

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit

Mincke, Christophe

*Published in:*  
R.I.E.J.

*Publication date:*  
1999

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mincke, C 1999, 'Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit: le pôle réaliste de la validité', *R.I.E.J.*, vol. 40, pp. 115-151.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**Effets, effectivité, efficence et efficacité du droit :  
le pôle réaliste de la validité**

Christophe MINCKE,  
assistant de recherche U.C.L.(1)

**Introduction.**

De nombreux auteurs, et non des moindres, ont traité de la question de la validité du droit. En cette matière, les approches sont souvent notablement divergentes. Les thèses dont nous nous sentons le plus proche ont tourné le dos à l'univocité des critères de validité du droit pour se pencher sur une conception dialectique de la matière(2).

Il s'agit de structurer l'étude de la validité autour de trois concepts dont la combinaison détermine le degré de validité d'une norme : la légalité, la légitimité et l'effectivité. Nous retrouvons ici, combinées et non plus opposées, les trois approches classiques de la validité : le positivisme, le iusnaturalisme et le réalisme. Chacune de ces conceptions est considérée non comme recelant la vérité et toute la

1. Le texte qui suit s'inscrit dans le "Programme de Recherches socio-économiques prospectives", mis en oeuvre à l'initiative de l'État belge - Services du Premier Ministre - Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, sous la direction de MM. C. Fijnaut et L. Dupont (K.U.L.), Mme. F. Tulkens (U.C.L.) et M. M. van de Kerchove (Facultés universitaires Saint-Louis). La responsabilité scientifique est assumée par son auteur.
2. F. OST et M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit.*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 264; F. OST, *La légitimité dans le discours juridique: cohérence, performance, consensus ou dissensus ?*, in *R.I.E.J.*, 1984, n° 12, p. 163 à 192; N. BOBBIO, *Sur le principe de légitimité*, in *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n°7, Paris, P.U.F., 1967, p. 47 à 60; A. AARNIO, *On the Validity, Efficacy, and Acceptability of Legal Norms*, in *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilma Tammelo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 427 à 437; L.M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, p. 67 et s.; M. J. FALCON y TELLA, *La validité du Droit*, in *R.I.E.J.*, 1996.36, p. 27 à 62.

vérité sur la validité, mais comme étant l'une des pierres d'un édifice complexe de la théorie du droit.

Cette tripartition de l'étude de la validité nous ramène à une division correspondante des interrogations auxquelles le phénomène juridique est confronté, chacune de ces interrogations fondant l'un des courants classiques de la théorie de la validité. En premier lieu, le droit est aux prises, en tant que système, à ses propres règles de fonctionnement. Nous trouvons ici la question de la légalité formelle, de la conformité aux normes déterminant les processus de création du droit. En deuxième lieu, le droit est interrogé par des métarègles de nature axiologique. Il ne peut suffire que le droit soit, encore faut-il qu'il soit acceptable au regard de certaines règles éthiques. Enfin, le droit n'étant pas un système créé pour la beauté du geste, il est nécessairement confronté à la réalité sociale, au monde dans lequel et sur lequel il doit agir. Ce dernier souci relève d'analyses de type sociologique. Nous nous trouvons donc face aux trois fondements classiques de la théorie du droit : le iusnaturalisme, le positivisme et le réalisme(3).

Comme l'ont montré MM. Ost et van de Kerchove(4), les trois pôles de la validité sont en constante interaction dans une réalité mouvante qui n'est faite que d'équilibres instables dans le temps et l'espace.

Cependant, il nous est apparu au cours de nos recherches qu'un pôle de cette "trinité" de la validité est trop peu développé et est le terrain de confusions terminologiques. Il s'agit de la question des rapports entre le droit et la réalité sociologique.

Ainsi, le concept d'effectivité ne nous semble pas suffisant pour épuiser les questions qui se posent en la matière. Il ne peut, à notre sens, s'agir là que d'un concept parmi d'autres qui définissent les contours du pôle réaliste ou sociologique de la validité. L'idée n'est donc pas que l'effectivité n'est pas à sa place dans les théories de la validité, mais plutôt qu'elle ne peut suffire à la tâche qu'on lui assigne et qu'il importe donc d'aller plus loin dans la détermination des contours d'un pôle que nous centrons sur la notion d'effets du droit.

Mais la complétude des concepts n'est pas la seule observation qui soit à l'origine de cette contribution. Nous avons également constaté qu'existaient d'importants désaccords terminologiques entre les différents auteurs ayant traité des concepts que nous avons

3. M. J. FALCON y TELLA, *loc.cit.*

4. F. OST et M. van de KERCHOVE, *loc.cit.*; F. OST, *loc.cit.*

l'intention de joindre à celui d'effectivité. De même, il nous a semblé utile de tenter de coordonner des concepts dont les relations n'ont pas toujours été examinées de manière approfondie.

Nous n'avons donc pas la prétention d'être le premier à utiliser les termes dont nous traiterons et l'on ne trouvera pas ici de saisisants néologismes. Notre ambition est plutôt de réunir des concepts qui ne sont pas toujours associés, alors qu'à notre sens ils devraient l'être, et d'en clarifier les définitions. Bien entendu, nous ne pensons pas que les termes en question aient intrinsèquement la signification qui leur sera donnée ici. Le seul avantage - mais il nous semble déjà digne d'intérêt - de ce travail est d'établir une grille de significations prête à l'emploi qui devrait idéalement permettre d'asseoir des recherches ultérieures sur des bases cohérentes. Les définitions qui vont suivre sont donc stipulatives, même si nous avons essayé de nous éloigner le moins possible des définitions existantes.

Il nous faut encore avertir le lecteur : notre volonté de ne pas commettre un texte incapable de s'intégrer dans le paysage théorique actuel et de faire apparaître une cohérence entre des notions jusqu'ici disparates nous a contraint à nous appuyer constamment sur l'œuvre d'auteurs qui nous ont précédé. Si nous pouvons paraître fort critique, la raison en est simple : l'un des buts de notre recherche ici présentée étant de remettre un peu d'ordre dans la matière, il nous revient de mettre en cause ce qui doit l'être. Cela dit, le fait même que nous ayons essayé de ne pas nous égarer dans les néologismes et de ne pas nous éloigner outre mesure des auteurs nous ayant devancé fait que nous leur sommes redevable de la base de ce travail. Nous ne restons donc pas en défaut de rendre justice aux personnes qui ont débroussaillé le chemin devant nous et nous ont livré les bases de la présente réflexion.

## I. Définitions.

La notion qui nous paraît la mieux à même de mettre en évidence la particularité du pôle "réaliste" de la validité est celle d'"effet". Le texte qui suit concerne donc les effets du droit et des concepts qui en dépendent. Par droit ou loi, nous entendons toute disposition d'origine étatique ayant un contenu normatif.

Le pôle réaliste d'analyse du droit rassemble deux groupes de concepts : d'une part, ceux que recouvre la notion d'effets du droit proprement dite; d'autre part, ceux qui concernent l'évaluation de ces effets.

### 1. Les effets du droit.

Dans cette partie, nous allons aborder la notion d'effets du droit. Ce concept sera, dans un premier temps, traité d'une manière générale. Ensuite, nous nous attarderons sur un effet tout à fait particulier et caractéristique du droit : l'effectivité.

#### §1. Définition.

Pour M. Blankenburg, "les études sur l'impact se centrent sur l'évaluation des résultats voulus et involontaires de la politique..."(5). La notion d'impact est synonyme de celle d'effet dans la mesure où elle relève de la même conception d'articulation entre cause et effet. Il ne s'agit pas seulement d'une question de mise en œuvre, concept qui implique une attitude active vis-à-vis de la mise en application de la loi(6). Dans le cas présent, on envisage l'ensemble des répercussions du droit dans la réalité. Il nous eut en effet paru injustifiablement restrictif de baser notre approche des conséquences du droit sur les seules normes ayant fait l'objet de tels actes concrets de mise en œuvre et sur les seules conséquences qui découlent de ces actes.

La première acception de la notion d'effets du droit que nous avons rencontrée est celle de M. Guibentif(7). Celui-ci estime que le sociologue ne doit "reconnaître comme effet de la règle que les conduites des agents qui se sont consciemment fondés sur la règle, et toutes ces conduites que celles-ci soient conformes ou non"(8).

Cette vision des choses repose donc sur un choix de trois caractéristiques essentielles des effets des règles sociales : l'émergence d'un ensemble de conduites, l'imputation subjective de ces conduites et la causalité probablement prépondérante existant entre l'adoption du texte et les conduites considérées.

5. E. BLANKENBURG, *La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre. (Le concept "d'implémentation")* in *Droit et société*, 1986, p. 62; les italiques sont de M. Blankenburg.
6. À propos de la notion de mise en œuvre, nous renvoyons à A. JEAMMAUD et E. SERVERIN, *Évaluer le droit*, in *Recueil Dalloz - Sirey*, 1992, Chron., p. 266.
7. P. GUIBENTIF, *Les effets du droit comme objet de la sociologie juridique. Réflexions méthodologiques et perspectives de recherche.*, Travail CETEL n°8, Genève, Université de Genève, CETEL, 1979, p. 14 & s. Cet auteur s'intéresse d'une manière générale aux effets d'une règle sociale.
8. *Ibidem*; les soulignements sont de M. Guibentif.

Nous ne pourrions porter un jugement négatif sur le premier des éléments de cette définition des effets des règles sociales. Il est évident que, pour parler d'effet, il faut une manifestation objective. Ce caractère objectif fait référence à quelque modification de la réalité qui est constatable, mais pas à la nature concrète de l'effet. Nous le verrons, celui-ci peut être symbolique.

