

AVANT-PROPOS

À bien des égards, l'ouvrage ici préfacé force l'admiration : comme le monumental livre précédent sur *La force normative. Naissance d'un concept* (LGDJ-Bruylant, 2009), il se présente comme une authentique entreprise collective de recherche, engagée à partir d'une liste de questions et à laquelle des intervenants très divers ont accepté de participer ; là encore, l'ambition était de quitter les sentiers battus de la recherche juridique, pour envisager le droit à partir d'un éclairage nouveau, celui de la « densification normative », dont il s'agissait de tester la fécondité.

L'entreprise était à première vue audacieuse, dans la mesure où le concept de « force normative » avait déjà fourni une grille d'analyse originale des phénomènes juridiques : la distinction opérée entre « valeur normative », entendue comme la force conférée par l'émetteur, « garantie normative », c'est-à-dire la force résultant des attributs attachés à la norme, et « portée normative », soit la force tenant à la manière dont celle-ci est perçue, avait conduit à montrer que ces trois éléments étaient en pratique combinés de manière variable, voire dissociés ; toute une série de procédés souvent relégués en marge du droit avaient ainsi pu être pris en compte dans le cadre d'une conception élargie de la normativité. Le concept de « densification normative » ne recouperait-il pas, dans une large mesure, celui de « force normative », au risque de compromettre sa portée heuristique ?

Les contributions qui suivent montrent que, si ces thèmes sont sécants, le point de vue n'en est pas moins différent : alors que par force normative, il faut entendre la puissance attachée à la norme, sa capacité de modeler les comportements, la densification normative renvoie à la texture des normes, au tissu, plus ou moins serré, qu'elles forment, à l'intensité de la pression exercée sur les destinataires. Loin de se confondre ou de se redoubler, les deux approches se complètent et se conjuguent, en aboutissant à une vision nouvelle, qui permet de rendre compte, de manière cohérente et pour tout dire convaincante, de la dynamique d'évolution du droit : on tient là deux concepts susceptibles de renouveler les assises traditionnelles de la théorie du droit, en dépassant notamment l'opposition canonique entre points de vue interne et externe.

Tel qu'il est ici présenté, le concept de densification normative offre un double intérêt : impliquant une autre approche des phénomènes juridiques (I), il autorise une autre lecture du mouvement actuel de juridicisation (II) ; l'élargissement du point de vue adopté sur le droit permet d'évaluer à sa juste mesure l'inflexion des conditions d'emploi de la technique juridique.

I / Une autre approche des phénomènes juridiques

Parler de densification normative conduit à envisager la normativité juridique à partir d'une *triple dimension* : son insertion dans un système plus global d'encadrement des comportements, au sein duquel elle occupe une place variable ; l'aménagement d'une série de degrés, excluant toute idée de détermination simple et univoque ; l'existence d'une dynamique permanente d'évolution, traduite par le renforcement, ou au contraire l'allègement, des contraintes.

1° Le concept de densification normative implique en tout premier lieu une *prise de vue globale* des dispositifs normatifs qui assurent dans la société l'encadrement des conduites, par la définition de certains modèles de comportement : le droit se présente en effet comme un système de normes parmi d'autres, l'ordre juridique étant enkysté dans un ordre social plus général qui le dépasse et l'intègre ; la normativité juridique ne saurait dès lors être envisagée sans référence aux autres types de normativité, avec lesquels elle coexiste dans un équilibre instable et évolutif.

La problématique de densification normative implique dès lors de mettre en permanence l'évolution de la normativité juridique en relation avec les changements qui affectent la configuration de l'ordre social auquel elle est partie prenante. Cette relation présente un caractère complexe : la densification juridique résultant du basculement de certaines normes de comportement dans la sphère du droit n'est pas pour autant synonyme d'alourdissement de la pression normative pesant sur les individus ; celle-ci peut passer par d'autres voies que le canal du droit. Cette ambivalence s'explique par la marge de jeu inhérente à la normativité juridique.

2° L'idée de densification normative postule en effet l'existence, en droit comme ailleurs, d'une *échelle de normativité*, d'une normativité « graduée ». Les normes juridiques ne sont plus perçues comme constituant un ensemble homogène : si leur finalité est toujours, en tant que normes, d'agir sur les comportements, elles n'en sont pas moins dotées d'une puissance variable, comme l'avait bien montré l'ouvrage précédent sur la force normative ; aussi des réajustements sur cette échelle sont-ils sans cesse effectués, soit pour renforcer, soit pour atténuer la densité normative.

