

Intervalle Interprétatif Normatif : Un Déclencheur Du Flou Normatif Dans Le Vécu Quotidien De Nos Sociétés

Thomas LEMBA MALAMBA¹, Clément KUETE NYIMI BEMUNA²

¹Chef de Travaux

²Professeur Associé

Département de Philosophie /Faculté des Lettres, Langues et Arts

Université Pédagogique Nationale

B.P 8815/Kinshasa – Ngaliema

République démocratique du Congo

Auteur correspondant : Thomas LEMBA MALAMBA,



Résumé : Cet article analyse la tension entre l'ostentatoire série de normes et l'interprétation de ses normes dans la vie quotidienne des sociétés données qui incarnent des valeurs innées ou enracinées par rapport à leur vécu de chaque jour. C'est pourquoi avec la philosophie du droit, nos recherches s'interrogent sur la question de savoir si la validité du droit repose uniquement sur son adoption formelle ou si des considérations morales sont indispensables à sa légitimité ou encore il faut seulement insister sur les fondements de l'autorité juridique. La discussion souligne les implications de cette tension pour les systèmes juridiques contemporains, notamment dans le cadre de légalisation du mariage homosexuel, l'euthanasie, la vente des hormones humains, la fécondation in vitro...

Mot clés : Positivisme juridique, justice morale, légitimité, normativité, normalité, flou normatif, intervalle interprétatif, tension légitime

Abstract : This article analyzes the tension between an ostentatious set of norms and the interpretation of these norms in the daily life of given societies that embody innate or deeply rooted values in relation to their everyday experiences. Therefore, using the philosophy of law, our research questions whether the validity of law rests solely on its formal adoption, whether moral considerations are indispensable to its legitimacy, or whether it is necessary to focus exclusively on the foundations of legal authority. The discussion highlights the implications of this tension for contemporary legal systems, particularly in the context of the legalization of same-sex marriage, euthanasia, the sale of human hormones, in vitro fertilization...

Key words : Legal positivism, moral justice, legitimacy, normativity, normality, normative ambiguity, interpretative interval, legitimate tension.

Introduction

La philosophie du droit s'est toujours interrogée sur la nature et la légitimité des normes juridiques. Deux grandes traditions s'opposent : le positivisme juridique qui considère le droit comme un système autonome de règles valides indépendamment de toute considération légitime, et l'approche légitime qui estime que la légitimité doit toujours aller de pair avec la légalité dans des sociétés présumées raisonnables ou justes. Cela soulève non seulement une question fondamentale telle que : un droit injuste peut-il être considéré comme valide ? mais aussi, une difficulté persistante dans la confrontation entre légalité et légitimité conduisant à la question : comment concilier la sécurité juridique qui exige des règles claires et stables, avec la justice, qui suppose une ouverture aux valeurs morales ?

Ces questions trouvent leurs éclaircissements dans les parties du développement structurées de la manière suivante :

La première partie intitulée : « Intervalle d'interprétation normative » où nous nous appuyons de Hans Kelsen qui défend une conception positiviste, selon laquelle le droit est un système normatif hiérarchisé, fondé sur une norme fondamentale. La validité d'une règle dépend uniquement de son insertion correcte dans ce système, et non de sa conformité à la morale. La deuxième partie nommée : « Flou normatif » dans laquelle nous démontrons comment l'intervalle interprétatif d'une norme crée un flou normatif et comment ce dernier rend difficile la vie en société humaine et la troisième partie consacrée au « pourquoi les normes » dans nos sociétés où les choses devraient se résoudre naturellement sans fracas, ni dérive car chacun est créé à la ressemblance de Dieu.

1. Intervalle d'interprétation normative

Le concept « intervalle interprétatif » signifie la représentation de l'espace au sein duquel se déploie le sens d'une norme. Il constitue un ensemble contenant toutes les interprétations acceptables d'une norme à un moment donné, c'est-à-dire celles qui conservent un lien de vraisemblance suffisant avec les interprétations généralement acceptées ayant cours au sein du champ social semi-autonome concerné. Affirmer qu'une norme est valide lorsqu'elle est « valide pour un certain espace et un certain temps ; c'est-à-dire qu'elle se rapporte à des événements qui peuvent se dérouler seulement quelque part et à un moment donné¹ ». Au-delà des frontières de cet ensemble se situent toutes les interprétations inacceptables, c'est-à-dire celles dont l'éloignement d'avec le sens de la norme rompt le lien qui les unirait.