Le troisième élément ne nous pose pas problème non plus, dans la mesure où il est impossible d'étudier les effets d'une règle sans exigence de causalité entre les manifestations objectives et la règle. Que cette causalité ne soit que "probablement prépondérante" est normal au vu de la difficulté qu'il y a à établir, avec une certitude absolue, une relation de cause à effet entre une règle et un phénomène social.

On l'aura deviné, ce qui nous préoccupe, c'est la deuxième partie de la définition de M. Guibentif. Celle-ci pose que la relation entre le comportement et la règle doit être consciente dans l'esprit du sujet concerné.

On remarquera de prime abord que cette notion est absente du sens courant du mot "effet". Or, il nous semble qu'il ne convient de s'écarter du sens courant que si l'on a de bonnes raisons pour ce faire. En l'occurrence, l'exigence supplémentaire de Guibentif nous paraît inutile - au moins dans le cadre de notre recherche - et même gênante.

Il est difficile de justifier l'exigence d'une conscience de l'acteur. Si l'on désire étudier les conséquences d'une règle, quelle qu'elle soit, il importe peu de savoir si les individus ont agi ou non en connaissance de cause, mais bien si la règle considérée est bien à l'origine de la modification du réel qui a été constatée.

Tout autre sera la distinction entre un comportement dû, par exemple, à une règle de droit et celui dû à une autre norme sociale. C'est la question qui se pose lorsqu'on se demande si les gens s'abstiennent de tuer parce qu'il y a une loi qui punit l'homicide, ou s'ils obéissent à une règle sociale. Cette question n'est pas celle de la conscience de l'individu observé mais celle du lien de causalité lui-même avec la règle de droit.

L'exigence de conscience n'est pas seulement inutile, elle est également gênante. Premièrement, exiger la conscience, même partielle, de l'auteur des faits considérés va immanquablement nous priver de la possibilité d'examiner une partie des cas qui intéressent le chercheur s'interrogeant sur le droit. En effet, ce qui compte, à notre

avis, dans ce concept(9) c'est qu'il nous permet d'étudier les conséquences de la création de droit. Le pourquoi de ces conséquences, au niveau individuel, ou, plus précisément, les mécanismes personnels qui ont amené chaque individu à se comporter d'une manière déterminée, nous semblent hors sujet ici. Cette considération pourrait intervenir dans une distinction entre deux types d'effets différents de la loi. Cependant, elle ne nous semble pas utilisable en tant qu'élément de la définition des effets de la loi. Il ne pourrait être question d'exclure de ce concept toute réaction inconsciente à la norme. Il existe des effets conscients et inconscients de la loi qui ne diffèrent pas dans leur essence d'effets du droit.

Cette critique nous amène à envisager une autre définition des effets d'une règle. Curieusement, celle-ci est reprise par M. Rangeon et... M. Guibentif dans la suite du travail que nous avons cité ci-dessus(10).

Il s'agit d'inclure dans le concept d'effets du droit "toutes les résonances du juridique"(11). Nous n'en sommes donc plus à exiger une conscience de la part du sujet de droit.

Les effets peuvent être la conséquence, soit de la loi elle-même - au sens d'élaboration d'une politique - soit des actes de mise en œuvre de la loi. Il est bien entendu possible que des actes pris en application d'une loi comportent eux-mêmes des éléments normatifs. Dans ce cas, les effets des actes de pure application et des différents niveaux d'élaborations de politiques s'enchevêtrèrent.

On voit donc la notion d'effet ne plus recouvrir que ce qui nous semble incontestable : le deuxième terme d'une articulation cause-effet. La cause est déterminée : le droit tel qu'il existe par lui-même et tel qu'il est mis en œuvre. Reste à nous interroger sur les effets que l'on peut lui attribuer.

Bien entendu, la notion d'effet ne nous permet d'envisager qu'une partie des rapports entre le droit et la réalité. Il est concevable de compléter notre étude ultérieurement en se posant la question des concepts permettant de concevoir les relations antérieures à l'élaboration de la loi ou ceux qui décrivent une relation récursive entre la loi et ses effets.

9. Du moins dans l'optique dans laquelle nous l'abordons dans notre étude, c'est-à-dire celle de la théorie du droit et non de la psychologie.  
10. F. RANGEON, *op.cit.*, p. 139 à 141; P. GUIBENTIF, *op.cit.*, p. 32 & s.  
11. P. GUIBENTIF, *op.cit.*, p. 32.

## §2. Typologie.

S'il est important de s'appuyer sur une définition claire de la notion d'effets du droit, il convient également de déterminer quels sont les différents types d'effets que celui-ci peut avoir.

### a. Médiateté et conformité.

Cette catégorisation se base sur le type de relation qui existe entre la cause et l'effet, c'est-à-dire entre la loi et ses conséquences. Pour ce faire, nous nous appuyerons sur les thèses de M. Guibentif qui fait une distinction entre effets directs, indirects et différés(12).

Cet auteur définit négativement les effets directs, comme opposés aux effets indirects ou différés.

Les effets indirects, eux, sont "les répercussions de l'existence d'une règle de droit qui auraient lieu même en l'absence d'une quelconque conduite imputable à la loi"(13). Nous pouvons imaginer comme exemple celui d'une loi votée qui, bien que n'ayant pas encore été appliquée le moins du monde, provoque des mouvements de grève ou de révolte. Nous aurions donc tendance à comprendre ce concept comme les effets qui découlent en droite ligne de l'existence de la loi, sans être des comportements conformes à la loi.

Cependant, même si cette interprétation nous paraît raisonnable, nous la livrons avec les avertissements d'usage car M. Guibentif ne donne aucune précision qui nous permettrait de déterminer avec une absolue certitude la portée de sa définition. L'équivoque découle de ce qu'il utilise l'expression "conduite imputable", alors que tout effet est précisément un fait *imputable*, ce dernier terme désignant, dans ce contexte, l'existence d'un lien de causalité. Que ces comportements soient conformes ou non à la loi, ils ne lui en sont pas moins imputables. Un comportement non imputable à la loi ne pourrait en constituer un effet. Nous pensons donc qu'il faut croire que M. Guibentif a voulu parler de comportements non conformes.

Les effets différés, quant à eux, sont ceux que nous pourrions appeler "médiats" en raison du fait que, s'ils sont la conséquence de la loi, ils n'ont de rapport avec elle que via une chaîne de causalités plus ou moins longue.

Nous pouvons dès lors comprendre que, pour M. Guibentif, les effets directs sont les comportements conformes à la loi et imputables à celle-ci sans passer par une chaîne de causalités.

12. *Ibidem.*

13. *Ibidem.*

La typologie de M. Guibentif ne nous paraît pas pouvoir être reprise comme telle. En effet, contrairement à ce que les termes pourraient laisser penser, il n'y a pas d'opposition totale entre effets directs et indirects. Par ailleurs, ce système ne rend pas compte de l'ensemble des possibilités théoriques d'effets de la loi au vu des critères envisagés. C'est pourquoi, tout en nous basant sur ses précieux travaux, nous réaménagerons son cadre conceptuel.

Pour systématiser le cadre conceptuel avec lequel nous allons travailler, nous allons combiner deux catégorisations possibles, et ce en utilisant des notions sous-entendues par les concepts que nous venons de détailler. L'on pourrait donc structurer la classification des effets du droit en fonction du type de relation qu'ils entretiennent avec leur cause autour de deux axes : médiat/immédiat et conforme/a-conforme/non conforme.

Ainsi, l'on distinguera les effets immédiats - qui sont la conséquence directe (causalement parlant) du texte examiné - des effets médiats qui, s'ils ont un rapport avec la loi, ne lui sont rattachés que par un enchaînement de causalités.

Par ailleurs, il faut distinguer les effets en fonction du deuxième axe utilisé par Guibentif dans son analyse : la conformité du comportement considéré. Nous en venons alors à établir trois catégories : les comportements conformes, non conformes (au sens d'infraction, de non respect du modèle constitué par le droit) et a-conformes. Ce dernier terme - un peu barbare, nous en convenons - désigne les comportements causés par la loi et qui ne peuvent être considérés ni comme contraires à celle-ci ni comme respectueux du modèle proposé par le texte. Ces comportements a-conformes pourront être, par exemple, des mouvements sociaux faisant immédiatement suite à l'adoption de lois ou, autre exemple, l'augmentation de la consommation d'alcool comme conséquence de la prohibition du cannabis. Ils ne constituent pas des comportements susceptibles de jugement de conformité aux lois concernées tout en étant des effets de celles-ci(14).

14. Pour davantage de précisions sur la notion de conformité et les rapports existant entre les comportements et la norme, voyez ci-dessous nos considérations sur la nature de la règle de droit et les théories phénoménologiques du droit.

b. Effets concrets et effets symboliques.

Après avoir traité de la relation entre la cause et l'effet, il convient d'aborder une importante distinction qui tient à la nature de l'effet de la loi. Il s'agit d'une catégorisation particulièrement importante pour la recherche en droit : elle distingue les effets concrets des effets symboliques.

Contrairement à ce que Mme Demers affirme, les effets concrets ne sont pas "les effets qui découlent de l'application de la norme juridique"(15). En effet, ce critère ne permet pas de distinguer les effets concrets des effets symboliques. Une loi peut très bien n'avoir que peu d'effet symbolique jusqu'au jour où elle est réellement mise en œuvre par des autorités ou par des particuliers, montrant par là que les effets symboliques ne sont pas ceux qui sont indépendants de toute application réelle du texte. Par exemple, la restauration de la peine de mort aurait des effets symboliques beaucoup moins forts si on en revenait à un système de grâce royale automatique - tel que nous le connaissions il y a quelques temps - que si on exécutait réellement des gens. De même, la prohibition du cannabis n'aurait-elle pas les mêmes effets symboliques dans le cas d'une répression réelle de la consommation que dans le cas d'une tolérance réelle de la part des autorités.

