



HAL
open science

Droit, normalité, normalisation

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Droit, normalité, normalisation. Le droit en procès, Presses Universitaires de France, pp.51-77, 1983, Publications du CURAPP. hal-01670304

HAL Id: hal-01670304

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01670304>

Submitted on 21 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DROIT, NORMALITE ET NORMALISATION

PAR

Danièle LOSCHAK

Professeur à l'Université d'Amiens

Si les mots « norme », « règle », ou « loi » sont volontiers considérés comme synonymes et fréquemment utilisés l'un pour l'autre, y compris dans le langage juridique, on sait aussi, même intuitivement, que les concepts qu'ils recouvrent, les objets qu'il désignent, les connotations qui leur sont attachées ne coïncident pas exactement. L'intuition nous dit que ce qui est normal, c'est-à-dire conforme à la norme, n'est pas nécessairement légal, c'est-à-dire conforme à la loi et plus généralement aux règles de droit (et inversement), que la légalité ou la régularité juridique n'ont pas de lien direct et nécessaire avec la normalité. L'intuition n'est pas forcément à proscrire ; encore faut-il rappeler que cette intuition-là est fortement influencée par le positivisme juridique ambiant, qui se préoccupe peu d'élucider les rapports complexes, parfois ambigus, qu'entretiennent la norme et le droit, entendu comme l'ensemble des règles juridiques obligatoires. Le positivisme ne veut connaître que des normes juridiques, c'est-à-dire émises en la forme juridique et revêtues de la force juridique, estimant que les rapports qu'elles entretiennent avec d'autres catégories de normes — sociales, morales, techniques... — sortent du champ de la réflexion juridique. Dans ces conditions, il est aisé d'accéder aux certitudes, et notamment à celle-ci qui s'apparente à une tautologie : le droit indique le légal et non le normal — la normalité ne relevant ni du champ conceptuel du droit, ni de la problématique juridique. Pourtant, si l'on accepte de quitter le domaine des évidences acquises à bon compte, force est d'admettre que l'extrême polysémie du mot « norme », plus repérable encore au niveau de ses dérivés — normal,

normalité, normalisation, mais aussi normatif et normativité — pose un problème qu'on ne peut évacuer sans se priver en même temps d'un élément de réflexion sur les fondements et les fonctions du droit. On ne peut en effet prétendre isoler, parmi les multiples sens de ce mot, un sens et un seul qui ferait partie du champ conceptuel du droit en postulant sa non-contamination absolue par les autres significations attachées à ce terme, tant au niveau des dénотations (ou significations premières) que des connotations (significations secondes). Car le mot n'est pas simplement polysémique : il est ambigu, comme sont ambigus les concepts de normal et de normalité.

La norme relève à la fois du « *sollen* » et du « *sein* » ; dans le premier cas, elle renvoie soit à l'idéal de ce qui doit être, au modèle à reproduire, soit à des principes ou des règles abstraites, à des lois à observer ; dans le second, elle recouvre un état habituel, conforme à la majorité des cas, à une notion de moyenne. De norme dérive « normal », qui toutefois perd au passage une signification et en acquiert une autre, aux fortes connotations : normal désigne en effet, dans le sens général et courant, ce qui est conforme au type le plus fréquent, qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, qui est habituel ; mais aussi, sens supplémentaire, l'état d'un être vivant ou d'un organe qui n'est affecté d'aucun trouble pathologique ; en revanche, il ne qualifie qu'exceptionnellement ce qui est conforme à une règle abstraite, et plus guère ce qui sert de modèle, de point de comparaison, au sens où l'on parle d'« école normale ».

Il serait étonnant que le droit, qui a quelque chose à voir avec la norme, ne ressente pas les effets de cette ambiguïté : si la norme juridique appartient formellement à l'univers du *sollen*, et à l'intérieur de cet univers se confond avec la règle ou le principe abstrait, ne peut-on discerner des hypothèses où elle est contaminée par d'autres types de normes et déviée de sa signification et de sa fonction initiales ? Légalité et normalité sont peut-être deux catégories hétérogènes, appartenant à des champs conceptuels distincts ; elles n'en entretiennent pas moins dans la réalité concrète des rapports qu'il convient de mettre en lumière. Le normal devient légal lorsque la norme est entérinée par la loi ; mais à l'inverse c'est la loi qui, bien souvent, définit la norme et le légal qui indique le normal, de sorte que le droit apparaît comme l'expression et le garant de la normalité, dont la « légalité » n'est alors qu'une figure.

Il ne s'agit donc pas tant d'examiner les rapports conceptuels entre norme et droit, ou norme et loi, en eux-mêmes et pour eux-mêmes¹, que d'explorer le contenu concret du droit et la fonction qu'il remplit dans la société à la lumière de cette notion de normalité. Cette exploration, qui s'inscrit au demeurant à l'intérieur d'une problématique classique (quoique délaissée et même occultée par le positivisme) : les rapports entre droit et société, entre norme juridique et norme sociale, conduit à s'interroger sur les mécanismes par lesquels le droit concourt à la

1. Voir par exemple sur ce point P. Amssek, « Norme et loi », in *Archives de philosophie du droit*, n° 25, 1980.

normalisation des comportements, sur la fonction du droit comme étalon et caution de la normalité. Elle impose aussi, compte tenu précisément de l'équivocité des concepts de normal et de normalité, de mieux cerner le contenu de la normalité véhiculée et imposée par le droit, susceptible de se définir par référence soit à un type idéal, soit à un type moyen, et finalement de réfléchir sur les rapports entre normalité et normativité, non seulement d'un point de vue conceptuel mais du point de vue de la substance même du droit.

I. — LA NORMALISATION PAR LE DROIT

Si l'on met à part le positivisme pur qui écarte comme non pertinente pour la science du droit ce type d'interrogation, on admet généralement que la règle de droit est seconde par rapport aux autres catégories de normes : par rapport à un idéal de justice et aux principes issus de la nature des choses, pour les courants jus-naturalistes ; par rapport aux pratiques spontanément observées ou considérées comme légitimes par une majorité de la population, pour l'école sociologique. Dans la mesure où la loi positive s'inspire d'une certaine conception du bien et du mal et plus largement d'une idée *a priori* de ce que doit être la vie en société, dans la mesure où elle reflète les valeurs d'une société et entérine les pratiques en vigueur, il va de soi que les comportements prescrits ou autorisés par la loi sont aussi, globalement, ceux qui, à une époque et dans une société données, sont considérés comme « normaux ». Cette seule constatation atteste déjà que le légal a quelque chose à voir avec le normal et que le droit positif n'est pas étranger à toute idée de normalité. Son extrême banalité interdit toutefois que l'on s'en tienne là : si l'on veut dépasser le niveau des évidences premières, il importe d'analyser les mécanismes spécifiques par lesquels le droit concourt à modeler les comportements, à les rendre conformes aux normes socialement reconnues, à les « normaliser », en somme, et participe finalement au contrôle social, entendu comme l'ensemble des processus intégratifs, conscients ou inconscients, spontanés, suscités ou imposés, par lesquels une société maintient son unité et sa cohésion, perpétue son ordre propre, et assure à terme sa survie.

Il ne suffit pas, à cet égard, de se référer aux caractères les plus manifestes, les plus immédiatement perceptibles de la norme juridique, à ceux qui « tombent sous le sens » : sans doute le droit édicte-t-il des prescriptions, formule-t-il des ordres ou des interdictions auxquels chacun est tenu de se soumettre sous peine de sanction ; et le caractère obligatoire des règles qu'il pose, avec pour corollaire la possibilité de réprimer toute infraction aux règles ainsi posées, confère au droit une efficacité incontestable en tant que générateur d'attitudes et de pratiques conformes à ce qui est tenu pour normal par la société. L'efficacité du droit ne se

mesure pourtant pas seulement à l'effectivité de ses règles, elle ne dépend pas uniquement de la capacité qu'on les autorités chargées de l'application du droit d'obtenir que ces règles soient respectées en pratique grâce à la menace au moins implicite de la contrainte. Elle tient aussi à une influence plus diffuse, moins directe, sur les représentations collectives. La force agissante du droit ne réside pas seulement dans une violence physique extrinsèque ; elle s'origine aussi dans la puissance propre du discours : le droit est une parole qui s'impose comme légitime, comme vraie, bien au-delà du cercle finalement restreint de ceux auxquels chacune de ses normes, prises isolément, a vocation à s'appliquer. Instrument normatif et prescriptif, qui établit des normes et en sanctionne le respect, il est aussi discours, discours référentiel qui prétend décrire la réalité en même temps qu'il la régit. En tant qu'il impose et ordonne, il est le garant de la normalité instituée puisqu'il assure la reproduction des comportements considérés comme normaux ; mais simultanément il indique où est la normalité, véhicule et inculque une certaine idée du normal ; de sorte que la règle juridique, transmuée en étalon, en mesure de la normalité, contribue à faire accepter comme normaux certains comportements ou à l'inverse à en disqualifier d'autres dès lors considérés comme anormaux.

A la fonction impérative de la norme juridique, par laquelle elle vise à diriger directement et concrètement les comportements, se surajoute une fonction seconde, simplement indicative en apparence mais non moins agissante en réalité, par laquelle elle impose subrepticement une certaine image des rapports sociaux que chacun est implicitement incité à reproduire indépendamment de toute notion d'obligation juridique. C'est cette double dimension du droit, à la fois instrument normatif et discours descriptif, qui lui confère son efficacité comme facteur d'uniformisation des comportements mais aussi des modes de penser, comme vecteur d'inculcation des valeurs dominantes, et finalement comme instance de normalisation ².

