

«EFFECTIVITÉ», «EFFICACITÉ», «EFFICIENCE» ET «QUALITÉ» D'UNE NORME / DU DROIT. ANALYSE DES MOTS ET DES CONCEPTS

PAR

LUC HEUSCHLING

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

L'objectif de cet article est d'ordre épistémologique (1). En introduction à ce colloque qui aborde des sujets complexes, il s'agit de clarifier la grille d'analyse, le glossaire ou les outils de travail de nos réflexions, afin d'éviter au maximum des confusions. Sur ce point, je m'inspire volontiers de Jeremy Bentham et de la tradition analytique britannique dont la force réside précisément dans ce souci de clarification sémantique et conceptuelle. Bentham ne cessait de clamer l'urgence, pour tout scientifique, d'une prise de conscience des pièges du langage et la nécessité d'un travail de définition des mots (2). Car, ainsi que le dira Hart, une conscience plus aigüe des mots nous permet d'avoir une perception plus aigüe du fond (3). La recommandation est d'autant plus pertinente que le droit est une construction de l'esprit inscrite, en tant que telle, dans les mots. Le droit se présente sous la forme d'un discours juridique ou, plus exactement, d'un enchevêtrement de discours (celui du législateur, celui du juge, celui du savant, etc.). Dans cet entrecroisement d'une multitude de discours, il est utile de différencier de prime abord entre, d'une part, les mots/discours du *droit positif lui-même* (tel mot inscrit dans tel texte, tel mot utilisé par tel praticien du système juridique) et, d'autre part, les mots/discours de la *doctrine ou*

(1) CH. ATLAS, *Epistémologie juridique*, Puf, 1985; *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002.

(2) J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement* (1776), trad. J.P. Cléro, Paris, 1998, p. 178 («Définissez vos termes!»). Cf. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002, pp. 216 et s.

(3) H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon, Oxford, 1994, p. v : «*In this field of study it is particularly true that we may use, as Professor J.L. Austin said, a "sharpened awareness of words to sharpen our perception of phenomena"*». La citation d'Austin se trouve dans ses *Philosophical Papers* (3^e éd., Oxford, OUP, 1979, p. 130).

science juridique qui raisonne avec et sur le droit positif, en se servant tantôt des mots du droit positif, tantôt de mots extérieurs à celui-ci. Cette distinction nous permet de mieux voir qui se sert, à quelles fins, et de quelle manière, de quel mot.

Au cœur de notre débat ou, du moins, du titre du colloque se situe le terme «efficacité». Or, pour le cerner, il faut, en amont et/ou à côté, cerner d'autres termes plus ou moins proches. Cela donne au final quatre termes clés : «efficacité», «efficace», «effectivité» et «qualité». Ces termes peuvent être rapportés – point qui mérite d'être noté dès à présent – tantôt à une norme juridique prise *ut singuli*, tantôt à un système juridique dans sa globalité. L'objet du présent article consistera principalement à faire l'inventaire des usages de ces mots dans les discours des juristes et, ce faisant, à dresser un tableau (4) des divers concepts véhiculés par tel ou tel mot (5). Parfois, je m'autoriserai de porter un regard critique sur tel usage terminologique et de proposer une autre façon de parler. Mais, pour l'essentiel, la démarche suivie sera descriptive, analytique et lexicale.

Cet exercice d'inventaire n'est, évidemment, pas sans aléas car, outre le problème de l'exhaustivité – inatteignable bien sûr (je me contenterai des discours les plus en vue, ceux que j'ai pu, moi-même, identifier) –, il y a le problème de la complexité des phénomènes linguistiques et conceptuels à cerner. Cette complexité est due à la polysémie des mots, à des glissements parfois imperceptibles de sens, à des divergences d'usage selon les auteurs, les époques, les pays, sans oublier les contradictions internes au discours d'un seul et même locuteur. Malgré tous les efforts salutaires et indispensables de clarification, il est peu probable que les espoirs chéris par d'aucuns d'aboutir *in fine* à un découpage tranché, net et simple de notre univers intellectuel, puissent être exaucés (6). L'objectif, plus modeste, de cet article est tout au plus de réduire

(4) Voir le tableau reproduit à la fin de cet article.

(5) Quelques conventions sémantiques : par le mot «concept» est désigné la *signification*, le *sens* ou le *signifié* d'un mot, étant précisé qu'un même mot peut véhiculer plusieurs concepts (polyémie) et que, inversement, un même concept peut être désigné par plusieurs mots (synonymie). Le mot «notion», relativement ambigu dans le langage courant (est visé le mot et/ou le concept?), sera utilisé comme synonyme de «mot».

(6) Cf. J. BERTHAUD, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, éditée par Ph. Schofield, Oxford, Clarendon, 2010, p. 224 : «*To distinguish different things, we must give them different names*». À chaque chose, son mot ; à chaque mot une seule chose. L'idée est séduisante, mais utopique.

la complexité, de l'éclairer, mais il est illusoire de croire que l'on puisse l'évincer définitivement.

Au vu du titre du colloque, l'objectif premier de cette contribution est d'aboutir à une clarification des divers sens ou concepts du mot «efficacité», terme auquel je rattache pour l'instant celui «d'efficace». Le dernier terme, qui est un anglicisme (de l'anglais «*efficiency*») – détail qui n'est pas totalement anodin –, est le moins classique et le moins familier à nous juristes, de surcroît juristes de droit public. Pourtant, c'est ce terme et le concept ainsi visé qui sont à l'origine de débats croissants en droit, y inclus en Europe continentale, puisqu'ils sont au cœur de l'analyse économique du droit dont le rayonnement va croissant. À ce titre, le mot «efficace» aurait d'ailleurs pu figurer dans le titre du colloque, à côté (voire à la place) de celui d'«efficacité». Mais, avant de cerner les enjeux en droit et en science juridique des notions «d'efficacité» et/ou «d'efficace» (2^e partie), il convient au préalable d'introduire le terme «effectivité» qui a d'ailleurs plusieurs sens (1^{re} partie).

I. – LES QUATRE CONCEPTS DE L'EFFECTIVITÉ

Sous le terme «effectivité» sont véhiculés pas moins de quatre concepts. Si les deux premiers (n° 1 et n° 2) sont «classiques», au sens où ils sont établis depuis longue date et sont d'ailleurs assez proches (A), les deux derniers (n° 3 et n° 4) ont pour point commun, principal et même unique, d'être des discours contemporains (B). De ces quatre concepts, les plus influents et les plus fréquents sont les concepts n° 1 et n° 3.

A. – Les conceptualisations classiques de «l'effectivité» : la problématique de la réalisation du droit

1. Les concepts n° 1 et n° 2 : définition et dénomination

En tant qu'impératif ou «*Sollen*», le droit vise à marquer de son empreinte les conduites sociales. Il vise à agir sur la réalité, sur l'être (finalité qui ressort du reste dans l'expression française de «devoir-être»). Au sens classique (concept n° 1), l'expression «effectivité» sert précisément d'outil pour désigner en aval du droit «le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le

droit» (7). Les deux termes-clés (effectivité/ineffectivité) «se réfèrent à la possibilité d'une mesure des écarts existant entre le droit en vigueur et la réalité sociale qu'il est censé ordonner»; ils «relèvent en ce sens pleinement de la sociologie du droit» (8). Voilà le sens (exclusif) retenu dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* sous l'entrée «effectivité». Ce concept de l'effectivité du droit permet, par le biais d'enquêtes empiriques sur le terrain, de cerner, de quantifier et d'expliquer un être, un *Sein*, des faits, plus exactement des faits sociaux qui sont en rapport avec le droit (dans la sociologie du droit allemande, il est d'usage de parler de «*Rechtstatsachen*» et de «*Rechtstatsachenforschung*» (9)). Il s'agit de vérifier dans quelle mesure le droit a marqué de son empreinte la réalité sociale. Nous sommes, en quelque sorte, pour parler en termes métaphoriques, en aval du droit – aval qui est situé dans les faits sociaux (10).

À ce sujet, il est à noter que si cette *problématique* est très ancienne et constante – on peut supposer qu'elle est aussi ancienne que le droit, car on imagine mal que les praticiens du droit, quel que soit le pays ou l'époque, puissent s'en désintéresser –, le mot qui sert de *label* à la problématique, qui l'informe et la met en discours, ne l'est pas. Il y a eu dans le passé et il y a à l'heure actuelle des termes concurrents, plus ou moins synonymes.

Situer les premières occurrences du discours français de «l'effectivité» est assez mal aisé. On peut néanmoins affirmer, avec certitude, que ce discours est relativement récent puisqu'il date seulement du début ou milieu du XX^e siècle. En 1908, Jean Cruet,

juriste, avocat et sociologue du droit diétetante, ne parlait pas encore de «l'effectivité» ou «ineffectivité» des lois (c'est surtout ce dernier phénomène qui l'a interpellé et attiré, en contraste avec le culte d'autan du législateur et de la souveraineté). L'expression que Cruet plaçait en exergue dans le titre de son livre éponyme était «l'impuissance des lois» (11). Il parle également de «la désétude des lois» entraînant leur abrogation (pp. 252 et s.) et du «coefficient d'illégalité» (p. 333). À cette même époque, d'autres juristes parlaient de «l'efficacité» (ou absence d'efficacité) du droit, voire de la «positivité du droit» (12). De tous ces termes, c'est celui d'«efficacité» qui, en France, mais aussi à l'étranger (par ex. chez Bentham (13) en Angleterre) est le plus souvent utilisé pour désigner cette problématique. Le mot «effectivité» apparaît plus tardivement. À en croire Henry Dupeyroux, le premier auteur à utiliser de façon consciente et systématique le substantif «effectivité» (forgé à partir de l'adjectif «effectif/ineffectif» (14)) fut Louis Le Fur, au plus tard dans son recueil d'articles *Les grands problèmes du droit* paru en 1937 (15). Mais Le Fur ne réclame pas la paternité du mot. Après Le Fur, c'est surtout Jean Carbonnier, avec son célèbre article de 1958 sur «L'effectivité et ineffectivité de la règle de droit», qui est à l'origine de l'intronisation et de la popularisation du terme (16).

Introduit par des juristes et encore relativement fréquent chez ces derniers (au sens n° 1), le terme «effectivité» est toutefois, de nos jours, de plus en plus ignoré par un certain nombre de sociologues

(11) J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, coll. Bibliothèque de philosophie scientifique, 1908.

(12) Cf. les indications de L. Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, Sirey, Paris, 1937, p. 116 et de H. DUPEYROUX, «Les grands problèmes du droit. Quelques réflexions personnelles, en marge», *APD*, 1938, pp. 34 et s.

(13) Pour les occurrences du terme «*efficacy/efficacious*», cf. J. BENTHAM, *Of the Limits...*, pp. 39, 78, 85, 90, 142 et s.

