



HAL
open science

Efficacité et énoncé de la norme

Véronique Champeil-Desplats, Éric Millard

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats, Éric Millard. Efficacité et énoncé de la norme. P. Hammje, L. Janicot et S. Nadal. L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités, Lextenso, pp.63-73, 2013. halshs-00937406

HAL Id: halshs-00937406

<https://shs.hal.science/halshs-00937406>

Submitted on 28 Jan 2014

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.

Efficacité et énoncé de la norme

Par Véronique Champeil-Desplats,

Professeure à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense

Directrice de Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux

et Eric Millard

Professeur à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense

Membre du Centre de Théorie et d'analyse du droit, UMR 70/74

Dans quelles conditions l'énoncé de la norme peut-il contribuer à sa propre efficacité ? Comment les auteurs pensent-ils l'efficacité des normes qu'ils produisent à partir de leur modalité d'énonciation ?

Au préalable, il convient de s'entendre sur la définition de l'efficacité, ce qui n'est pas la plus simple des épreuves. En effet, premièrement, les définitions de l'efficacité peuvent varier d'un auteur à l'autre en fonction du cadre théorique dans lequel chacun s'engage et, surtout, être plus ou moins stables et précises chez un même auteur. Deuxièmement, les relations de la notion d'efficacité avec celle d'effectivité sont loin d'être nettes, les deux notions étant parfois utilisées de façon indifférenciée. Troisièmement, s'ajoutent à ces deux difficultés l'interférence d'autres notions proches, produits plus ou moins heureux de la traduction de langues étrangères, tels que « concrétisation », « effectuation », « efficience ». Les questions de traduction sont ainsi au cœur de nombreuses difficultés. Tandis, par exemple, que la langue anglaise offre au moins trois termes « efficiency », « effectiveness », ou « efficacy », les langues espagnole et italienne ont longtemps eu tendance à n'utiliser qu'un seul et même terme : « eficacia »... On sait tout particulièrement que la traduction par les termes d'« efficacité » ou d'« effectivité » de certains passages de la *Théorie pure du droit* de H. Kelsen a fait l'objet de discussions particulières¹.

A ce titre, certains théoriciens du droit classiques qui sont d'habitude d'une grande ressource pour la clarification des concepts utilisés dans le langage et le méta-langage du droit, se montrent flottants à l'abord de la définition de la notion d'efficacité. C'est tout d'abord, comme on l'a évoqué, traduction en français n'aidant pas, le cas de H. Kelsen. Après avoir eu recours à la notion d'efficacité sans définition précise et en entretenant le flou notamment avec celle d'effectivité, la version de *Théorie pure du droit*, traduite par Ch.

¹ Voir sur ce point E. Millard, « Deux lectures critiques d'Alf Ross », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Dossier Théories réalistes de l'interprétation, n° 4, 2000, pp. 9-14

Eisenmann en 1962, finit par en livrer quelques traits distinctifs très généraux² pour caractériser une « constitution efficace ».

La notion d'efficacité est alors mise en opposition avec celle de validité : tandis que cette dernière est de l'ordre du devoir être, l'efficacité est de l'ordre de l'être. Et, « dire qu'une constitution est efficace, c'est dire que les normes posées conformément à cette constitution sont appliquées et obéies en gros et de façon générale »³. Les éléments de définition de l'efficacité sont donc assez généraux et flous : être efficace pour une constitution ou un ordre juridique dans son ensemble, c'est « être appliqué et obéi en gros et de façon générale ». Or, qu'est-ce être appliqué ? Dans la pensée de H. Kelsen, il semble que cette opération se rapporte au passage d'une norme générale à une norme individuelle ou spéciale par un organe de l'ordre juridique. Qu'est-ce qu'être obéi ? H. Kelsen ne le dit pas dans ces passages mais on peut concevoir que l'idée renvoie à la question de la réception de la norme par ses destinataires. Enfin, que signifie « en gros et de façon générale » ? Très vraisemblablement, l'idée que pour que la constitution (ou l'ordre juridique) soit considérée comme efficace, il n'est pas nécessaire que tous ses énoncés normatifs soient appliqués et obéis. Il suffit qu'ils le soient globalement. Mais H. Kelsen laisse entier la détermination du degré nécessaire d'obéissance pour que la constitution (ou l'ordre juridique) soit considéré comme efficace. De même, demeure ici une imprécision sur la détermination de ce dont on dit qu'il est efficace : énoncé normatif, norme, système normatif, politique publique?