A. — LE DROIT, INSTRUMENT NORMATIF : LA FONCTION DE CODIFICATION

La fonction la plus évidente et la mieux perçue du droit est de prescrire des règles de conduite, d'encadrer l'activité des individus en posant certaines limites aux actions possibles afin de les rendre compatibles entre elles et avec les contraintes de la vie en société. L'assimilation du droit à un ensemble de normes réglant la conduite des êtres humains

2. *Normaliser*, dit le *Lexis*, signifie « créer, fixer ou appliquer une norme », ainsi que « rendre conforme à une norme ». Le mot est surtout employé dans un sens technique et plus précis comme équivalent de « standardiser », et signifie alors « soumettre (une production) à des normes tendant à réduire le nombre des types d'un article afin... de rendre les produits uniformes » (*Robert*). Le terme contient donc aussi l'idée d'uniformisation.

a pu être contestée par certains comme traduisant une contamination par la « morale jusnaturaliste moderne » de « l'authentique langage du droit »³ ; et sans doute le contenu normatif ou prescriptif du droit est-il loin d'épuiser son essence, comme on se propose de le montrer plus loin. On ne saurait pour autant évoquer cette dimension : le droit est perçu par le plus grand nombre comme source de normes impératives auxquelles chacun est tenu de conformer sa conduite ; et en énonçant ces règles obligatoires, il concourt effectivement à modeler les comportements des agents sociaux. Selon les cas, la réglementation juridique commande une action déterminée, ou l'abstention d'une certaine action : elle ordonne ou interdit — et lorsque l'individu adopte une conduite contraire à celle prescrite par une norme, il viole cette norme. Une norme peut également conférer certains pouvoirs ou certains droits à un individu, ce qui équivaut à prescrire aux autres individus de supporter de la part du premier le comportement positivement permis ou autorisé par la réglementation en vigueur ou encore d'effectuer en sa faveur les prestations auxquelles il a droit⁴. Les normes juridiques appartiennent donc, pour reprendre la terminologie de P. Amssek⁵, à la catégorie des normes à fonction directive — celles dont la finalité instrumentale essentielle est de servir à guider, à diriger la conduite des hommes, ou encore qui constituent « des modèles, des mesures de ce qui doit se passer dans l'ordre de l'activité humaine ».

Ceci posé, il convient de s'interroger sur l'efficacité concrète du droit comme moyen de normalisation des comportements. D'abord, en effet, les normes juridiques ne se bornent pas, on l'a vu, à prescrire ou interdire, elles ne se résument pas en des commandements autoritaires ; elles peuvent aussi autoriser ou habiliter : le *sollen* inclut le *dürfen* et le *können*, pour parler comme Kelsen. La contrainte que le droit fait peser sur les conduites n'est donc déjà à cet égard que relative. Elle est par ailleurs limitée dans son étendue, dans la mesure où le droit ne règle pas l'ensemble des conduites humaines. Sans doute Kelsen pose-t-il que toute conduite est réglée par l'ordre juridique au moins négativement, en ce sens qu'une conduite qui n'est pas juridiquement défendue ou prescrite de façon positive est juridiquement permise de façon négative ;

3. Telle est la thèse de Michel Villey, pour qui la fonction première de la proposition juridique est d'*indiquer* une réalité, de *dire* ce qui est à chacun, non de prescrire une conduite. Aux yeux de l'auteur, l'authentique langage du droit est celui du droit romain, et si aujourd'hui le « normativisme triomphant » en est arrivé à définir le droit comme ensemble de normes de conduite, c'est là le résultat d'une déviation, de la contamination du droit par la morale. (Voir par exemple « De l'indicatif dans le droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 19, 1974, sur *Le langage du droit*.) Autant l'idée que « le droit est un discours qui parle de l'être » est intéressante et féconde, autant il nous paraît contestable de récuser globalement comme « inauthentique » toute la conception du droit moderne, influencée à la fois par la tradition juive et le droit naturel, au nom d'un droit romain décrété seul authentique !

4. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. Dalloz, 1962, p. 20 s.

5. C'est ce que nous avons tenté de faire dans une étude précédente. Voir « Droit et non-droit dans l'institution totalitaire. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in *L'institution*, CURAPP-PUF, 1981.

mais ceci revient à dire qu'en l'absence de norme les sujets de l'ordre juridique sont juridiquement libres. Par conséquent, que l'on adhère ou non à cette vision pan-normativiste, on aboutit au même constat : le domaine non investi par le droit appartient à la sphère de liberté des individus, laquelle s'inscrit dans les marges laissées vides, dans les « blancs » de l'ordre juridique.

Le problème est alors de savoir jusqu'ou s'étend l'emprise du droit : plus le réseau des normes juridiques est dense, serré, plus l'aire qu'il occupe est importante, et plus cette emprise sera intense, plus le droit pourra concourir efficacement à modeler les comportements sociaux. On pourrait à cet égard opposer deux figures idéal-typiques de l'ordre juridique⁵. D'un côté l'ordre juridique libéral, où le droit n'a d'autre fonction que de rendre possible la vie en société en facilitant l'ajustement réciproque des conduites, se caractérise par l'édiction d'un minimum de principes et de règles préservant la liberté des sujets : fonctionnant de manière privilégiée sur le mode de l'interdiction, il se borne à fixer des limites aux actions possibles et dit ce que l'on ne doit pas faire plutôt que ce que l'on doit faire⁶. A l'opposé, l'ordre juridique totalitaire enferme à l'intérieur de son maillage serré l'ensemble de l'activité humaine et ne laisse subsister aucun interstice où serait susceptible de se manifester l'autonomie individuelle : par une réglementation tatillonne qui dicte ce qu'il convient de faire en chaque circonstance, il aboutit à une codification intégrale, une programmation minutieuse des conduites ; d'instrument normatif, le droit se mue en véritable vecteur de normalisation, en ce sens qu'il ne vise plus tant à imposer le respect d'un nombre limité de règles qu'à obtenir de chacun un comportement stéréotypé et standardisé, conforme à un modèle prédéterminé considéré plus ou moins arbitrairement comme idéal.

Ce que nous appelons ici, de façon très approximative, l'ordre normatif libéral refléterait en somme ce mode d'exercice du pouvoir que Foucault qualifie de « juridico-discursif » : « un pouvoir qui n'aurait guère que la puissance du « non », (...) apte seulement à poser des limites, (...) centré sur le seul énoncé de la loi et le seul fonctionnement de l'interdit » — un pouvoir qui se donne à voir « comme pure limite tracée à la liberté »⁷ ; tandis que l'ordre normatif totalitaire traduirait déjà le passage à de nouveaux procédés de pouvoir fonctionnant non plus à la loi et à l'obéissance, mais à la normalisation et au contrôle. Si l'on suit Foucault jusqu'au bout, pour qui ces deux modèles de pouvoir sont radicalement hétérogènes l'un à l'autre, il faudrait alors admettre que le droit, discours normatif et prescriptif qui se borne à énoncer la loi et est « hors d'état de rien produire », ne saurait en aucun cas servir de vecteur à une quelconque entreprise de normalisation — normalisation que seules peu-

6. Cf. H. Arendt : Les lois, dans les sociétés libres, « disent uniquement ce que l'on ne devrait pas, mais jamais ce que l'on devrait faire » (*Le système totalitaire*, Seuil, coll. Politique, 1972, p. 213).

7. *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 113 s.

vent obtenir des méthodes de domination « disciplinaires », fondées sur « une coercition ininterrompue, constante », impliquant un certain type d'emprise physique⁸ et visant à faire entrer de force les comportements dans un moule pré-établi.

Seulement, on ne retrouve pas une dichotomie aussi tranchée dans la réalité concrète : il n'y a pas d'un côté la normalisation disciplinaire débouchant sur le contrôle totalitaire des conduites et le redressement autoritaire des comportements déviants, de l'autre la règle de droit capable uniquement d'empêcher, d'interdire, de censurer. D'abord parce qu'il n'y a pas de société ou d'institution purement libérale, non plus que de société ou d'institution parfaitement totalitaire, et surtout parce qu'il y a sinon osmose, du moins contamination réciproque entre ces deux configurations idéal-typiques de l'ordre social. La manie codificatrice de l'une se traduit par une profusion de normes qui empruntent à la règle de droit ses signes extérieurs — même si cette profusion masque une dégénérescence de la forme juridique⁹ : les mécanismes disciplinaires sont convertis en normes détaillées et minutieuses, mis en quelque sorte en équation juridique. A l'inverse, l'ordre juridique libéral est progressivement miné de l'intérieur : la même profusion normative caractérise aujourd'hui les sociétés non totalitaires, la multiplication des règles traduit l'extension de l'emprise du droit (et donc du pouvoir) à un nombre toujours croissant d'activités et de comportements sociaux, au point qu'il n'est plus guère de parcelle de l'existence quotidienne qui ne soit l'objet d'une réglementation. Surtout, le contenu de plus en plus précis de cette réglementation, qui s'attache aux moindres détails et dicte en chaque circonstance les normes techniques à respecter, les procédures à suivre, les conduites à adopter¹⁰, réduit progressivement la marge d'autonomie laissée aux sujets de droit. Les règles juridiques n'apparaissent plus comme des limites à l'intérieur desquelles pouvait s'exercer librement la créativité et l'initiative individuelles ; elles les intègrent dans un cadre rigide, les orientent dans un sens déterminé. Comme l'indique P. Amselek, les normes juridiques ne visent plus seulement à prévenir ou régler les conflits possibles entre les individus ou les groupes, mais aussi à « encadrer, orienter, rationaliser l'ensemble de leurs activités, de leurs conduites » : le droit, devenu une « technique de gestion », en arrive à « diriger pratiquement l'ensemble des activités »¹¹.

Non pas, sans doute, que toute latitude, toute marge de choix soit définitivement ôtée à l'individu, ni que l'existence humaine se résume

8. *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 139.