Le critère qui permet de distinguer les effets concrets des effets symboliques se base sur le caractère matériel ou non des constatations possibles de modifications du réel.

L'effet symbolique se caractérise par des changements dans les représentations des individus(16). Ainsi, les lois prohibant la consommation de cannabis ont-elles sans doute une influence importante sur les représentations qu'a la population de cette

15. V. DEMERS, *Analyse critique de la notion d'effectivité du droit et illustration empirique d'une norme juridique. Mémoire à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit*, document photocopié, Montréal, 1994, p. 73. Il convient de remarquer que Mme DEMERS, par la suite, montre qu'elle a la même conception que nous des effets concrets. Cependant, en ouvrant son point concernant cette catégorisation, elle commet une erreur en croyant résumer la distinction qu'elle va expliquer ensuite comme reposant sur la causalité ou non avec l'application de la disposition considérée.

16. V. DEMERS, *op.cit.*, p. 77; P. GUIBENTIF, *op.cit.*, p. 33 & 34 et p. 40 à 43; J-F. PERRIN, *Introduction à la sociologie du droit privé.*, Travail CETEL n° 31, Genève, Université de Genève, CETEL, 1988, p. 29 & 30.

substance, notamment par rapport à l'alcool, ce qui doit être distingué de la question des effets quant à la limitation de la consommation de ces substances. C'est d'ailleurs là l'un des arguments fréquemment invoqués par les défenseurs de la prohibition de la consommation et de la détention de cannabis; notamment lorsqu'on met en avant le caractère courant de ses substances parmi toutes les couches de la population. L'idée est que cette prohibition a avant tout des effets symboliques dont dépendent des effets concrets, à savoir une limitation de la consommation. Une légalisation aurait pour effet une explosion de la consommation suite à la suppression d'un interdit symboliquement important. Ce n'est pas la peur du gendarme ou la rareté du produit qui diminuerait la consommation mais la symbolique de l'interdit pénal. Ce type de raisonnement est très fréquemment utilisé pour justifier la création de nouvelles infractions pénales participant de l'inflation législative.

Ainsi, certaines lois peuvent être conçues pour leur seul effet symbolique et non pour être réellement appliquées. Il importe donc de rendre compte de l'effet des lois sur les représentations de leurs destinataires et de ne pas se braquer uniquement sur les comportements concrets de ceux-ci(17).

Les effets concrets se caractérisent, à l'inverse des effets symboliques, par des modifications dans les pratiques des individus(18). Ainsi la prohibition du cannabis a-t-elle pour effet concret des habitudes de consommation clandestine de cette substance.

Il est dès lors évident qu'effets symboliques et concrets sont souvent imbriqués. Une modification des représentations - effet immédiat d'une loi - peut avoir des répercussions sur les pratiques - effet médiat. Ainsi, certains auteurs mettent en garde contre la tentation de négliger les effets symboliques d'une loi qui, bien que non respectée, influence quand même les pratiques en les modérant(19).

17. F. OST et M. van de KERCHOVE, *op.cit.*, p. 337 & s.
18. P. GUIBENTIF, *op.cit.*, p. 33 & 34; V. DEMERS, *op.cit.*, p. 73 & s.
19. P. LASCOUMES, *v° Effectivité*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 219; J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in *L'année sociologique*, 1957, p. 17. Il sera ainsi intéressant de surveiller la pratique de l'information judiciaire par le ministère public en Belgique après qu'elle aura été légalement reconnue par la loi issue du "projet Franchimont" de réforme de la procédure pénale.

L'idée d'un raz-de-marée du cannabis sur la jeunesse de nos pays est souvent un argument invoqué contre la libéralisation de cette drogue que l'on sait fortement présente dans toutes les couches de la société.

c. Effets désirés, non désirés et indésirés.

Ce n'est pas tout de déterminer la relation entre cause et effet ou la nature de l'effet, encore faut-il s'interroger sur le rapport entre l'effet et les désirs de l'auteur de la norme(20).

La question qui se pose ici est de savoir si l'effet que l'on constate était désiré ou pas, s'il est entré dans les motivations de l'auteur du texte considéré de créer une norme qui aurait ces conséquences précises.

Trois possibilités existent : soit l'effet a été désiré, soit il ne l'a pas été, avec la possibilité, dans ce cas, qu'il ait été indifférent - et donc non désiré - ou qu'on ait voulu l'éviter - et qu'il ait été indésiré.

d. Effets prévus ou imprévus.

Le critère dont il est question ici repose sur le caractère prévu de l'effet de la norme. Cet aspect est à mettre en relation avec l'efficience - dont nous traiterons ci-dessous et qu'il permettra de mieux comprendre dans son fonctionnement.

Il s'agit ici de considérer la prévision par l'auteur du texte de l'effet considéré. Cela ne revient pas à s'interroger sur la volonté de l'auteur de donner lieu à ces conséquences, ce qui relève de son désir, mais plutôt sur le fait qu'il avait conscience que l'effet en question découlerait du texte.

Ce critère ne doit donc pas être confondu avec le caractère désiré de la norme. Un effet non désiré peut très bien avoir été prévu et considéré comme inintéressant(21). Par ailleurs, un effet indésiré - parce que jugé néfaste et désagréable - peut même avoir été prévu et considéré comme insuffisamment important pour "gravement" diminuer l'efficience d'une loi, c'est-à-dire son rapport, au sens

20. Cette préoccupation se trouve, nous le verrons, à la base des jugements quant à l'efficacité de la loi.
21. Par exemple le fait que les origines du cannabis changeraient si l'on venait à le libéraliser, du fait que de nouveaux producteurs émergeraient. Cet effet, s'il est prévu, peut être jugé indifférent et donc ne pas être désiré en tant que tel (non désiré).

économique du terme(22). Nous nous trouvons alors dans le cas d'une comparaison entre les pertes et profits occasionnés par un texte.

Cependant, il existe un recouvrement partiel des deux critères en ce sens qu'un effet désiré sera toujours prévu.

### § 3. Un effet particulier : l'effectivité.

L'effectivité, qui est le point de départ de notre intérêt pour la notion d'effet, n'est à notre sens qu'une des catégories d'effets, propre aux normes, certes, mais pas seule à présenter un intérêt du point de vue de la validité.

Nous allons traiter de l'effectivité en nous basant sur deux théories expliquant des aspects distincts de ce concept. Dans un premier temps, nous tenterons de définir ce terme, principalement en regard d'une conception particulière du droit. Ensuite, nous nous attacherons à déterminer l'étendue de ce concept, notamment dans ses relations avec la notion d'effets du droit.

L'effectivité est classiquement présentée comme le respect de la loi par ses destinataires. Il s'agira donc de vérifier la conformité des comportements au prescrit du droit. Un respect du texte (en accord avec les termes et la volonté de l'auteur) sera le signe de l'effectivité de la norme. Ce sont donc des signes concrets qui annonceraient l'effectivité(23).

Cependant, cette définition est considérée par certains comme une définition minimale qui n'est pas à même de rendre compte de l'ensemble des situations qui intéressent l'effectivité. En effet, cette vision des choses suppose un droit considéré comme l'imposition d'un comportement particulier à des individus. Or, dans de nombreux cas, le droit est supplétif et n'intervient qu'à condition que les particuliers le mettent en œuvre ou ne prévoient pas d'en exclure l'application. La vision impérativiste du droit est dénoncée comme

22. Ainsi, la prohibition du cannabis entraîne le maintien de celui-ci à des niveaux de prix excessifs, enrichissant par là les organisations criminelles s'employant à son trafic. L'enrichissement des trafiquants ne semble pas être, aux yeux des partisans de la prohibition, un effet prévu et indésirable suffisamment important pour compenser les avantages supposés de la prohibition.
23. J-F. PERRIN, *op.cit.*, p. 22; A. JEAMMAUD et É. SERVERIN, *op.cit.*, p. 265; F. OST et M. van de KERCHOVE, *op.cit.*, p. 272; P. GUIBENTIF, *op.cit.*, p. 2; F. RANGEON, *op.cit.*, p. 126; V. DEMERS, *op.cit.*, p. 44.

pathologique par certains(24); elle est, au moins, gravement réductrice, même s'il faut remarquer qu'elle est adaptée au droit pénal(25).

Il nous faut ici mettre notre analyse en rapport avec une vision phénoménologique du droit développée par Paul Amselek et, à sa suite, par Antoine Jeammaud(26). Ces auteurs voient le droit comme un modèle pour l'action. Selon eux, il est impossible de se limiter à une conception déontique du droit le présentant comme un ensemble de règles de conduites, de commandements imposant des comportements précis aux individus. Cette position, disent-ils, n'est pas tenable parce qu'une partie importante du droit ne peut s'expliquer par elle.

En effet, il existe un grand nombre de dispositions qui ne pourraient être considérées comme imposant un comportement. C'est le cas notamment du droit civil qui peut être mobilisé par les particuliers afin d'obtenir certains résultats, mais ne les oblige pas à adopter des comportements déterminés. Ainsi, les conditions de publicité de la vente d'immeubles n'imposent pas d'accomplir certaines formalités mais établissent que, si l'on a un comportement particulier, on obtiendra certaines conséquences en droit.