(14) Selon plusieurs dictionnaires, l'adjectif précède chronologiquement l'apparition du substantif. Ce dernier ne daterait que du XX^e siècle alors que le premier est bien plus ancien. Cf. *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, coll. Quadrige, 8^e éd., 2007, v° effectivité. La première occurrence relevée par le *Tresor de la langue française* (<http://atilf.atilf.fr/tf.htm>) ne date que de 1946 (information qui resterait à corriger au vu de l'usage chez Le Fur). À noter : à l'heure actuelle, le substantif «effectivité», à l'inverse de l'adjectif «effectif», n'est toujours pas référencé ni dans le *Robert*, ni dans le *Dictionnaire de l'Académie française*. Son usage appartenant visiblement aux discours savants des spécialistes du droit et de la sociologie du droit.

(15) L. Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, Sirey, Paris, 1937, pp. 116 et s.

(16) J. CARBONNIER, «Effectivité et ineffectivité de la règle de droit», *Année sociologique*, 1958, pp. 3 et s. (Je citerai l'édition originale; le texte est repris dans son recueil d'articles *Le droit flexible*).

(7) P. LASCOMBES, «Effectivité», *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 217.

(8) *Ibid.*, p. 218.

(9) Cf. la définition chez Th. RAISER, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 5^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, coll. UTR, 2009, pp. 15 et s.

(10) Je me demande toutefois si cette délimitation, de prime abord si simple et tranchee (droit/réalité sociale), n'est pas exactement cette frontière! Est-elle toujours respectée? Les sociologues du droit qui s'intéressent par ex. aux pratiques de l'administration dans tel ou tel domaine sont amenés à étudier aussi des normes, car lorsque l'administration «pratique» le droit, i.e. le droit supérieur, elle le fait d'abord et aussi en produisant de nouvelles normes (généralistes et individualistes). Cela dit, sa «pratique» inclut aussi des faits sociaux au sens strict (les actes d'exécution matérielle). Prenons l'exemple d'un policier qui «pratique» le code de la route : s'il arrête un conducteur, le verbalise et lui fait payer une amende, il produit une norme (individuelle) et un acte d'exécution matérielle. S'il ferme les yeux face à une infraction (il laisse passer un conducteur qui a grillé le feu rouge), le policier ne produit aucune norme. La «pratique» inclut donc à la fois des normes et des faits. On voit donc ici que l'effectivité qui était censée être un outil pour fixer la seule réalité sociale peut glisser vers le statut d'outil pour cerner du droit (voir aussi *infra* le concept n° 3).

du droit (de sociologues du droit provenant de la sociologie, et non de la science juridique) (17). Beaucoup d'entre eux préfèrent désormais appréhender cette problématique à travers les notions de «usages sociaux du droit» et/ou «pratiques du droit» (18). L'attrait particulier de ces termes est de souligner le rôle actif des acteurs sociaux visés, qui s'approprient plus ou moins le droit, là où la formule de «l'effectivité» suggère une force intrinsèque du droit et présente le droit comme un commandement précis. On trouve d'ailleurs encore d'autres termes, plus ou moins fréquents, dans la littérature de la sociologie à l'instar de «implémentation» (dans le cadre de l'analyse des politiques publiques; de l'anglais : «*implementation*», en allemand : «*Implementaton*»), ou encore «réception» et «accomplissement» du droit dans la sphère sociale.

À titre d'ouverture comparatiste, notons qu'en Allemagne, les auteurs de théorie du droit et/ou de sociologie du droit parlent traditionnellement de «*Rechtswirksamkeit*» (terme qu'utilise par ex. Kelsen (19)). À ce terme s'ajoutent les termes plus récents de «*Effektivität*» (trad. lit. de «effectivité»; voir par ex. Geiger), de «*faktische Geltung* (validité factuelle)» (20) et, même (mais de façon rarissime), «*Effizienz* (efficience)» (21).

Pour l'instant, seul le concept n° 1 de l'effectivité a été évoqué. Reste à identifier le concept n° 2. Leur différence tient à une différence de perspective : le regard de celui qui s'en sert est tantôt tourné vers le passé, tantôt vers le futur. En effet, le concept n° 1 de l'effectivité est un concept *ex post*, qui, de façon rétrospective, permet de mesurer empiriquement le degré de réalisation d'une norme juridique. En revanche, l'effectivité est parfois envisagée par certains acteurs et/ou savants de façon prospective, en ce que les informations recueillies *ex post* permettraient *ex ante* de faire des

pronostics pour l'avenir. En vérité, il s'agit alors de réfléchir sur ce qu'il conviendrait d'appeler, selon une terminologie plus rigoureuse, les «chances» ou «probabilités» d'effectivité (22). Est en cause non l'acceptation, mais l'acceptabilité sociale d'une norme.

2. *Quelques aperçus du savoir sur l'effectivité du droit (au sens n° 1)*

Par rapport à l'attitude de nombre de dogmaticiens du droit et même parfois de certains praticiens du droit qui s'attendent à ce que le droit positif – leur droit positif – soit aussitôt obéi, sans s'interroger véritablement sur les vecteurs et les limites de l'obéissance, les recherches sur l'effectivité et surtout sur l'ineffectivité du droit font apparaître une autre réalité de ce dernier (23). Un législateur grisé par le culte de la loi et imbu de sa toute-puissance se voit ainsi invité à une plus grande modestie. Avant de se lancer dans d'ambitieux projets de législation, il devrait s'interroger sur les conditions et limites de la mise en œuvre factuelle de sa loi.

Ces recherches sont multiples et sont classées sous le label tantôt de la «sociologie du droit» (terme qui, souvent, ne recouvre que les travaux de la sociologie du droit *privé* (24)), tantôt de la «science politique» et «science administrative» (les deux labels sous lesquels sont opérées d'habitude les études sur l'effectivité du droit constitutionnel et administratif), tantôt de la criminologie (volet sociologique de la science du droit pénal). Sans qu'il soit possible de donner ici un aperçu représentatif de l'état de cette recherche (bien trop vaste), retenons néanmoins quelques aperçus fondés sur des lectures forcément ponctuelles et partielles (25).

(22) Th. RAISER parle ainsi de «*Geltungschancen*» (*op. cit.*, p. 240).

(23) À vrai dire, cette réalité, désormais actée et cernée dans un discours scientifique formalisé ne pouvait passer inaperçue, même au juriste, si celui-ci se donnait un tant soit peu la peine d'observer le fonctionnement de la société. Quiconque roule en voiture sait quelque chose sur l'ineffectivité partielle du Code de la route. Quiconque lit la presse ou regarde la télévision ne peut ignorer l'ineffectivité de certains articles de la Constitution française de 1958...

(24) Ce point est expressément admis outre-Rhin.

(25) Je me appuie ici sur les ouvrages suivants : J. CARBONNIER, «Effectivité et ineffectivité de la règle de droit», *op. cit.*; J.-F. PERROT, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, pp. 91 et s. («Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme juridique?»; id., *Sociologie empirique du droit*, Bâle, Helbing et Lichtenhan, 1997, pp. 68 et s.; P. LASCOUXES, E. SERVEX, «Théories et pratiques de l'effectivité du droit», *Droit et société*, 1986, pp. 101 et s.; F. RANGON, «Réflexions sur l'effectivité du droit», in CURAPP (dir.), *Les usages sociaux du droit*, 1989, pp. 126 et s.; M. REHARDER, *Rechtssociologie*, 7^e éd., Munich, Beck, 2009, pp. 106-120 («Zur Effektivität des Rechts»); Th. RAISER, *op. cit.*, pp. 237-261 («Geltung und Wirksamkeit des Rechts»).

(17) Je remercie Alexis Spire, sociologue (du droit), membre du CERAPS (CNRS/Ille 2), pour ses renseignements à ce sujet.

(18) L'expression «usages du droit» est utilisée plutôt pour désigner l'appropriation du droit par les individus, le terme «pratiques du droit» étant privilégié pour viser l'application du droit par les instances administratives.

(19) Cf. *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., 1960, pp. 10 et s., 48, 82, 92, 208, 212, 215 et l'index p. 402 («*Wirksamkeit*»). Dans sa traduction française, Eisenmann rend «*Rechtswirksamkeit*» toujours par «*efficacité*» (*Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 14, 63 et s., 121, 271, 277, 281) et une fois par l'adverbe «*effectivement*» (p. 108). La traduction plus exacte, au vu de la nomenclature dominante actuelle, serait bien sûr «*effectivité*».

(20) Le terme semble dater des années 1960. Cf. F. RÖHL, «*Rechtsgeltung und Rechtswirksamkeit*», *JZ*, 1971, p. 577, note 4.

(21) Sic B. RUTTERS, *Rechtstheorie*, 3^e éd., München, Beck, 2007, n° 335.

Cette littérature a permis tout d'abord de mieux cerner la *complexité* du phénomène étudié. S'interroger sur le degré de réception du droit dans la sphère sociale suppose non seulement d'étudier les *comportements* des acteurs sociaux, mais aussi, en amont, de scruter leur état de *connaissance* du droit, voire de s'intéresser à leur *psychologie* et *émotivité*. Dans quelle mesure ont-ils compris et intériorisé le droit ? C'est l'objet des enquêtes KOL (*Knowledge and Opinion about Law*). La recherche sur l'effectivité doit porter sur l'application des normes à la fois par les membres de la *population* et par les divers organes de *l'appareil d'État*. L'application du droit par ces divers acteurs est un phénomène qui ne se laisse guère réduire à une attitude de respect *passif* : certes, dans un grand nombre de cas, il s'agit de vérifier si les acteurs ont respecté les interdits et obligations posés par les règles de droit, mais, dans d'autres hypothèses (plus nombreuses ?), il importe de savoir dans quelle mesure les acteurs sont rentrés *activement* dans le jeu du droit lorsque celui-ci oriente (il fixe des principes qui restent à concrétiser), incite (avec, à la clé, des récompenses positives), propose (cf. les règles supplétives du droit civil) ou autorise (compétences des autorités publiques, droits subjectifs des individus). D'aucuns vont même jusqu'à affirmer l'existence de normes (performatives) auxquelles il est impossible d'appliquer le critère de l'effectivité (26).

Autre clé de lecture : le degré de réalisation du droit peut être évalué à la fois au niveau *individuel* et au niveau *collectif*. Dans les deux cas, comme l'a relevé Carbonnier, l'effectivité est susceptible de degrés, elle est *relative et partielle*. Cela va de soi au niveau de la société : seule une fraction, plus ou moins élevée, applique la loi, phénomène que Cruet, on l'a vu, avait désigné sans autre précision par le terme de « quotient d'illégalité », phénomène que le sociologue du droit allemand Theodor Geiger (1891-1952) avait tenté de quantifier et de formaliser à travers son célèbre « quotient d'effectivité (*Effektivitätsquote*) » (27). En revanche, l'affirmation de la relativité paraît de prime abord plus discutable au niveau de l'individu. « Concevrait-on un

meurtre à 65 % ? » (28). Pourtant, là aussi, il est loisible de dégager des degrés d'effectivité. Déjà, il est possible de distinguer trois types de situations : 1. la norme de conduite (appelée par Bentham « *primary* » ou « *principal law* ») est obéie spontanément par l'individu ; 2. la norme de conduite est transgressée, mais les normes organisant l'infliction d'une sanction (les « *secondary* » ou « *subsidiary laws* » selon Bentham (29)) sont effectivement appliquées par l'appareil répressif de l'État ; 3. ni la norme de conduite, ni les normes de sanction ne sont appliquées. Pour ce qui est de la transgression de la norme de conduite, il est parfois possible d'aller encore plus loin dans la différenciation (30).