Des incertitudes semblables apparaissent chez N. Bobbio dans sa *Teoria generale del diritto*. N. Bobbio distingue lui aussi, et ce n'est pas surprenant compte tenu de sa filiation kelsenienne, le concept de validité qui renvoie à l'existence de la norme et celui d'efficacité (*efficacia*) qui pose « le problème de savoir si la norme est ou non suivie par les personnes à qui elle est destinée »⁴. Il ajoute que ce problème est celui qui intéresse les courants réalistes. Cette présentation n'est rétrospectivement pas très précise. En effet, N. Bobbio n'offre pas de distinction nette entre deux formes de « suivi » de la norme qu'opèrera le vocabulaire des sciences du droit contemporaines à partir des années 1970, notamment sous l'influence du renouveau de la sociologie du droit, à savoir, celle qui est désignée par le terme « efficacité » et celle qui l'est par celui d'« effectivité ».

A cet égard, lorsque les théoriciens actuels du droit, et notamment ceux proches du courant réaliste, abordent la question, ils s'efforcent de distinguer soigneusement l'effectivité de l'efficacité : l'« effectivité n'est pas l'efficacité » (...); « il est banal de dire qu'un texte peut-être apparemment appliqué sans qu'il produise des effets qui apparaissent comme recherchés »⁵. Ainsi, tandis que le concept d'effectivité du texte renvoie à la mise en action de

² La question est abordée dans le Titre V. *Sur la dynamique du droit*, dans deux paragraphes respectivement intitulés « légitimité et effectivité » et « validité et efficacité », H. Kelsen, *La Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, traduction Ch. Eisenmann, pp. 278-289. H. Kelsen explique clairement que le rapport entre validité et efficacité est « extrêmement important pour une théorie du droit positif » et que « la définition correcte de ce rapport (...) est un des problèmes essentiels d'une théorie positiviste du droit, mais aussi l'une des plus difficiles. Il ne représente qu'un cas particulier de la relation entre le *Sollen* (devoir être) de la norme juridique et le *Sein* (être) de la réalité naturelle ». La validité se rapporte ainsi à l'ordre du *Sollen* et l'efficacité à celui de *Sein*. H. Kelsen affirme ensuite que l'efficacité de l'ordre juridique et même de la norme juridique est une condition de sa validité, *op. cit.*, p. 286.

³ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 286.

⁴ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 1993, p. 23.

⁵ E. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, collection Connaissance du droit, 2006, p. 53 ; voir aussi p. 18.

l'énoncé normatif par les autorités d'application (et au-delà au critère d'identification d'une norme comme existant), l'efficacité désigne la relation entre l'intention ou l'objectif supposé recherché par les auteurs de l'énoncé initial et le résultat obtenu : quelque chose à voir du côté des effets sociaux du droit.

Si on peut donc s'accorder sur le fait que les notions d'efficacité et d'effectivité renvoient à la question du passage du *sollen* au *sein*, du devoir être à l'être, autant qu'on veuille les distinguer, il faut convenir que chacune d'elle renvoie à deux modalités d'évaluation différentes de ce passage. On fixera conventionnellement cette distinction en reprenant celle utilisée par la théorie réaliste actuelle, mais qui avait été aussi celle de nombreux théoriciens ou sociologues du droit dès les années 1970⁶. L'effectivité désigne alors « la manière dont les autorités qui reçoivent le texte l'appliquent » et « l'interprètent ». L'efficacité renvoie à la production des « effets qui apparaissent comme recherchés »⁷ ou poursuivis par les auteurs de l'énoncé, voire de la norme. On observera que ces usages devenus classiques du concept d'efficacité en théorie ou sociologie du droit sont loin des standards des analyses économiques qui tendraient à mesurer l'efficacité d'une norme à sa capacité à satisfaire ou maximiser les préférences individuelles⁸. Ceci illustre à notre sens qu'il existe, selon les disciplines universitaires, une pluralité des modes de pensée et de conceptualisation de ce qui peut être réputé efficace, et qu'il y a donc une place – et ce finalement depuis longtemps⁹ – pour des conceptions ou préoccupations propres aux juristes (quelles que soient d'ailleurs leur orientation épistémologique) de l'efficacité, qui ne se réduisent pas à celles proposées par les analyses économiques du droit.

Cela étant dit, dans quelle mesure l'énoncé ou la formulation de la norme est-il au nombre de ses conditions d'efficacité, entendue comme la réalisation des effets recherchés par leur auteur ? A quelles conditions théoriques l'énoncé de la norme peut-il être pensé comme participant ou contribuant à son efficacité ? Comment les juristes, qu'ils soient rédacteurs ou observateurs du langage juridique pensent l'efficacité des normes juridiques à partir de leurs modalités d'énonciation ? On essaiera d'évoquer ces questions en deux temps. Après avoir montré l'existence d'une pluralité de modalités envisagées pour assurer l'efficacité des normes à partir de leur énoncé (I), on examinera de façon critique les conditions théoriques de possibilité de telles pensées de l'efficacité (II).