L'intervalle interprétatif d'une norme constitue un instantané de sa trajectoire à un moment donné. Nous pouvons par conséquent affirmer que la trajectoire d'une norme ressemble plus à un conduit d'une largeur qui varie selon l'époque et les caractéristiques de la norme concernée, et non à une trame révélant des ajustements successifs mineurs conduisant à une interprétation unique.

L'étendue de l'intervalle interprétatif est déterminée par une multitude de facteurs, dont le premier est la formulation de la norme. Normalement, plus la formulation est précise, plus l'intervalle reste étroit, vice versa. Ainsi les normes inférentielles tendent à évoluer dans des intervalles étendus tandis que ceux des normes formulées sont généralement exigus. Il ne faudrait pas en conclure que les normes inférentielles sont dénuées de balises et perdent de ce fait leur caractère normatif. La formulation de la norme constitue le premier indice de son contenu, mais ne détermine aucunement son existence en tant que norme. Des normes existent, même si cela est difficile de les désigner avec précision, parce qu'elles retiennent les limites d'une forme, qu'elles occupent un espace normatif qu'il est possible d'identifier. Cette identification prend l'apparence d'une désignation abstraite comme, par exemple, les règles d'équité en matière commerciale ou spécifique comme les spécifications relatives à un produit industriel constituent donc un premier indice de l'étendue et de la localisation de l'intervalle de la norme dont il est question. Mais la détermination de son étendue ne s'arrête pas là.

L'intervalle interprétatif concerne, en effet, les interprétations acceptables de la norme. Il concerne ainsi la nature de la norme puisque ce sont les limites de son principe qui sont définies par l'ensemble des interprétations acceptables de son sens. L'intervalle interprétatif représente la situation d'une norme à un moment déterminé, c'est-à-dire ce qu'elle englobe par sa portée. La norme n'est donc pas un construit statique, même si parfois ses caractéristiques formelles peuvent longtemps maintenir cette apparence. Elle s'ajuste et se réajuste continuellement aux vicissitudes de la vie en société, de la complexité des relations que nous y nouons et des multiples événements et paramètres qui ne peuvent être contrôlés. Elle est le produit de cette réalité. La normativité suit notre existence, elle ne la précède pas. C'est pourquoi les intervalles interprétatifs sont toujours contingents. Ce sont d'ailleurs bien souvent des interprétations qui ne semblaient pas acceptables initialement qui éventuellement finissent par devenir le lieu commun de la norme, pour en définir le sens véritable.

Il est nécessaire de déterminer comment le caractère acceptable ou inacceptable d'une interprétation est déterminé et par conséquent comment se construit le flou devant une norme.

¹ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Traduction de Olivier Beaud, FUP, Paris, 1996, p. 191.

2. Flou normatif

En définitive, le concept d'intervalle interprétatif vise à rendre compte de la réalité du flou normatif. Bien que potentiellement frustrant l'autre parce qu'il nie la possibilité d'une connaissance parfaitement objective de la norme, ce mot doit être considéré comme libérateur puisqu'il inscrit en lui le caractère fondamentalement humain de cette dernière. En effet, l'objectivation suppose que la réalité est une condition externe à l'être humain et que ce dernier ne peut agir sur elle que de façon fort limitée. Ainsi, la tentative de définition implique le désir de confiscation d'un contrôle général du sens, ou à tout le moins d'un dessaisissement individuel et populaire de ce dernier. À l'opposé, la subjectivation que suppose le flou normatif sous-tendant la vision pluraliste radicale de la normativité, implique une appropriation sociale des contenus normatifs. Par conséquent, la possibilité pour chacun d'entre nous d'agir sur ceux-ci. C'est d'ailleurs le caractère central du flou normatif et de la subjectivité aux normes latentes qui expliquent leur prégnance particulière. Mais l'argument que propose le pluralisme juridique radical dans cette forme de normativité conditionne les normativités manifestes, routinières et allusives. L'intervalle interprétatif illustre une dynamique à la fois collective et réflexive de définitions du sens qui demeurent, de ce fait, nécessairement floues. Mais c'est dans cette imprécision qu'elle inscrit le potentiel d'ajustement et d'adéquation de la norme à son environnement.

Le flou normatif ne constitue d'ailleurs pas un concept particulièrement révolutionnaire. Il justifie la nécessité de l'appareil judiciaire de même qu'il est à la base de théories qui s'efforcent de rendre compte de l'intangibilité de la norme, surtout lorsqu'elle est abordée dans le contexte du jugement de droit. D'ailleurs, la jurisprudence est devenue dans la pratique juridique une source probablement plus importante de droit que la loi à proprement parler, on vérifie de nos jours les précédents avant de tenter l'exégèse de la loi. Ceci implique une reconnaissance de l'importance du droit comme savoir subjectif.

