la dimension psychosociologique<sup>79</sup>.

Que trouve-t-on alors au cœur de la force normative en droit? Ce n'est plus là de droit qu'il est question mais des forces extra-juridiques qui l'animent : force symbolique, force du langage et force de la croyance dans la force du droit. Ce sont alors les hommes<sup>80</sup> qui apparaissent, dans toute leur humaine complexité, à la fois source et cible de la force du droit et de ses normes.

**Bilan et Perspectives ouvertes.** Cette recherche sur la force normative ouvre probablement au moins autant de perspectives qu'elle n'éclaire de questions. Il n'en résulte ni un concept de force normative fait d'une seule pièce, ni une seule force fondamentale et unifiante, comme celle que cherchent les physiciens, mais un concept complexe à plusieurs dimensions et des forces multiples en incessante interaction.

Quid de la force normative en système de *common law*? Quid de la force normative travaillée par la mondialisation du droit? Quid de la force normative des multiples instruments non évoqués dans cet ouvrage et qui participent du paysage juridique contemporain, comme les communiqués, les avis et bien d'autres encore? Quid du lien entre la force normative et la juridicité de la norme? Quid des intérêts d'une véritable notion juridique de « garantie normative »? Autant de questions qui s'ouvrent.

Puisse ce livre donner à réfléchir, à dialoguer et à déplacer quelques lignes de nos représentations juridiques.

73. Exemple de la recommandation de l'AMF.

74. Exemple du rapport Dintilhac.

75. V. la genèse de la norme spontanée, par la répétition des pratiques.

76. Le juge — et, dans une mesure moindre, les autres praticiens — possèdent le pouvoir d'activer la force normative.

77. Au sens le plus large et le plus englobant de cette expression.

78. M. DELMAS-MARTY, *Postscriptum sur les forces imaginantes du droit*, p. 847.

79. Remettant ainsi à l'honneur la pensée d'un Georg JELLINEK que celle de KELSEN avait contribué à tenir dans l'ombre.

80. Comp. « [Les] forces qui animent le droit sont au fond les mêmes que celles qui font agir les hommes », F. GRUA, « La fée et l'horloge », *RID civ*, 2001, p. 319, n° 5.

**La force et la forme.** Puisse-t-il au moins aider à relativiser l'attachement voire la fascination<sup>81</sup> qu'ont parfois les juristes pour la forme : sources formelles, validité formelle, formes des énoncés, des instruments, des procédures, des ordonnancements... Cela peut se comprendre car la forme a pour elle nombre d'atouts auxquels la force ne saurait prétendre. L'atout du visible, car la forme se donne à voir. L'atout d'une certaine stabilité, car la forme fixe et sécurise, pour un temps au moins. Alors que la force, elle, est invisible, sous-jacente, insaisissable et toujours en mouvement.