I. La pluralité de pensée des modalités d'efficacité de la norme à partir de son énoncé

Les interrogations sur les effets qu'est susceptible de produire l'énoncé même de la norme juridique ne sont pas nouvelles. A certains égards, on pourrait dire qu'elles sont aussi

⁶ Voir par exemple, J. F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, pp. 90 et s.

⁷ E. Millard, *op. cit.*, p. 53.

⁸ E. Picavet, *La Revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Classiques Garnier, Paris, Bibliothèque de la pensée juridique, 2011, p. 79.

⁹ Entre maints exemples, au début du XX^{ème} siècle, le Conseil d'Etat a pu se référer pour apprécier la légalité de restrictions apportées à la liberté individuelle des « filles publiques » et à la liberté du commerce des débitants de boissons qui les accueillaient tant « à raison tant de la situation militaire » que « du maintien de l'ordre, de l'hygiène et de la salubrité et aussi de la nécessité de prévenir le danger que présentaient pour la défense nationale la fréquentation d'un personnel suspect et les divulgations qui pouvaient en résulter », à « l'efficacité » des mesures pour lutter contre la divulgation des informations, Conseil d'Etat, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent, rec.* 208.

vieilles que le droit lui-même. On peut évoquer tout d'abord la recherche de l'efficacité, en amont, par les modalités de production ou d'élaboration de l'énoncé (procédures de négociation, de consultation, d'enquête préalable, d'étude d'impact préalable, de participation). L'idée est que plus les destinataires de la norme sont réputés avoir participé à la rédaction en amont de l'énoncé, plus celui-ci a des chances de produire les effets escomptés, la norme étant alors supposée mieux connue et intégrée par ses destinataires¹⁰. Mais l'on s'arrêtera ici sur deux autres types de pensée d'efficacité de l'énoncé normatif qui se déclinent à partir de l'énoncé lui-même, soit considéré isolément (A), soit considéré systémiquement (B).

A. L'efficacité à partir de la formulation du seul énoncé normatif

Ce type de pensée de l'efficacité regroupe des théories partant de présupposés différents. La plus forte d'entre elle reste la *théorie des actes performatifs*. Selon celle-ci, l'affirmation de certains énoncés, dans des conditions contextuelles particulières que l'on peut rencontrer dans le langage juridique (par exemple : déclaration de mariage, ouverture d'une session législative, voire actes recognitifs ou déclaratifs¹¹), est susceptible de produire instantanément des effets dans le monde réel. En comptant sur un double effet illocutoire (c'est-à-dire en fonction du contexte, comme par exemple la déclaration du mariage par une autorité habilitée : un maire), et perlocutoire (qui se rapporte à l'effet psychologique de l'énoncé sur son destinataire), dire, devient faire¹². En l'occurrence, il n'y a pas de distance, ni d'écart problématique entre l'énoncé et l'effet produit, mais une efficacité dans l'immédiateté.

L'efficacité de l'énoncé normatif est également fréquemment et classiquement pensée à partir de ses supposées *qualité rédactionnelle*, notamment celle de la clarté et de la précision. L'idée est ancienne. On la trouve en effet à certains égards exprimé à l'article 10 de l'ordonnance de Villers-Cotteret d'août 1539 qui affirmait déjà : « afin qu'il n'y ait cause de douter sur l'intelligence » des « arrest », « qu'ils soient faits et écrits si clairement, qu'il n'y ait ni puisse avoir aucune ambiguïté ou incertitude, ni lieu à demander interprétation ». On le sait, clarté et précision ont été plus tard placées au cœur des exigences des rédacteurs du Code civil, puis, plus proche de nous, de la légistique formelle qui intègre la clarté, la concision, la brièveté et la cohérence des énoncés au nombre des conditions de leur efficacité¹³.

¹⁰ Voir sur ce point, dans ce volume, les communications de S. Nadal et de M.-L. Basilien-Guinche.

¹¹ S'agissant des actes recognitifs ou déclaratifs en droit, il semble que le rapport des faits à la norme est inversé s'agissant de la question de l'efficacité. Ce n'est pas l'énoncé qui produit des effets ou des faits mais ces faits préalables qui conditionnent l'énoncé de l'acte recognitif ou déclaratif. Il reste que l'énoncé de ce type d'actes est pourvu d'une efficacité propre puisqu'il peut être la condition nécessaire, et parfois suffisante, de la production d'autres conséquences juridiques. Voir sur ce point l'étude de S. Théron, « L'effet 'déclaratif' d'un acte ou d'un jugement », *AJDA* 2011, n° 37, p. 2101 : « Assurément, en étant révélé, extériorisé par l'administration, un état de fait est officialisé et permet alors au destinataire de l'acte de pouvoir bénéficier de l'ensemble des conséquences juridiques reconnues par le droit à celui-ci ».

¹² Voir J.-L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970 ; voir aussi O. Cayla, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse Paris II, 1992.