Jeammaud et Amselek proposent donc de se baser sur une conception de la fonction du droit, plutôt que sur des considérations sur son objet ou sa forme. Cette fonction est de servir de modèle idéal à l'action humaine. La norme serait donc un modèle auquel le comportement humain devrait être comparé. De cette comparaison s'ensuivrait l'application ou non de certaines conséquences. Le but de

24. V. DEMERS, *op.cit.*, p. 44 & s.
25. Encore qu'en matière pénale, le classement sans suite par le ministère public remet en question cette conception. En effet, le magistrat du ministère public en charge d'un dossier peut décider de mobiliser ou non le droit pénal pour poursuivre l'auteur d'une infraction. En cette matière, la prohibition du cannabis est encore un bon exemple en ce que le Parlement a recommandé aux parquets du pays d'attribuer à la répression de la consommation et de la détention de cannabis la priorité la plus faible dans l'ordre des poursuites. Cela signifie donc que le droit pénal peut être utilisé comme ressource mobilisable pour des raisons de politique. C'est dans cette direction que s'oriente la Belgique avec l'attention croissante qu'elle accorde à la politique criminelle, au détriment parfois de la sécurité juridique.
26. P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit.*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 275 & s.; A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, in *Recueil Dalloz - Sirey*, 1990, Chron., p. 199 à 210.

la norme est donc de servir de référence, de permettre l'évaluation de situations. Cette fonction s'effectue par le biais de jugements(27) qui permettent d'attribuer certaines conséquences en droit aux objets considérés(28). Ainsi, pour Amselek, le droit est un instrument de jugement dont la vocation est de constituer un modèle obligatoire. "L'«obligatorité» est, en vérité, une *forme logique*, une signification, une vocation technique purement formelle, assignée phénoménalement aux normes dites «juridiques»: vocation qui n'a rien à voir avec la conduite effective des individus..."(29).

"Ainsi l'application d'une règle doit-elle d'abord s'entendre de l'acte de référence au modèle qu'elle constitue, aux fins d'évaluation juridique dans une perspective quelconque. Mais se dessine aussitôt une deuxième acception légitime du terme. L'application d'une norme s'entend alors de l'opération d'évaluation elle-même, théoriquement décomposable en deux éléments: la mise en rapport du modèle et de l'objet concret à évaluer, puis la constatation de ce rapport."(30) Cette conception des choses nous intéresse donc au plus haut point pour notre définition de l'effectivité puisqu'elle met en évidence le fait que la norme ne doit pas forcément être obéie, mais peut également être utilisée.

C'est dans la suite logique de cette conception que l'on peut étendre la définition de l'effectivité à l'ensemble des cas dans lesquels le droit est utilisé. Cette utilisation peut se manifester au niveau des autorités chargées de l'application du droit ou à celui des destinataires de la loi. Dans le premier cas, il s'agira, par exemple, d'une utilisation de la loi pénale pour évaluer le comportement de quelqu'un et, éventuellement, justifier qu'il soit sanctionné. Dans le second, les destinataires pourront se conformer à un prescrit quant à leur

27. Il s'agit ici de jugements au sens logique du terme. En ce sens, le jugement est un travail évaluatif dans lequel une réalité est comparée à un modèle idéal. Le jugement au sens juridique du terme a, lui, pour fonction non pas de s'en tenir à une simple constatation par rapport au modèle que constitue la norme, mais encore d'édicter une norme à portée particulière visant à imposer des règles de conduites. v. P. AMSELEK, *Philosophie du droit et théorie des actes de langage*, in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P. Amselek (dir.), Paris, P.U.F., 1986, p.109 à 163.

28. Ce sont précisément des conséquences qui constitueront la règle de conduite.

29. P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique...*, p. 275 & 276. Les italiques sont d'Amselek.

30. A. JEAMMAUD, *op.cit.*, p. 203.

comportement ou *utiliser*, comme dans les cas repris ci-dessus, des facultés mises à leur disposition par la loi. Il y a reproduction d'un modèle soit pour éviter une sanction, soit pour obtenir certains effets. Cette idée d'utilisation est donc bien plus large que celle de conformation à un ordre; elle recouvre des situations qui ne relèvent pas du droit conçu comme impératif. L'utilisation du droit reviendrait à pouvoir se servir de lui comme d'un modèle pour l'action. Un droit serait alors effectif lorsqu'il en est fait usage par ses destinataires.

Mais l'utilisation dont il est question devra être conforme à la volonté - au sens large - du législateur. Il faut en effet que le modèle qui est utilisé pour jauger une action soit réellement celui qui a été forgé par l'auteur de la norme utilisée. Il ne suffit pas que, de manière formelle, un texte soit invoqué pour qu'il soit effectif. Cela implique qu'un usage absurde ou incompatible avec les termes des textes ne pourrait être considéré comme un signe d'effectivité. Nous ne nous attarderons cependant pas sur la question de l'élément fondateur du sens de la loi - texte ou volonté du législateur. Cette réflexion aurait plutôt sa place dans une analyse de la légalité, autre principe qui participe de la définition de la validité.

On aura compris que, si nous considérons l'effectivité comme un type particulier d'effet du droit, il n'est pas question pour nous de confondre les deux termes. Il nous semble en effet que chacun présente un intérêt pour l'analyse de la validité d'une norme. Les développements que nous consacrerons plus loin à la question de l'évaluation des effets du droit montreront combien cette approche s'impose(31).

La notion d'effectivité intervient donc dans le cadre de la description des rapports entre la norme et les actes de ses destinataires. Ceux-ci peuvent être des assujettis ou des organes étatiques chargés d'une mise en application de la loi(32).

Il nous faut cependant introduire ici une nuance dans notre propos. Si l'effectivité est une caractéristique propre à un système normatif, il n'en demeure pas moins que certaines normes juridiques ne se prêtent pas à un examen sous l'angle de l'effectivité. Dans sa

31. En sens contraire, voir DEMERS, *op.cit.*, p. 64 et 67, pour qui il s'agit de comprendre l'effectivité comme "la façon dont le droit exerce son influence". Les termes d'effectivité et d'effet sont donc télescopés.

32. Sur cette distinction entre assujettis et agence étatique, voir V. DEMERS, *op.cit.*, p. 32, qui utilise une terminologie différente de la nôtre.

contribution à la *Théorie des actes de langage*(33), Amselek fait une distinction entre deux types de normes juridiques. Reprenant la catégorisation des actes de langage de Récanati, il distingue parmi les actes représentatifs les *comptes rendus* qui véhiculent des représentations de ce qui se donne ou se produit et les *programmes* représentant ce qui est à faire, à produire. Les normes juridiques font évidemment partie de la deuxième catégorie. Mais, prenant ses distances par rapport à Récanati, Amselek crée une nouvelle catégorie pour certaines normes juridiques qui ne peuvent entrer dans le moule des actes représentatifs-programmes : les actes déclaratifs qui sont fort importants pour le droit. C'est ainsi qu'apparaît la catégorie des actes représentatifs-proclamations. Ainsi, lorsqu'un juge prononce un jugement dans lequel il *affirme condamner* quelqu'un, l'acte de langage est performatif : le dire même du locuteur produit la réalité à laquelle il est fait référence; par le dire, le justiciable est condamné, l'acte de langage est parfait sans qu'il soit besoin d'y ajouter un quelconque acte de quelque nature que ce soit.

Ce type de norme ne crée pas un modèle auquel il est demandé de se conformer. De ce fait, il ne peut être question d'effectivité puisque celle-ci n'a de sens qu'au regard d'un modèle pour l'action(34).

Nous retiendrons donc comme définition de l'effectivité celle de l'utilisation du droit de manière conforme à la volonté du législateur; utilisation comprise comme la comparaison d'une situation concrète au modèle constitué par la règle de droit. Cette comparaison peut être le fait des assujettis qui veilleront alors à ce que leurs actes soient conformes au modèle, ou des agences chargées spécifiquement de l'application du droit qui conformeront leurs actes au modèle et, ce faisant, pourront, dans certains cas, examiner la conformité des actes des assujettis. Dans le premier cas, nous sommes face à un *acte de référence au modèle*; dans le second, les autorités, en plus de se livrer à un *acte de référence au modèle*, procèdent à une *opération d'évaluation* des actes d'autrui. Dans un premier temps, les autorités d'application de la loi se conforment aux normes de comportement qui s'adressent à elles, c'est-à-dire notamment aux normes de compétence, et, dans un second temps, elles appliquent des normes sanctionnatrices

33. P. AMSELEK, *Philosophie du droit et théorie des actes de langage*, in *Théorie des actes de langage...*, p. 158 & s.

34. *Ibidem*, p. 159.

aux individus ayant transgressé les normes de comportement qui s'adressaient à eux.

Parler de l'effectivité, c'est aborder la question de l'ineffectivité. Lorsque l'on se pose la question du taux d'utilisation du droit, on aboutit inévitablement à la conclusion que le droit ne joue pas son rôle de manière parfaite. C'est dans ce cadre que l'on a longtemps considéré l'ineffectivité comme le signe d'une dysfonction du droit. Normalement, le droit devait être respecté à cent pour cent. Cette conception découlait également d'une vision impérativiste du droit. Celui-ci était vu comme un ensemble de règles impératives et non comme un modèle pour l'action. Dans ce cadre, la constatation d'imperfections dans l'application du droit débouchait sur le constat traumatisant de l'échec du système juridique(35). Ce constat a mené des théoriciens à se replier de l'étude d'une *law in books* à celle d'une *law in action*. Nous entendons éviter ici cet écueil(36).

Dans le cadre de notre réflexion, il n'est pas question de considérer l'ineffectivité, dans tous les cas, comme le signe d'un échec du système juridique. En effet, l'ineffectivité peut être bénéfique du point de vue de certains types d'effets du droit qui peuvent s'avérer plus importants que l'effectivité(37). Par exemple, la tolérance des autorités vis-à-vis des petits consommateurs de cannabis est un bien du point de vue social. L'application stricte de la loi perturberait davantage la société que ne le fait la consommation elle-même. Une certaine ineffectivité peut donc être positive(38).