Dans le cas le plus extrême, l'ineffectivité peut aller jusqu'à l'apparition d'un pluralisme juridique où le droit officiel de l'État (inscrit dans les textes, les textes par ex. d'un empire colonial) et les normes traditionnelles de tel groupe social (à l'instar de minorités ethniques, religieuses, etc.) cohabitent et s'opposent. C'est ce phénomène que Eugen Ehrlich (1862-1922), l'un des fondateurs de la sociologie du droit dans l'espace germanophone, avait désigné par la célèbre formule de « droit vivant (*lebende Recht*) » (31). Dans la mesure où la résolution des litiges se fait selon les normes traditionnelles, à l'écart du droit et des acteurs officiels de l'État (juges, administration), le droit vivant l'emporte sur le droit officiel qui, du coup, n'existe que « sur le papier » pour reprendre la formule d'Ehrlich.

Une fois le degré d'effectivité ou d'ineffectivité connu, reste à en cerner les *causes*. De ce point de vue, et par rapport à une littérature juridique qui tend souvent à réduire la question de l'obéissance au droit à la question de la *sanction*, de la coercition, cette littérature a contribué à en relativiser le rôle et à mettre en exergue d'autres facteurs, tels que l'intérêt personnel des destinataires, le

(28) J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1968, p. 14.

(29) Cf. *Of the Limits*, op. cit., pp. 146 et s.
(30) Carbonnier cite l'exemple de l'étude qui montre que face à un feu rouge l'on a pu observer non pas deux types de réactions de la part des automobilistes, mais trois (ceux qui s'arrêtent ; ceux qui brûlent le feu rouge sans ralentir ; ceux qui brûlent le feu rouge après avoir ralenti plus ou moins fortement). Chez ces derniers, le ralentissement révèle un impact minimal de la loi. Carbonnier cite également le cas de ceux qui transgressent la loi avec une mauvaise conscience. Voir aussi K. RÖHN, *Allgemeine Rechtslehre*, op. cit., p. 323 ; « Rechtsgehung und Rechtswirksamkeit », p. 577. Selon lui, le fait pour un délinquant d'occulter son acte révèle une effectivité minimale de la règle.

(31) Pour une présentation de l'œuvre d'Ehrlich, cf. Th. RAISER, op. cit., pp. 71-85.

(26) Ch. MINOCE, « Efficacité, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEF*, 1998, p. 130.

(27) Th. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied, Luchterhand, 1964, p. 71. Pour une présentation didactique : K. RÖHN, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, C. Heymanns Verlag, 1994, p. 322 ss. Sur les difficultés et limites d'une quantification, cf. Th. RAISER, op. cit., pp. 240 et s.

conformisme social (la loi de l'imitation dégagée par Gabriel Tarde), la croyance en la légitimité (globale) du système, l'adhésion raisonnée à telle norme, etc.

3. De l'utilité, ou inutilité, de cet outil et/ou savoir pour la science juridique

En quoi cet outil et/ou ce savoir de l'effectivité sont-ils utiles, voire nécessaires, à la science juridique ? Car, pour l'instant, il a été surtout question de cette discipline qu'est la sociologie du droit *lato sensu*. La question ainsi posée est d'une grande complexité et exigerait une étude approfondie. L'objectif des propos suivants est simplement de fournir au lecteur un premier quadrillage du débat.

De prime abord, il convient de distinguer entre praticiens et savants. Il va de soi que, pour les *premiers*, la question de l'effectivité est une question assez importante. On imagine mal un praticien qui ne s'intéresserait point à la vie/survie du système en général. En revanche, il se peut que l'intérêt des praticiens pour l'effectivité de telle ou telle norme particulière soit réduit, voire nul. Il se peut qu'il n'ait produit telle norme qu'à titre d'affichage, de symbole, sans véritablement tenir à sa mise en œuvre factuelle (32). Mais, mis à part ce dernier cas (plus ou moins fréquent), le concept classique de l'effectivité est indispensable aux praticiens. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, tout dictateur veille à prévenir et/ou à supprimer tout phénomène de résistance (en va-t-il différemment, et si oui jusqu'à quel point, dans les démocraties ?); en France, le parlement, lorsqu'il a interdit les cigarettes dans les cafés et restaurants, s'est posé à bon escient la question de la mise en application réelle de cette mesure; les instances de l'État établissent régulièrement des statistiques concernant le taux de participation aux élections, le nombre de conclusions de mariages et de pacs, le taux de criminalité, le nombre d'emplois créés grâce à tel programme de subventions, etc.; en Allemagne, le ministère de la justice comporte un département chargé officiellement de la « *Rechtsstatistikenforschung* » en matière de droit privé; certains juges, lors du délibéré sur une décision délicate, s'interrogent sur les chances d'effectivité de leur décision projetée (33).

(32) On reviendra sur ce point dans la 2^e partie, A.

(33) Cf. les propos de D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Galimard, 2010, pp. 224 et s., sur le « réalisme » des juges. On peut raisonnablement penser que ce

Si le praticien veut agir sur le réel, il lui faut savoir jusqu'à quel point s'étend son emprise sur la société. Il se demandera d'une part, *ex post*, quel a été l'accueil réservé à telle norme par l'appareil d'État et/ou la population et, d'autre part, *ex ante* (en cas de changement de circonstances ou de réforme), quelles pourront être les chances d'effectivité de la norme dans l'avenir. Un législateur rationnel s'abstiendra d'une loi nouvelle s'il sait d'avance avec certitude qu'elle n'a aucune chance d'être appliquée (faute par ex. de volonté, des moyens financiers nécessaires, etc.).

Reste à savoir dans quelle mesure la science (la science juridique) doit faire siennes les interrogations des praticiens au sujet de l'effectivité. Le débat est conditionné par au moins trois grandes questions : 1. De quelle effectivité est-il question : celle d'une norme particulière ou celle de l'ordre juridique dans son ensemble ? (34) S'agit-il de l'effectivité *stricto sensu* (*ex post*) ou du concept de « chance d'effectivité » ? 2. Qu'est-ce qu'on entend par « science » ? S'agit-il de l'idéal épistémologique des jusnaturalistes ou de celui défendu par l'un des divers positivismes (positivisme formaliste, sociologique, réaliste, normativiste, etc.) ? 3. Qu'est-ce qu'on entend en l'espèce par « la » science « juridique » ? Arrêtons-nous un instant sur cette dernière question. Il est d'usage de parler de « la » science juridique au singulier. Or ce singulier est réducteur, eu égard à la *diversité* des savoirs ainsi visés. Sous le terme « la science juridique » sont visés des savoirs aussi variés que la théorie du droit, la philosophie du droit, la dogmatique juridique, la science du droit comparé, l'histoire du droit et de la pensée juridique, etc. Soit il convient de parler *des* sciences juridiques, ainsi que le propose Matthias Jestaedt (35), soit il faut au minimum scinder cette science juridique unique en branches ou départe-

que Dominique Schnapper appelle, de façon vague, la « prise en compte des effets de la décision » induit entre autres ce qu'on a appelé ici un raisonnement sur les « chances d'effectivité » (la réception, par ex., des décisions du Conseil constitutionnel par les juges ordinaires : pp. 330 et s.).

(34) La distinction est mise en avant à la fois du côté des jusnaturalistes (cf. R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Albrecht, Freiburg, 1994, pp. 147 et s.) et du côté des positivistes. Voir, par ex., au nom d'un positivisme normativiste, X. MAGNON, *Mémoire(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 66 : « Dans la définition de la norme juridique, l'efficacité ne s'apprécie que de manière globale, c'est-à-dire que, dans un ordre juridique donné, les normes appartenant à cet ordre sont plutôt et, de manière globale, respectées par leurs destinataires. Il ne faut pas que chaque norme du système soit respectée, mais que la plupart d'entre elles soient plutôt respectées que non respectées ».

(35) Cf. M. JESTAEDT, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Paderborn, Schöningh, 2009 et mon compte-rendu dans *Jus politicum*, n° 5 (2010), pp. 24 et s.; www.juspoliticum.com.

ments. Ainsi reformulé, le débat peut alors s'engager dans quatre voies : a) la sociologie du droit ne fait pas partie de la/des science(s) juridique(s) ; en outre, ce savoir externe ne présente aucun intérêt pour aucune des sciences juridiques ; b) la sociologie du droit fait partie de la science juridique, mais elle n'a aucun intérêt pour les autres branches de la science juridique ; c) la sociologie du droit est utile pour certaines des sciences du droit/des branches de la science du droit ; d) toute science du droit se doit d'être sociologique.

À cette dernière réponse, l'on aboutit assez aisément si, en tant que scientifique, on adhère à un positivisme sociologique ou à un réalisme, en d'autres termes si l'on définit le droit non pas comme un devoir-être, mais comme un *Sein*. « *Law as Fact* », pour reprendre le titre d'un célèbre livre d'Olivecrona. Cruet, en 1908, écrivit qu'il « n'est [...] qu'un moyen de connaître la loi, et comprendre la législation, c'est d'étudier les lois comme phénomènes historiques et sociaux, dans leur caractères observables » (p. 10). Dès lors, le droit en tant que fait peut-être facilement remis dans son contexte social, sans que ne se pose aucun problème d'ordre épistémologique. Il n'y a pas de saut du *Sollen* vers le *Sein* : le droit (*fait*) est simplement mis en rapport avec *d'autres faits*, à l'instar des conduites effectives des individus (effectivité/ineffectivité). Le concept de « fait », dans cette démarche, est défini de façon plus large que chez les divers positivismes formalistes et legalistes qui, eux, se focalisent sur ce seul fait qu'est le droit posé par le législateur. Pour Cruet précisément, « l'objet de la science du droit » est « la vie juridique » (p. 333). Il est certain que, lorsqu'on s'intéresse à la vérité/réalité d'une norme juridique, savoir qu'elle n'est pas/plus appliquée est une information cruciale. Il suffit de penser à un touriste, un entrepreneur ou quiconque d'autre qui souhaite se rendre dans une diétature étrangère et qui, à titre de précaution, demande à un scientifique du droit les informations les plus exactes et vraies possibles sur le droit de ce pays. Il attend du scientifique qu'il lui donne aussi des informations sur l'effectivité du droit. Certaines sciences du droit, à certains moments de leur histoire, ont d'ailleurs inclus, dans leur bagage méthodologique, le concept d'effectivité. Il suffit ici de penser, en France, à la « révolution Duverger » qui ajoute à l'étude des normes constitutionnelles formelles l'étude de la pratique politique. On peut mentionner aussi les voix, au sein de la science du droit

comparé, qui réclament que le spécialiste de droit comparé doit étudier non seulement le droit positif *stricto sensu* de tel pays étranger, mais aussi le contexte social dans lequel il s'insère et fonctionne (36).