¹³ Voir V. Trovatiello, « Simplification du droit, légistique et cyberlégistique », in J.-M. Pontier (dir.), Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 240 ; V. Marinese, « Légistique et effectivité », in V. Champeil-Desplats, D. Lochak, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris 10, 2008, pp. 89 et s. ; E. Millard, « Les limites des guides de légistique : l'exemple du droit français » in A. Flückiger (dir.) *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer*, Schulthess, Genève, 2008, pp. 117 et s.

L'efficacité de l'énoncé normatif a également pu être envisagée à partir de sa *structure modale*. Classiquement, l'efficacité de l'énoncé a souvent été liée à sa structure impérative. L'énoncé serait ainsi d'autant plus efficace qu'il se rapproche des formes déontiques basiques que sont l'interdiction, la permission et l'obligation. Toutefois, que ce soit en droit international à partir du développement de la *soft law* ou, plus généralement, en théorie du droit, à partir d'une analyse de la diversification des formes du langage juridique, beaucoup d'auteurs ont montré que les énoncés juridiques contemporains présentent aussi une forme déontique plus souple que N. Bobbio a pu appeler promotionnelle¹⁴. Les obligations ou prohibitions cèdent ainsi parfois le pas à l'incitation, l'encouragement, la programmation, ce que manifeste par exemple l'emploi de verbes-types tels que « soutenir », « promouvoir », « favoriser » ou le recours à des sanctions positives, à avoir des récompenses, des incitations ou des avantages plutôt que des peines. Si certains estiment que ce mode de rédaction n'est porteur que de visées programmatiques, et non de véritables normes, d'autres font au contraire valoir que, dans certains contextes, la souplesse du droit promotionnel peut s'avérer plus appropriée pour obtenir le résultat recherché que la forme impérative qui peut provoquer des réactions de violation délibérée, de fraude ou d'habileté¹⁵, c'est-à-dire de contournement légal de la règle.

B. L'efficacité systémique

L'efficacité de l'énoncé normatif est ici pensée en liaison avec d'autres énoncés juridiques. L'énoncé normatif serait ainsi impuissant à assurer seul la production des effets recherchés par son auteur. L'efficacité de l'énoncé peut alors provenir de son renvoi à d'autres énoncés (1), de sa situation dans la structure globale d'un texte juridique (2), ou encore de sa situation dans la structure globale du système juridique (3).

1. L'efficacité de l'énoncé par ricochet ou par renvoi

L'efficacité d'un énoncé principal proviendrait ici de son renvoi à d'autres énoncés qui en assurent la concrétisation ou la mise en œuvre. Celles-ci peuvent à leur tour résulter de la mise en rapport avec plusieurs types d'énoncés. L'efficacité d'un énoncé normatif initial peut ainsi tout d'abord être subordonnée à la *médiation d'un acte dit d'application*. L'efficacité résulterait du passage d'un énoncé abstrait à un énoncé concret, ou d'un énoncé général à un énoncé singulier, sans s'interroger d'ailleurs (ou en s'interrogeant moins) sur les conditions d'efficacité de ce nouvel énoncé. Les exemples sont très nombreux. On peut évoquer de façon idéal-typique la pensée de l'efficacité des déclarations de droits et libertés. Celles-ci ne pourraient parvenir à produire les effets recherchés que par l'intervention d'une constitution, d'une loi¹⁶, d'une réglementation ou d'une décision de justice.

¹⁴ Voir notamment N. Bobbio, « La fonction promotionnelle du droit », in *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 65 et s.

¹⁵ S. Nadal, « L'habileté en droit privé », *Revue de la Recherche Juridique-Droit prospectif*, 2001, n°4, p. 1245.

¹⁶ Voir par exemple, G. Jellinek, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, A. Fontemoing, 1902, p. 6. « On peut différer d'avis sur la valeur et la portée pratique de l'énonciation de principes abstraits ayant trait à la situation juridique de l'individu dans l'Etat. Ces principes sont, en quelque sorte lettre morte quand ils ne sont pas mis en œuvre dans des lois détaillées ». Voir également les débats constitutifs de 1946 : « c'est seulement quand les lois d'application seront intervenues que nous pourrions nous réjouir », P. Courant, *J.O.*, 7 mars 1946, p. 620 ; ou encore, « il faut faire passer les principes dans la réalité. A quoi serviraient-ils, s'ils ne devaient figurer que sur le papier. Ils doivent faire l'objet de lois (...) », G. Roca, 27 août 1946, *J.O.*, pp. 3332-3333.

L'énoncé présumé assurer l'efficacité d'un autre peut également, classiquement, être celui d'une *sanction*. Cette sanction a souvent été conçue de façon « négative », c'est-à-dire répressive et à visée dissuasive (emprisonnement pour violation d'une interdiction par exemple). Le droit contemporain tend aussi à la penser de manière « positive » et à visée incitative (encouragement, aide)¹⁷.