## 2. L'évaluation du droit à la lumière de ses effets.

Nous venons d'étudier un concept central et inévitable pour qui a comme objectif l'analyse des rapports entre le droit et la réalité sociale. Comment en effet se passer de la question des répercussions dans le réel de l'œuvre législative (au sens large qui est le nôtre ici, rappelons-le) ? Les effets du droit sont indispensables mais ne nous informent encore que partiellement de ce qui lie le droit au réel. Une fois les effets identifiés, encore faut-il les évaluer. De ce point de vue, deux concepts sont centraux : l'efficacité et l'efficience. Ce sont des

35. P. LASCOUMES, *op.cit.*

36. V. DEMERS, *op.cit.*, p. 18

37. Nous le rappellerons dans la partie concernant les relations entre effets et efficacité du droit.

38. Voyez également, en ce sens, la question des rapports entre effectivité et efficacité.

critères d'étude du droit qui ont en commun le type de démarche : ils permettent de porter un jugement sur les effets du droit et d'aller au-delà de la simple constatation de répercussions particulières du droit dans le réel(39).

D'une part, l'efficacité pose la question de l'adéquation des moyens utilisés aux fins posées; d'autre part, l'efficience interroge la rentabilité "économique" de la loi.

Les problèmes d'évaluation dont nous allons traiter supposent que l'on a affaire à une loi qui a eu certains effets. Il s'agit d'évaluer la loi par rapport à une réalité soit sociale, soit socio-économique. Cela implique donc que l'on considère les effets du droit. Ces effets ne pourront être utilement examinés que si la loi a reçu le minimum d'actes de mise en œuvre qu'elle nécessite pour que l'on puisse parler d'effets(40).

#### §1. L'efficacité factuelle.

Quand bien même la loi serait prise pour modèle, c'est-à-dire serait effective, encore faut-il se demander si c'est bien là une fin en soi, ou si d'autres buts devraient être atteints.

Le concept correspondant à cette interrogation est celui d'efficacité(41) et, plus précisément, d'efficacité factuelle(42) (dans la réalité sociologique).

La question à laquelle il faut répondre quand on évalue l'efficacité d'une loi est celle de l'adéquation entre les effets constatés et les buts poursuivis par le législateur. Il convient donc en premier

39. Il faut remarquer que ce type de réflexion semble avoir récemment touché le Sénat de Belgique à l'occasion d'une "proposition de loi visant à créer, au sein des services du Sénat, une cellule d'évaluation de la législation" (Doc.parl., Sén., 1996-97, 643/1), raison supplémentaire, nous semble-t-il, de tenter de mettre un peu d'ordre dans cette matière. En effet, dans l'introduction à cette proposition de loi, la plus grande confusion règne entre les différents termes utilisés.

40. Remarquons que toutes les lois ne nécessitent pas d'actes de mise en œuvre pour avoir des effets.

41. R. BETTINI, v° *Efficacité*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993; V. DEMERS, *op.cit.*, p. 21; F. RANGEON, *op.cit.*, p. 130; P. GUIBENTIF, *op.cit.*, p. 46; A. JEAMMAUD et É. SERVERIN, *op.cit.*, p. 265; voir aussi : J-F. PERRIN, *op.cit.*, p. 23.

42. Cette précision vise à distinguer l'efficacité sociologique de ce que l'on appelle parfois l'efficacité en droit, qui recouvre la notion de légalité formelle.

lieu de déterminer quel est le résultat que le législateur a entendu atteindre. Ensuite, il faudra examiner si les buts en question ont réellement été atteints.

L'efficacité est un concept qui, nous le disions ci-dessus, s'entend d'une loi qui a pu sortir des effets, soit par elle-même, soit par des actes de mise en œuvre au sens strict(43). Une loi peut ne sortir absolument aucun effet. Dans ce cas, elle sera irréductiblement inefficace. Remarquons que l'absence d'effets *concrets* peut être désiré par le législateur. Cependant, l'investissement que représente l'activité normative aura au minimum été motivé par un but *symbolique*. C'est ainsi qu'une loi pénale peut être adoptée dans le seul but d'obtenir un effet symbolique comme celui de satisfaire une part de la population et de l'apaiser(44). L'inefficacité concrète n'aura donc pas pour conséquence l'inefficacité irréductible du texte dans la mesure où des effets symboliques peuvent se manifester. Il ne faut donc pas confondre inefficacité et inefficacité concrète.

Bien entendu, l'analyse de l'efficacité d'une loi va se heurter à de nombreuses difficultés(45). Il s'agira notamment de déterminer avec précision le but d'une loi. Il n'est ainsi pas du tout évident que les objectifs déclarés soient les seuls poursuivis ou, même, le soient réellement. Par ailleurs, de nombreuses lois présentent des objectifs nébuleux ou très généraux qui n'aident que peu l'observateur dans la détermination des objectifs réels du législateur. Ensuite, une disposition légale est généralement le fruit d'un accord entre plusieurs personnes et/ou instances. De ce fait, chacun peut poursuivre un but différent. Se posent donc à nouveau les problèmes de détermination du sens d'une loi auxquels nous avons fait allusion ci-dessus à propos de l'effectivité et, plus particulièrement, celui de l'autorité à même de nous éclairer sur ce sens : le texte ou la volonté de l'auteur(46).

Pour résumer notre position, nous pouvons dire que l'efficacité est une qualité attribuée à une loi au terme d'un jugement sur l'adéquation du moyen qu'elle représente à la fin qu'elle est supposée servir.

43. C'est à dire, dénués de toute élaboration d'une politique.

44. Encore peut-on se demander si, dans chaque cas, des effets concrets indirects, ne fussent-ils que négatifs, ne sont pas recherchés au travers de l'effet symbolique visé. Ainsi, la satisfaction de la population peut avoir pour enjeu d'éviter des révoltes ou des manifestations.

45. V. DEMERS, *op.cit.*, p. 52; J-F. PERRIN, *op.cit.*, p. 23 & 24.

46. A. JEAMMAUD et É. SERVERIN, *op.cit.*, p. 266.

Remarquons enfin que l'efficacité a une portée particulière lorsqu'elle concerne une loi performative, c'est-à-dire appartenant à la catégorie des actes de langage déclaratifs. Dans ce cadre, le fait que l'auteur de cette norme ne cherche pas à obtenir une effectivité de la norme auprès des destinataires du texte n'empêche pas qu'il ait une intention instrumentale en l'adoptant. L'efficacité de la norme peut donc être évaluée. Le but de l'auteur pourra ainsi être de modifier une situation juridique et/ou d'atteindre des effets médiats. Le fait de déclarer une personne coupable d'un fait délictueux et de la condamner à une peine, même avec sursis, peut avoir pour but d'amener le délinquant à reconsidérer son geste, de donner un exemple à la population, de réaffirmer la norme publiquement...

### §2. L'efficience.

L'origine du concept d'efficience est économique et fait référence à une balance coût-bénéfice. Le critère considéré est celui de la rentabilité de l'action qui est menée. Cette conception est purement utilitariste et pose la question du gain résultant éventuellement d'un investissement(47).

Le droit est ici considéré comme un instrument dont il importe de maîtriser le mode d'emploi afin de l'utiliser au mieux de ses capacités. Des considérations telles que l'efficacité (les buts *ultimes* sont-ils atteints ?), les effets à long terme (quelles seront les conséquences réelles de l'application du droit ?) ou l'effectivité (se sert-on réellement du droit ?) ne sont que secondaires dans le cadre d'une évaluation de l'efficience; ils ne permettent que d'éclairer l'une des faces de l'efficience. Ces préoccupations peuvent servir à déterminer le type de rentabilité que l'on souhaite obtenir, sans que de telles préoccupations ne soient pour autant considérées comme inhérentes à l'efficience. Une fois un type particulier d'effet choisi, l'efficience se préoccupe de sa maximalisation, sans aucune autre considération que le rapport maximal.

Deux objets semblent pouvoir être étudiés sous l'angle de l'efficience dans le cadre de l'analyse de la loi.

Premièrement, on peut considérer le coût de l'adoption du texte lui-même, c'est-à-dire de l'élaboration d'une politique, au sens où nous l'entendons ci-dessus. Ce calcul se base sur le fait que les différentes techniques d'élaboration d'une règle juridique ont des coûts différents.

47. F. RANGEON, *op.cit.*, p. 133; L. UUSITALO, *Efficiency and Legitimation : Criteria for the Evaluation of Norms*, in *Ratio Juris*, 1989, p. 197.

Ainsi, selon une technique actuellement en vogue, les actes de l'exécutif auront-ils tendance à remplacer le travail législatif proprement dit. Ce dernier est en effet souvent considéré comme trop coûteux en termes de temps, de personnel, de querelles politiques...

Deuxièmement, on peut évaluer l'efficience d'une loi en regard des actes de mise en œuvre que celle-ci exige. Dans ce cadre, ce sont les actes qui devront être posés pour obtenir un certain effet qui seront évalués quant à leur coût.

On remarquera donc que l'efficience, telle que nous venons de la décrire, recouvre deux types d'analyse. Il est en effet tout à fait différent de se poser la question de l'autorité qui sera chargée de l'élaboration de la politique et de s'interroger sur le contenu de celle-ci, en se demandant quels seront les coûts de sa mise en œuvre et les bénéfices qu'elle occasionnera. L'efficience peut être évaluée à deux niveaux. Elle peut l'être, d'une part, à celui des instruments d'élaboration, d'autre part, à celui du contenu concret de la mise en œuvre de la politique.

Mais quelle est véritablement l'efficience que l'on peut, à juste titre, appeler *efficience de la loi* ? Il s'agit, sans aucun doute du deuxième cas que nous avons décrit. En effet, la première évaluation d'efficience recouvre la question de l'efficience *de l'organe d'élaboration de la loi*, et non pas de la loi elle-même. Cela ne signifie absolument pas que cette question soit sans intérêt. Au contraire, poser la question de l'efficience de cet organe revient à s'interroger sur l'efficience de la loi de compétence qui attribue une matière à un organe plutôt qu'à un autre. La décision de légiférer sur une matière est une décision de mise en œuvre d'une loi de compétence (norme attribuant une faculté d'utilisation) en fonction, notamment, de l'efficience qu'aura ce mode d'intervention par rapport à d'autres.