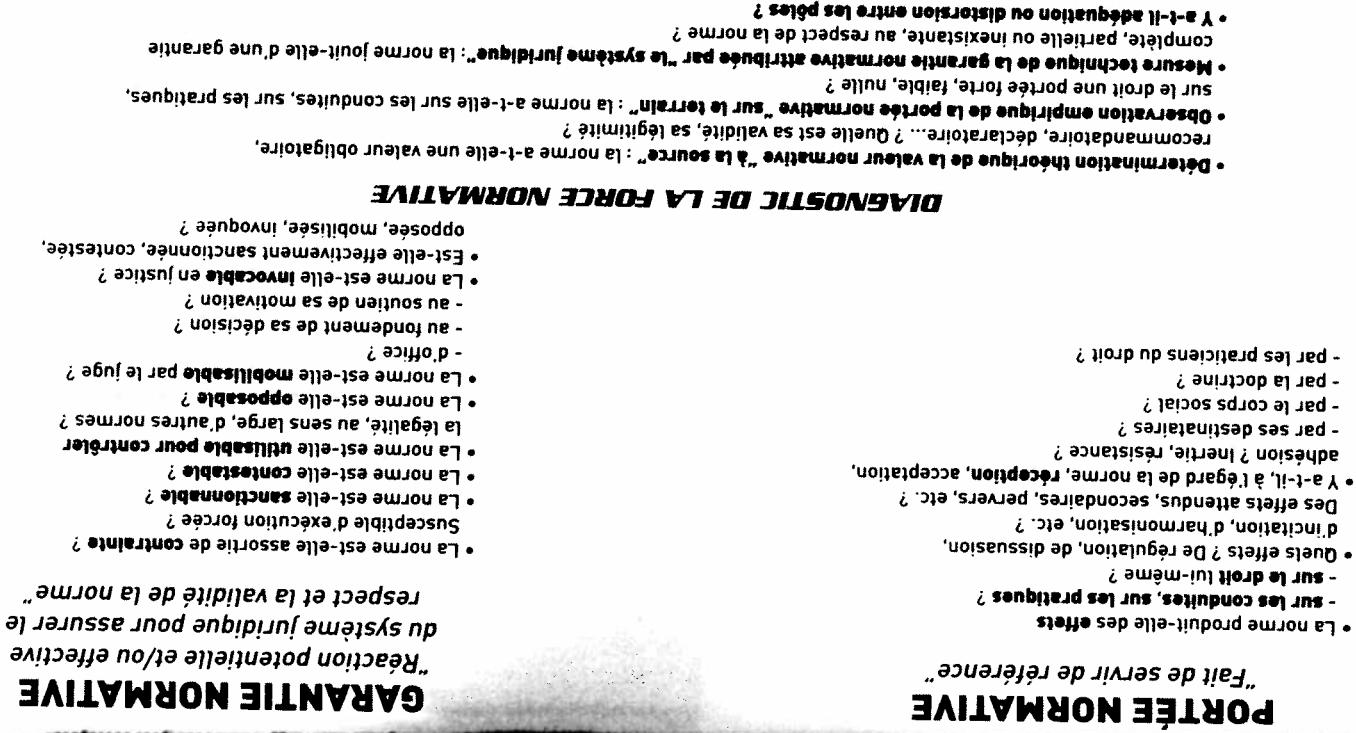
Pourtant force et forme dansent ensemble. En droit comme ailleurs, la force travaille à travers les formes qui l'expriment en retour. La force parcourt la forme, la traverse, l'anime et la dépasse de toutes parts. Elle ne se laisse pas circconscrire. Certes la forme reflète la force, la structure, la sculpture et la densifie. Elle en constitue le phénomène, la manifestation. Elle cristallise la force à un moment donné et fixe pour un temps le jeu des forces.

Mais s'arrêter à la force de la forme, c'est laisser la densité du droit faire écran. La force de la forme n'épuise pas la force de la norme en droit, loin s'en faut. Puisse ce livre contribuer à nourrir l'attention et la réflexion des juristes, par-delà le monde des formes, sur cette dimension subtile de la force qui soutient le droit et ses normes.

\* \* \*

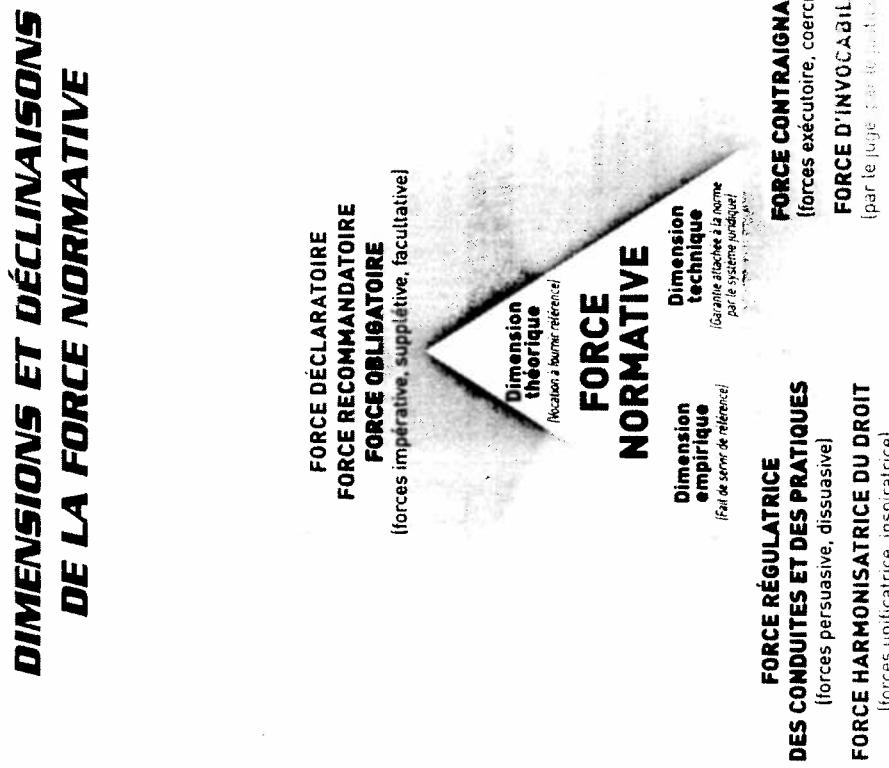
81. V. la très belle et profonde citation de Jacques DERRIDA mise en exergue de la contribution d'Émeric NICOLAS et de Cyril SINTEZ : « La forme fascine quand on n'a plus la force de comprendre la force en son dedans. C'est-à-dire de créer ».