Enfin, l'efficacité de l'énoncé initial peut aussi être associée au renvoi à des énoncés créant ou habilitant des *institutions* pour sa mise en œuvre (service administratif, service public, autorités administratives indépendantes¹⁸). Les énoncés normatifs qui créent ou habilitent les institutions sont supposés trouver une incarnation immédiate dans le monde réel, et ainsi permettre le passage de l'objectif de départ qu'exprimerait l'énoncé normatif à sa concrétisation dans le monde réel.

2. L'efficacité de l'énoncé par la structure globale du texte-source

La considération de la structure globale des textes juridiques comme facteur d'efficacité des énoncés qu'ils contiennent est au cœur des réflexions de la légistique formelle¹⁹. Celle-ci prête alors attention au découpage interne de l'ensemble du texte-source : style de rédaction du préambule, des motifs ou des dispositions finales, renvoi à des annexes ou encore de la répartition et calibrage des articles, titres et chapitres... Les travaux contemporains sur ces préoccupations abondent depuis la fin des années 1970. Toutefois, on en rencontre des expressions depuis bien avant. En 1946, par exemple, certains constituants eux-mêmes pouvaient faire savoir qu'ils redoutaient que la forme « préambule »²⁰ affaiblisse la portée des droits et libertés qu'ils proclamaient au regard d'une « déclaration » qui serait insérée dans le texte même de la Constitution.

3. L'efficacité de l'énoncé par structure globale du système juridique

L'efficacité de l'énoncé normatif peut être enfin pensée à partir de la structure globale du système juridique dans lequel il s'insère. L'efficacité peut être ainsi rapportée à une double dimension synchronique et diachronique du système juridique²¹.

¹⁷ Voir N. Bobbio, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ Voir par exemple, R. Capitant : « La liberté a besoin, pour être effective, que l'Etat organise ces grands services publics, ces grandes institutions sociales, qui ne sont point des entreprises privées, mais qui sont le moyen pour l'Etat de remplir des obligations nouvelles qu'il contracte envers l'individu et de distribuer à chacun les soins, l'éducation, les secours à défaut desquels il n'y a pas de sécurité sociale, et par conséquent, pas de liberté véritable », Séance du 8 mars 1946, *J.O.*, pp. 645-646.

¹⁹ Voir Ch. A. Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.

²⁰ Séances de la Commission de la Constitution. Assemblée Nationale Constituante élue le 2 juin 1946, Paris, Imprimerie de l'Assemblée Nationale Constituante, 1946, p. 279 ; voir aussi J. Bardoux, 28 août 1946, *J.O.*, pp. 3361-3362 : tandis qu'« une déclaration découpée en articles a la force d'un code juridique », « un préambule découpé en paragraphes a la faiblesse d'une préface académique ». Il poursuit « la déclaration faisait corps avec la Constitution elle-même, alors que le préambule lui reste extérieur et comme étranger. Intégré dans la Constitution, comme l'attestait le numérotage continu de 1 à 134, la Déclaration devenait, comme elle une loi positive garantie par des sanctions. Relégué en dehors, le préambule n'a plus force de loi : à ses prescriptions, purement verbales et platoniques nul n'est tenu de s'y conformer, ni le simple citoyen, ni les pouvoirs publics, ni la Constituante elle-même désormais libre de contredire dans la construction de l'édifice, les principes respectueusement salués sur le seuil ».

²¹ C. Huerta Ochoa, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, 2009, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 178-179.

Synchroniquement, l'efficacité est liée à la présence dans l'ordre juridique d'exceptions, d'énoncés contradictoires ou susceptibles d'entrer en conflits avec l'énoncé de départ. Autrement dit, l'efficacité d'un énoncé doit faire face à la présence d'une pluralité des visées normatives dans un ordre juridique donné.

Diachroniquement, l'efficacité de l'énoncé normatif se mesure à ses effets dans le temps, aussi bien présent, futur que passé. A ce titre, les conditions d'application de la norme dans le temps peuvent être primordiales que ce soit au regard de la rétroactivité de l'énoncé normatif, de la modulation de son application dans le futur, voire de la durée de son application. Si, à cet égard, certains peuvent déplorer la survivance de lois archaïques, impropres à produire des effets dans les sociétés contemporaines, c'est plutôt aujourd'hui, dans certains domaines tels que le droit pénal, le droit des étrangers ou le droit du travail, la succession de lois à très court intervalle qui, outre les réserves que l'on peut avoir au fond, semble être un facteur d'inefficacité des politiques publiques²².

II. Les conditions théoriques de possibilité d'une pensée de l'efficacité des normes à partir de leur énoncé : appréciations critiques

Il est peu contestable qu'il existe un discours – pluriel quant aux moyens envisagés - des juristes, qu'ils soient rédacteurs ou observateurs des énoncés normatifs, sur l'efficacité de ces derniers. Il convient alors maintenant d'examiner les conditions théoriques de possibilité de succès de ces moyens. Il semble que celles-ci doivent surmonter deux écueils (A), reposer sur quatre paris (B) et intégrer une insuffisance (C).