Ci-dessous, nous utiliserons les termes "efficience de la loi" dans le sens que nous venons de déterminer : il s'agira de se demander quelle est l'efficience d'une loi au vu des actes de mise en œuvre qu'elle nécessite.

Pour augmenter l'efficience d'une loi, l'effort se portera principalement sur une rationalisation des processus d'application des règles concernées(48). Ce qui compte, c'est d'appliquer le droit à moindre coût et d'en faire un instrument le plus rentable possible.

48. Voyez en sens contraire : F. RANGEON, *op.cit.*, p. 133, qui affirme que "L'efficacité mesure un résultat en fonction d'un objectif et dans des

L'évaluation de l'efficience d'une norme se déroule donc comme suit : il faut d'abord déterminer les effets d'une loi dont on souhaite obtenir la plus grande quantité possible et, ensuite, déterminer le coût des démarches qui seront nécessaires pour parvenir à différents niveaux de réalisation de ceux-ci(49). La loi sera idéalement efficiente au point auquel, pour un investissement donné, on obtiendra un maximum d'effets.

Il faut remarquer qu'il est possible de déterminer les effets recherchés de plusieurs manières différentes. Ainsi, on peut soit choisir un effet ou un ensemble d'effets qui sont jugés dignes d'intérêt, soit prendre en compte l'ensemble des effets d'une loi. Dans ce cas, il s'agira de mettre en balance les différents effets en présence et de peser comparativement ceux qui sont négatifs et ceux qui sont positifs(50).

Il nous faut ici définir ce que nous entendons par "coût". Cette notion se rapporte aux valeurs qui sont engagées pour permettre à la norme de sortir les effets attendus. Voilà ce que nous paraît recouvrir la notion de coût, du moins dans le cadre de l'efficience.

Faut-il comprendre, dans cette notion de coût, les conséquences négatives de la loi ? Par exemple, doit-on considérer comme coût d'une loi ses conséquences symboliques négatives ? A notre avis, la réponse est non. Il s'agirait là d'une dangereuse confusion entre deux termes : ceux de "coût" et d'"effet" du droit. Ce serait confondre les notions de "coût" et de "perte". La conséquence négative n'est qu'un effet non désiré de la loi. Il ne nous semble donc pas possible de comprendre cette notion dans celle de coût. A notre sens, le coût doit forcément être préalable à l'effet.

Comment, dès lors, rendre compte de ces effets négatifs ? Cela ne peut se faire que par le biais d'une balance entre les différents effets du droit. Dans ce cadre, une mesure peut être considérée comme efficiente non pas au regard d'un seul critère, mais au regard de l'ensemble des effets qu'aura la loi. Ce type d'appréciation permet

conditions données. Elle suppose ainsi des critères d'appréciation tels que le bilan du coût et des avantages d'une législation."

49. Nous insistons sur le fait qu'il s'agit ici du coût des actes de mise en œuvre logiquement nécessités par la loi. Ci-dessous, c'est dans cette acception qu'il faudra comprendre le terme "coût".

50. Cette détermination dépend du système de valeur adopté par l'auteur de la règle.

d'avoir une vue d'ensemble de l'efficience d'une loi. Il n'est donc pas nécessaire de confondre effet négatif et coût.

Par ailleurs, il importe de bien distinguer l'efficience de l'efficacité. Si l'efficacité pose la question de la réalisation des buts réels de la loi et de la qualité de cette réalisation sans considération de prix, l'efficience, elle, se préoccupe seulement de la rentabilité de l'action menée(51).

Ainsi, une politique d'intervention quasi nulle dans le cadre d'une loi interdisant la consommation de cannabis peut entraîner un respect raisonnable de la loi et une efficacité relative de la disposition : un faible niveau de consommation chez les jeunes. Cependant, l'objectif réel peut être de faire cesser de manière totale la consommation. Dans ce cas, les impératifs d'efficacité commanderont d'accentuer l'effort, tandis que le point de vue de l'efficience pourrait amener à considérer le rendement des mesures prises comme optimal, vu qu'il faudrait déployer des moyens importants pour contrôler les consommateurs potentiels et obtenir une légère hausse du gain engrangé. Dans notre exemple, la prohibition est considérée comme un moyen adapté aux fins. L'augmentation de l'effectivité de la loi entraîne une croissance de son efficacité. Dans cet exemple, l'efficience ne commanderait pas forcément de faire des efforts pour augmenter l'effectivité de la loi, cela pouvant apparaître comme peu rentable(52).

Il ne faut pas limiter l'efficience à un calcul dans le vide destiné à savoir si cela "vaut la peine" d'investir de l'argent pour tel ou tel but. Au-delà de la justification qui tient en la considération qu'il faut évaluer les coûts par rapport aux effets pour éviter des mesures coûteuses et peu utiles, l'efficience doit être comprise dans le contexte d'un système aux ressources limitées. En effet, les calculs d'efficience peuvent prendre un autre tour lorsqu'ils sont effectués sous la forme d'une double balance coût-bénéfice. Il s'agira alors de se demander quel est le gain le plus important que l'on peut réaliser avec une somme déterminée. L'efficience devient ainsi un instrument de bonne gestion. Mais cet instrument ne concerne cependant que la gestion. Il ne peut donc pas devenir le centre de gravité de l'évaluation d'une loi.

51. F. RANGEON, *op.cit.*, p. 131.

52. V. à ce propos le schéma ci-dessous.

## II. Les rapports entre différents concepts.

Nous allons ici étudier les rapports entre les différents concepts que nous avons définis ci-dessus. En effet, comme on le verra, ces différents canevas de l'étude des effets du droit sont interdépendants. Il importe donc d'être conscient des relations qui peuvent exister entre eux pour connaître les conséquences de la modification d'un des paramètres du droit.

### 1. Effets et efficacité.

Si effets du droit et efficacité sont des concepts distincts et s'ils recouvrent des réalités différentes, cela ne veut pas dire qu'ils sont sans influence l'un sur l'autre, bien au contraire.

Une règle efficace est une règle qui constitue un bon moyen de parvenir aux effets ultimes voulus. Il y a donc une forte relation entre les effets prévus et les effets désirés d'une loi et son efficacité. Ces effets seront forcément désirés - et donc prévus - puisque c'est à l'aune de la correspondance entre effets réels et désirs d'effets qu'on pourra juger de l'efficacité de la loi.

C'est dans ce contexte que l'efficacité d'une loi pourra être appréciée à la lumière de son effectivité. Mais quel est le rapport entre cet effet particulier qu'est l'effectivité et l'efficacité ? Nous allons établir ici quelques possibilités résumant les rapports entre effectivité et efficacité dans ce type de situation.

La première est que, la plupart du temps, efficacité et effectivité seront liées. Dans la majorité des cas, il est clair que la loi est faite pour modifier les comportements des destinataires de la norme ou pour être utilisée par eux. La plupart du temps, l'effectivité de la règle est l'un des effets qui est recherché comme moyen d'en obtenir d'autres, médiats ceux-là, qui permettraient de résoudre certains problèmes. Dans ces cas, il n'y aura pas d'efficacité réelle sans effectivité.

L'effectivité est alors un effet intermédiaire qui, dans certains cas, permet d'atteindre un objectif plus lointain que la simple utilisation du droit. Cet objectif second pourra être le but ultime qui nous permettra d'évaluer l'efficacité d'une loi. Il pourra cependant également n'être, à son tour, qu'une étape.

Ainsi, le but de l'interdiction de la consommation de cannabis peut être d'éviter que ce genre de comportements existe en raison de son caractère moralement inacceptable. L'objectif ultime sera donc de réaliser les conditions d'existence d'une société conforme à la morale.

Mais on peut également se demander si un élément de protection des fondements de nos sociétés basées sur l'économie de marché n'est pas à l'origine de cette prohibition. Il se pourrait que le but réel soit d'éviter la mise en marge de la société de personnes qui pourraient être productives. Dans les deux cas, l'effectivité n'est qu'une étape intermédiaire vers un but ultime.

L'effectivité est donc l'effet immédiat désiré qui est un moyen d'atteindre un autre but qui sera, lui, médiat.

Peut-on, cependant, suivre certains auteurs qui affirment, d'une manière générale, que l'effectivité d'une norme est une condition nécessaire mais non suffisante de son efficacité, voyant en elle un élément sans lequel une loi ne pourrait être efficace<sup>(53)</sup> ?

Deux exemples vont nous permettre de démontrer que cette assertion est inexacte.

L'opinion est divisée sur la question de savoir s'il faut ou non maintenir la prohibition de la consommation de cannabis. Les partisans du maintien de l'interdit ont notamment pour argument l'effet symbolique de la prohibition. Prévoir que l'on punira une personne qui a commis un acte de consommation de drogue revient à en signifier le caractère inadmissible à l'ensemble de la société. Dans ce cadre, ce qui est recherché, c'est l'effet symbolique. Sachant que ce sujet est fort controversé, les partisans de la prohibition pourraient se satisfaire de la simple présence du principe dans les textes et ne pas s'élever contre une politique de classements sans suite systématiques. Dans ce cas, l'ineffectivité du texte est patente et peut même être prévue depuis son adoption, mais son efficacité est complète en ce sens que le but fixé est atteint.