Le jugement est fondé sur l'idée que le droit est un lieu contesté et que son support, la norme, est susceptible de déplacements et de transformations. L'appareil judiciaire canalise certains des conflits normatifs et sert d'exutoire aux tensions sociales qu'ils révèlent. Ce faisant, il procède toutefois à la reconnaissance officielle de l'existence du flou normatif. En effet, en acceptant que le jugement vienne déterminer la norme, à tout le moins dans des cas d'applications particulières, la théorie juridique traditionnelle accepte implicitement que la norme ne soit pas caractérisée par son objectivité, mais qu'elle nécessite plutôt une interprétation qui tienne compte de son contexte d'application. La norme est donc potentiellement représentée sous une multiplicité de formes qui tiennent compte des nombreuses circonstances dans lesquelles elle est susceptible d'être invoquée.

Mais, plus encore, on accepte à travers les renversements jurisprudentiels que la norme peut se redéfinir, quelquefois sous l'impulsion des changements de circonstances et souvent en raison du seul passage du temps, de sorte qu'elle englobe des situations dont on aurait auparavant jugé qu'elles ne fussent pas visées par son principe, et vice versa. On accepte donc que les frontières de ces intervalles interprétatifs ne soient pas immuables. La pratique juridique s'accommode par conséquent assez bien avec l'existence du flou normatif qui reconnaît déjà implicitement certaines mécaniques exigeant une reconnaissance plus large. Parmi ces mécaniques, il y a : l'autorité, le contexte matériel.

2.1. Autorité

La mécanique de fixation du sens d'une norme est conditionnée par son caractère dialogique. Elle est par conséquent elle-même objet de négociations constantes et sujette à des modifications découlant de l'évolution des interrelations qui la fondent. Elle peut toutefois demeurer stable pour de longues périodes, à l'instar de la structure des relations propres au champ social semi-autonome dont relève la norme dont il est question. Cependant, la mécanique de fixation du sens de la norme entretient nécessairement un lien étroit avec l'autorité². Des individus ou des institutions qui possèdent une autorité particulière dans un champ ont une influence particulière sur la fixation du sens de la norme³. Ils ont un impact évident sur les contours de la norme lorsque, sous une forme ou une autre, ils sont chargés d'édicter la norme ou de prononcer le droit, mais également

² Cfr J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Trad. Catherine AUDARD, Seuil, Paris, 1987, p. 271.

³ Cfr H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », In *Droit et société*, n°22(1992), p. 562.

lorsqu'ils ont une influence disproportionnée au sein du champ en raison de leur charisme, de leur position sociale, de leurs attributs ou pour d'autres raisons⁴.

Le premier cas, c'est-à-dire lorsque des individus sont chargés de dire le droit, fait particulièrement référence aux normes explicites puisque ces dernières se reconnaissent au caractère conscient de leurs modes d'élaboration. Les individus ou institutions qui sont à l'égard de ces normes spécifiquement investies du mandat de dire le droit ont nécessairement une influence disproportionnée quant à la définition de l'intervalle interprétatif de la norme à laquelle ce mandat se rattache. À l'opposé, ce type d'autorité n'est de toute évidence pas présent dans le cas des normes implicites.

Ce premier type d'autorité tend quelquefois à éclipser l'autorité qui découle de l'ascendant disproportionné que possèdent des individus ou des institutions sur un champ social semi-autonome. Ce dernier type d'autorité est toutefois généralement plus fondamental à la définition d'intervalles interprétatifs. Premièrement, ce type d'autorité existe dans tous les champs sociaux et exerce par conséquent son impact sur toutes les déclinaisons normatives, qu'il s'agisse de normes manifestes, allusives, routinières ou latentes. Deuxièmement, cet impact est souvent d'autant plus considérable qu'il ne procède pas de la simple injonction ou encore d'un appel à la force, mais qu'il repose plutôt sur un respect acquis ou une écoute particulière qu'ont manifestés avec le temps certains individus ou institutions au sein d'un champ social semi-autonome. Ce type d'autorité, surtout lorsqu'il repose sur de l'estime ou du respect préalablement acquis, pénètre plus intensément la conscience puisqu'à l'opposé de la contrainte, les individus ne tentent pas de s'y soustraire. Le cas échéant, les interprétations proposées ne sont pas perçues comme telles, mais plutôt comme justifiées par l'autorité.