# SYNTHESE



**OUTIL DE DIAGNOSTIC DE LA FORCE DES NORMES EN DROIT**  
**DE LA FORCE NORMATIF**  
**DES TROIS POLES**

Fig. 2



## EXEMPLES DE DIAGNOSTIQUE DE LA FORCE NORMATIVE

Fig. 3

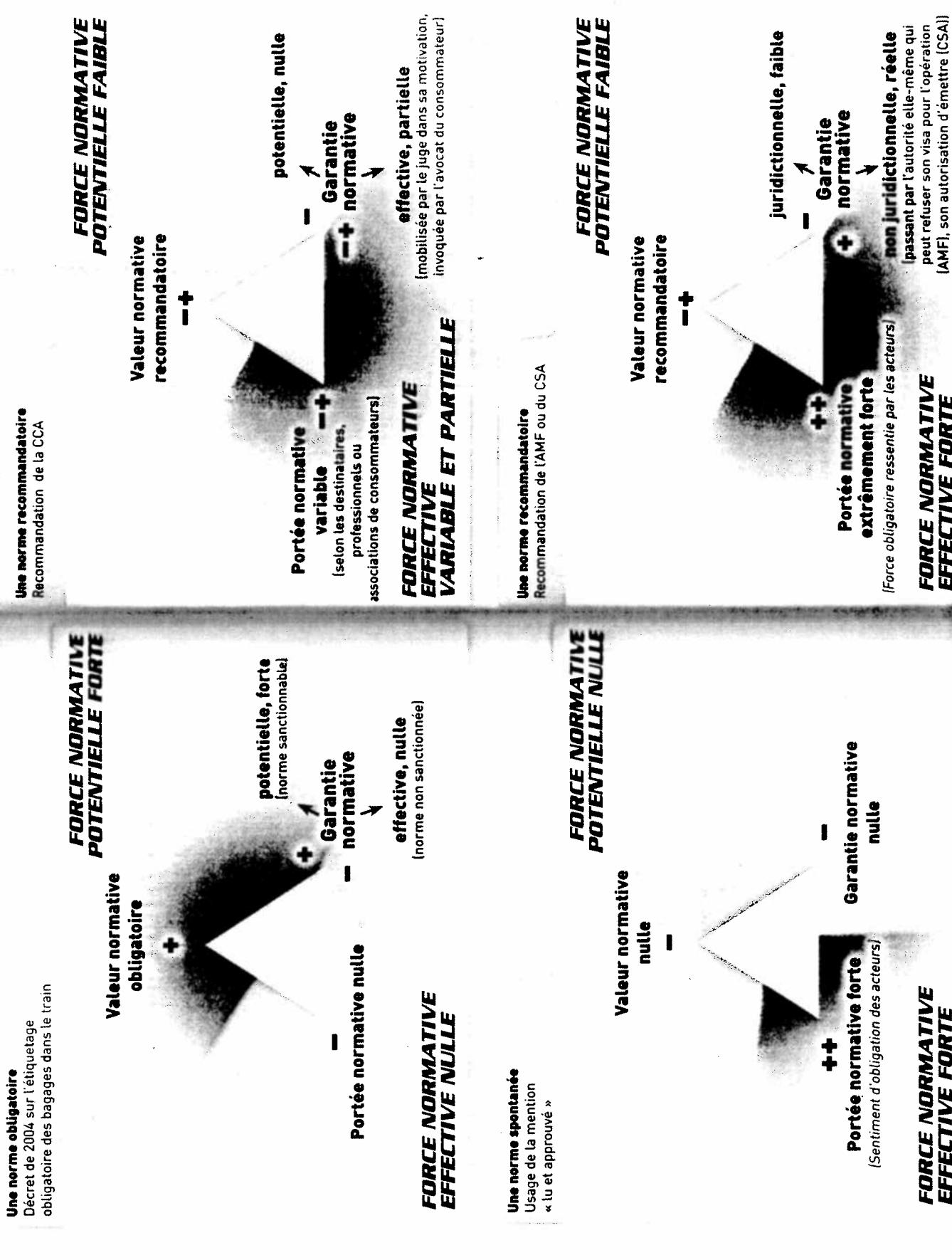
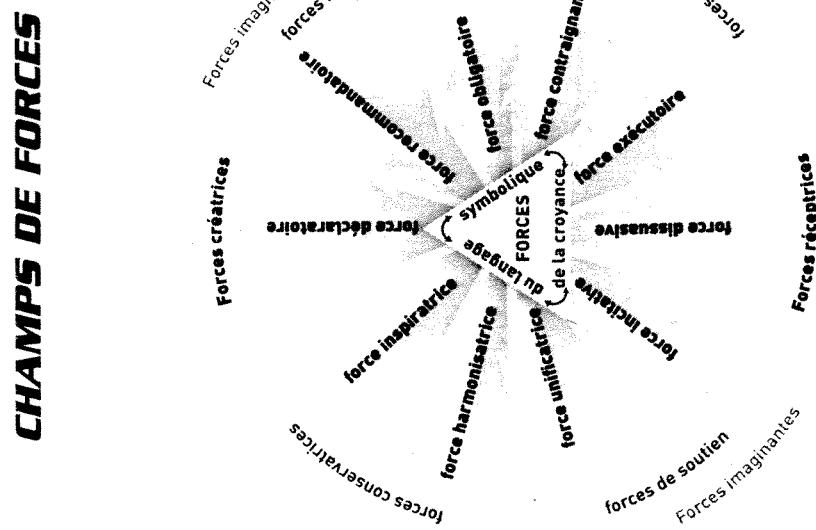