On pourrait interpréter de la sorte l'introduction dans notre Constitution du droit à un logement décent qui ne donnera sans doute jamais lieu à une application concrète dans un litige. Nous citerons ici M. Carbonnier : "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.(...) S'il est des règles qui ont dans leur vocation d'être appliquées, et pour lesquelles, partant, l'inapplication peut être présumée échec, il en est d'autres dont la vocation, paradoxalement, est de n'être pas appliquées, à tout le moins de ne l'être pas

53. R. BETTINI, *op.cit.*, p. 220; F. RANGEON, *op.cit.*, p. 130.

constamment, ni jusqu'au bout."<sup>(54)</sup> C'est ainsi que M. Ost a pu écrire que la véritable efficacité du droit est symbolique<sup>(55)</sup>.

Par ailleurs, nous avons fait remarquer que toutes les normes ne peuvent être effectives. Ainsi, les normes performatives ne sont pas concernées par les questions d'effectivité. Par contre, nous l'avons montré, la notion d'efficacité garde quand même un sens pour ces normes. Nous voyons donc encore un exemple de la possible déconnexion de l'efficacité et de l'effectivité.

Il n'en reste pas moins que l'efficacité dépend dans de nombreux cas de l'effectivité. Une deuxième règle doit pourtant être respectée pour que l'effectivité mène à l'efficacité : il faut que l'effectivité soit elle-même un moyen adéquat pour poursuivre le but assigné. Dans ce cas, seront inefficaces : d'une part, les lois incapables d'aboutir à l'effectivité si celle-ci est un moyen adéquat pour atteindre leur but ultime et, d'autre part, les lois dont l'effectivité ne constitue pas un moyen approprié pour atteindre le but ultime qui a été fixé.

Dans les cas d'ineffectivité partielle, on peut introduire une troisième règle qui régit les rapports entre effectivité et efficacité. En effet, si nous avons jusqu'ici envisagé des cas dans lesquels l'ineffectivité de certaines normes est totale, il ne faut pas oublier que, dans la plupart des cas, l'ineffectivité n'est que partielle<sup>(56)</sup>. Or, l'ineffectivité partielle peut être un atout pour l'efficacité d'une règle. C'est-à-dire que l'effectivité de la loi est, dans certaines circonstances, un moyen adéquat pour la poursuite de certains buts. C'est ainsi que le ministère public peut décider de classer sans suite des dossiers concernant des infractions avérées afin de préserver l'efficacité, soit de cette règle, soit du système auquel elle appartient.

Quelle est la conclusion que l'on peut tirer de ces considérations ? Que, s'il peut être indiqué de poursuivre l'effectivité du droit pour accroître son efficacité, on ne peut en faire une règle absolue; et ce d'autant plus que certaines lois doivent rester inefficaces car elles ont été adoptées dans le but de ne produire que des effets symboliques.

54. J. CARBONNIER, *op.cit.*, p. 16.

55. F. OST, *La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ?*, in *RIEJ*, 1984, p. 182.

56. J. CARBONNIER, *op.cit.*, p. 10 & s.

## 2. *Effizienz et efficacité.*

La règle de base des rapports entre les concepts d'effizienz et d'efficacité peut être présentée comme suit : une certaine efficacité de la loi est nécessaire à son effizienz.

L'efficacité est centrée sur la seule question de savoir si le but poursuivi est atteint. Ce qui intéresse, c'est le degré de réalisation du but, c'est-à-dire une mesure par rapport à un idéal. L'effizienz, elle, se préoccupe moins de cette mesure que de son rapport avec le prix consenti pour obtenir les effets considérés. La quantité des effets est prise en considération mais n'est pas un but en soi, ce n'est qu'une étape qui doit mener à une comparaison par rapport au coût des mesures nécessaires à l'obtention de ces effets. Il s'agit donc d'une proportion plus que d'une mesure de quantité.

À coût égal, l'augmentation de l'efficacité des mesures fera grimper l'effizienz, sans pour autant que cela constitue une garantie de totale satisfaction. Une loi qui atteint pleinement ses objectifs sera considérée comme parfaite du point de vue de l'efficacité. Par contre, le coût de la réalisation de ces objectifs est peut-être tellement élevé que le bilan de l'effizienz de la norme sera très mauvais. Il faut tout de même remarquer qu'il le serait encore plus si les mesures étaient inefficaces, c'est-à-dire si elles ne pouvaient mener aux résultats escomptés. En ce sens, on peut dire que l'effizienz est proportionnelle à l'efficacité, sans que l'inverse soit vrai.

L'efficacité n'est pas proportionnelle à l'effizienz parce que, toutes choses égales par ailleurs, une modification de l'effizienz de la norme n'a pas forcément pour effet d'augmenter la proportion dans laquelle les buts sont atteints. En effet, une diminution du coût des mesures n'a pas pour conséquence que celles-ci atteignent mieux leur but alors qu'elle améliore le bilan d'effizienz de la norme<sup>(57)</sup>. Bien entendu, une baisse de coût peut permettre une multiplication des actes d'application, qui entraîneraient à leur tour une hausse de l'efficacité. Cependant, cela dépend d'une décision particulière qui est celle de compenser la baisse des coûts par une hausse de l'activité. Il n'y a donc pas de rapport direct entre les concepts sous cet angle là.

57. Ainsi, faire effectuer les actions de recherche d'usagers de drogues par des agents moins qualifiés et moins payés, donc moins coûteux, peut entraîner une amélioration de l'effizienz de la loi de prohibition si ces agents sont aussi efficaces que les précédents. Il n'y a pas d'augmentation de l'efficacité bien qu'il y en ait une de l'effizienz. Autre chose serait de compenser l'économie par un engagement d'hommes supplémentaires.

On peut également relever qu'une multiplication des actes de mise en œuvre va généralement augmenter l'efficacité générale du système mais pas l'efficacité de chaque mesure.

Nous voyons donc qu'efficacité et efficience sont des concepts distincts mais interdépendants. Décrivant une même situation sous des angles de vue différents, certaines de leurs variables sont identiques et donc ils pourront mener à des bilans parallèles, et ce d'autant plus que l'efficacité est une des variables de l'efficience.

Pour mieux visualiser certaines relations entre ces concepts, nous avons décidé de les représenter sous forme de graphes. L'on peut imaginer différents dessins des courbes figurant l'évolution de l'efficience et de l'efficacité sous l'influence d'un même facteur. Celles-ci ne seront que très rarement parallèles. Nous avons dû choisir un facteur de variation des deux concepts mis en rapport. C'est pourquoi nous nous sommes attachés à la variation des investissements en termes d'actes de mise en œuvre, c'est-à-dire à l'importance des moyens mobilisés pour mettre en œuvre une loi. Il est nécessaire d'examiner cette comparaison sous l'angle d'une loi sujette à des mesures d'application puisqu'il n'est possible, comme nous l'avons déjà dit, de parler d'efficience que s'il est question de mesures d'application. Cela dit, d'autres variables peuvent intervenir et modifier les courbes de ce type de graphe. Il nous a paru particulièrement intéressant de nous centrer sur les mesures d'application puisque le ministère public voit sa tâche centrée sur cette question(58).

58. Nous tenons à faire remarquer que les courbes que nous présentons ici ne sont pas le fruit de recherches empiriques. Elles nous semblent seulement être un moyen commode de représentation des relations entre les concepts que nous étudions.

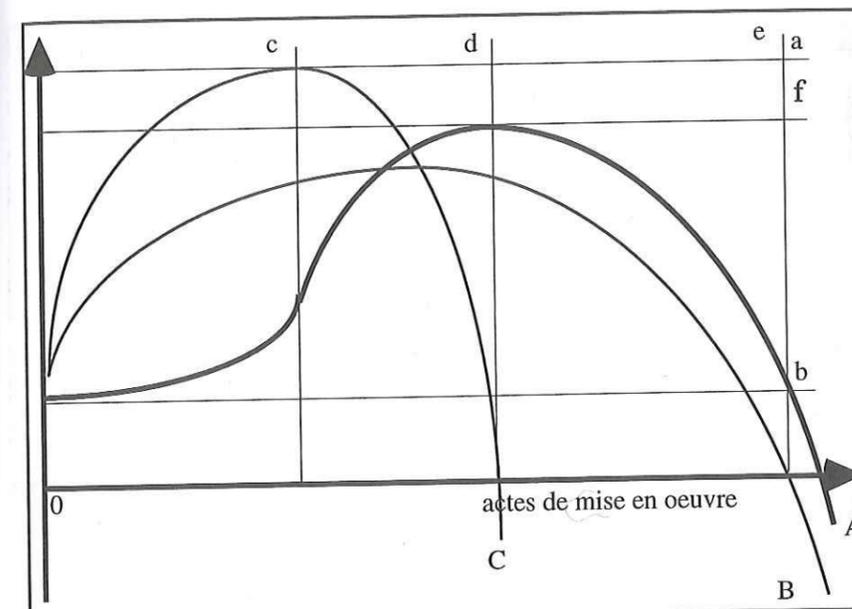


Fig. 1

Légende des deux figures (figure 2 à la page suivante)

A : courbe d'efficacité de la norme(59).

B : courbe d'efficience de la norme(60).

C : courbe d'efficience marginale des actes de mise en œuvre.

a : droite marquant le niveau d'efficience marginale maximale.

b : niveau de l'efficacité initiale de la norme.

c : verticale du point d'efficience marginale maximale et de croissance maximale de l'efficacité.

d : verticale du point d'efficacité maximale et du point d'efficience marginale 0.

e : verticale du point d'efficience 0 et de niveau d'efficacité égal à l'efficacité initiale.

f : droite marquant le niveau d'effet maximal (efficacité maximale)(61).

59. La courbe d'efficacité ne commence pas forcément à zéro en ordonnée et en abscisse. En effet, il se peut qu'une loi soit déjà en partie efficace avant même que ne soit prise la moindre mesure d'application.

60. Les courbes représentant l'efficience ne touchent pas la droite des ordonnées. En effet, il ne pourrait être question de parler de l'efficience de la loi alors que les mesures d'application sont nulles.