La thèse prend ainsi le contrepied des analyses traditionnelles qui font, sinon de la sanction, du moins de l'obligation et de la contrainte le critère essentiel et fondateur de la juridicité : pour Kelsen, on le sait, le propre du droit est ainsi d'être, à la différence des autres systèmes normatifs qui entendent comme lui agir sur les comportements, un « ordre de contrainte », c'est-à-dire de réagir par des actes de contrainte aux conduites considérées comme indésirables et contraires à ses prescriptions ; les normes juridiques se distingueraient par-là des autres normes sociales qui n'exercent jamais qu'une pression indirecte et ne se présentent pas comme porteuses d'une contrainte véritable. La contrainte se traduirait par un pouvoir d' « exigibilité », à savoir la capacité d'obtenir l'exécution par les destinataires, au besoin contre leur gré.

Cette vision est cependant trop simple : non seulement la norme juridique n'est pas toujours formulée de manière impérative — sous la forme négative d'un interdit ou d'une prohibition, ou sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction —, mais encore elle peut prendre la forme de dispositions destinées à guider l'action, à orienter les conduites, sans être dotées de force obligatoire. Passant par une panoplie de dispositifs de nature diverse, la normativité juridique ne saurait ainsi pas plus se réduire à l'obligation qu'elle ne s'identifie à la sanction ; et cet élargissement des perspectives permet de mettre en évidence la dynamique d'évolution des normes.

3° La double perspective précédente conduit à envisager la densification normative comme un *processus*, caractérisé, en surface, par l'extension du périmètre des normes juridiques et, en profondeur, par le renforcement de leur force obligatoire : au lieu de mettre l'accent sur la continuité et l'objectivité des formes juridiques, il s'agit de penser le droit « en mouvement », en constante évolution, à la fois dans sa configuration interne et dans la place qui lui est impartie au sein de l'ordre social.

La densification normative ne saurait être pour autant conçue comme un processus linéaire, poussant à une pression toujours plus large et plus intense, mais comme un processus *dialectique*, travaillé par la négativité : la normativité juridique peut aussi s'estomper ou s'effacer au profit d'autres modes de régulation des conduites et les conditions d'emploi de la technique juridique peuvent évoluer pour faire place à davantage de souplesse ; la tension entre ces deux mouvements explique bien les aspects contrastés que présente le mouvement de juridicisation dans les sociétés contemporaines.

II / Une autre lecture du mouvement de juridicisation

Le concept de densification normative constitue un excellent *analyseur* pour rendre compte de l'inflexion du droit dans les sociétés contemporaines : l'extension du champ de la juridicité,

illustré par l'avènement d'une société de droit, est assortie d'une diversification croissante des figures de la normativité juridique.

1° La place du droit dans l'ordre social a eu tendance à se renforcer au fil du temps : tout s'est passé comme si un mouvement irrésistible poussait à l'extériorisation des disciplines sociales, par la codification des règles et la substitution de normes impersonnelles au sentiment intérieur d'obligation.

Le droit a d'abord été cantonné dans un rôle limité d'encadrement des comportements et des relations sociales : fonctionnant pour l'essentiel à base d'interdits, il se bornait à délimiter, négativement, le champ des activités licites, en édictant des prohibitions, sévèrement sanctionnées ; à l'intérieur de ce cadre, il était relayé par d'autres systèmes normatifs. Puis, comme l'a montré Foucault, l'ordre juridique, caractérisé par une positivité nouvelle et composant des comportements effectifs, a grignoté progressivement cette sphère extra-juridique, en étendant la surface qu'il occupe au sein de l'ordre social : désormais formulées en termes juridiques, de nombreuses normes sociales ont été attirées dans son orbite ; on a ainsi assisté à une véritable explosion du droit, qui envahit des domaines de plus en plus larges et entend dicter l'ensemble des conduites sociales. Le mouvement connaît une nouvelle ampleur dans les sociétés contemporaines : les textes prolifèrent, couvrant des domaines toujours plus étendus et diversifiés de la vie sociale et leurs dispositions sont de plus en plus précises et détaillées ; il semble qu'on assiste à une *juridicisation croissante*, la norme juridique étant devenue le vecteur privilégié d'encadrement et d'orientation des activités individuelles et collectives.

Ce mouvement de juridicisation a cependant des *effets ambivalents* en termes de densification normative. À première vue, il conduit au renforcement de la pression normative exercée sur les individus : la juridicisation confère en effet aux prescriptions normatives qu'elle formalise et officialise une portée nouvelle ; celles-ci se trouvent dotées de la force particulière, pratique mais aussi symbolique, attachée aux énoncés juridiques. Néanmoins, le basculement des normes dans la sphère du droit peut être interprété, à l'inverse, comme un relâchement de la pression normative : s'immisçant dans l'intimité, dans le « for intérieur », de chacun, religion et morale établissent un dispositif d'auto-surveillance et de contrôle au cœur du psychisme ; l'extériorisation des normes contribue à supprimer le sentiment de contrainte intérieure.