A. Deux écueils

L'appréhension de l'efficacité à partir de l'énoncé de l'acte normatif s'écartèle entre deux positions extrêmes qui, dans leur radicalité, passe outre la dimension problématique de l'efficacité.

La première consiste à se situer du point de vue de l'émetteur de l'énoncé. Elle aboutit à considérer l'efficacité de l'acte normatif comme irrémédiable. Autrement dit, du point de vue de son émetteur, l'énoncé normatif serait forcément voué à être efficace. Est-il en effet possible d'envisager que des énoncés juridiques s'engagent « dans le vide », pour ne rien produire ou pour ne pas transformer le réel dans un sens souhaité ? Comme l'affirmait à sa façon le juge Marshall à propos des textes constitutionnels pour justifier l'arrêt du 24 février 1803, *Marbury v. Madison* : « Il est certain que ceux qui élaborent des Constitutions écrites les conçoivent comme devant former le droit fondamental et suprême de la nation et que, par conséquent, le principe d'un tel gouvernement est qu'un acte contraire à la Constitution est nul »²³. Il est donc rare que les autorités normatives décident d'un énoncé en pensant qu'il n'a pas une chance d'être efficace ou qu'il produira un tout autre effet que celui recherché. A dire vrai, le cas de figure est possible mais il faut alors entrer dans l'étude de stratégies

²² M. H. Galmard, « la complexité du droit pénal contemporain ou le constat de la nécessité de simplifier la loi pénale », in J.-M. Pontier (dir.), *La simplification du droit*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 115.

²³ Cour suprême des Etats-Unis, 24 février 1803, *Marbury v. Madison*, traduit et commenté in E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 71. Voir sur ce point M. Troper, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel », in E. Zoller (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215.

d'énonciation particulière dont on présume – peut-être à tort - qu'elles ne sont pas la règle s'agissant de l'énoncé des normes juridiques.

La seconde position consiste à se placer du côté de la matérialité des énoncés. L'efficacité apparaît alors comme impensable ou improbable. Comment en effet de simples mots, le plus souvent inscrits sur des supports papiers ou, de plus en plus, électroniques, peuvent-ils produire des effets sur le réel ? Il est fréquent, tout particulièrement dans le domaine des droits de l'homme, que l'on évoque les « déclarations de droits de papier » pour signifier que la simple rédaction, - fût-elle sur du papier bible orné du sceau de la République -, n'implique rien d'autre qu'elle-même, d'autant plus que ces énoncés sont généraux et abstraits.

Remarquons toutefois que, même de ce point de vue sceptique, l'inefficacité ne se confond pas forcément avec inutilité. Les pensées juridiques ne se sont ainsi jamais réduites à une lecture utilitariste au terme de laquelle l'inefficacité présumée de certains énoncés seraient inutiles pour l'ensemble du système ou des raisonnements juridiques, ou bien, par exemple, parce que certains énoncés généraux peuvent servir de guide interprétatif, ou bien parce que leur énoncé cristallise à un moment donné un accord politique destiné à exprimer ce qui doit être considéré comme la norme. Par conséquent, comprendre, d'un point de vue théorique, l'efficacité d'un énoncé normatif commande que l'on soit capable de distinguer entre les diverses fonctions (et raisons) de cet énoncé : des fonctions normatives certes, mais aussi d'autres fonctions telles des fonctions directives (pratico-morales) ou communicationnelles. Certaines lois que tel juriste jugera inefficace (du point de vue normatif), notamment parce qu'inapplicable, ou parce que dépourvue des actes nécessaires à son application, remplissent une autre utilité (et donc ont une autre efficacité). Les lois dites « d'affichage », ou le « kaleïdoscope » législatif maintes fois souligné²⁴, notamment dans les domaines du droit social ou autour de la problématique sécuritaire, ne peuvent être pensés séparément d'une certaine manière « moderne » de faire de la politique. Selon celle-ci, le pouvoir énonce des textes en réponse immédiate à de supposés problèmes, et ce d'autant plus que l'énoncé précédent, lui-même adopté en réponse immédiate à un précédent problème, n'avait qu'une fonction communicationnelle²⁵.

B. Quatre paris

²⁴Voir E. Dockès, « Le stroboscope législatif », *Dr. soc.* 2005, pp. 35-38.