9. Nous renvoyons, pour cette analyse, à notre étude précitée.

10. Il n'est que de lire quotidiennement le *Journal Officiel* pour se faire une idée de ce à quoi peut aboutir cette tendance apparemment irrépressible et presque caricaturale par moments du législateur et de l'administration à tout réglementer, jusque dans les plus infimes détails. On a cité les chiffres de 2 000 lois ou décrets publiés en moyenne par an, auxquels s'ajoutent 7 000 arrêtés ou circulaires — en s'en tenant uniquement à ceux qui paraissent au *J.O.*

11. « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.*, 1982, n° 2, p. 279.

dans une soumission de chaque instant à des prescriptions et des interdictions contraignantes : si le droit ferme certaines possibilités, il en ouvre par ailleurs d'autres. Mais les choix possibles sont en nombre limité, et ils sont eux-mêmes étroitement codifiés par les textes qui proscrivent toute errance hors des chemins tracés, hors des voies ainsi balisées. La diversité des comportements socialement admis et des activités potentielles a plutôt tendance à s'accroître, parallèlement à la complexification progressive des sociétés modernes, mais chaque activité, chaque initiative doit, pour être reconnue, s'inscrire dans un cadre pré-établi, se conformer à une norme fixée par avance¹² : c'est la fin du sur mesure et le triomphe du prêt-à-porter. Et lorsque par hasard la liberté demeure la règle, on s'efforce par tous moyens d'en guider l'usage en proposant aux sujets de droits — qu'on semble redouter de livrer à eux-mêmes et à leur propre imagination — des « contrats-types » ou des « statuts-types » qu'ils n'auront plus qu'à recopier. Comme si, dans ces systèmes hyper-complexes que sont devenues les sociétés technologiques avancées dont le mot d'ordre est : « rationalisons », il était devenu trop risqué de laisser libre cours aux initiatives spontanées des agents sociaux en misant sur leur ajustement automatique ; comme si, également, la diversité non codifiée, hors norme, assimilée à la déviance, constituait une menace à conjurer impérieusement pour la stabilité et la survie de ces sociétés. Et dans la mesure où le droit reste — pour un temps encore — un instrument privilégié de la régulation sociale, il est finalement logique qu'il porte la marque des processus de normalisation et de rationalisation à l'œuvre en leur sein et auxquels il participe : la profusion normative correspond tout simplement à la nécessité de remplacer l'improvisation par une programmation de plus en plus parfaite des activités.

Une même loi pour tous : cette devise libérale qui ne visait rien d'autre que l'égalisation des conditions est devenue : un modèle uniforme pour chaque type d'activité, chaque type de conduite ; de sorte que le droit concourt aujourd'hui plus efficacement que jamais¹³ à l'uniformisation, à la standardisation, à l'homogénéisation des pratiques sociales en codifiant strictement les conduites socialement admises et en contenant leur diversité potentielle à l'intérieur de normes connues d'avance.

12. En somme, si chacun est contraint de couler sa conduite dans un moule, les moules proposés ou imposés varient beaucoup, comme en témoigne l'éclatement des statuts et des règles qui régissent de façon spécifique des catégories sociales de plus en plus diversifiées et des activités de plus en plus spécialisées.

13. On ne peut ignorer en effet que cette fonction d'uniformisation a toujours peu ou prou existé, particulièrement en France où l'égalité juridique est traditionnellement conçue, depuis la Révolution, comme impliquant l'uniformité de statut. Le phénomène est saisissant s'agissant de l'organisation administrative, dont l'intégration repose sur l'homogénéité de cellules toutes identiques en droit, calquées sur un modèle unique défini par des règles juridiques : toutes les communes, tous les départements, par exemple, sont soumis au même statut, et cette standardisation volontaire obtenue grâce au droit et garantie par le droit, fournit une excellente illustration des virtualités et des capacités normalisatrices de la règle de droit.



La contrainte que le droit fait peser sur les individus, obligés de se soumettre aux prescriptions impératives qu'il édicte, permet d'imposer aux agents sociaux des conduites parfaitement codifiées et d'obtenir d'eux des comportements conformes à des normes préétablies, précises et détaillées. Mais la dimension contraignante du droit ne suffit pas à rendre compte des processus par lesquels il participe à cette normalisation des comportements. Ces processus ne sont pas seulement — et même, pourrait-on dire, pas essentiellement — d'ordre mécanique : ils relèvent plus encore d'une imprégnation diffuse, d'une inculcation inconsciente par laquelle le droit imprime dans les représentations collectives une certaine idée de la normalité, et devient ainsi non pas tant le garant que l'étalon par rapport auquel sera mesurée la normalité des comportements.

B. — LE DROIT, DISCOURS DE LA NORMALITE : LA FONCTION DE NATURALISATION

Le droit, instrument de codification des conduites et donc de régulation des rapports sociaux concrets, régit aussi les représentations collectives qui s'y attachent, dans la mesure où il y imprime une certaine image de l'ordre social. Cette fonction seconde du droit — seconde au sens de dérivée mais non de secondaire — est d'autant plus importante à relever et analyser que si un individu donné n'a qu'un nombre limité de chances, statistiquement parlant, de se voir appliquer telle ou telle norme prise isolément, dont chacune ne régit qu'une fraction restreinte de l'activité humaine (de moins en moins de chances, au demeurant, à mesure que la spécialisation croissante des statuts et des règles réduit concomitamment leur champ d'application respectif), l'ensemble formé par ces normes lui fournit pourtant, indépendamment de leur mise en œuvre concrète, une image globale et cohérente de la société, en même temps que les repères dont il a besoin pour s'y orienter. Il convient donc de démonter les mécanismes par lesquels le droit exerce une action pédagogique¹⁴ telle que chacun se plie aux normes qu'il édicte moins parce qu'il les ressent comme obligatoires que parce qu'il adhère imperceptiblement à l'ordre qu'elles dessinent, au schéma ordonné et rationnel qu'elles tracent, à la représentation qu'elles donnent de la vie en société, de ses contraintes et de ses nécessités. Les normes déterminent l'acceptabilité des conduites et deviennent l'étalon qui permet de discriminer entre les comportements conformes ou « normaux » et les comportements déviants ; et si leur fonction est de guider ces conduites et ces compor-

14. Bourdieu et Passeron définissent l'action pédagogique comme un pouvoir de violence symbolique s'exerçant dans un rapport de communication et tendant à imposer un arbitraire culturel ; elle concourt à forger un habitus, qui est précisément le produit de l'intériorisation des principes de cet arbitraire culturel. Voir *La reproduction*, éd. Minuit, 1970.

tements, elles y parviennent non seulement en les enfermant dans des cadres impératifs mais plus encore en proposant une image de ce qui doit être, apte à s'imprimer dans les esprits. Le droit sera au demeurant d'autant plus efficace comme facteur de normalisation des comportements que la contrainte qu'il fait passer sur eux ne sera pas ressentie et vécue comme telle mais sera intériorisée au point que les agents sociaux, en croyant agir librement, se comporteront spontanément conformément à ce que l'on attend d'eux.

Pour comprendre comment le droit agit sur les représentations collectives, il faut en premier lieu revenir à cette idée fondamentale que le droit a non seulement une dimension performative¹⁵ et normative, mais une dimension descriptive, qu'il se donne à voir indistinctement et simultanément comme « discours législatif », « instaurant des êtres et des choses, instituant les règles de comportements licites et illicites », et comme « discours référentiel », rendant compte du réel et adéquat à ce réel¹⁶. Le discours législatif se présente comme second par rapport au discours référentiel, la réalité préexistant logiquement aux règles édictées pour la régir ; en fait, le niveau législatif est chronologiquement antérieur, puisque c'est lui qui sélectionne les éléments de la réalité qu'il prend en compte et les intègre dans le discours juridique : de sorte que le droit construit son référent plus qu'il ne le décrit, mais, jouant sur cette ambiguïté, il se donne à voir comme une parole « sur les choses dont l'existence est évidente »¹⁶ et parvient ainsi à naturaliser ces choses dont il parle.

En cela, le droit ne fait qu'utiliser les propriétés des langues naturelles qui, servant à désigner les objets, réels ou imaginaires, construisent l'univers auquel elles se réfèrent. Les objets, en effet, ne préexistent pas aux mots : c'est par le langage qu'ils sont appréhendés, pensés, conceptualisés, de sorte que le langage soutient l'image du monde qui nous entoure, concourt à la « catégorisation du monde », fournit une grille de lecture du monde préalablement codée par lui¹⁷. Comme tout langage, le droit conditionne et même façonne notre vision du monde ; il apparaît comme « la représentation que l'ordre social se donne à lui-même, de lui-même : discours des normes, discours sur la norme »¹⁸. Mais cette représentation n'est ni neutre, ni innocente : le texte ne peut prétendre donner une représentation fidèle, être le décalque exact d'une réalité qui ne lui

15. Pour les linguistes, un énoncé est performatif lorsque son énonciation revient à accomplir une action : « je déclare la séance ouverte », « je vous déclare mari et femme », « il est créé entre les soussignés... ». Voir J.L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, 1970.

16. A.J. Greimas, *Sémiotique et sciences sociales*, Seuil, 1976, pp. 84-85. Voir aussi sur ce point D. Loschak, « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires* (Mélanges Léo Hamon), Economica, 1982.

17. « L'énoncé a une influence essentielle sur la perception du réel. Le discours articule l'ensemble des significations pratiques du monde, dont l'énoncé se présente comme la reprise ». Il dessine « le panorama d'un monde disponible », « accorde forme et vie aux choses » (J.P. Resweber, *La philosophie du langage*, Que sais-je ? n° 1765, pp. 16-19).

18. G. Vignaux, « Argumentation et discours de la norme », in *Langages*, n° 53, mars 1979, sur *Le discours juridique : analyses et méthodes*.

préexiste pas dans la mesure où elle n'est pas pensable en dehors de lui et de ses catégories ; il renvoie une image cohérente de l'ordre social, donnant aux choses et aux situations dont il parle un « statut d'évidences..., de contraintes logiques »¹⁸, mais cette image est déformée, voire fallacieuse.