Il est important de reconnaître que tous n'ont pas la même influence sur la définition de l'intervalle interprétatif d'une norme, mais également que cette influence est beaucoup plus partagée qu'on pourrait être tenté de le croire, et qu'en tout état de cause elle ne constitue pas une prérogative des seules institutions explicites.

D'une part, l'influence particulière que possèdent certains individus a nécessairement un effet dialogique en ce sens que c'est à travers l'interaction avec autrui, par l'entremise d'un processus de rétroaction, que leur propre compréhension du sens d'une norme est dictée. L'autorité n'est pas unidirectionnelle, elle ne peut s'exercer qu'en présence de l'autre, et cette même présence a nécessairement une influence, bien que souvent subtile, sur le locuteur. D'autre part, l'influence particulière que possèdent certains individus ne demeure qu'une influence⁵. Elle s'exerce au sein de champs sociaux semi-autonomes qui englobent l'ensemble des expériences individuelles et collectives dont la croissance définit la signification de la norme. C'est nécessairement à travers un processus dialogique large et englobant que se construit une conscience commune d'une norme et ainsi que son intervalle interprétatif. La norme existe dans un vécu partagé et dans les consensus ou les convergences qu'il cautionne.

2.2. Contexte matériel

D'autres incidents agissent également sur les trajectoires normatives, notamment tous les événements matériels qui affectent à un titre ou un autre les champs sociaux semi-autonomes. L'adversité ou la félicité, des catastrophes naturelles, la maladie, la guerre ou encore la prospérité, les découvertes scientifiques ou la sécurité alimentaire ont de toute évidence une incidence marquée sur nos conceptions de la normativité. La stabilité politique peut encourager une plus grande ouverture à des interprétations novatrices des concepts normatifs et donc à un élargissement d'intervalles interprétatifs particuliers, et l'insécurité peut annoncer un conservatisme qui tend à restreindre leur étendue⁶. Le contraire peut également être vrai dans la mesure où l'interprétation des normes, à l'instar de leur émergence, répond aux dynamiques propres aux champs sociaux semi-autonomes concernés. Ces interprétations ne peuvent faire l'économie de leurs conditions matérielles.

⁴ ID., *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 235.

⁵ Cfr H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 167.

⁶ ID., « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », In *Droit et société*, n°22(1992), p. 567.

Signalons ici que non seulement divers ordres normatifs coexistent dans la société pour justifier le flou normatif, ils influent aussi les uns sur les autres, d'où l'intervention du législateur doit tenir compte du contexte. A titre illustratif, les normes juridiques qui régissent les relations entre le médecin et le patient en s'appuyant sur le concept de dignité de la personne humaine. Le concept de dignité demeure présent dans « les normes qui régissent des situations aussi différentes que l'expérimentation sur un malade ou sur un volontaire sain, ou dans les discussions à propos de l'euthanasie, dans l'interdiction qui en est faite aux médecins et supporte le poids des régulations normatives qui sont mises en œuvre dans de telles circonstances. Il paraît utile de rechercher, à propos d'un tel concept, les interactions qui sont le cas entre divers ordres normatifs et le droit, de façon à faire apparaître le poids du contexte sur ces dispositions légales⁷ ». Dans ce contexte, c'est le consentement du patient qui jouerait un rôle pertinent, or la notion de consentement repose sur une oscillation en prenant par exemple la domination masculine. Pierre Bourdieu notera à ce sujet : « on ne peut donc penser cette forme particulière de domination qu'à condition de dépasser l'alternative de la contrainte (par forces) et du consentement (à des raisons), de la coercition mécanique et de la soumission volontaire, libre, délibérée, voire calculée. L'effet de la domination symbolique (qu'elle soit d'ethnie, de genre, de culture, de langue, etc.) s'exerce non dans la logique pure des consciences connaissantes, mais à travers les schèmes de perception, d'appréciation et d'action qui sont constitutifs des habitus et qui fondent, en deçà des décisions de la conscience et des contrôles de la volonté, une relation de connaissance profondément obscure à elle-même »⁸.

Nécessairement, c'est à travers un processus dialogique large et englobant que se construit une conscience commune d'une norme et ainsi que son intervalle interprétatif. La norme existe dans un vécu partagé et dans les consensus ou les convergences qu'il cautionne, sinon elle devient source des conflits. Bref, elle est la proposition par laquelle la communauté marque à chacun qu'elle autorise à son égard l'usage de la contrainte lorsque sa conduite ne serait pas conforme à ce qui est fixé par le texte⁹. C'est dans ce sens qu'elle est source des conflits quand chaque citoyen souhaiterait que son application soit selon un contexte.