À l'inverse, un tel programme est récusé par une certaine lecture kelsenienne (37) qui s'appuie sur deux arguments majeurs. Tout d'abord, selon Kelsen (38), la science juridique se doit d'étudier strictement son objet, et lui seul ; cet objet, le droit, le droit positif, est un devoir-être ; par conséquent, la science juridique est une science des normes. Son objet exclusif (et pas seulement principal (39)) sont des normes, avec, comme outil clé, le concept de validité. Tout ce qui se situe « en amont » de la norme (les origines sociales du droit) et « en aval » de la norme (l'application dans la réalité sociale) ne relève plus de la sphère du *Sollen*, du devoir-être, mais de la sphère du *Sein*, des faits, dont s'occupe la/des science(s) sociale(s). À suivre strictement la frontière tracée par Kelsen entre « la » science juridique et la sociologie (40), l'effectivité est un outil de la sociologie du droit, et d'elle seule, idée à laquelle les sociologues du droit, de leur côté, semblent volontiers souscrire puisqu'ils revendiquent – voir *supra* la définition dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit* – la propriété et l'usage de ce concept. Mais ce raisonnement kelsenien peut, à son tour, être discuté, à trois égards : a) Un des éléments-clés du raisonnement juridique est la qualification ; or, ce faisant, la science juridique se doit d'étudier des faits et non seulement des normes. b) Kelsen lui-même admet, dans des passages qui sont de nature à susciter une certaine perplexité dans l'esprit du lecteur, la nécessité de recourir au critère de l'effectivité pour juger de la validité d'une norme singulière (41). Surtout, l'on sait que, selon Kelsen, la norme fonda-

(36) Sur cette ouverture à la sociologie, cf. par ex. G. LAGROND, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *RIDC*, 1957, pp. 398 et s. ou les écrits des comparatistes postmodernes à l'instar de Pierre Legrand.

(37) Je dis « lecture kelsenienne » car les écrits de Kelsen sont parfois ambigus sur ce point.

(38) *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., pp. 10 et s., 78 et s., 215 et s. (en abréviation : *RL*) ; *Théorie pure du droit* (trad. Eisenmann ; abréviation : *TPD*), pp. 14 et s., 104, 281 et s.

(39) Selon Kelsen, la méthode définit l'objet d'étude, et non l'inverse. Avec une méthode adaptée à l'étude de normes, le juriste ne peut cerner que des normes.

(40) Sur ce moment kelsenien (la *disputatio* entre Kelsen et Ehrlich), cf. E. SEVEREYAN, *Sociologie du droit*, Paris, La découverte, 2000, pp. 60 et s. ; K.L. KUNZ, M. MONA, *Rechtsphilosophie, Rechtslehre, Rechtssoziologie*, Haupt, Bern, 2006, pp. 112 et s.

(41) *RL*, p. 10 ; *TPD*, pp. 14-15 : « Toutefois, il peut exister une certaine corrélation entre validité et efficacité [= effectivité]. On ne considère une norme juridique comme objectivement

mentale, qui fonde la validité de la Constitution et, partant, la validité de tout le système juridique, est à son tour conditionnée par l'effectivité globale du système juridique (le système se fait obéir *grasso modo* (42)). c) Si l'effectivité, au sens strict, désigne bien un état factuel, ce fait peut être une composante d'un concept plus large (par ex. celui de coutume) qui, lui, est d'ordre normatif (voir *infra*).

Dans le prolongement de ce premier argument (distinction *Sein/Sollen*), des disciples de Kelsen argumentent qu'un scientifique du droit est formé de par ses études à étudier des normes. Rien, dans sa formation, ne le prédestine à faire (à faire lui-même) des enquêtes de terrain ! Pour ce faire, les outils de travail et connaissances d'ordre méthodologique que tout chercheur de sciences sociales digne de ce nom se doit d'acquérir, lui font défaut. Or, s'il est certain que l'amateurisme n'est guère une option sérieuse à l'heure de la spécialisation des sciences (sauf à faire une « sociologie sans rigueur » comme disait, non sans ironie, Carbonnier), l'angle mort de l'argument de la *rigueur méthodologique* consiste à occulter les possibilités ouvertes par l'interdisciplinarité. Soit un scientifique du droit s'approprie les *outils* de telle science voisine (si de tels outils spécifiques existent : car comment étudier l'effectivité du système juridique dans son ensemble, si ce n'est de façon intuitive, par un regard circulaire autour de soi ?) ; soit il fait faire le travail sur l'effectivité par un sociologue dont il s'approprie, à la fin, le *savoir*, les conclusions. La question est donc de savoir s'il a besoin d'un tel savoir.

De l'avis de nombreux théoriciens du droit (Kelsen, R. Alexy, M. van Kerchove, F. Ost (43), etc.), la *théorie du droit* a besoin du

valable que si la conduite humaine qu'elle régle y correspond effectivement, tout au moins jusqu'à un certain point. [...] Un minimum d'efficacité est donc une condition de la validité des normes juridiques». *TPD*, p. 13 : « Mais lorsqu'une norme juridique demeure dépourvue d'efficacité d'une façon durable, elle n'est plus considérée comme valable ». Par la suite, Kelsen semble toutefois corriger ce propos en précisant (*RR*, p. 48 ; *TPD*, pp. 63-64) que l'effectivité ainsi visée dans les pages précédentes (*RR*, p. 10 ; *TPD*, pp. 14 et s.) doit être évaluée au niveau du système global, et non au niveau de chaque norme. Or, p. 218 (*TPD*, p. 286), il distingue à nouveau les deux : p. 220 (*TPD*, p. 288), il admet même la dénuée d'une norme prise individuellement.

(42) On peut en rapprocher l'opinion de tous les théoriciens (positivistes, décisionnistes, etc.) qui estiment que la validité de la Constitution s'identifie à son effectivité. Ce qui existe, mérite d'exister (C. Schmitt).

(43) F. Ost, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications de la Faculté St Louis, Bruxelles, 1987, pp. 257 et s. ; *De la pyramide au réseau ?*, Publ. St Louis, Bruxelles, 2002, pp. 307 et s.

critère de l'effectivité (effectivité appréciée de façon globale) pour identifier un système juridique. Or *quid* de la *dogmatique juridique* qui, pour beaucoup de juristes, est le cœur de la science juridique ? Ce qui intéresse la dogmatique est le *contenu* du droit : que commande, interdit, autorise tel droit ? Elle répond à la question *Quid juris ?* (44) Que dit le droit, dans le pays X, à la date Y, sur tel ou tel point ? Or, en quoi une étude de l'effectivité d'une norme établie et/ou une réflexion sur les chances d'effectivité d'une norme projetée pourrait-elle être utile à la dogmatique ? Quel intérêt, pour connaître les règles du droit civil français actuel en matière de mariage, de savoir qu'il y a tant de mariages, divorces et pacs, que dans tant de cas les règles sont ou ne sont pas respectées ?

De prime abord, l'on est tenté d'infirmer toute hypothèse d'un lien. Une raison pourrait être la distinction, déjà évoquée, entre *Sollen* et *Sein* : le droit est un devoir-être, l'effectivité (*stricto sensu*) mesure un être. Une autre raison pourrait être que l'effectivité pose la question de l'obligatorité du droit (Pourquoi, et dans quelle mesure, le droit est-il obligatoire ?). Or, la question de l'obligatorité n'est pas une préoccupation de la dogmatique, mais éventuellement de la théorie, philosophie et/ou sociologie du droit. D'habitude, dans un contexte positiviste, la dogmatique présuppose soit que la question de l'obligatorité du droit est résolue en amont de son propre travail (l'obéissance des destinataires du droit positif est acquise d'avance (45) ; il ne reste plus désormais qu'à définir le contenu du droit positif), soit qu'elle est prise en charge en aval (il faut et il suffit de définir d'abord le contenu des normes du droit positif, l'État se chargera ensuite, s'il le faut par l'usage de la contrainte, d'en assurer le respect). Dans cette double perspective, l'obligatorité du droit est traitée, gérée, au niveau du système global, et non au niveau de chaque norme particulière de ce droit positif. Tel État/système juridique de droit positif existe, il se fait obéir. Il ne reste plus qu'à définir le contenu des normes particulières de ce système ; il ne reste plus à la dogmatique qu'à prouver que tel interdit, telle obligation ou telle autorisation fait bien partie du droit positif de

(44) Sur la distinction fondamentale entre les deux interrogations *Quid sit juris ?* et *Quid ius ?*, voir I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Teil I : *Rechtslehre* (La doctrine du droit, 1798), Introduction, § B.

(45) Ce cas de figure est illustré de façon paradigmatique par la théorie de Bentham et Austin où l'existence même de l'État, d'un souverain, prouve par la même l'existence d'une prédisposition de la population à obéir à ce souverain, car l'un est indissolublement lié à l'autre.

ce système (Telle norme a-t-elle été édictée selon les règles de production prévues par ce système de droit positif?).

Le concept clé d'une telle dogmatique devient alors la « validité » d'une norme particulière, le terme « validité » désignant ici simplement l'*appartenance* d'une norme particulière au système juridique. C'est le système global qui assure l'obligatorité de la norme individuelle, *une fois que celle-ci est valide, c'est-à-dire rattachée au système*. Or, de l'avis de nombreux auteurs, la validité d'une norme particulière n'est en rien influencée par l'effectivité/ineffectivité de cette norme dans le passé. Denys de Béchillon a résumé l'argument comme suit : « Allons à l'essentiel : une norme juridique ne cesse pas d'être juridique lorsqu'elle n'est pas respectée. Le crime n'abroge pas le Code pénal. Le feu rouge que vous avez grillé n'a pas cessé d'être obligatoire. Vous n'avez pas été pris la dernière fois ? Tant mieux pour vous. Mais c'est là une question de circonstances, pas un problème de Droit. D'ailleurs, vous auriez tout aussi bien pu vous faire « prendre ». Cela vous arrivera peut-être tout à l'heure. (...) Jusqu'à un certain point, l'effectivité n'entretient aucun rapport avec la juridicité » (46).