Découpant et reconstruisant le monde environnant selon ses propres notions et critères, le droit présente ce découpage comme inhérent à la nature même des êtres et des choses en occultant le caractère arbitraire des sélections et simplifications qu'il opère au sein d'une réalité beaucoup plus vaste et complexe. Chacun apprend à voir le monde à travers les catégories et les propositions juridiques, et l'image de l'ordre social qui s'en dégage s'impose imperceptiblement à la conscience des individus comme évidente et nécessaire. Le droit dit « vrai » ; la réalité légale, celle que le droit décrit, se donne pour la réalité naturelle, celle qui appartient à la nature des êtres et des choses. L'effet de naturalisation que produit le droit en tant que « couverture discursive du monde » (A.J. Greimas) aboutit à faire reconnaître comme normaux, voire comme seuls normaux, parce que conformes à l'ordre naturel des choses, les objets, les comportements ou les situations qu'il prend en compte, et à obtenir l'adhésion aux valeurs implicites qui les sous-tendent.

L'autorité qui s'attache à la vision du monde « informée » par le droit est encore renforcée par l'aspect cohérent, structuré, logique du système constitué par les normes juridiques, ainsi que par la présomption de neutralité et de rationalité qui s'attache au discours juridique comme à tout discours technique : le droit neutralise le contenu polémique des termes qu'il intègre à son lexique et qui, transmués en catégories juridiques, se voient parés du caractère d'objectivité reconnu au vocabulaire technique. Là-dessus viennent se greffer les effets propres du positivisme dominant qui, refusant de dissocier légalité et légitimité, incite à considérer la réalité prise en compte par le droit comme seule légitime, donc seule concevable. Là où le jusnaturalisme jugeait le droit positif à l'aune d'une éthique transcendentale, d'une idée *a priori* du Juste et de l'Injuste, le triomphe du positivisme a abouti à l'inverse à ce que la légalité fasse présumer — et présumer de façon quasi-irréfragable — la légitimité ; or l'autorité du droit ne s'attache pas seulement à ses commandements mais aussi, plus largement, à la représentation qu'il fournit de l'ordre social. Le droit positif confère aux choses dont il parle une aura d'incontestabilité, il produit un effet de reconnaissance qui va bien au-delà de l'autorisation juridique contenue dans telle ou telle norme considérée isolément. Définissant au départ des comportements légaux, il en arrive à déterminer la sphère d'acceptabilité des actes et des conduites, à indiquer ce qu'il est normal de faire ou de penser, et ce qui ne l'est pas.

Ce glissement insensible, cette assimilation progressive du légal au normal est particulièrement remarquable dans les domaines qui touchent aux mœurs et aux mentalités, parce que la loi positive intervient ici dans un champ largement investi par les valeurs dominantes et déjà quadrillé par d'autres normes — la morale, la religion, la tradition... — avec

lesquelles elle entre en concurrence. Le droit, pourtant, ne parle pas de haut : il ne proclame pas de grands principes abstraits auxquels on adhère par un élan conscient et volontaire ; il se borne à fournir une série d'indications concrètes qui régissent de façon presque prosaïque et terre à terre l'existence quotidienne et finissent par imposer comme naturels et normaux certains modes de vivre, d'agir, de penser. Dans cette fonction de socialisation, d'inculcation de valeurs et d'imposition de comportements conformes, le Code civil est plus efficace qu'aucune déclaration solennelle des droits de l'homme : conçu à l'origine pour une infime minorité de la population — les propriétaires de sexe masculin, mariés et pères de famille —, il dessine l'image que la société veut donner d'elle-même, il apparaît comme « le modèle des relations civiles dans la paix bourgeoise »¹⁹. Le Code civil ne dit pas que la femme est inférieure à l'homme ; il indique seulement que le mari est le chef de la famille et que le père exerce seul la puissance paternelle. Il n'interdit pas à la femme de travailler ; il dit seulement qu'elle doit obtenir préalablement l'autorisation de son mari — ce qui revient implicitement à rappeler que le travail des femmes n'est pas chose naturelle, normale ; et ce rappel est plus dissuasif, sans doute, que la formalité requise en elle-même. Le Code ne déclare pas non plus qu'il est immoral de procréer avec un(e) autre que celui(celle) avec qui on est engagé dans les liens du mariage ; il nie simplement l'existence des enfants adultérins, d'une part en posant comme présomption irréfragable la règle « *pater is est* », d'autre part en interdisant l'établissement de la filiation adultérine.

A l'inverse, qualifier juridiquement une situation ou une conduite, la prendre en compte pour la réglementer positivement, c'est-à-dire autrement qu'en l'interdisant purement et simplement, c'est déjà, jusqu'à un certain point, l'officialiser, lui conférer un minimum de reconnaissance, la rendre concevable. Ainsi, tandis que l'avortement reste un délit pénalement réprimé, l'« interruption volontaire de grossesse » est désormais admise, dans certains cas et sous certaines conditions. Les mots, ici, ont leur importance. D'abord, le terme — et *a fortiori* le sigle — « I.V.G. » gomme les connotations péjoratives attachées à celui d'avortement, donne le moyen d'en parler, permet de dénommer la chose de façon neutre, et finalement innocente la pratique qu'elle recouvre²⁰ : exemple de l'effet d'objectivation et de neutralisation que produit le langage juridique. Par ailleurs, cette périphrase laisse entendre qu'il est possible, concevable, d'interrompre volontairement une grossesse, conférant ainsi à l'acte en cause un début de reconnaissance, de légitimation, dont la portée dépasse de beaucoup le contenu concret et relativement restrictif des dispositions légales. Les adversaires de la loi de 1975 ne

19. A.J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, L.G.D.J., 1973, p. 144.

20. Cf. T. Ivainier, « Introduction à un discours sur le langage du droit », *J.C.P.*, 1983, I, 3097.

s'y sont pas trompés, qui ont bien compris que le risque résidait moins dans l'extension du nombre des avortements que dans la « banalisation » de l'acte, autrement dit sa normalisation. De même, on a bien vu comment le refus de faire rembourser l'interruption volontaire de grossesse par la sécurité sociale était moins dicté par des considérations financières que par la crainte de la voir accéder au statut d'acte médical « comme les autres »²¹.

En sens inverse, l'incrimination de certains comportements par la loi n'est pas seulement dissuasive par la menace des condamnations qu'elle fait peser sur les éventuels contrevenants mais par la désignation de ces comportements comme inacceptables, hors-la-loi, hors-norme. Ce n'est pas en condamnant les auteurs de viols ou de délits racistes que l'on parviendra à extirper ces maux de la société ; mais toute inculpation et/ou condamnation dans ces domaines a une vertu pédagogique : elle vient signifier publiquement à tous — et pas seulement à ceux qui sont l'objet des poursuites — que les conduites incriminées sont hors-la-loi, que la société ne les reconnaît pas comme normales. Et cet aspect pédagogique est d'autant plus important dans les exemples choisis que, contrairement à ce qui est le cas pour d'autres crimes ou délits, tels que le meurtre ou le vol, le viol et le racisme ne sont pas spontanément perçus comme illégitimes par l'opinion dominante (masculine, française et blanche...) : la loi n'est pas ici en position de redoublement par rapport aux idées reçues, à ce qui « va de soi », mais tend à redresser des comportements, à inculquer de nouvelles images et de nouvelles valeurs. La loi actuellement en projet visant à réprimer le sexisme — c'est-à-dire les diffamations, injures, atteintes à la dignité, discriminations « envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur sexe » — illustre bien la valeur plus pédagogique et persuasive que proprement répressive attachée à ce texte. On en attend moins, aux dires de ses promoteurs(trices) l'éradication immédiate de la discrimination dont les femmes sont victimes grâce à la répression systématique et généralisée des comportements désormais illégaux, qu'une accélération de l'évolution des mentalités : l'idée est en somme de culpabiliser, plus que de punir, ceux qui n'ont pas encore intégré dans leurs schémas mentaux ni dans leurs comportements la notion de l'égalité des sexes. Ici encore, le simple fait de nommer un phénomène — le sexisme —, mais cette fois de façon dévalorisante, et d'officialiser cette dénomination en la faisant prendre en compte par la loi, a son importance : « nommer, c'est dévoiler, et

21. Nous avons volontairement choisi ici des exemples empruntés aux rapports privés. Mais il serait aisé d'appliquer la même démonstration à la sphère d'activité publique. Ainsi, qualifier une activité de « service public », c'est légitimer sa prise en charge par l'Etat, faire apparaître l'intervention administrative comme évidente et nécessaire, comme normale en somme. La notion de « service public industriel et commercial » est particulièrement significative à cet égard puisque, accollant des termes au départ antinomiques, elle aboutit à naturaliser et à faire accepter l'inacceptable, l'impensable même, du point de vue de l'idéologie et de la pratique libérales : l'empiètement de l'Etat sur la sphère de l'initiative privée.

dévoiler c'est déjà agir », remarquait Simone de Beauvoir à ce propos²². Passer sous silence la discrimination fondée sur la différence des sexes, c'était une manière de la nier, au moins de la nier comme problème ; la création du « délit de sexisme » vise à provoquer une prise de conscience de ce que certaines paroles, certains actes ou gestes, ne sont pas aussi « normaux » qu'un vain peuple pense.

Il faut enfin évoquer la place faite par le droit aux « standards », ces notions au contenu indéterminé reposant sur une idée implicite de la normalité, du juste milieu : ainsi des notions de « bon père de famille », chère aux rédacteurs du Code civil, de « destination normale » des biens, ou de « logement décent » par lesquelles le législateur invite le juge à évaluer et sanctionner des comportements ou situations par référence aux pratiques et systèmes de valeurs dominants. Utilisés également par le juge administratif de façon systématique, les standards exercent une fonction subtile de persuasion et influencent la vision que les justiciables ont du fonctionnement souhaitable de l'administration²³ : imposant comme naturelle et nécessaire la conception que le juge se fait du normal et de l'anormal, du raisonnable et du déraisonnable, du suffisant ou de l'excessif dans le comportement de l'administration vis-à-vis des administrés, les arrêts indiquent autant ce que l'on peut raisonnablement et normalement attendre de l'administration que ce qu'elle est légalement autorisée à faire.