3. Pourquoi les normes

En effet, la normativité est une forme d'expression de la normalité. Ce n'est d'ailleurs pas par hasard si normativité et normalité partagent la même racine latine. Les lois, les règles ou les normes reflètent comment les choses se passent et devraient se passer normalement. Elles constituent un étalon au regard duquel nous mesurons la réalité. Elles définissent les paramètres normaux que la société s'est donnée. Dans ce sens Austin dira que la loi est un commandement qui crée une obligation dite juridique, cela veut dire elle crée un ordre affecté d'une sanction¹⁰. Ce qui ne veut pas dire que la normalité vécue dans un champ social semi-autonome ne peut pas être perçue comme pathologique dans un autre champ. La norme doit nécessairement être respectée dans le champ dont elle émane. En fait, la compréhension de la norme comme expression de la normalité implique la possibilité et même l'existence de la dérogation à la norme car c'est en opposition à l'exception que se définit la normalité. Tout ceci ne fait toutefois que renforcer l'intuition que nous portons tous que la norme n'est pas le fruit de l'arbitraire, mais plutôt qu'elle reflète nécessairement un principe ou une réalité souveraine.

3.1. Relations interpersonnelles

Il est évident que les relations de pouvoir définissent pour une part importante les relations interpersonnelles et à travers elles la normativité. D'ailleurs, les normes se manifestent souvent comme l'actualisation d'une volonté de pouvoir et concernent de ce fait beaucoup plus que leurs simples contenus normatifs. Elles reflètent par ce biais une compétition latente dont les protagonistes visent à préserver la stratification sociale ou au contraire à la renverser. Les normes constituent à la fois l'un des vecteurs par lesquels ces tensions sociales trouvent expression et l'un des canaux par lesquels s'effectue la distribution du pouvoir

⁷ I. – P. BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, PUF, Paris, 2005, p. 31.

⁸ P. BOURDIEU, *La domination masculine*, Seuil, Paris, 1998, p. 43.

⁹ I.-P. BUTTERLIN, *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁰ J. AUSTIN, *Leçons de jurisprudence*, Ed. Campbell, Paris, 1879, p. 87.

au sein de la société. Les relations de pouvoir ne doivent pas être exclusivement associées aux phénomènes de domination. Elles sont le fruit d'un maillage complexe qui appelle dans nos sociétés une justification plus fondamentale.

La normativité n'équivaut pas à une simple forme de coercition. Nous sommes tous habités par l'intuition que l'imposition de la force brute ne saurait véritablement être considérée comme un acte normatif. Cette réticence qualifie l'usage de la force et relève certainement du fait qu'on y associe un arbitraire qui est fondamentalement incompatible avec le concept de norme. Il manque à la force une qualité ou un principe supérieur qui conditionne l'ontologie normative. Il faut un principe justificatif qui devrait être transcendant constituant une difficulté particulière pour le pluralisme juridique radical qui s'accorde assez mal avec toute prétention à la transcendance du fait qu'il représente en quelque sorte un critère de juridicité. Mais il apparaît avant tout que c'est par son opposition à l'arbitraire que ce principe doit justifier l'impact que la norme revendique sur notre existence.

Aujourd'hui, il existe une définition à la fois objective et transcendante de la légitimité. Elle est appliquée à la normativité ou à toute autre activité humaine. C'est d'ailleurs ce type de relativisme qui caractérise notre époque. Cette difficulté semble d'autant plus tangible que la violence ou la force brute pourrait apparaître comme un principe justificateur. Celui ou celle qui peut imposer sa volonté en raison de sa force est probablement la personne qui est la mieux outillée pour défendre les conditions nécessaires à sa survie. En sus, la domination autorise la robustesse qui ne dure qu'un temps comme ses prémisses matérielles qui sont contingentes et tendent naturellement à se dégrader.

3.2. Ontologie normative

L'exploration de la légitimité potentielle de la force brute à titre de principe normatif est fort instructive, malgré sa faiblesse évidente, puisqu'elle met de l'avant certaines caractéristiques essentielles de l'ontologie normative. Premièrement, la normativité doit faire appel à des processus de légitimation. Ensuite, pour échapper à l'arbitraire, ces processus doivent faire appel à une justification qui dépasse la simple expression de volonté. C'est d'ailleurs pourquoi, en théorie juridique classique, l'attribution d'une discrétion absolue est considérée comme non-juridique et, partant, illégale. De surcroît, et ce qui est plus fondamental, cette justification doit être exprimée en des termes qui possèdent une transcendance suffisante pour qu'ils soient susceptibles d'être acceptés par un tiers, en particulier par celui qui est appelé à tomber sous l'empire de la norme. Ainsi, les individus visés par la norme doivent être considérés non pas comme des sujets passifs soumis de façon automatique et absolue à la volonté d'autrui, mais plutôt comme des sujets actifs qui sont capables de porter un jugement sur la légitimité de l'intervention normative. L'autre passe ainsi d'une sorte d'objet à un véritable sujet.