De cette vision se détachent ceux qui estiment qu'il y a un lien (conjoncturel, voire nécessaire) entre la validité d'une norme individuelle et son effectivité (*ex post*). Je me contenterais ici d'évoquer brièvement deux thèses. D'une part, il y a ceux qui, sur le plan de la théorie du droit, reconnaissent à la coutume *contra legem* le rang de source de droit (dans tel système ou dans tous les systèmes juridiques du monde). Dès lors, il revient au dogmaticien du droit, à chaque fois qu'il étudie tel texte de loi pour définir le contenu du droit positif, de vérifier qu'il n'existe point une coutume dérogatoire (désuétude). Via le concept de la coutume, l'effectivité devient un outil et/ou un savoir indispensable au dogmaticien du droit. D'autre part, il n'est pas exclu que tel système de droit positif inclut l'effectivité parmi ses critères de validité d'une norme juridique particulière. Un exemple éclairant a été mis en avant par Klaus Röhl, qui a cité la célèbre décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 27 juin 1991 en matière d'imposition des intérêts de capi-

taux (47). Dans cette affaire, les juges de Karlsruhe ont estimé que le non respect massif d'une obligation de déclaration fiscale de la part des contribuables était de nature, dans la mesure où ce non respect était imputable aussi à la mansuétude de l'administration qui avait renoncé à tout dispositif coercitif de contrôle, à entraîner l'incompatibilité de la loi fiscale en cause avec l'art. 3 de la Loi fondamentale qui énonce le principe d'égalité. Le principe général d'égalité, tel qu'interprété par les juges allemands, exige que l'égalité fiscale soit appréciée non seulement en droit mais aussi en fait. Appliquer à un individu une loi qui, le plus souvent, n'est jamais appliquée reviendrait ainsi à une discrimination (48). Là encore, il faut bien cerner la nature et les limites du lien établi entre le concept d'effectivité (de telle norme singulière, *ex post*) et la dogmatique juridique. Ce lien n'est qu'indirect (il est médiatisé par une norme de droit positif, en l'espèce le principe d'égalité); il ne vaut que pour l'Allemagne et tous les pays qui, à leur tour, admettent une telle définition du principe d'égalité (le lien n'est pas établi de façon générale ou universelle).

B. – *Les deux nouveaux discours de la science juridique sur « l'effectivité »*

Au vu des fortes réserves exprimées par nombre d'auteurs à l'égard de l'intérêt de la conceptualisation classique de l'effectivité pour la science juridique (du moins au niveau d'une norme singulière), on s'attendrait à ne rencontrer qu'un nombre infime d'occurrences de ce terme sous la plume de la doctrine. Or il n'en est rien. Il suffit de consulter les banques de données (Doctrinal, etc.) et les catalogues des bibliothèques pour s'apercevoir du franc succès que connaît actuellement le terme « effectivité ». Ce succès tient toutefois à un glissement de sens, par rapport au sens n° 1 et 2. Ainsi, nombre d'auteurs enquêtent sur « l'effectivité des droits de l'homme » ou de tel principe (49); la doctrine s'interroge si, sur telle norme, le droit

(47) BVerfG, 27.6.1991, 2 BvR 1493/89, NJW, 1991, pp. 2129 et s. Pour une analyse théorique, cf. K. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, p. 328 ss; pour une analyse de dogmatique, cf. D. CARL, J. KROS, « Die verfassungswidrige Zinsbesteuerung », JWS, 1992, pp. 292 et s.

(48) Cf. aussi le cas cité par F. RÖHL, « Rechtsgeltung und Rechtswirksamkeit », JZ, 1971, p. 677, où un juge, en regard à l'ineffectivité massive de la règle pénale, fait valoir des circonstances atténuantes pour réduire le montant de la sanction.

(49) V. GRAMPEL-DESPLATS, D. LOONAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2008; Colloque « L'effectivité de la Convention

(46) D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Paris, O. Jacob, 1997, p. 61; lire aussi pp. 270 et s.

se situe dans le registre de «l'effectivité» ou, au contraire, dans celui de la simple «proclamation», de «l'incantation», voire de la «facticité» (50). Loin de relever de la sociologie du droit, le terme désignerait désormais «totalement ou partiellement une question de droit» (51) (sous-entendu : une question de la science juridique). Mais quel est exactement le sens du terme «effectivité» dans ce contexte ? Au sein de ce glissement, il est possible de dégager en vérité deux conceptualisations différentes, l'une majoritaire (concept n° 3), l'autre minoritaire (concept n° 4). Leur identité n'est pas toujours clairement perçue.

1. *Le concept n° 3 : le degré de mise en œuvre d'un principe au sein du droit positif inférieur*

Ce qui caractérise de prime abord la conceptualisation n° 3 de l'effectivité est son objet : son objet, par excellence, sont les «principes», c'est-à-dire des normes dont le sens se caractérise par un haut degré d'indétermination (ce sont des points d'orientation, et non des «règles», selon la distinction de Dworkin). Ces principes (de l'Etat de droit, de la démocratie, de la séparation des pouvoirs, de la liberté, de tel droit de l'homme, etc.) sont de nos jours de plus en plus nombreux au sein du droit positif (Constitution, traités, etc.) et leur rôle dans le raisonnement juridique ne cesse de croître, ce qui, par ricochet, explique le succès de ce nouveau discours sur «l'effectivité». Un principe a besoin d'être concrétisé, précisé, par d'autres normes juridiques (sous-principes, règles et, *in fine*, des normes individuelles), afin de pouvoir être appliqué à des cas d'espèce. À vrai dire, un principe, en tant que tel, ne peut pas être «appliqué» à un cas d'espèce, tant qu'il n'est pas concrétisé, tant que ne se sont ajoutées au principe une, voire plusieurs autres normes dont le sens est de plus en plus précis et concret. Et c'est l'ultime norme, la norme individuelle, qui est, au sens strict, appli-

internationale des droits de l'homme», Roubaix/Lille, 2009, reproduit dans *Les petites affiches*, 7.10.2010, n° 200, pp. 3 et s.; E. MIRIARD, «L'effectivité des droits de l'homme», in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Puf, 2008, pp. 278 et s.

(50) L. KNUULO, «La France dans la lutte contre les atteintes à caractère sexuel à l'encontre des enfants : de la proclamation à l'effectivité», *Revue générale de droit international public*, 2010, pp. 319 et s.; A.S. ALAADI, «Le pouvoir de contrôle des créanciers sur les contrats postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective en droit OHADA : effectivité ou facticité?», *Revue trimestrielle de droit africain*, 2009, pp. 215 et s.

(51) M. PROHARD, «L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode(s)?», *Les petites affiches*, 7.10.2010, n° 200, p. 7.

quée à un cas d'espèce, à la réalité sociale. C'est tout à la fin, ou en bas, du processus de concrétisation du droit que se situe ce basculement du devoir-être vers l'être. C'est d'ailleurs sur ce point que devrait se focaliser le concept n° 1 de l'effectivité, si on l'appliquait de façon stricte et rigoureuse.

Alors que le concept n° 1 de l'effectivité mesure un écart entre droit positif et réalité sociale, le concept n° 3 de l'effectivité va mesurer un écart *au sein* du droit positif, entre ce que proclament les principes contenus dans les strates les plus élevées de l'ordre juridique et les normes plus précises, techniques (règles & normes individuelles) contenues dans les strates inférieures. Des trois étapes de la vie du droit – 1. la proclamation de principes; 2. leur mise en œuvre ou concrétisation par d'autres normes du droit positif; 3. l'application des normes les plus précises du droit à la réalité sociale –, le concept n° 3 de l'effectivité s'intéresse à la deuxième étape. Il opère en amont de la troisième étape, à laquelle s'intéresse l'effectivité au sens n° 1. En vérité, l'effectivité au sens n° 3 n'est qu'un autre terme – plus aiguiseur ? plus polémique ? – pour désigner le problème de la *conformité ou de la mise en conformité des normes inférieures aux normes supérieures*. «S'interroger sur l'effectivité d'un droit [d'un droit de l'homme], c'est s'interroger sur sa mise en œuvre» écrit ainsi Tatiana Gründler (52), étant précisé que le terme «mise en œuvre» désigne sa mise en œuvre au sein de la hiérarchie des normes de droit positif.

Mais qu'est-ce qui explique et pourrait justifier l'usage, ici, du terme «effectivité» plutôt que de parler de «mise en œuvre juridique», de «garanties juridiques (de tel principe)» (53), de «processus de concrétisation» en termes kelseniens ? Le ressort fondamental de ce discours de l'effectivité pourrait être résumé comme suit : face au beau discours des principes, les auteurs font preuve d'un certain scepticisme et s'interrogent sur ce qu'il en est «effectivement», «en réalité». La réalité visée est celle du droit positif inférieur. Mais, très souvent, la réalité sociale sert d'ultime point de référence du raisonnement (54). D'une part, c'est l'écart criant

(52) T. GRÜNDLER, «Effectivité, efficacité, efficience. L'exemple du droit à la santé», in V. CHAMPET-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *op. cit.*, p. 32.

(53) Cf. A. VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2007.

(54) Ainsi, l'ouvrage dirigé par V. CHAMPET-DESPLATS et D. LOCHAK adopte de prime abord le concept n° 1 de l'effectivité (c'est lui qui est développé en introduction, en quarante de cou-

entre, d'un côté, le beau discours et, de l'autre, les faits réels contraires qui inspire le savant à se pencher sur l'ineffectivité au sens n° 3 (55) ; d'autre part, l'effectivité au sens n° 3 est censée préparer et assurer l'effectivité au sens n° 1. Or, cette mise en perspective est à manier avec prudence car s'il existe un lien fort entre l'effectivité au sens n° 3 et l'effectivité au sens n° 1 (souvent, celle-là permet d'aboutir à celle-ci), ce lien n'est pas absolu. Car il se pourrait que tel principe soit transcrit dans le droit positif inférieur, mais que celui-ci ne soit point respecté dans les conduites sociales. Il se pourrait également que tel principe soit proclamé dans la Constitution, que le droit ordinaire ne soit pas conforme au principe, mais que, dans la pratique sociale, les acteurs agissent déjà selon le principe.

Personnellement, je serai assez critique à l'égard de ce nouvel usage du terme «effectivité». D'autres termes («mise en œuvre», «garanties», «concrétisation») me paraissent plus éclairants. Car il me semble que le mot «effectivité» est si intimement lié à l'idée de fait (sens n° 1) qu'il risque de nous induire en erreur si l'on s'en sert pour désigner un type d'analyse – le concept n° 3 – qui, en toute rigueur, ne porte pas sur des faits, mais encore et toujours sur des normes.

2. Le concept n° 4 : l'impact dynamique ou la force de résonance d'une norme au sein du droit positif

Un dernier, et rare, sens du mot «effectivité» apparaît de façon paradigmatique sous la plume de Marc Richard, dans son article sur l'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant. La spécificité de sa conceptualisation, par rapport au concept n° 3, ressort lorsqu'il affirme : «Il faut distinguer l'effectivité d'une convention internationale et la conformité du droit à une telle convention» (p. 10). De quoi s'agit-il alors ? Voici la question qu'il

verture, etc.), alors même que le concept opératoire dans les diverses contributions est bel et bien le concept n° 3. De même, lorsqu'un constituant se sert du terme «effectivité/efficaci», il mobilise surtout le sens n° 1. Voir l'exemple topique de la Constitution de la Colombie de 1991, art. 2 al. 1 : «*Son fines esenciales del Estado : servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución* (...)».