*
**

En même temps qu'il codifie les comportements sociaux et les conduites individuelles par des prescriptions impératives et concourt ainsi, de façon plus ou moins autoritaire, à assurer leur conformité à des normes préétablies, le droit diffuse une certaine idée de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas, qui s'imprègne dans les consciences et modèle les représentations collectives. Imposant des règles de conduite d'un côté, proposant une image cohérente et convaincante de l'ordre social de l'autre, instrument normatif mais aussi discours sur la norme, le droit agit sur les comportements autant par la persuasion clandestine que par la contrainte directe, autant par la force agissante du langage que par l'obligation attachée aux prescriptions juridiques.

Mais montrer que le droit contribue directement et indirectement à la normalisation des modes d'agir et de penser laisse intacte la question de savoir à quel type de normes il soumet les comportements, ce que recouvre exactement cette « normalité » dont il impose l'idée. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que, comme on l'a rappelé plus haut, les concepts de normal et de normalité sont équivoques, dotés d'une multiplicité de significations souvent confondues ou mal distinguées.

²². Cité dans *Libération*, 10 mars 1983.

²³. Voir S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, L.G.D.J., 1980.

Il faut donc s'interroger plus précisément sur le contenu de la normalité à laquelle le droit fait implicitement ou explicitement référence, en s'efforçant de démêler les ambiguïtés que la notion recèle et qui se retrouvent dans le fonctionnement même du droit.

II. — LA NORMALITE DANS LE DROIT

A première vue, les termes de « normal » et de « normalité » semblent étrangers au lexique juridique et au champ conceptuel du droit. Ainsi, bien que la normalité se définisse approximativement comme la conformité à une norme, on ne qualifiera pas de « normal » ce qui est conforme à la norme juridique. Si le droit a quelque chose à voir avec la normalité, ce n'est donc pas parce qu'il édicte des normes (juridiques), mais en raison du contenu et de la fonction de ces normes : en indiquant le permis et le défendu, le possible et l'impossible, le souhaitable et le condamnable, le droit, on l'a montré, retranscrit mais aussi diffuse et perpétue une certaine idée du normal et de l'anormal, en même temps qu'il contribue à modeler des comportements conformes aux critères dominants de la normalité. On peut encore ajouter qu'il est des hypothèses où la normalité n'apparaît plus seulement comme une référence latente, mais est directement prise en compte par le droit : ainsi en va-t-il avec les standards, catégories vides au départ de tout contenu juridique et que les sujets de droit ou le juge sont invités à remplir en fonction de l'idée qu'ils se font de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas. La normalité est donc non seulement présente dans le droit, mais parfois même littéralement inscrite dans la règle de droit, ce qui justifie l'entreprise — délicate — d'en mettre à nu toutes les implications.

L'entreprise est en effet d'autant plus complexe que le droit mène une sorte de double jeu par rapport à la norme : d'un côté il formalise des normes déjà là, qui sont l'expression des comportements ou des valeurs dominants dans la société, le reflet d'une idée implicite de la normalité ; de l'autre, il fixe et impose des normes sur lesquelles se modelent les conduites et qui rétroagissent par conséquent sur les rapports sociaux. Le droit crée la norme en même temps qu'il l'entérine, et cette ambivalence est génératrice d'ambiguïté en raison de la difficulté qu'il y a à démêler la part respective du « donné » et du « construit » dans la règle de droit, pour reprendre les termes de Gény. Le droit, dans sa fonction normative, confère force juridique à des normes préexistantes, mais à son tour la norme juridique sert d'étalon de ce qui est socialement reconnu comme normal, de sorte que normalité et normativité — ou encore prétention descriptive et visée normative de la norme juridique — apparaissent inextricablement mêlées, se confortant mutuellement.

Sur cette première ambiguïté, que l'on a déjà partiellement analysée plus haut, vient s'en greffer une seconde, qui apparaît lorsqu'on se réfère

non plus à la fonction des normes juridiques mais à leur contenu. Lorsque le droit détermine la sphère d'acceptabilité des comportements, lorsqu'il trace la limite entre les comportements qui sont dans la norme et ceux qui sont hors-norme, la norme en question doit-elle s'entendre comme la moyenne des comportements habituellement observés ou comme le modèle de comportement souhaité ? Est-elle, en d'autres termes, d'ordre descriptif ou d'ordre normatif ?

D'où la nécessité d'élucider les rapports entre normativité et normalité ; et le premier point à éclaircir à cet égard est de savoir si le droit prétend renvoyer à la réalité telle qu'elle devrait être, à un type idéal, ou à la réalité telle qu'elle est, à un type moyen. Dans un cas, le droit concourt à modeler le fait sur une norme idéale transcrite en termes juridiques ; dans le second, la règle juridique donne simplement « force de loi » à un comportement moyen, à une norme habituellement et spontanément suivie. Et si la réponse est complexe, si les choses ne sont pas claires, c'est justement parce que l'imbrication étroite des dimensions normative et descriptive est constitutive de la notion même de normalité. D'où la seconde question, qui concerne les rapports entre la normativité proprement juridique et la normativité plus diffuse à l'œuvre dans la société, celle-là même qui est sous-jacente à toute définition du normal et permet de discriminer entre ce qui est normal et ce qui ne l'est pas. Et à cet égard, on peut se demander si l'évolution actuelle ne tend pas vers une dissolution progressive de la normativité juridique dans une normalité définie en fonction de critères échappant à l'appréhension par le droit, si le droit ne perd pas son épaisseur normative propre, donc sa spécificité, pour devenir l'enveloppe — ou la « couverture » — d'autres modalités de contrôle social plus efficaces pour éliminer la déviance.

A. — LA DIMENSION NORMATIVE DE LA NORMALITE

Pour appréhender la racine de l'équivoque fondamentale qui affecte toute référence à la norme et à la normativité, et pour comprendre comment le droit joue sur cette équivoque, il faut revenir sur quelques considérations sémantiques. La norme se définit d'abord dans l'ordre du devoir-être, du *sollen*, comme « (le) type concret ou (la) formule abstraite de ce qui doit être » (*Robert*) ; elle est alors synonyme de canon, modèle, principe, règle. Cette notion de règle à observer ou de modèle à reproduire se retrouve également dans le sens particulier que revêt le terme dans le vocabulaire technique, où la norme désigne « l'ensemble des règles fixant le type d'un objet, les procédés techniques de fabrication, de production » (*Lexis*). Mais elle se définit aussi dans l'ordre du *sein*, comme « l'état habituel, conforme à la majorité des cas » (*Robert*). L'équivoque naît de ce que les rapports entre les deux sens du mot « norme » ne sont pas parfaitement élucidés, soit qu'on se borne à les juxtaposer, soit au contraire qu'on les confonde à l'intérieur d'une définition unique comme celle que donne le *Lexis* : « état habituel,

conforme à la moyenne générale des cas et considéré le plus souvent comme la règle » — « un mixte de légalité et de nature, de prescription et de constitution », en somme, comme la caractérise Michel Foucault²⁴...

On serait tenté de dire que la norme penche tantôt du côté du « normatif », de ce qui pose des règles, tantôt du côté du « normal », de « ce qui est conforme à l'état le plus souvent fréquent, le plus habituel, ce qui n'a aucun caractère exceptionnel » (*Robert*) ; mais le terme « normal » n'est pas lui-même, tant s'en faut, dépourvu d'ambiguïté : s'il semble se situer plutôt du côté du *sein*, de la norme-moyenne, il désigne aussi « ce qui sert de règle, de modèle, de point de comparaison » (*Robert*), comme l'atteste cet emploi particulier du terme où il qualifie l'état d'un être vivant ou d'un organe qui n'est affecté d'aucune modification pathologique, et où l'on n'arrive pas exactement à savoir si la pathologie doit s'apprécier comme l'écart par rapport à la moyenne ou par rapport à un état souhaitable. Si la notion de normalité paraît insaisissable, ce n'est pas parce qu'elle a plusieurs sens possibles, mais parce qu'on passe sans cesse, insensiblement, de l'un à l'autre, du descriptif au normatif et inversement ; elle est équivoque parce qu'elle contient simultanément — et non alternativement — en elle les deux significations, comme l'attestent les analyses auxquelles elle a pu donner lieu et sur lesquelles il convient de s'attarder un instant.

Ainsi Durkheim, lorsqu'il se met en quête d'un critère permettant de distinguer scientifiquement deux ordres de phénomènes sociologiques — ceux que l'on peut qualifier de « normaux » par opposition à ceux qui apparaissent comme pathologiques — aperçoit l'équivoque qui s'attache à la notion de la normalité. Sans doute assimile-t-il au départ la normalité à la généralité (« nous appellerons normaux les faits qui présentent les formes les plus générales ») et le type normal au type moyen (« l'être schématique que l'on constituerait en rassemblant en un même tout, en une sorte d'individualité abstraite, les caractères les plus fréquents de l'espèce avec leurs formes les plus fréquentes »)²⁵. Il remarque néanmoins *in fine* que la santé — l'état normal — est considéré aussi comme un état préférable à la maladie, autrement dit que la normalité recouvre une idée de valeur. Mais il ne pousse guère plus loin l'analyse, se bornant à affirmer, de façon très darwinienne ou très fonctionnaliste, comme on voudra, que les formes d'organisation les plus répandues sont nécessairement les plus avantageuses, car sinon elles ne se seraient pas généralisées. Durkheim esquive donc finalement le problème qu'il avait pourtant entrevu.

On trouve en revanche, dans l'étude désormais classique de Canguilhem une réflexion sur les concept de « normal » et de « pathologique »²⁶ dont la portée et l'intérêt dépassent largement le champ de la biologie et de la médecine. Canguilhem, se référant au *Vocabulaire de la philo-*

24. *Surveiller et punir, op. cit.*, p. 310.

25. *Les règles de la méthode sociologique*, 18^e éd., PUF, 1973, p. 56.