Mais la faculté de juger que possède le sujet annonce une exigence supplémentaire pour que nous puissions considérer être en présence de normativité. En effet, la possibilité de porter un jugement implique la possibilité de rejeter la justification sur laquelle on entend faire reposer la légitimité de la norme. Qu'en est-il alors de son caractère normatif ? La légitimité de la norme doit-elle nécessairement être universellement acceptée par ceux qu'elle vise ? Il apparaît à première vue assez évident que l'unanimité n'est pas requise. La normativité deviendrait alors l'otage de la volonté singulière avec tous les excès que ceci serait de nature à entraîner¹¹. C'est pourquoi, la normativité manifeste a développé des processus démocratiques pour faire face au problème de l'objection à la norme. Il apparaît de façon tout aussi évidente que l'absence totale d'acceptation de la norme mettrait sévèrement en doute son caractère normatif. La norme doit bénéficier d'une certaine résonance auprès de ceux chez qui elle doit trouver application pour ne pas paraître arbitraire. Retenons la surprenante constatation qu'une norme peut maintenir sa légitimité même si elle est rejetée par certains de ceux qu'elle vise.

Soulignons en passant que la légitimation d'une norme peut adopter une multitude de vecteurs qui se présentent quelquefois sous une forme explicite, quelquefois sous une forme implicite, et que la forme qu'adoptent les processus de légitimation correspond souvent, mais pas nécessairement, à celle dont relève la norme. Les justifications explicites sont celles avec lesquelles nous sommes les plus familiers. Ce sont tous ces processus qui visent précisément à susciter l'adhésion à la

¹¹ R. COASE, *Le coût du droit*, PUF, Paris, 2000, p.77.

norme. Ils prennent le plus souvent la forme de discours justificatifs, mais peuvent également se manifester par des activités structurées qui visent à légitimer la norme, comme, par exemple, le référendum.

Dans ce cas, l'activité constitue elle-même la justification de la norme qui en découle. Les processus implicites de légitimation se rapportent quant à eux à des logiques sous-jacentes, sous-entendues par les discours accompagnant la norme ou par ses mécaniques de production. Ainsi, des normes latentes relatives à la qualité des manuscrits retenus pour publication par une revue scientifique pourront être reliées à des critères de légitimation appelant à la sagesse des usages. Le type de légitimation substantielle offerte au soutien d'une norme ne dépend toutefois pas de sa forme. Une justification fondée sur la sagesse des usages peut tout aussi bien être offerte au terme d'un processus explicite. En fait, la substance de la légitimation offerte est variable à l'infini et peut notamment être axée sur le mérite, la représentativité, l'adéquation aux circonstances, le caractère scientifique, l'efficacité ou la pertinence.

3.3. Validité d'une norme

La validité d'une norme constitue un *sollen* et non un *sein*. Elle est quelque chose de différent de son efficacité. Un acte, un comportement humain est ordonné, prescrit, commandé, défendu ou un comportement est permis, autorisé, habité ; c'est si l'on dénomme l'existence spécifique des normes. Par rapport à cette dernière, sa validité est « chose distincte de l'existence de l'acte de volonté dont elle constitue la signification objective. La norme peut valoir alors que cet acte de volonté n'existe plus. Il faut même aller beaucoup plus loin : la norme n'acquiert validité, elle n'entre en vigueur, qu'à un moment où cet acte de volonté a cessé d'exister. Pour que la norme juridique qui constitue la signification de l'acte de volonté demeure en vigueur, continue de « valoir », il n'est pas nécessaire que l'individu, qui a créé cette norme par cet acte qui porte en intention sur la conduite d'autres individus, continue à vouloir cette conduite¹² ». Hart donne trois critères de la validité d'une norme :

- *La position de la personne qui porte le jugement* : Soit il est membre du groupe ou il ne l'est pas ; soit il partage le point de vue du groupe ou il ne le partage pas.
- *La nature du jugement* où il y a à savoir s'il s'agit d'un jugement de fait (objectif, externe, observable) ou celui de valeur (interne). Celui de fait implique la réalité, tandis que celui de valeur implique certaines attitudes.
- *L'intentionnalité juridique ou culture juridique* qui constitue le noyau dur du discours de la rationalité juridique, c'est-à-dire un ensemble des pratiques discursives reflétant des valeurs et des rationalisations devenues savantes sur le plan juridique¹³.