Pour le texte, voir : <http://wsp.presidencia.gov.co> (rubrique «Normativa»).

(55) Cf. par ex. C. FORTAGAS, «L'ineffectivité du droit de ne pas être déchu arbitrairement pour les prisonniers de Guantanamo», in V. CHAMPEL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *op. cit.*, p. 165.

se pose : «La ratification de la Convention internationale des droits de l'enfant par la France a-t-elle produit des effets ou bien ne faut-il y voir qu'une incantation sans la moindre retombée dans les faits?» (p. 7). La référence ici aux «faits» pourrait laisser croire que l'auteur s'intéresse en tant que sociologue à la réalité sociale. Or ce n'est pas ce qu'il souhaite faire puisqu'il estime que l'effectivité peut aussi être un outil de la science juridique (c'est «totallement ou partiellement une question de droit», p. 7).

Selon M. Richard, son but, à travers la notion d'effectivité, est d'étudier la «réception du traité par les ordres juridiques internes» (p. 7). Il s'agit d'étudier les effets de cette réception : la ratification par la France a-t-elle déclenché, au sens de la loi de causalité, des changements dans le droit interne ? Ce questionnement est décalé par rapport au concept n° 3. Selon ce dernier, le juriste savant (un dogmatique du droit) dira qu'un droit de l'homme est effectif, en droit, si dans cet ordre juridique les normes inférieures garantissent ce droit de l'homme. Peu importe à la limite que la conformité du droit inférieur soit due, causalement, à un changement ou mise en conformité de celui (après avoir adopté tel principe constitutionnel, le pouvoir politique modifie le code civil) ou que la conformité fût acquise d'avance puisque, implicitement, le droit inférieur consacrait déjà le principe (le traité ou la Constitution ne font qu'expliquer le principe et en renforcer le rang hiérarchique). Or Marc Richard comprend l'effectivité à la lumière non pas de la hiérarchie des normes, mais de la loi de causalité. Dès lors, un principe (mais cela vaut aussi, potentiellement, pour une règle) est dit «effectif» si, et seulement si, il a produit un effet, s'il est à l'origine d'un changement du droit (56). S'il a déployé une certaine force de résonance ou de rayonnement en droit positif. Or, comme le montre l'auteur, le droit français (le Code civil) avait déjà interiorisé certaines exigences de la Convention internationale des droits de l'enfant ; celle-ci n'a donc pas eu d'impact sur le fond du droit français. Ergo (au sens du concept n° 4), la Convention est *ineffective* alors que, à la lumière du concept n° 3, le dogmatique du droit dira qu'elle est par-

(56) Selon LITTRE, le mot «effectif» a trois sens : 1° en théologie : «qui produit des effets»; 2° «qui existe effectivement, réellement»; 3° «réel, positif». Si on retient cette classification, on dira que le concept juridique n° 4 de l'effectivité se rattache au premier sens dérogé par LITTRE alors que le concept n° 1 et n° 3 de la science juridique se rattachent au deuxième et troisième sens de LITTRE.

faitement *effective* en droit français. Comme l'écrit M. Pichard, «l'état du droit peut être parfaitement conforme à un traité sans que l'on puisse parler d'effectivité de celui-ci – dès lors que ledit état du droit ne doit rien à cette convention» (p. 10).

Au sein de cette conceptualisation n° 4, le mot «effectivité» est synonyme des termes, plus fréquents, de «influence» (57) ou «impact». C'est un raisonnement qui fait appel à la causalité (tel fait a-t-il entraîné tel autre fait ?) et le droit est réduit ici à un fait. L'analyse est celle d'une science sociale ou empirique. Un tel concept est, en soi, pensable, intéressant, et il est d'ailleurs utilisé par des juristes scientifiques (les spécialistes du droit comparé s'interrogent, par ex., dans le cadre de leurs analyses sur les migrations et transferts juridiques, sur l'influence réelle de telle ou telle solution de droit étranger). Pour désigner ce concept, faut-il pour autant se servir du mot «effectivité» ? À mes yeux, le terme «influence» ou «impact» est de loin préférable car, intuitivement, il est plus parlant, plus clair (58). En outre, cela permet de désencombrer le mot «effectivité» d'un trop plein de sens. D'ailleurs, il y a très peu de scientifiques du droit qui se servent du mot «effectivité» au sens n° 4.

II. – «EFFICACITÉ», «EFFICIENCE» ET «QUALITÉS» DU DROIT

C'est par rapport à ces divers discours sur «l'effectivité» qu'il convient à présent de situer les discours des juristes sur «l'efficacité». Ce terme a-t-il un sens spécifique ? (A). La réponse est positive : on verra même que l'on peut dégager pas moins de *quatre* concepts du mot «efficacité». Il apparaîtra aussi que le concept «d'efficience», tel qu'utilisé par l'analyse économique du droit, est une illustration parmi d'autres du concept n° 4 de l'efficacité (B). Il restera alors à clarifier jusqu'à quel point ces divers concepts sont

EFFECTIVITÉ, EFFICACITÉ, EFFICIENCE ET QUALITÉ 49

utilisés, ou non, en science juridique (C). On finira par le dernier terme à clarifier, celui de «qualités» du droit (D).

A. – À la recherche d'une signification spécifique du mot «efficacité»

Les divers discours sur «l'effectivité» et sur «l'efficacité» sont souvent étroitement liés, au point d'être parfois interchangeables. Dans le passé lointain et même encore dans des écrits plus récents (chez Bentham, les juristes français du 19^e siècle, Eisenmann, Pierre Pescatore (59), etc.), les deux termes ont été utilisés, en partie ou en totalité, comme des synonymes. D'où un premier concept de «l'efficacité» : concept n° 1 de «efficacité» = concept n° 1 de «effectivité».

Cette proximité s'explique par le fait que tous les deux s'attachent à l'étude des *effets*, ici les effets d'une ou plusieurs normes juridiques. La proximité des deux termes ressort déjà du langage courant.

– L'adjectif «effectif» (duquel découle le substantif plus récent et plus rare de «effectivité») vient du latin *effectivus* (qui produit, pratique) et de «*effectus*» (effet). Selon Littré, son premier sens, en théologie, est «qui produit des effets» (qui se traduit par des actes), le second sens est «qui existe effectivement, réellement», le troisième sens est «réel, positif».

– L'adjectif «efficace» provient du latin *efficax, -acis* (agissant, efficace). Selon la définition habituelle que l'on retrouve dans les divers dictionnaires généralistes, efficace signifie «qui produit l'effet attendu», «qui réussit». (60)

Il est toutefois possible de construire une différenciation entre les deux et de conférer ainsi au terme «efficacité» une certaine spécificité. Le point de départ est l'écart, en langage ordinaire, entre «ce qui produit des effets» (= effectif) et «ce qui produit les effets attendus», espérés, souhaités, désirés (61) (= efficace). Ainsi s'est

(57) Voir J.B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010 (sur la définition du concept, cf. entre autres M. TROPER, pp. 113 et s. ;

L. HEUSCHLING, pp. 541 et s.).

(58) J. BENTHAM, *Of the Limits...*, op. cit., p. 98 : «Words which are made use of in expressing the heads of an arrangement should, if possible, be so such a degree familiar that, of the import of them, some idea, however loose, might be caught up at the first sight».

(59) P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960/78, pp. 389 et s. (60) Cf. le *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., *Le Petit Larousse*, 2006, p. 396 ; *Trésor de la langue française*.

(61) L'adjectif «souhaité/désiré» est à privilégier car il est plus clair que «attendu». Vague, ce dernier terme pourrait à la limite désigner un effet pervers ! Le législateur peut «attendre» à tel effet pervers de sa loi, bien qu'il ne le souhaite pas. Analytiquement, il est utile et possible de distinguer : effets souhaités/non-souhaités (par le législateur), effets prévus/non prévus (par le législateur). Voir à ce sujet l'article de Ch. MINCKE.

cristallisée peu à peu, en théorie du droit, une convention sémantique qui distingue deux concepts.

Citons à cet égard les propos éclairants de Jean-François Perrin : « L'auteur de la norme juridique poursuit un dessin et, pour atteindre son objectif, il choisit un moyen. Il veut, par exemple, limiter les conséquences des accidents de la circulation routière et, pour ce faire, il prescrit le port obligatoire de la ceinture de sécurité dans les voitures automobiles ou le port obligatoire du casque pour les motocyclistes. On peut ensuite soit observer le degré de réalisation de l'objectif, soit évaluer le degré d'utilisation réelle du moyen. Dans le premier cas – lorsqu'on confronte l'objectif avec son degré d'accomplissement – on mesure l'*efficacité* d'une norme ou d'un système de normes. Dans le deuxième cas – lorsqu'on mesure si l'injonction prescrite par la norme a effectivement provoqué le comportement prévu – on mesure l'*effectivité* de la norme » (62). Comme l'écrit aussi Romano Bettini, l'efficacité est « le mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent » (63).

Le concept ainsi dégagé de « l'efficacité » (64) suppose donc que le scientifique du droit s'attache à la raison d'être de la norme, la *ratio legis* ou, en d'autres termes, au *but*. Le but visé sert de critère pour évaluer, de façon positive ou négative, les performances empiriquement constatables d'une norme juridique, voire du droit tout entier. Le but permet d'en mesurer le caractère adéquat, adapté (« efficace »). Or cette définition reste encore trop ambiguë sur le concept de « but/objectif/fun/finalité/fonction » qu'il faut approfondir. Cela permettra de dégager trois concepts de « efficacité ».

B. – *Le critère de « but » ou les trois concepts n° 2, n° 3 et n° 4 de « efficacité »*

Quatre points méritent ici d'être creusés.

(62) J.-F. PERRIN, *Pour une théorie...*, op. cit., p. 91 (l'italique est de J.-F. Perrin).
(63) R. BETTINI, « Efficacité », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 219.

(64) De même, en langue allemande, certains auteurs distinguent entre la « *Wirksamkeit* » au sens large (= efficacité au sens n° 1) et la « *Wirksamkeit* » au sens étroit (= efficacité au sens n° 2). Cf. REINHARDT, op. cit., p. 21, note 26. D'ailleurs, l'art. 170 de la Constitution suisse de 1999 évoque, dans sa version française, l'« efficacité » des mesures prises par la Confédération et, dans sa version allemande, leur « *Wirksamkeit* ».

1. *Unité ou pluralité des buts*

Peut-on parler d'un seul but d'une loi ? En vérité, comme l'ont montré nombre d'auteurs, s'il n'est pas exclu qu'une norme ait un seul but, il y a aussi de nombreux cas où une même norme poursuit plusieurs buts. Cela vaut *a fortiori* si on essaie (ce qui me paraît un exercice particulièrement ardu, voire impossible (65)) de déterminer l'efficacité de tout un ordre juridique.