Dans tous les cas, la normativité juridique est bien loin de couvrir l'intégralité de l'espace social : comme l'avait souligné Jean Carbonnier, la part du « *non-droit* », dont témoignent les blancs, les interstices, les lacunes qui existent dans le quadrillage juridique, reste considérable ; le droit est contraint de s'auto-limiter, faute de parvenir à saisir certaines situations. Par ailleurs, la densité normative peut être réduite par un mouvement inverse de dé-juridicisation, illustré par les politiques de dé-réglementation qui se sont déployées à partir des années 1980. Le concept de densification normative permet de prendre la mesure de ces *mouvements de flux et de reflux* ; il doit être d'autant moins entendu comme un processus unidirectionnel que la normativité juridique prend dans les sociétés contemporaines des formes contrastées.

2° Le concept de densification normative autorise la prise en compte de la très large panoplie des dispositifs juridiques, de la diversification croissante des registres qu'ils utilisent, du degré très inégal de densité des normes qu'ils comportent, en les subsumant dans une grille d'ensemble : oscillant entre rigueur et douceur, la normativité juridique est désormais marquée par la complexité et l'*hétérogénéité*.

À un extrême du spectre normatif, la conception traditionnelle du droit, entendu comme « ordre de contrainte », est plus que jamais présente. En témoigne le renforcement constant du dispositif pénal, qui se traduit par l'augmentation du nombre des infractions et l'alourdissement des sanctions. Cette importance toujours plus grande prise par la répression pénale est sans nul doute l'indice d'un effritement des valeurs communes autour desquelles la société pouvait s'identifier : faute d'acceptation tacite des règles du jeu social, la répression tend à devenir le

moyen de les faire prévaloir ; le mouvement de pénalisation apparaît sous cet angle comme le revers et la contrepartie du relâchement des mécanismes d'intériorisation des disciplines collectives. C'est aussi le moyen de lutter contre le sentiment grandissant d'insécurité généré par la prolifération des risques de toute nature, ce qui conduit à étendre sans cesse son champ d'application et à durcir son contenu. Mais le droit pénal n'a pas l'apanage de la densité normative : celle-ci se retrouve dans l'ensemble des réglementations qui prolifèrent dans toutes les sphères de la vie sociale ; le « *droit dur* » reste l'expression même d'une normativité juridique reposant sur l'obligation et la contrainte.

Cependant, comme par phénomène de compensation, la contrainte tend parallèlement à s'estomper dans d'autres dispositifs : on assiste au développement, à côté des commandements juridiques traditionnels, de techniques plus souples, relevant de ce que Paul Amselek appelait une « direction juridique non autoritaire des conduites » : les textes indiquent des « objectifs », qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives », qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations », qu'il serait bon de respecter, mais sans leur donner pour autant force obligatoire ; toutes ces dispositions ont bien une dimension normative, dans la mesure où elles visent à agir sur les comportements des destinataires, et leur caractère non impératif ne suffit pas à les reléguer hors de la sphère du droit. L'importance prise par ces procédés de « *droit souple* » s'explique par le nouveau contexte dans lequel se déploie l'action publique dans les sociétés contemporaines : l'érosion de la capacité de régulation de l'État et la marge d'autonomie dont disposent les acteurs sociaux imposent, dans une série de domaines, le recours à des formes d'intervention différentes ; plutôt que l'ordonner et de contraindre, il s'agit de faire usage des moyens d'influence et de persuasion, recherchant l'adhésion des intéressés et visant à obtenir leur coopération.

Entre ce droit souple et le droit dur, les frontières sont poreuses et des passerelles existent, soit que le droit dur fasse appel pour sa concrétisation aux procédés de droit souple, soit que celui-ci acquière progressivement force obligatoire pour ses destinataires : le concept de densification normative offre un instrument précieux d'analyse pour décrire ces rapports d'imbrication et mesurer la portée de ces inflexions.

Le concept de densification normative permet ainsi de rompre avec la vision monolithique et statique du droit : d'une part, il conduit à prendre en compte les figures très diverses que revêt la normativité juridique, *diversité* qu'il est impossible d'ignorer en faisant de l'obligation et de la contrainte le seul critère de la juridicité ; d'autre part, il met en évidence la *dynamique* qui conduit à réajuster sans cesse les frontières de la juridicité et à redéfinir les formes par lesquelles le droit entend agir sur les comportements. De texture variable, les normes juridiques constituent une trame plus ou moins serrée, dont la configuration évolue en permanence. On dispose par-là même d'un instrument de toute première importance pour analyser la transformation des conditions d'emploi de la technique juridique dans les sociétés contemporaines.

Jacques Chevallier

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

CERSA-CNRS