La validité formelle est associée à la légalité ; la validité empirique est liée à l'effectivité et la validité axiologique à la légitimité. Une norme est valide si et seulement si elle appartient à un système qui est globalement efficace¹⁴. Dans ce sens, Albert BRIMO attribue la validité de la norme à l'activité juridique, « le fait de l'utilisation de la norme qui permet de dire si les fonctionnaires et les particuliers la considèrent comme valide »¹⁵.

Selon François OST, l'étude contemporaine des phénomènes juridiques montre qu'il y a recoupement entre légalité, légitimité et effectivité. Raison pour laquelle il évoque l'idée de la validité entre légalité, effectivité et légitimité¹⁶ :

Une norme est valide si elle est conforme à un système juridique. Dans la conception hiérarchique du système juridique, la norme inférieure dépend de celle qui est supérieure ; et celle-ci peut fonder sa validité sur la légitimité et l'effectivité de la norme inférieure. Elle est valide aussi si elle est conforme à la fois aux comportements des autorités et aux assujettis qui

¹² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 18.

¹³ Cfr H. HART, *Op. Cit.*, p. 131.

¹⁴ *Ibidem*, p. 284.

¹⁵ A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, Ed. A. Pedone, Paris, 2018, p. 263.

¹⁶ Cfr F. OST, *Droit et intérêt*, Tome 1, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1984, pp. 81-83.

doivent y conformer leur comportement. Une norme est valide si elle oriente la pratique des sujets de droit. Il convient néanmoins de distinguer effectivité et efficacité.

L'effectivité¹⁷ des normes est, des variables supplémentaires proposées, celle dont la nature s'apparente le plus aux deux variables qui fondent la grille analytique, soit la production et la communication normatives. Il s'agit d'un troisième volet fondamental des processus normatifs. Il ne faut toutefois pas comprendre ces trois volets comme une trame chronologique, production, communication et effectivité, mais plutôt comme trois sphères générales dans lesquelles on reconnaît l'existence des normes. Et cette existence ne dépend pas d'une mécanique linéaire, la construction du sens étant un processus continu qui se manifeste dans chacun de ces trois aspects et dans leur entrelacement. On obtient ainsi un tissu normatif dense et complexe.

Une norme est valide encore lorsqu'elle est conforme aux valeurs. Elle peut être moniste ou pluraliste. En ce sens, il y a lieu de se référer à une valeur suprême ou à plusieurs valeurs. Ceci signifie que la légitimité peut se réduire aussi à la légalité ou à l'effectivité. A cet effet, les normes d'un ordre juridique seront valables quand « leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique, ou qu'elle ne fait pas place à la validité d'une autre norme de cet ordre¹⁸ » pour cela soit un principe de légitimité. Le concept de validité est donc à concevoir comme une interaction entre légalité, effectivité et légitimité.

L'effectivité de l'ordre juridique global peut constituer un préalable nécessaire à la mise en œuvre du critère formel de légalité. Une réflexion sur la validité formelle obscurcit cette trilogie et suscite des interrogations majeures. Si la validité formelle connote la conformité de la norme au système juridique, la question qui revient à l'esprit est de savoir ce qu'un système juridique.

Pour les uns, le système juridique comprend l'ensemble des normes édictées. Ce qui représente une entreprise fastidieuse à réaliser. Pour les autres, le système juridique, c'est l'ensemble des normes édictées, mais aussi toutes les normes déduites des normes primaires, ainsi que l'ensemble des conséquences interprétatives qui s'y attachent raisonnablement. Cette nuance introduit un jugement de valeur à la définition du système juridique et se dégage des typologies normatives :

1. Typologie statique

Cette typologie décrit quatre catégories de normes :

- Les normes dont la validité est associée à la fois à la légalité, à l'effectivité et à la légitimité ;
- Les normes dont la validité serait à l'antipode de ces trois pôles ;
- Les normes dont la validité est associée à deux pôles sur trois. Ceci donnerait le résultat comme : légitimité et effectivité ; effectivité et légalité ; légalité et légitimité ;
- Les normes dont la validité révèle un seul pôle. La validité serait soit rassurante (3 sur 3), soit relative (2/3) soit précaire (1/3).