2. *Les trois sources possibles des buts*

Quelle est la source ou qui est l'auteur de ce/ces but(s) ? Où faut-il regarder pour le/les cerner ? Sur cette problématique cruciale, la littérature existante est souvent quelque peu elliptique. Le(s) but(s) de telle loi ou (éventuellement) de tel système juridique peut/peuvent être défini(s) de trois manières, ce qui, à chaque fois, donne un concept d'efficacité aux contours différents.

a) Le but respectif qui sert d'aune à l'exercice d'évaluation est le but *fixé par l'auteur de la norme lui-même*. C'est la définition la plus fréquente, celle retenue par ex. par J.-F. Perrin. Le but est inhérent à la volonté de l'auteur de la norme, qui se l'est donné en toute liberté (but « immanent » et « autonome »). On notera d'ailleurs, d'un point de vue méthodologique, qu'il n'est pas toujours si facile d'identifier ces buts (66). Quoi qu'il en soit, de cette première hypothèse, il faut distinguer les deux cas suivants qui ont trait à des buts que je qualifierai d'« externes » ou « hétéronomes ».

b) Le but en question est *imposé à l'auteur de la norme par une norme supérieure du droit positif*. Exemple : la Constitution prescrit au législateur de poursuivre l'objectif (ou le principe) de paix, de prospérité, de liberté, d'égalité, de solidarité, etc.

c) Le but en question est *tiré/dégagé du droit naturel, de la philosophie, de la morale* (67). Dans ce dernier cas, il est possible (à condi-

(65) Si, lorsqu'on réfléchit sur l'efficacité, l'on prend en considération le/les but(s) fixé(s) par l'auteur de la norme, se pose la question suivante : Existe-t-il un auteur de tout l'ordre juridique ? Si oui, qui est-il ?

(66) Sur ces difficultés, cf. Ch. MINCKE, op. cit., p. 133 : Comment cerner le but visé par un auteur lorsqu'il s'agit d'un organe complexe, composé d'une pluralité d'individus (à l'instar du parlement) et que s'entremettent des buts déclarés avec des buts occultés ?

(67) Voir, par ex., les propos de J. BENNETT, *Of the Limits...*, pp. 56 et s., sur la finalité du droit positif (le principe d'utilité).

tion bien sûr d'admettre l'existence d'une telle référence supra-positive) de parler d'un ou plusieurs buts de tout le système juridique.

À chaque fois, il est possible de mesurer l'adéquation/l'adaptation de la norme juridique, ou d'un ensemble de normes juridiques, par rapport à tel but. Partant, il est possible à chaque fois de parler «d'efficacité» ou «d'inefficacité». Cela donne, dès lors, trois concepts distincts de «l'efficacité» :

a) *Concept n° 2* de l'efficacité = degré d'adéquation d'une norme de droit positif au(x) but(s) fixés par l'auteur de la norme.

b) *Concept n° 3* de l'efficacité = degré d'adéquation d'une norme de droit positif par rapport au(x) but(s) fixé(s) par une norme supérieure du droit positif.

c) *Concept n° 4* de l'efficacité = degré d'adéquation d'une norme de droit positif ou du droit positif dans son ensemble par rapport au(x) but(s) fixé(s) par une référence méta-positive (droit naturel, morale, principe d'utilité, etc.). (68)

3. Les conséquences de l'inefficacité sur l'existence de la norme

Que se passe-t-il lorsqu'une norme ou un ensemble de normes sont qualifiées «d'inefficaces» ?

Prenons d'abord l'hypothèse visée par le concept n° 2. L'exemple sur lequel je souhaite raisonner est la loi électorale du pays X, loi qui s'avère incapable d'engendrer dans les faits la stabilité de l'exécutif. Supposons que le législateur avait clairement manifesté, lors des débats ou même dans le préambule/exposé des motifs de la loi, sa volonté d'enrayer l'instabilité endémique de l'exécutif. Supposons aussi que cet objectif ne soit pas inscrit dans la Constitution. Dans ce cas, la critique de l'inefficacité est, de prime abord, une critique politique qui n'atteint pas la validité de la loi. La validité ne serait atteinte que dans deux hypothèses : a) Le peuple du pays X se soulève pour ce motif et tout le système est balayé. b) La Constitution impose, de manière générale, une obligation d'efficacité (au sens n° 2) au législateur : celui-ci doit afficher son/ses buts et ne doit adopter que des solutions qui sont de nature à réaliser son/ses buts ; en cas d'inadéquation, le juge pourrait censurer la loi. La Constitu-

tion fonderait ainsi une autolimitation du parlement : si celui-ci se donne en toute liberté tel but, il est tenu de légiférer de façon efficace. Or, à ma connaissance, il n'y a pas de Constitution qui imposerait une exigence d'efficacité qui soit à la fois générale et justiciable (69).

Regardons maintenant l'hypothèse visée par le concept n° 3. Que se passe-t-il si telle loi n'est pas «efficace» (70), adaptée, au regard de tel principe/objectif constitutionnel ? L'exemple topique est le contrôle de proportionnalité exercé dans le cadre du contrôle des restrictions apportées à tel ou tel droit fondamental. Ici, l'argument de l'inefficacité a un impact sur la validité de la norme puisque l'inefficacité pourra être censurée par le juge. À ce propos, une remarque d'ordre terminologique : on notera qu'ici on pourra parler à la fois d'un problème «d'efficacité» (concept n° 3) ou d'un problème «d'effectivité» (concept n° 3). Les termes sont synonymes à ceci près qu'il y a une légère différence de perspective : le premier terme envisage le rapport de conformité entre la norme et le but à partir de la position de la norme évaluée (il regarde, au sein de la hiérarchie des normes, d'en bas vers le haut : telle norme est-elle de nature à atteindre tel but ?) ; à l'inverse, le concept n° 3 de l'effectivité adopte la perspective du but, celle de la norme de référence, et regarde par conséquent du haut vers le bas (le principe/but est-il atteint, «effectif», dans le droit inférieur).

Envisageons enfin l'hypothèse visée par le concept n° 4. Si une loi ou même un système dans son intégralité est «inefficace», par rapport à tel but de droit naturel, etc., la critique est, à certains égards, métajuridique (nous sommes dans le registre de la morale, de la légitimité), mais elle pourrait aussi atteindre la validité, qu'il s'agisse de la validité du système (le système est renversé par une révolution) ou de la validité de telle norme particulière (tel acteur du système – législateur, juge – abroge, censure, invalide telle

(68) Tantôt le principe d'efficacité est justiciable, mais alors son champ d'application est circonscrit (voir infra le contrôle de proportionnalité). Tantôt son champ d'application est général, mais alors le contrôle est confié à un organe politique (ex. art. 170 de la Constitution suisse de 1999 : «L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation»).

(70) Sur la présence explicite du terme dans les textes constitutionnels, cf. par ex. les occurrences des mots «*eficacia/eficiencia*» dans la Constitution de Colombie de 1991 : art. 48, art. 49 al. 2, art. 209 al. 1 (l'administration doit agir selon «les principes d'égalité, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité, d'impartialité et de publicité») ; art. 267 al. 3, art. 268, art. 336 al. 7 ; art. 360 al. 2 ; art. 366 al. 6 ; art. 363 al. 1 ; art. 370 ; article transitoire 48.

(68) Pour une illustration, cf. par ex. F. OSM, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, p. 326.

norme de droit positif pour incompatibilité avec le droit naturel ou tel autre critère philosophique; la norme n'appartient plus au système de droit positif. Ici aussi il convient d'insérer une remarque d'ordre terminologique : parlera-t-on souvent, dans ce contexte, de «efficacité»? Les jurnaturalistes diront plutôt que telle loi est « injuste », « immorale » ou « illégitime ». En revanche, les représentants de l'analyse économique du droit diront que le système ou telle loi précise sont « inefficaces » (71). Ceci montre que le terme « efficacité » s'identifie, du point de vue de sa structure conceptuelle, le plus souvent au concept n° 4 de « l'efficacité ». Il en est une illustration parmi d'autres. En effet, l'analyse économique du droit évalue, sous l'angle de la seule rentabilité économique, le droit, tel droit, peu importe que l'auteur de cette loi s'en soit revendiqué ou non. Selon Richard Posner, le critère nouveau de « l'efficacité » est censé se substituer au critère traditionnel de « justice ».

4. L'articulation entre « efficacité » (concept n° 2) et « efficacité » (concept n° 1)

Quels sont les rapports entre « efficacité » et « efficacité », une fois qu'on a accordé au premier terme un sens distinct? La question est envisagée d'habitude en référence au seul concept n° 2 de « efficacité », qui, il est vrai, est le plus fréquent. Si l'on retient ce dernier concept de « efficacité » et le concept n° 1 de « efficacité », les rapports se présentent comme suit. Dans beaucoup d'hypothèses, pour qu'une loi soit efficace (efficace par rapport au but visé par l'auteur de la loi), il suffit qu'elle soit effective. La condition est que la solution choisie par le législateur (le moyen) soit de nature à entraîner causalement l'état social souhaité (l'objectif). Si la ceinture de sécurité est de nature à entraîner causalement une baisse du nombre d'accidents mortels, un quotient élevé d'efficacité de la loi imposant le port de la ceinture permettra *ipso facto* de rendre la loi efficace.

Or, le lien ainsi établi entre efficacité et efficacité n'est ni suffisant ni nécessaire. Il n'est pas *suffisant* : une loi peut être parfaite-

(71) L. KORNHAUSER, « Analyse économique du droit », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, pp. 216 et s.; E. MACKAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008; B. DEFRAINS, E. LANGLAIS, *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009; R. LANSSEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ, 2011; K. L. KUNZ, M. MONA, *op. cit.*, pp. 230-240.

ment effective (tous les individus lui obéissent, se l'approprient) et, pourtant, le but visé par la loi n'est pas atteint. Le moyen choisi par la loi ne permet pas d'atteindre le but visé (cf. l'exemple de la loi électorale qui ne réussit pas à endiguer l'instabilité de l'exécutif) ou la loi produit des effets pervers, contre-productifs. Il n'y a pas non plus, d'un point de vue *empirique*, un lien *nécessaire* entre les deux concepts (72) : une loi peut être efficace (eu égard à un certain but visé par le législateur), tout en étant inefficace. Il se peut, en effet, que le principal but visé par les auteurs de la loi soit d'établir une loi d'affichage, une « loi-alibi » ou loi symbolique qu'ils ne souhaitent pas voir appliquée. La loi est inefficace, mais efficace au regard de l'objectif (caché) des politiques, phénomène qui est perceptible de façon topique dans les dictatures (dont quasiment toutes se réclament de nos jours des droits de l'homme, sans pourtant vouloir y adhérer (73)), mais aussi, à un moindre degré, en démocratie (74).