²⁵ Extrait du rapport annuel du Sénat sur l'application des lois au 31/12/2011 : « Au cours de la XIII^{ème} législature, à la date du 31 décembre 2011, 202 lois ont été promulguées (hors celles portant approbation de conventions et accords internationaux et hors lois constitutionnelles). Parmi celles-ci figurent 71 lois d'application directe et 131 lois prescrivant un suivi réglementaire. Sur ces 131 lois, 77 lois (59 %) ont été totalement mises en application, 49 lois (37 %) n'ont été que partiellement mises en application, tandis que 4 lois (3 %) n'étaient pas du tout mises en application et qu'une loi a vu son application différée. Au cours de la session ordinaire de l'année parlementaire 2010-2011 (1^{er} octobre 2010-30 juin 2011), 48 lois ont été adoptées définitivement (hors celles portant approbation de conventions et accords internationaux), soit 11 textes législatifs de moins qu'en 2009-2010 (59 lois). Sur ce total, on dénombre 15 lois d'application directe et 33 lois prescrivant un suivi réglementaire, moins dense que les deux années précédentes : 540 mesures réglementaires prévues, contre 670 en 2009-2010, 615 en 2008-2009, 395 en 2007-2008 et 548 en 2006-2007 (699 en 2003-2004). Au 31 décembre 2011 : - seulement 8 lois (24 %) avaient reçu l'intégralité de leurs textes d'application, peu nombreux il est vrai (de une à six mesures), 21 lois (64 %) étaient partiellement mises en application ; sur 4 lois (12 %) encore non mises en application, c'est-à-dire n'ayant reçu aucun des textes réglementaires sur la petite vingtaine qu'elles prévoient, une seule a été adoptée définitivement pendant la session extraordinaire de juillet 2011 ; - 346 mesures réglementaires sur les 540 prévues avaient été publiées, soit 64 %, taux beaucoup plus élevé que l'année précédente (20 %). » (<http://www.senat.fr/rap/r11-323/r11-3231.html>)

La recherche de l'efficacité à partir de l'énoncé normatif repose sur au moins quatre paris théoriques.

Le premier est qu'il est possible de déterminer l'objectif poursuivi par les énonciateurs de la norme. Le deuxième est que l'énoncé de la norme exprime cet objectif. Le troisième est que l'énoncé est un moyen – un médium - au moins nécessaire, sinon suffisant, pour que l'objectif poursuivi se réalise soit en vertu d'une « force des mots »²⁶, soit parce que – quatrième pari - des institutions, des dispositifs, des interprètes, des autorités d'application interpréteront, appliqueront ou feront référence à l'énoncé de telle sorte à lui faire produire les effets escomptés par ses auteurs.

Or, chaque pari présente son lot de difficultés et d'incertitudes.

Le premier pari suppose que l'on puisse connaître l'intention des rédacteurs du texte et que ses rédacteurs poursuivent un seul et même objectif. Or, bien souvent, la détermination de cette intention ainsi que du ou des objectifs qu'ils poursuivent s'avère délicate : en cas d'objectifs pluriels et contradictoires qui n'ont été surmontés que par la nécessité et les vertus d'un vote à la majorité, lequel privilégier ? Le deuxième pari présuppose la clarté de l'énoncé ainsi qu'une adéquation entre sa formulation et l'objectif supposé poursuivi par ses auteurs.

Or, ces deux présupposés ne sont pas des acquis. Il se peut notamment que les rédacteurs ne se soient pas clairement exprimés, ou qu'ils aient recherché des formules de compromis qui se détachent d'une formulation directe et conventionnellement partagée de l'objectif poursuivi. Les lois sur le droit au logement opposable²⁷, ou sur la dissimulation du visage dans l'espace public²⁸, sont de bons exemples de ces énoncés dont l'objectif normatif paraît en net décalage avec l'objectif des auteurs. La première en réalité ne garantit aucun droit au logement, mais met en place une procédure complexe de recours aux fins de condamnation de la personne publique, qui est effective sans que les objectifs affichés (droit au logement) ne soient efficacement atteints ; la seconde se doit d'occulter normativement son objectif réel (la prohibition du niqab dans l'espace public) et rend efficace un des objectifs non avoués (la prohibition des cagoules ou d'autres couvre-chefs notamment utilisés dans certaines formes de revendication).

Le troisième pari engage dans un fétichisme de l'écrit qui confère au médium textuel une capacité à déterminer la compréhension et le comportement des destinataires ou des autorités d'application de l'énoncé. Il faut aussi supposer la capacité de l'énoncé à produire les effets voulus, sans effets pervers ou secondaires.

Enfin, le quatrième pari compte ou bien sur la force perlocutoire de l'énoncé, c'est-à-dire un « pouvoir psychologique des mots »²⁹, ou bien sur une compréhension - un engagement cognitif adéquat - et un esprit de collaboration des institutions qui mettent en œuvre ou sanctionnent l'énoncé. De ce point de vue, tel énoncé peut être cependant efficace sans être institutionnellement effectif : d'une certaine manière, la motion de censure sous la Vème République n'est pas effective car on ne trouve plus depuis 1962 de majorité pour la voter et ainsi sanctionner juridiquement le texte constitutionnel. Pour autant, elle continue à être efficace en configurant les marges d'action des organes du pouvoir exécutif et du pouvoir

²⁶ A. Viala, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », in *Interpréter et traduire*, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 189.