Fig. 4



## *Post-scriptum sur les forces imaginantes du droit*

Mireille DELMAS-MARTY  
Professeur au Collège de France

La force normative serait-elle si menacée que l'on se hâte à son chevet ? Où s'agit-il plutôt, comme le suggère l'Introduction de ce livre, d'en repérer les différentes significations dans un effort, non pour définir et délimiter donc exclure, mais pour ouvrir le débat en accueillant les questions qui aussitôt affluent, « des plus pointues sur un plan technique aux plus amples sur le plan théorique ». Au risque de remettre en cause quelques-unes des certitudes que l'on croyait acquises, comme l'assimilation de la force normative à la force obligatoire.

Or c'est précisément d'une telle remise en cause que nous avons besoin et ce n'est sans doute pas un hasard si cet ouvrage collectif intitulé *La force normative. Naissance d'un concept*, grand ouvert sur diverses disciplines et diverses approches, prend place ici et maintenant. Ici, en France, pays de droit écrit, pays des grands codes unificateurs et stabilisateurs, où la pensée juridique a longtemps identifié le droit à l'Etat. Et maintenant, en ce début du xx<sup>e</sup> siècle où l'on commence à percevoir les effets perturbateurs, pour l'ordre juridique national et international, de l'intégration des systèmes de droit dans des ensembles inter mais aussi supranationaux, voire transnationaux, à l'échelle européenne comme à l'échelle mondiale, et dans des domaines aussi variés que, par exemple, le commerce, l'environnement, la bioéthique ou la justice pénale.

Ayant jusqu'à présent davantage réfléchi sur l'imagination comme processus transformateur d'un imaginaire juridique qui ne me semble plus adapté, même comme fiction, à représenter un champ juridique en pleine mutation, je limiterai mon propos à quelques notes écrites en *post-scriptum* par une juriste habituée des chemins de traverse et familière de l'école buissonnière. Des notes pour tenter d'élucider s'il existe des liens de parenté — et lesquels ? — entre la force normative, les forces créatrices du droit au sens donné par Georges Ripert, et les forces imaginantes du droit, expression que j'ai empruntée aux « forces

- La force normative est :
- l'émanation des forces fondamentales et extra-juridiques, du centre
  - la conjonction de forces, juridiques et non juridiques, du 2<sup>e</sup> cercle
  - le résultat de l'interaction avec les forces, sociales et imaginantes, des 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> cercles.