C. – De la place des trois concepts n° 2, 3 et 4 de « l'efficacité » en science juridique

La science juridique se sert-elle/doit-elle se servir des concepts spécifiques de « l'efficacité »?

Que les *praticiens* s'interrogent sur cette question va de soi : il s'agit là d'une question essentielle pour la vie et le bien-être de la société. La légitimité du droit et du pouvoir politique s'évalue non seulement à l'aune des valeurs ou principes dont ils se revendiquent, mais aussi (et peut-être surtout) à l'aune de ses performances réelles. Dans le cadre d'une démocratie, les citoyens sont même en

(72) Contra R. BERTINI, *op. cit.*, p. 220, qui estime que « l'efficacité du droit est la condition nécessaire, mais non suffisante de son efficacité ».

(73) Ce phénomène de duplicité, d'hypocrisie ou de dédoublement est bien connu pour ce qui est des dictatures. Voir par ex., pour le régime nazi, le célèbre livre d'Ernst FRAENKEL, *The Dual State* (1941), en trad. allemand *Der Doppelstaat* (1974).

(74) L'écart entre efficacité et efficacité est discuté notamment au sujet de certaines lois pénales, de certains droits fondamentaux, etc. La loi sert à se donner bonne conscience, ou à infliger mauvaise conscience; elle sert à satisfaire sur le plan symbolique et dissimuler les désirs d'une partie de la population, sans que l'on envisage pour autant son application. Voir J. CARONIER, *op. cit.*, p. 16 (« La phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoiqu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité. Du moins, pas une vérité générale. »); Ch. MINCE, *op. cit.*, pp. 138, 139; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jurons pour une théorie critique du droit*, pp. 334 et s. (« Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? »); M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Publications de St Louis, Bruxelles, 2005. Faut-il s'en plaindre d'un point de vue éthique? Dans un État de droit, la norme n'est-elle pas censée être faite pour s'appliquer? Pour une discussion de l'éventuelle justification de l'application, cf. les écrits cités de M. van de Kerchove.

droit d'attendre de la part de leurs élus qu'ils scrutent l'efficacité (sens n° 2, voire sens n° 4) des lois adoptées, afin qu'il puisse y avoir un débat rationnel sur l'état de réalisation des promesses faites par les politiques (d'où le leitmotiv, de plus en plus récurrent de nos jours, de l'évaluation des politiques publiques). À l'heure actuelle, la perspective morale du conséquentialisme, qui entend évaluer la validité éthique d'un choix à la lumière de ses effets, prend de plus en plus d'ampleur (75). Dans le cadre de la globalisation et de l'europanisation, les pays sont en situation de concurrence pour attirer des investissements étrangers, ce qui fait que les acteurs sont de plus en plus tentés d'ausculter leur droit sous l'angle économique (comme le prône, du côté de la science, le courant *Law & Economics*). Au titre de la démarche conséquentialiste, on peut citer aussi le poids croissant, dans l'opinion publique, des préoccupations écologiques. Ainsi, dans le cadre de la nouvelle « société à risque » décrite par Ulrich Beck (76), le pouvoir politique se doit de faire preuve d'une plus grande prudence et précaution : en égard aux effets nocifs, potentiellement irréversibles pour la terre et l'humanité, de certaines « avancées » technologiques et économiques, les pouvoirs publics se doivent d'agir avec précaution, avant de les autoriser. Il s'agit, avant même de lancer tel produit (OGM, produits chimiques, etc.), d'en vérifier l'impact et de minimiser les risques potentiels. De cette démarche prudentielle et conséquentialiste procèdent, dans la pratique juridique, l'instrument de la législation expérimentale et l'institution des études d'impact et d'évaluation.

Quid, à présent, de la/des science(s) juridique(s) ? Doit-elle/doivent-elles s'approprier l'outil de la finalité, du but du droit ? Souvent, les juristes scientifiques répugnent à se saisir du concept (n° 2 ou 4) de l'efficacité (77). La cause en est le cadre épistémologique

(75) Cf. Ph. PERRI, « Consequentialismes » in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 1, Paris, Puf coll. Quadrige, 2004, pp. 388 et s.; W. SINNOTT-ARMSTRONG, « Consequentialism » et B. HOOKER, « Rule Consequentialism » in E. N. ZALTA (dir.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/>. Le conséquentialisme se distingue du « déontologisme » qui évalue la moralité d'une action en référence à des principes, sans égard pour ses effets. Voir A. BERTEN, « Déontologisme », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 1, pp. 477 et s.; L. ALEXANDER, M. MOORE, « Deontological Ethical », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

(76) Voir K. L. KUENZ, M. MONA, *op. cit.*, pp. 221-230.

(77) Cf. par ex. le constat d'A. LE DIVERLECO, « Des effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs* n° 134, 2010, p. 123.

(ou carcan !) tracé par les divers positivismes juridiques. Dans l'Allemagne de la fin du XIX^e siècle, alors qu'Ihering metait en exergue la catégorie du « but » (le « *Zweck* ») pour l'analyse scientifique du droit, Laband estimait que tout le débat sur les fonctions (de l'État) était extra-juridique. Dès lors, dans une science juridique positiviste, un concept spécifique d'efficacité n'y trouve point sa place (ni en théorie du droit, ni *a fortiori* en dogmatique juridique). Cela explique pourquoi Eisenmann, dans sa traduction de Kelsen, se sert du terme « efficacité » comme un simple synonyme de « effectivité » : il n'en voit point l'intérêt spécifique, propre. La science se doit de décrire le droit positif tel qu'il est ; elle n'a pas à l'évaluer à l'aune d'un but externe, d'ordre politique.

À l'inverse, d'autres théories, qui accordent à la science un rôle pratique, insistent sur les fonctions du droit (en général) : réaliser l'idéal du juste (jusnaturalisme), maximiser le bonheur du plus grand nombre (utilitarisme), réguler la société / une société donnée à la lumière de certains idéaux situés (les écoles sociologiques), accroître la prospérité économique (analyse économique du droit (78)), etc. Mais, comme déjà indiqué, les jusnaturalistes seront moins aiguillés vers une analyse en termes d'efficacité au sens n° 2 puisque leur approche évaluative ne s'appuie pas sur le but concret visé par tel législateur, mais sur un but transcendant. Il en va autrement pour les divers courants sociologiques. Ainsi, selon Roscoe Pound, fondateur de l'école américaine du « *Sociological Jurisprudence* », il revient à la science juridique d'identifier les effets sociaux réels des institutions juridiques et de réfléchir aux moyens de rendre le droit à la fois plus effectif et efficace (79).

D. – Les trois types de « qualités » du droit (formelles, organiques et substantielles)

De l'idée de fonctionnalité découle l'idée des nécessaires « qualités du droit ». Afin que tel but (immanent ou transcendant) puisse être atteint, le droit dans son ensemble ou telle norme en particulier doit-vent présenter certaines *propriétés* ou *caractéristiques essentielles*. Ces

(78) Sur l'introduction du critère de l'efficacité par ex. dans la science du droit comparé, cf. H. MUIR WATY, « Comparer l'efficacité des droits », in P. LEBRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Puf 2009, pp. 433 et s.

(79) R. POUND, « Scape and Purpose of Sociological Jurisprudence », *Harvard Law Review*, vol. 26, 1912, pp. 613 et s.

qualités peuvent être, schématiquement, de trois ordres : elles peuvent viser soit la forme ou l'*instrumentum* du droit, soit la procédure d'élaboration du droit, soit le contenu matériel du droit. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, l'analyse économique, en tant que théorie normative, déploie des arguments sur ces trois registres. Le critère de la rentabilité économique appelle ainsi, suivant ces auteurs, un système juridique qui présente : 1° certaines qualités formelles (le marché, pour bien fonctionner, a besoin de sécurité juridique (80) : d'où des exigences en termes de publicité, clarté, précision, stabilité, cohérence, non-rétroactivité, prévisibilité, intelligibilité des normes, etc., critères que l'on trouve également dans les travaux des humanistes et des Lumières sur la Loi, chez un auteur comme Lon Fuller (81), dans diverses théories sur l'État de droit/le règne du droit (82) et dans les nombreux discours actuels sur la législation) ; 2° certaines qualités organiques (le fameux rapport *Doing Business* de 2004 de la Banque mondiale et, déjà dès 1973, Richard Posner soutenaient la thèse qu'en égard au taux de croissance des pays de la famille de *common law*, un droit prétorien était préférable à un droit législatif (83)) ; 3° certaines qualités matérielles (les règles de conduite dans les diverses branches du droit doivent favoriser le bon développement du marché, etc.).

*

Pour conclure ces développements parfois ardu et enchevêtrés sur les différents sens des mots, je voudrais terminer par une vue d'ensemble, c'est-à-dire un tableau récapitulatif :

Terme clé	Définition	Synonymes
Efficacité/ Inefficacité	Concept n° 1 : Le degré de réalisation du droit/ d'une norme juridique dans la réalité sociale (analyse <i>ex post</i>)	« Efficacité » (concept n° 1) « Puissance/impuissance » « Positivité » « Usages/pratiques du droit » « Implémentation »
	Concept n° 2 : Les chances de réalisation du droit/d'une norme juridique dans la réalité sociale (analyse <i>ex ante</i>)	« Chances/pronostics/probabilité d'efficacité »
	Concept n° 3 : Le degré de conformité des normes inférieures du droit positif à un principe supérieur de droit positif	« Mise en œuvre », « Garanties » « Concrétisation », « Conformité/mise en conformité » « Efficacité » (concept n° 3)
	Concept n° 4 : L'impact dynamique ou force de résonance d'une norme de droit positif sur d'autres normes du droit positif (analyse <i>ex post</i>).	« Influence », « Impact », « Rayonnement »
	Concept n° 1 : Le degré de réalisation du droit/ d'une norme juridique dans la réalité sociale (analyse <i>ex post</i>)	« Efficacité » (concept n° 1)
Inefficacité	Concept n° 2 : Le degré d'adéquation d'une norme de droit positif au(x) but(s) fixés par l'auteur de la norme (but immanent, autonome)	
	Concept n° 3 : Le degré d'adéquation d'une norme de droit positif par rapport au(x) but(s) fixés par une norme supérieure du droit positif (but externe, hétéronome)	
	Concept n° 4 : Le degré d'adéquation d'une norme de droit positif ou du droit positif dans son ensemble par rapport au(x) but(s) fixés par une référence méta-positive (droit naturel, morale, principe d'utilité, etc.) (but externe, hétéronome)	« Justice », « Légimité », « Moralité » Exemple : « efficacité »

(80) B. DERRAINS, E. Langlais, *op. cit.*, p. 377.

(81) LON FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

(82) L. HEUSCHLING, *État de droit...*, p. 266.

(83) B. DERRAINS, E. LANGLAIS, *op. cit.*, pp. 376 et s., 380 et s.