2. Typologie dynamique

Si la typologie statique représente la validité des normes du point de vue synchronique, la typologie dynamique à son tour la considère du point de vue diachronique. Ceci signifie que les normes et le système juridique sont des réalités vivantes animées des mouvements spécifiques de telle sorte qu'on enregistre des glissements de l'une à l'autre.

En considérant l'implication réciproque de trois pôles de la validité, une norme peut soit progresser selon un mouvement centripète, soit tomber en désuétude selon un mouvement centrifuge ; soit devenir légale en rassurant sa validité ou en la rendant relative ou précaire.

¹⁷ R.A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théories et émergence du droit. Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Ed. Thémis et Bruylant, Montreal et Bruxelles, 1998, p. 133.

¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 20.

Validité	Légalité	Effectivité	Légitimité
- Pouvoir - Sujet de droit (Comportement)	- Compétence - Obéissance - Formelle	- Force de contrainte - Soumission - Empirique	- Autorité reconnue par tous - Adhésion (allégeance) - Axiologique

En cas de recouvrement total qui n'est possible que dans un système dictatorial où on identifie légalité, légitimité et effectivité, avec une image d'un système totalitaire au sein duquel aucune distance n'est maintenue entre compétence, force et autorité. Il s'agit là d'un État où l'instance dominatrice polarise entièrement l'identification du sujet.

Conclusion

La confrontation entre positivisme et moralité révèle une difficulté persistante. Si le positivisme garantit la prévisibilité du droit, il risque de légitimer des normes injustes. À l'inverse, l'intégration de la morale dans le droit peut renforcer la légitimité, mais au prix d'une certaine incertitude.

Une norme résulte d'un processus dialogique qui ne repose pas sur un principe d'harmonie et de concorde. Il est vrai que les normes peuvent représenter un lieu d'expression de convergences et de solidarités, mais aussi de dissonance. La norme doit par conséquent être considérée comme un lieu potentiellement contesté, un lieu de rencontre et d'expression des conflits qui traversent toute communauté. Ces conflits peuvent être ouverts ou latents, pacifiques ou violents ; ils peuvent se concentrer au sein des institutions manifestes ou encore se révéler par une colère sourde et souterraine ressentie généralement au sein d'une communauté. Ces contestations n'empruntent d'ailleurs pas nécessairement les mêmes circonstances formelles que les normes auxquelles elles s'adressent. C'est le cas particulièrement de la légitimité des institutions dont relève la norme qui est visée elle-même par un mouvement de contestation.

La légitimité du droit ne peut être réduite à sa validité formelle ni entièrement subordonnée à la morale. Une approche équilibrée, reconnaissant la nécessité d'un cadre normatif stable tout en intégrant des principes de justice, semble indispensable. La normativité n'est pas nécessairement un phénomène égalitaire et juste, pas plus qu'elle ne doit être démocratique. En fait, l'instinct de préservation nous pousse probablement de façon naturelle à un certain aveuglement proche de l'égoïsme et ce, peu importe que les processus de légitimation dont il est question soient explicites ou implicites. C'est ainsi que le droit, tout comme la plupart des activités sociales structurées, constitue souvent une mécanique de production et de reproduction du pouvoir. Il faut par conséquent reconnaître que la relation juridique n'est pas fondée sur la prémisse de la nature consensuelle ou égalitaire des rapports. Elle ne saurait toutefois être radicalement antidémocratique puisque les parties qu'elle unit sont toutes des participants au cheminement de la norme.

References

- [1]. AUSTIN, J., *Leçons de jurisprudence*, Ed. Campbell, Paris, 1879.
- [2]. BOURDIEU, P., *La domination masculine*, Seuil, Paris, 1998.
- [3]. BRIMO, A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, Ed. A. Pedone, Paris, 2018.
- [4]. BUTTERLIN, I. – P., *Le droit, la norme et le réel*, PUF, Paris, 2005.
- [5]. COASE, R., *Le coût du droit*, PUF, Paris, 2000.
- [6]. DWORKIN, R., *Empire du droit*, Cambridge, Presse Universitaire d'Harvard, 1986.
- [7]. HART, H., *Le concept du droit*, Oxford, Presse Universitaire de Clarendon, 1961.
- [8]. Kelsen, H., *Théorie générale des normes*, Traduction de Olivier Beaud, FUP, Paris, 1996.
- [9]. MACDONALD, R.A. et Ali., *Théories et émergence du droit. Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Ed. Thémis et Bruylant, Montreal et Bruxelles, 1998.
- [10]. OST, F., *Droit et intérêt*, Tome 1, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1984.
- [11]. RAWLS, J., *Théorie de la justice*, Trad. Catherine AUDARD, Seuil, Paris, 1971.