26. *Le normal et le pathologique*, 4^e éd., PUF, 1979.

sophie de Lalande, commence par noter la dualité de sens attribués au mot « normal » : est normal ce qui est tel qu'il doit être ; est normal ce qui se rencontre dans la majorité des cas d'une espèce déterminée ou ce qui constitue la moyenne d'un caractère mesurable. D'où le caractère équivoque d'un terme qui désigne à la fois un fait et une valeur attribuée à ce fait — l'équivoque étant favorisée par une tendance assez répandue, sous l'influence de la « tradition philosophique réaliste », à confondre la généralité — en tant qu'elle est le signe d'une essence — avec la perfection réalisée, ou, comme le fait la médecine, l'état habituel des organes avec leur état idéal.

Or, dit Canguilhem, cette confusion ne pose pas seulement un problème d'ordre sémantique ; elle est aussi l'indice d'un problème plus général, d'ordre anthropologique si l'on veut. La norme, selon lui, contrairement aux prétentions des physiologistes prompts à assimiler norme et moyenne, ne se réduit pas *de* la moyenne, si elle peut se traduire *dans* la moyenne. La norme découle toujours d'une activité normative — cette activité proprement humaine qui consiste à poser des normes et à qualifier les faits relativement à ces normes ; elle n'est pas donnée, mais instituée, et instituée — fût-ce inconsciemment — à partir d'un jugement de valeur au moins implicite. La normalité n'est donc pas un concept purement descriptif ou statistique dont le contenu pourrait être défini de façon parfaitement neutre et objective, de même que l'anomalie ne se ramène pas simplement à l'écart statistique mais suppose aussi un écart normatif.

Ce qui est vrai s'agissant de phénomènes qui échappent *a priori* à la volonté consciente des hommes comme les phénomènes biologiques (Canguilhem parle d'une normativité biologique pour indiquer que la distinction du normal et du pathologique dépend d'une appréciation positive ou négative portée sur certains états en fonction d'une conception de ce qu'est ou doit être la vie humaine, inséparable d'un jugement de valeur²⁷) l'est *a fortiori* lorsque le qualificatif de normal est appliqué à l'organisation sociale : la normalité, ici, est moins encore dissociable d'une intention normative qui fait corps avec elle, et dans « normal » il y a toujours plus que le simple constat d'une évidence statistique. Affirmer que quelque chose est normal, ce n'est jamais simplement se livrer à un constat objectif fondé sur la réalité observable ; c'est toujours, peu ou prou, porter un jugement : soit sur l'objet ou le fait que l'on qualifie de normal, soit sur l'objet ou le fait qui, par contraste, apparaîtra comme anormal, soit encore sur les objets du monde environnant que l'on a pris pour référence et que l'on a implicitement considérés comme normaux alors qu'ils n'étaient que généraux ou habituels. Car, comme le montre parfaitement Canguilhem, « le normal n'est pas un concept statique ou pacifique (descriptif, pourrait-on dire aussi) mais un concept dynamique

27. L'auteur parle aussi de « normativité vitale », voulant par là pointer qu'il existe une « polarité dynamique de la vie », que toute vie suppose préférence et exclusion et qu'elle a à lutter contre tout ce qui est de valeur négative.

et polémique » (p. 176). Il n'y a de norme qu'en fonction d'une exigence de normalisation, en raison de l'existence, en dehors d'elle, d'objets ou de faits qui lui échappent ou lui résistent ; elle déprécie implicitement tout ce qui, par référence à elle, doit être tenu pour anormal : expression d'une préférence pour un ordre possible elle signifie en même temps l'aversion pour l'ordre inverse possible, rejeté dans la catégorie de l'anormal. La norme est donc toujours à la fois instituée — en fonction d'un choix préalable — et instituant en ce sens que c'est elle qui fixe le normal à partir d'une décision normative (p. 182). Le normal ne se résume jamais dans le type moyen, non plus d'ailleurs que dans le type idéal, et les deux sens du mot « norme » dégagés au niveau sémantique s'articulent en réalité étroitement l'un sur l'autre dans la pratique discursive.

Si, après ce long détour, on revient maintenant au droit, on peut avoir l'impression que les choses sont relativement simples, dans la mesure où la dimension instituant de la norme juridique n'est guère contestée : contrairement au biologiste qui déduit la norme et la normalité de la fréquence ou de la généralité d'un phénomène, contrairement même au grammairien qui ne prétend à rien d'autre qu'à fixer l'usage de la langue (et définit donc la norme par référence à l'usage effectif de cette langue²⁸), le législateur choisit délibérément, parmi la variété théoriquement infinie des situations et des comportements possibles, ceux qui seront dans la norme, ou légaux, et ceux qui seront hors-norme, ou illégaux. Les choses sont en réalité plus complexes dans la mesure où la normativité propre à la règle de droit doit être distinguée de la normativité sous-jacente au concept de normalité : la normativité spécifiquement juridique vient se greffer sur une normalité déjà là, socialement reconnue — telle que, comme on l'a montré, le droit retire une bonne part de sa légitimité de ce qu'il se donne pour la normalité-faite-loi —, normalité qui inclut déjà une dimension normative. Et c'est la consistance, le contenu de cette normalité de référence qu'il convient pour l'instant, seule, d'élucider : le droit sanctionne-t-il juridiquement ce qui est considéré comme normal en fonction d'un jugement de valeur, ou érige-t-il en règle ce qui n'était jusque-là qu'habitude ou moyenne statistique ? Or sous cette forme la question est probablement mal posée, car le droit joue précisément sur l'ambiguïté des concepts de norme et de normalité, et brouille les cartes en donnant pour habituel et naturel ce qui relève d'un modèle idéal à atteindre, ou à l'inverse en présentant comme souhaitable ce qui n'est qu'habituel.

Sans doute existe-t-il de nombreuses hypothèses où la règle de droit manifeste ouvertement sa visée instituant et normative²⁹ ; mais il en

28. Prétention fallacieuse, comme le rappelle Canguilhem lui-même (p. 181), dès lors que l'usage n'est pas unifié et que ce qui est érigé en norme c'est « l'usage des bourgeois parisiens cultivés ». Loin d'entériner un fait, la norme grammaticale exprime un choix, une préférence, et rejette corrélativement les autres usages hors de la norme en les qualifiant d'incorrects. Sur cette question, voir E. Bédard et J. Maurais éd., *La norme linguistique*, Québec, 1983.

est bien d'autres, tout aussi nombreuses, où la duplicité du droit est aisément décelable. Elle est particulièrement évidente à chaque fois que le législateur ou le juge ont recours à des standards, que l'on repère dans le langage juridique par l'emploi du mot « normal » et de ses dérivés, ou encore de leurs substituts ou équivalents fonctionnels : anormal, exceptionnel, spécial, excessif, abusif, exorbitant, raisonnable, suffisant, grave (comme l'injure ou la faute), manifeste... — autant de notions parmi d'autres qui indiquent la référence à une norme moyenne de comportement, à une situation ou une conduite conforme au type le plus fréquent, et auxquelles leur incorporation dans la règle de droit fait produire des effets juridiques. Or la normalité à laquelle font explicitement ou implicitement appel ces standards comporte toujours une double dimension descriptive et normative, telle que les standards sont eux-mêmes nécessairement ambivalents, oscillant entre une prétention descriptive et une intention normative. Si l'on peut tenter de distinguer, comme le fait S. Rials, entre des standards au contenu plutôt dogmatique, « dotés d'une certaine transcendance par rapport à ce qui se fait », et des standards au contenu plutôt descriptif, tendant à rendre compte le plus fidèlement possible de ce qui est³⁰, on s'aperçoit vite, avec l'auteur, qu'il faut faire place à une catégorie de standards intermédiaires mêlant des éléments de dogmatisme à des éléments d'ordre descriptif, et surtout que la distinction ne peut avoir d'autre portée qu'analytique : en effet, les standards descriptifs ne sont jamais le pur reflet de ce qui est mais supposent toujours une part de choix dans leur mise en œuvre ; tandis qu'à l'inverse, si les standards dogmatiques visent à redresser des comportements, à les rendre conformes à des normes définies en fonction de principes ou de valeurs *a priori*, et non en fonction de ce qui se fait habituellement, il reste que ces principes et valeurs ne planent pas dans les airs, qu'ils sont ceux-là mêmes qui influencent ou inspirent la conduite ordinaire des agents sociaux et qui sont reconnus comme valables par le plus grand nombre, de sorte que les standards dogmatiques sont encore descriptifs à un certain point de vue — descriptifs cette fois des dogmes en vigueur dans la société environnante et don le juge se fait l'écho.

Au demeurant, la distance n'est jamais infinie entre ce qui est et ce qui devrait être, ou plus exactement entre ce qu'une société — et donc le législateur et le juge — considèrent comme normal en fonction d'un constat objectif porté sur la réalité observable, et ce qu'ils considèrent comme normal en fonction d'un jugement de valeur *a priori*. Un comportement courant ne sera pas qualifié de « normal » s'il heurte des principes éthiques généralement admis, et à l'inverse un comportement hautement souhaitable au regard de normes idéales ne sera pas pour

29. Ce sont notamment les règles qui créent êtres et choses, les font accéder à la vie juridique — ou encore celles qui interdisent ou prescrivent de façon impérative des comportements déterminés sous peine de sanction — telles les règles du droit pénal ou les règles de procédure.

30. *Op. cit.*, pp. 130 et s.

autant « normal » s'il ne s'enracine pas dans un minimum de pratique effective. De surcroît, le droit contribue à donner l'impression que le type idéal et le type moyen coïncident, à masquer la distance qui, éventuellement, les sépare, en jouant sur la confusion entre l'ordre de la description et l'ordre des valeurs. En cela, l'ambiguïté qui affecte la notion de normalité à laquelle il fait référence n'est ni indifférente, ni innocente : elle est à la base du mécanisme de naturalisation décrit plus haut, grâce auquel le droit, dissimulant l'arbitraire de ses prescriptions, fait apparaître comme évidents, naturels et nécessaires des comportements ou des situations qui relèvent pour une part d'un choix normatif, d'un jugement de valeur porté sur la réalité.