²⁷ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

²⁸ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010.

²⁹ A. Viala, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », *op. cit.*, p. 200.

législatif. De la même manière, si l'on voulait mesurer l'efficacité et l'effectivité de nombreux énoncés du droit (dans les relations ordinaires comme les relations de travail, les relations locatives, etc...), il faudrait mesurer les effets sociaux qu'ils produisent qui, dans leur très grande majorité, échappent à la sanction institutionnelle du juge.

Ces paris ne sont pas forcément impossibles à tenir. Mais leur réalisation repose sur de nombreux facteurs dont la théorie du droit, les sciences administratives, la sociologie du droit ou les sciences cognitives contemporaines ont mis en évidence la complexité des conditions de réalisation.

C. Une insuffisance : l'interférence des facteurs extra-juridiques

Dans la mesure où l'efficacité renvoie à la problématique de l'effet dans le réel de l'énoncé normatif ou, en termes kelséniens, au passage du *devoir être* - tel qu'il est supposé avoir été pensé par les auteurs de l'énoncé -, à l'*être*, il est difficile de passer outre le contexte socio-économico-historique dans lequel l'énoncé est supposé produire des effets. On sait par exemple que l'importation de mécanismes sans précaution de systèmes juridiques étrangers s'avère souvent contre-productive.

Les sociologues, les économistes, les philosophes ont déployé de nombreux cadres d'analyse - et ce depuis longtemps -, pour rapporter l'effet des énoncés juridiques au regard de leur contexte d'application. On peut rappeler que la séparation des pouvoirs n'a pas été pensée par des juristes de métier mais par des philosophes, des hommes de lettres (Montesquieu), des prêtres (Mably, Sieyès), qui étaient préoccupés par le fait de trouver les meilleures institutions (les institutions les plus efficaces, pourraient-on dire) dans une société³⁰ donnée. C'est dans cette perspective, par exemple, que Montesquieu est attentif aux différentes « choses qui gouvernent les hommes » : « le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières »³¹...

Plus proches de nous, les recherches sur les conditions socio-économiques d'efficacité des normes juridiques peuvent prendre la direction de théories de la communication, de l'action, de la réception des normes ou encore des modes d'interactions sociales, qui conduisent à penser l'efficacité des énoncés de la norme juridique à l'aune de la « capacité »³² différenciée des personnes à s'en saisir, ou de la prise en compte des interactions institutionnelles, personnelles et sociales circonscrites à l'œuvre dans des contextes déterminés d'invocation ou de revendication³³.

Il y aurait donc une certaine forme de naïveté à croire que le juriste qui observe le droit pourrait se saisir de la question de l'efficacité des énoncés normatifs à partir d'un simple point de vue de technique juridique ; la distinction théorique entre effectivité d'une norme et efficacité d'un énoncé désigne sans doute une frontière difficilement dépassable : dire qu'il existe une norme parce qu'effectivement telles autorités confèrent à l'énoncé une signification ne dit rien sur ce que produisent socialement et l'énoncé, et la norme. Pour poursuivre au-delà, d'autres savoirs doivent interagir, avec leurs méthodes qui ne sont pas celles des juristes. Et il y aurait aussi une forme de naïveté pour celui qui énonce le droit à imaginer que cette énonciation aussi travaillée soit-elle suffirait pour assurer son efficacité. Celle-ci échappe en

³⁰ Rappelons que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui formule l'exigence de séparation des pouvoirs commence par les mots « Toute société dans laquelle... ».

³¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, La pléiade, 1951, vol. 2, Livre XIX, chapitre IV, p. 558..

³² A. Sen, *L'Economie est une science morale*, Paris, La Découverte, Essais, 2004

³³ E. Picavet, *La Revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Paris, Classiques Garnier, Bibliothèque de la pensée juridique, 2011, pp. 78-79.

grande partie à son auteur : celui-ci n'est jamais assuré que l'objectif qu'il recherche sera atteint (que l'énoncé sera efficace de son point de vue) ni même que les moyens qu'il mobilise pour cette atteinte seront adaptés (là encore : efficaces) ; et il ne peut jamais non plus réellement au moment de son énonciation prévoir, ou prévenir, les effets que celle-ci produira : déterminer précisément quelle sera la véritable efficacité du texte, quand bien même celle-ci ne serait-elle pas celle recherchée.

Face à l'inévitable interférence du contexte social, culturel, historique et économique dans lequel est produit l'énoncé juridique, la formulation de l'énoncé juridique s'impose sans doute comme une contribution nécessaire à son efficacité, mais assurément pas comme une condition suffisante.