Ainsi, lorsqu'à l'article 1728 du Code civil, il est dit que le preneur est tenu « d'user de la chose louée en bon père de famille », cette notion de bon père de famille mêle indistinctement un type moyen et un type idéal : le comportement du père de famille est érigé ici en modèle, mais ce modèle est lui-même constitué à partir de ce qu'on suppose être le comportement habituel et spontané d'un père de famille moyen, « normalement » soigneux et respectueux de la propriété d'autrui (au point que l'adjectif « bon » paraît ici presque redondant). La loi renvoie en somme à la norme sociale dominante. De même, lorsque le juge doit apprécier, en matière de protection de l'enfance par exemple, si la famille a un « logement décent », si le jeune reçoit une « éducation normale », des « soins normaux », il ne peut le faire qu'en tenant compte à la fois des conditions moyennes de vie de la population française et d'une idée *a priori*, plus dogmatique, du seuil à partir duquel il n'y a plus ni logement décent, ni soins ou éducation normaux. En matière administrative, également, lorsque le juge, dans le contentieux des travaux publics, invoque les inconvénients normaux du voisinage de la voie publique, il vise à la fois et indistinctement les inconvénients *habituels* subis par les riverains (aspect descriptif) et les inconvénients qu'ils *doivent* supporter au nom de l'intérêt général et des nécessités de la vie en société (aspect dogmatique) ; à l'inverse, pour que le dommage soit qualifié d'anormal et puisse donner lieu à réparation, il faut non seulement qu'il dépasse la moyenne des dommages généralement subis, mais encore qu'il apparaisse comme étant de ceux qu'il ne serait pas équitable (notion de valeur) de laisser supporter à sa victime sans indemnisation. Mais l'emploi des mots « normal » ou « anormal » permet de dissimuler l'arbitraire de l'appréciation portée par le juge, et masque le fait que c'est lui qui, en dernière analyse, décide de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas en fonction d'un jugement de valeur nécessairement subjectif.

*
**

La normalité à laquelle se réfère le droit n'est donc jamais de l'ordre de la description pure, mais surajoute toujours au constat objectif d'une moyenne ou d'une fréquence une dimension normative, plus ou moins

explicite selon les cas, qui est l'expression d'un choix parmi les multiples possibles. La règle de droit n'entérine pas des faits bruts, même lorsqu'elle se donne pour une retranscription fidèle de la moyenne des comportements observés ; elle travaille sur des faits déjà réinterprétés, réévalués à la lumière de la rationalité dominante. Et c'est précisément parce qu'en matière de « normalité » les faits bruts n'existent pas, parce qu'il n'y a pas d'objets ou de situations intrinsèquement normaux, que le droit peut à son tour opérer des choix, trier entre les pratiques légales et illégales, imposer des normes de comportement nouvelles, sans paraître complètement arbitraire, ou plutôt sans que cet arbitraire soit considéré comme illégitime. C'est en somme, et presque paradoxalement, parce qu'il existe une normativité diffuse à l'œuvre dans la société qui indique le normal et l'anormal mais en même temps atteste que la normalité socialement reconnue n'a rien d'objectif ni d'universel, qu'il y a place pour une normativité seconde, proprement juridique, venant se greffer sur la première sans la redoubler ni l'évacuer : sans l'évacuer, puisqu'elle fait partie intégrante de la matière sociale prise en compte, travaillée par le droit ; et sans la redoubler, dans la mesure où l'ordre juridique n'est pas le décalque exact de l'ordre social, où le droit institue la société tout autant qu'il est institué par elle ; éventuellement, enfin, en rétroagissant sur elle puisque, comme on l'a montré, le droit apparaît comme un indicateur de la normalité et contribue à enraciner dans les représentations collectives une certaine idée du normal.

B. — LA DISSOLUTION DU NORMATIF DANS LA NORMALITE

Si la normativité est consubstantielle à la normalité, si le normal ne se résoud pas dans la description de ce qui est et ne peut être appréhendé comme tel indépendamment d'un jugement de valeur au moins implicite, il est vrai, pourtant, qu'à mesure que les normes envahissent le champ social, investissent des sphères d'activité de plus en plus étendues, elles semblent perdre leur dimension normative pour se confondre avec le constat réaliste et objectif — scientifique, même — d'un état de fait. Or, si la norme peut être définie objectivement et scientifiquement, si du moins elle prétend l'être, que peut faire le droit, sinon entériner cette norme, mesure de tout comportement normal, donc acceptable ? C'est en ce sens que l'on peut parler d'une dissolution du normatif dans la normalité résultant à la fois d'un processus d'objectivation de la norme à l'œuvre dans la société et de la transformation du mode d'élaboration de la réglementation juridique qui s'efforce d'adhérer du mieux qu'elle peut à cette expression objective de la normalité.

L'articulation complexe de la normativité juridique sur la normativité sociale qui impliquait l'autonomie de la première est remise en cause : dès lors que la subjectivité des jugements de valeur est répudiée au profit de l'objectivité scientifique (réelle ou supposée, peu importe),

que la norme sociale n'est plus diffuse, latente, mais exhibée et revendiquée comme telle, que les normes qui servent d'étalon de la normalité n'ont plus rien de relatif et contingent mais se présentent comme universelles et nécessaires, comme l'expression d'un devoir-être désormais confondu avec l'étant puisque attesté par les lois scientifiques — la normativité juridique, en tant qu'elle impliquait choix et créativité, n'a plus de raison d'être : le droit perd son épaisseur normative propre pour devenir le simple réceptacle, le simple habit de normes définies en dehors de son champ. Sans doute le champ d'application du droit s'étend-il sans cesse à des domaines nouveaux ; mais cette extension coïncide avec la dissolution de la substance normative des règles juridiques qui ne sont plus ni instituées — ne découlant pas d'un choix véritable —, ni instituant — n'exerçant pas d'emprise propre sur une réalité qu'elles ne régissent plus que nominalement. Les catégories spécifiquement juridiques du licite et de l'illicite moulent leurs contours sur celles du normal et de l'anormal, quand elles ne sont pas simplement supplantées par elles. Mais il ne s'agit pas tant de l'envahissement du droit par les faits, tel que le rêvent les partisans du réalisme, que par la science : le droit ne légalise pas les faits, mais les catégories de l'entendement scientifique à travers lesquels ces faits sont appréhendés ; il fonctionne de plus en plus à l'aide de concepts extra-juridiques empruntés à divers champs du savoir, et s'il peut prétendre décrire la réalité, c'est une réalité déjà informée par le langage des sciences : de la médecine, de la psychologie, de la pédagogie, de la technologie...

Si Foucault fait remonter ce qu'il appelle « le pouvoir de la norme » à la fin de l'âge classique, avec l'instauration d'une éducation standardisée grâce à l'établissement des écoles dites, précisément, « normales », avec les débuts de la normalisation des procédés et des produits industriels, ou encore avec la définition de normes hygiéniques³¹, l'époque récente se caractérise à cet égard par une véritable explosion : la norme, les normes se profilent désormais à tous les horizons du champ social dont aucune parcelle n'échappe à la fureur normalisatrice et à la catégorisation binaire normal/anormal ; cela, grâce aux progrès des sciences et des techniques, grâce, surtout, à l'essor des sciences humaines, qui légitiment en même temps que l'ambition normatrice la prétention de détenir la vérité de la norme, et donc de juger, d'évaluer objectivement les comportements à la lumière de cette norme. Et tandis que l'activité de juger s'est multipliée et diffusée dans l'ensemble de la société, que « les juges de normalité y sont présents partout : nous sommes dans la société du professeur-juge, du médecin-juge, de l'éducateur-juge, du

31. *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 186. Voir aussi G. Canguilhem, *op. cit.*, p. 175 et s., qui montre comment le terme « normal » s'est popularisé au XIX^e siècle à partir des vocabulaires spécifiques de deux institutions — l'école et l'hôpital : « normal est le terme par lequel le XIX^e siècle va désigner le prototype scolaire et l'état de santé organique ». Une même exigence de rationalisation, de normalisation, se manifeste ici et là, comme elle se manifeste aussi dans l'économie sous l'effet du machinisme naissant.

« travailleur social-juge », de leur côté les hommes de loi que sont les vrais juges, contaminés par le pouvoir de la norme, éprouvent « un furieux désir... de jauger, d'apprécier, de diagnostiquer, de reconnaître le normal et l'anormal »³². Il y a donc osmose entre la sphère juridique et les autres sphères de la société, entre la science juridique et les sciences de la société, mais cette osmose s'opère au prix d'une dénaturation de la règle de droit dont la spécificité — la fonction proprement normative et instituante — s'estompe.

L'irruption de la science dans le droit et la réduction corrélatrice de la règle juridique à la pure objectivité du constat se manifeste avec une force particulière lorsque la norme juridique entérine purement et simplement la norme statistique « objective » dégagée par l'ordinateur, lui confère « force de loi » en l'instituant comme critère de comportement souhaitable ou acceptable. Ici, la normalité se confond avec la fréquence statistique et le comportement normal avec le comportement moyen déterminé par le calcul mathématique : on ne peut imaginer norme plus objective que celle qui se déduit immédiatement de l'empiriquement constatable, ni meilleure adhérence du droit au fait sur lequel il se modèle étroitement, la dimension normative de la règle étant réduite à sa plus simple expression. Or les exemples d'une telle pratique ont tendance à se multiplier. En effet, comme le montrent R. Laufer et C. Paradeise³³, la norme sociale est aujourd'hui définie de plus en plus souvent statistiquement : le nouvel impératif catégorique se résume dans une sorte de « morale statistique » qui prescrit aux agents sociaux de ne pas dépasser les seuils considérés comme limites. A partir du moment où l'informatique permet de dresser des profils statistiques — profil du bon élève ou de l'enfant à risque, profil du bon conducteur ou du mauvais conducteur... — on aboutit presque inéluctablement à assimiler la normalité à la moyenne ou à la majorité et à traiter tout écart par rapport à cette moyenne comme la marque de l'anormalité, l'indice d'une déviance : le critère statistique devient la mesure des comportements conformes. Ces nouvelles normes sociales ont essentiellement un visée pragmatique : elles servent à améliorer l'efficacité de la gestion de la population en localisant mieux les « risques » de façon à les prévenir et à en minimiser le coût social. Cette gestion rationnelle passe de plus en plus par d'autres techniques que le droit, progressivement supplanté par des moyens de contrôle social mieux adaptés pour éliminer la déviance (suivi des enfants à risque par des travailleurs sociaux ou des psychologues, par exemple). Mais souvent aussi les profils fondés sur le calcul statistique servent de base à une réglementation juridique, qui apparaîtra comme d'autant plus adaptée et crédible qu'elle se fondera sur une analyse scientifique des comportements : ainsi du port de la ceinture de sécurité ou de l'obligation d'allumer les codes en ville, décidés à partir de l'étude statistique des facteurs de risque en matière d'accidents de la circulation.

32. *Ibid.*, pp. 310-311.

33. *Le prince bureaucrate*, Flammarion, 1981, pp. 256 s.

De façon plus significative encore, les profils statistiques sont parfois pris par le droit comme référence pour définir et sanctionner l'écart à la norme, autrement dit à la moyenne : au-delà d'un certain seuil, que fixe le droit, l'écart est considéré comme excessif et peut donc être sanctionné. C'est ainsi que les médecins dont le montant des prescriptions dépasse de 50 % la moyenne des prescriptions de l'ensemble des médecins du département sont susceptibles d'être déconventionnés par la caisse d'assurance maladie.

En réalité, et il ne faut pas s'y tromper, la prétention à l'objectivité et à la scientificité est ici largement mystificatrice, comme toujours lorsqu'on les invoque dans des domaines qui ont trait au gouvernement des hommes. Derrière ces calculs prétendument objectifs se dissimulent des systèmes d'évaluation qui restent fondamentalement normatifs et n'échappent pas à l'emprise des valeurs dominantes. Il y aurait déjà beaucoup à dire sur le choix, assez caractéristique semble-t-il de nos sociétés de masse informatisées, d'assimiler le normal au moyen ; de même est nécessairement subjectif le choix du seuil de l'inacceptable (pensons au taux d'alcoolémie autorisé au volant...). Mais de plus la définition des profils, même fondée sur une moyenne statistique (et peut-être parce que fondée sur une moyenne statistique), dans la mesure où elle érige la moyenne en norme, impose en retour une vision valorisée et valorisante du normal et de l'anormal (et au-delà du bon/mauvais conducteur, du bon/mauvais élève, du bon/mauvais médecin...). Mais ces valeurs sont camouflées sous l'objectivité du constat scientifique, et le droit, lorsqu'il s'appuie sur un tel constat, ne peut qu'en tirer un surcroît de légitimité : en se soumettant à ces normes, on a moins l'impression de se soumettre à une règle juridique toujours plus ou moins arbitraire qu'à des lois parées du prestige de la science, tandis que la volonté d'être « dans la norme », donc « comme tout le monde », en favorisant la soumission spontanée à la norme, permet la normalisation en douceur des comportements et des conduites.

La science ne se réduit pas à la quantification, et il est des normes qui, pour n'être pas quantifiables, n'en prétendent pas moins à l'objectivité scientifique. Dans des secteurs de plus en plus nombreux le législateur et le juge sont amenés à tenir compte des acquis d'autres disciplines, et plus particulièrement des sciences humaines : la médecine, la biologie, la psychologie et la psychiatrie, la pédagogie, la criminologie, sont ainsi mises à contribution. Soit que le droit emprunte leurs concepts et se réfère à la définition que chacune de ces sciences propose de la normalité dans son champ respectif : le juge est désormais invité à évaluer et sanctionner des comportements sociaux non plus seulement par référence au système de valeurs dominant (tel est le cas avec les standards), mais par référence à des normes objectives dotées de l'incontestabilité des lois scientifiques. Soit même que l'homme de loi s'en remette à l'appréciation d'un tiers, d'un expert, dont il n'aura plus qu'à entériner le jugement. Cette abdication du droit au profit de sciences plus ou moins sûres de détenir la vérité sur la norme, cette démission du juge qui

se reconnaît incompétent lorsqu'il ne faut plus trancher du point de vue de la loi mais d'autres normes, se manifestent avec une particulière acuité dans le cours du procès pénal : la justice pénale est conduite à « se médicaliser, se psychologiser, se pédagogiser »³⁴ à mesure que la médecine, la psychologie, l'éducation, l'assistance, le « travail social » étendent leur emprise et s'estiment habilités à énoncer du haut de leur science les critères de la normalité ; non seulement elle emprunte ses catégories à la psychiatrie et à la criminologie — démence/raison, dangerosité, accessibilité à la peine pénale — mais elle abandonne ses prérogatives au profit de l'expert-psychiatre qui, au nom de sa science, devra dire si l'intéressé est ou non normal. La même remarque vaut s'agissant de la justice des mineurs, et plus particulièrement de la protection de l'enfance en danger, domaine où l'on a pu dire que le « discours éducatif, bien rôdé grâce aux raffinements apportés par les sciences humaines, est la clef de toutes les décisions judiciaires concernant les mineurs et leurs familles »³⁵. Comment signifier plus clairement que la justice, ici, ne fonctionne plus à la loi, mais à la norme, une norme que seuls savent manipuler ceux qui l'ont énoncée et qui donc ont la maîtrise de son application.

Sans doute la prétention de définir objectivement l'intérêt de l'enfant est-elle tout aussi fallacieuse que celle de discriminer de la même façon entre démence et raison. Il est illusoire, même en recourant aux pédagogues, aux médecins, aux psychiatres, aux psychologues, même avec le renfort de toutes les sciences du « psy » et bientôt de la sociologie, de vouloir trancher scientifiquement des questions qui, quoi qu'on fasse, demeurent à haute teneur idéologique : les normes éducatives, les normes de la santé et de la maladie mentales, pour s'en tenir à ces exemples, n'ont rien d'universel, et leur définition, même appuyée sur des investigations empiriques et une démarche scientifique, reste nécessairement tributaire des valeurs dominantes dans la société pour laquelle elle prétend être valable ; ce qui n'empêche pas que l'on croie à la vérité scientifiquement établie de ces normes qui, revêtues de cette aura, influencent la vision que les agents sociaux ont du normal et de l'anormal. Ne pouvant aller contre ces évidences, le droit n'a d'autre choix que de les entériner ; mais il ne sauve sa légitimité qu'en renonçant à sa normativité, à sa dimension instituante, qui est — ou était — le propre du droit.

* *

La dissolution de la normativité juridique dans une normalité objectivement définissable marque les limites de l'efficacité du droit comme

34. *Surveiller et punir, op. cit.*, p. 313.

35. *Actes*, n° 19-20, décembre 1978, sur *Les mineurs, le droit et la justice*, p. 8. Voir aussi *Justice*, n° 80-81, oct.-nov. 1980. En matière d'« assistance éducative », le dossier constitué par le juge doit comporter : une étude de la personnalité des mineurs par enquête sociale, examens médicaux, psychiatriques, psychologiques. un rapport d'observation en milieu ouvert par un éducateur...

instrument autonome de normalisation. Cette capacité de normalisation résultait d'abord d'une codification impérative des conduites, par laquelle le droit était à même d'exercer une emprise directe sur les comportements, de les uniformiser de les rendre conformes aux exigences du fonctionnement d'une société de plus en plus complexe et hétérogène. Cette fonction de codification n'a pas disparu ; elle s'est même à certains égards renforcée, comme on l'a montré plus haut, à mesure que la règle de droit s'est affinée, différenciée, perfectionnée pour prendre justement en compte cette complexité et cette diversité nouvelles. Mais cette évolution traduit une technicisation du droit qui n'est plus, très souvent, que la mise en forme juridique de lois scientifiques ou de normes techniques élaborées ailleurs, une mince pellicule destinée à maintenir la fiction juridique alors que le droit ne régit plus que nominalement les comportements et les conduites. La normalisation par le droit résultait aussi d'une imprégnation des consciences, d'une action latente sur les représentations collectives grâce à la capacité du droit comme discours d'imposer comme évidente et nécessaire l'image du monde qu'il dessine, de faire reconnaître comme normaux les situations et comportements qu'il autorise, par une assimilation implicite du légal au normal. Et le fait pour le droit de prendre appui sur la science ne peut que renforcer la croyance dans la véracité de son message et dans l'objectivité des normes qu'il pose. Mais là encore, cette légitimité nouvelle s'accompagne d'une perte de la substance proprement juridique du droit qui annonce peut-être son déclin irréversible comme moyen de régulation sociale.

Ce déclin du droit est au demeurant déjà largement entamé, dans la mesure où il ne répond que très imparfaitement aux nouvelles exigences du contrôle social. Le droit est d'abord impuissant à codifier tous les comportements sociaux : il est à la fois trop rudimentaire dans sa structure (le prescrit/l'interdit) et trop coûteux dans sa mise en œuvre, au sens propre (la sanction du non respect des normes n'est pas immédiate et implique une procédure longue et complexe) comme au sens figuré (le droit exhibe la contrainte qui lui est sous-jacente, donc coûte cher en soutiens et en légitimité). De surcroît, il est plus efficace de prévenir la déviance que de la sanctionner ; or si les dispositifs mis en place à cet effet étaient jusqu'ici relativement grossiers et surtout visibles, l'informatique rend désormais possible une gestion plus fine et surtout quasi-invisible de la population, appréhendée par catégories dans chacune de ses activités et en chaque lieu (habitat, travail, consommation, circulation...). Si, par conséquent, le droit reste pour l'instant une sorte de point de passage obligé, il est vraisemblable qu'on pourra — et donc qu'on préférera — bientôt faire l'économie de cet intermédiaire inutile et désuet.