61. Il faut remarquer que la limite supérieure d'efficacité d'une norme ne se situe pas forcément à un niveau d'efficacité de cent pour cent.

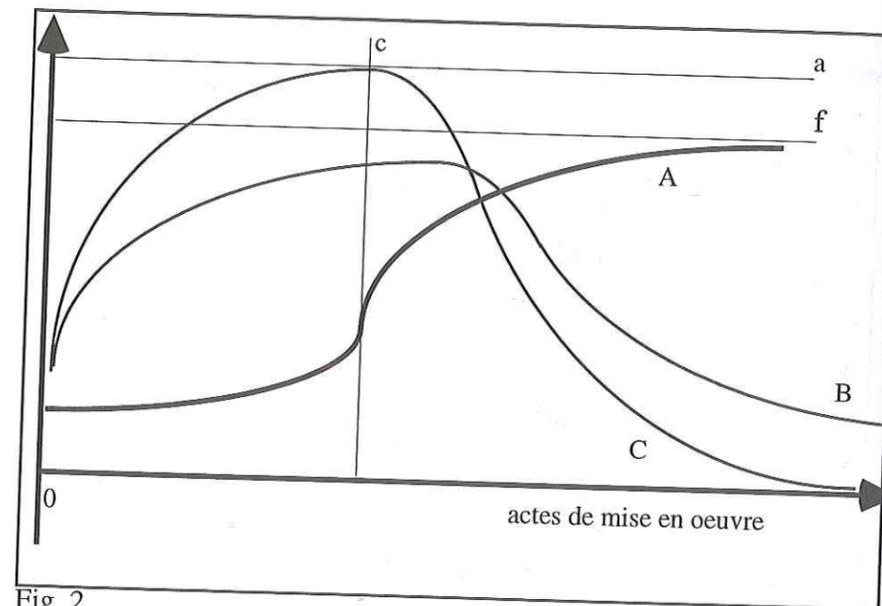


Fig. 2

Les schémas repris ci-dessus représentent deux relations possibles entre efficacité et efficience<sup>(62)</sup>. La droite des abscisses figure la progression des actes de mise en œuvre. Le cas illustré est celui, relativement simple, où un seul type de mesure de mise en œuvre est utilisé. Si plusieurs types de mesures viennent à se combiner, il est évident que la représentation des relations entre efficacité et efficience se complexifie puisqu'il faut croiser les résultats de chaque mesure et également se pencher sur leur influence réciproque en fonction des proportions de moyens qui leur sont consacrés. La droite des ordonnées représente ou bien le degré de réalisation des objectifs ultimes de la norme pour ce qui est de la mesure de l'efficacité, ou bien l'efficience elle-même pour les courbes qui la concernent.

Dans ces schémas s'entrecroisent ou se superposent trois courbes représentant l'efficacité de la norme, son efficience et l'efficience marginale des actes de mise en œuvre, ce qui représente

62. Il ne s'agit pas de schémas qui découlent d'observations, mais plutôt de courbes-types destinées à mettre en valeur les relations existant entre les différents concepts qui interviennent.

l'efficience de chaque acte de mise en œuvre qui serait ajouté au point où l'on se trouve<sup>(63)</sup>.

La figure 1 représente le cas dans lequel, après une phase de croissance de l'efficacité de la loi, sous l'influence bénéfique des mesures de mise en œuvre, celle-ci se met à décroître pour finir par être nulle, voire négative (production d'effets contraires). La figure 2 représente un cas sensiblement différent dans lequel les mesures de mise en œuvre n'entraînent à aucun moment une baisse de l'efficacité de la norme, mais coûtent de plus en plus cher au fur et à mesure de l'augmentation de leur nombre, pour un gain d'efficacité réduit.

La représentation que nous faisons pourrait s'appliquer à une analyse de la loi sur la prohibition de la consommation du cannabis. C'est donc l'exemple que nous reprendrons encore ici, supposant et simplifiant les caractéristiques de la loi. Dans le cadre de cet exemple, deux hypothèses sont envisageables, chacune correspondant à l'un des schémas repris ci-dessus.

Nous pouvons traiter de la première partie des deux schémas en même temps, la seule différence étant que, dans la figure 2, les deux courbes d'efficience ne sont pas distinctes. Le point de départ est l'adoption de la loi. À ce stade, aucun acte de mise en œuvre n'a encore pris place. La loi jouit d'une certaine efficacité par rapport à son but qui est d'éviter la consommation de cannabis afin de satisfaire à des exigences morales. En effet, l'interdit en soi provoque une modification des représentations symboliques des citoyens, qui ont tendance à réduire ou à stopper leur consommation. Des mesures de mise en œuvre vont être appliquées, qui consistent en des affectations de policiers à la lutte contre la consommation de cannabis (contrôles aux frontières, fouilles et perquisitions, tests sanguins sur des conducteurs...). Pendant un certain temps, l'efficience globale et marginale de la loi vont augmenter. L'efficience marginale, du fait de la multiplication des policiers engagés dans les opérations concernées, va augmenter. C'est logique dans la mesure où le premier policier engagé ne peut que difficilement engranger des résultats probants. Chaque ajout d'un agent va, dans ce cadre, provoquer une augmentation de l'efficience globale supérieure à celle qui était le fait du policier l'ayant précédé. Cette augmentation va avoir lieu jusqu'à

63. Pour prendre un exemple simpliste : la question est de savoir quelle efficience a l'agent de police supplémentaire que l'on affecte à la lutte antidrogues, étant entendu que cette efficience ne sera pas la même s'il s'agit du premier, du millièmè ou du dix millièmè affecté à cette tâche.

un point idéal auquel l'ajout de policiers supplémentaire va provoquer progressivement moins de gains. Cependant, si les gains supplémentaires sont en baisse par nouvelle unité policière, cela n'empêche que l'augmentation des effectifs continue à être bénéfique.

Pour la suite de notre analyse, il nous faut distinguer les deux schémas. Le premier représente une situation dans laquelle les mesures de mise en œuvre vont progressivement perdre de leur efficacité pour finir par être contre-productives. Ainsi, l'on peut imaginer que l'omniprésence policière dans le cadre de la répression de la consommation du cannabis entraîne progressivement des envies de révolte et de rejet du système aboutissant à une recrudescence de la consommation. Ou encore pourrait-on imaginer que les consommateurs habituels étant dissuadés de consommer, d'autres "clients" viendraient à s'intéresser au cannabis en tant qu'il deviendrait un symbole de résistance face à l'État, de courage... parmi une population jeune et instable. Au moment où les aspects négatifs des nouveaux actes de mise en œuvre deviennent plus importants que les gains, la courbe de l'efficacité marginale passe sous le zéro pour devenir négative. Chaque acte supplémentaire de mise en œuvre provoque une perte. Cette perte n'est pas suffisamment importante pour que l'ensemble des mesures de mise en œuvre doivent être jugées comme néfastes mais, dès ce moment, l'efficacité de la norme va commencer à décliner. On voit donc ici clairement le rapport qui existe, dans ce cas de figure, entre l'efficacité et l'efficacité. Suite à l'accumulation de mesures contre-productives, l'appréciation globale du système d'application peut devenir négative. L'efficacité globale va donc devenir négative, et ce au moment où le niveau d'efficacité de la norme, telle qu'appliquée, va passer sous celui qui était le sien alors qu'aucun acte de mise en œuvre n'avait encore été posé. Cette situation illustre le fait que, dans certains cas, il est important de ne pas dépasser la mesure en termes d'actes de mise en œuvre. Il est possible que l'insistance exagérée sur cet aspect des choses ou sur certains types d'actes entraîne des effets totalement inverses à ceux qui sont désirés.

Mais un autre cas de figure peut se présenter : celui où les actes de mise en œuvre n'entraînent pas de contre-effets. Dans ce cas, il n'est pas question d'une diminution de l'efficacité des mesures. Cependant, logiquement, plus on s'approche du niveau d'efficacité maximale d'une loi, plus il devient difficile de gagner du terrain. Dans le cas de la prohibition du cannabis, si, dans un premier temps, les filières d'approvisionnement sont artisanales et faciles à démanteler, il

est évident que les progrès en termes d'efficacité seront grands. L'efficacité sera alors importante puisqu'un investissement relativement faible permettra des progrès conséquents. Cependant, après un certain moment, il va devenir de plus en plus pénible d'engranger des progrès. La traque des derniers consommateurs de cannabis, plus prudents, plus disséminés, plus difficiles à repérer parce que ne faisant pas partie des groupes sociaux habituellement concernés par le contrôle policier, va s'avérer de plus en plus coûteuse. Ainsi, sans que les mesures supplémentaires qui sont prises ne deviennent contre-productives, va-t-on voir l'efficacité marginale et, à sa suite, l'efficacité globale, diminuer sensiblement; alors que l'efficacité augmentera de plus en plus lentement. Les deux courbes d'efficacité tendront vers zéro, et celle d'efficacité rejoindra à l'infini la droite d'efficacité maximale. Remarquons enfin qu'une rupture peut se produire et que les mesures peuvent devenir contre-productives à un moment donné, entraînant une diminution de l'efficacité et un passage sous zéro des courbes d'efficacité. On revient alors au cas de figure présenté en premier lieu.

### 3. Effets et efficacité.

Effets et efficacité sont deux caractéristiques du droit qui sont interdépendantes.

Les rapports entre ces concepts sont fonction de la définition de l'efficacité que nous avons donnée ci-dessus. En effet, l'efficacité est une mesure du rapport coût-bénéfice de l'application d'une loi. Pour pouvoir déterminer ce rapport, il importe de connaître les effets d'une loi. Il s'agit de déterminer quelles sont les conséquences de l'application de la loi pour déterminer quels sont les bénéfices engrangés. L'ensemble des effets du droit - ou une partie sélectionnée d'entre eux - sont donc une variable de l'efficacité.

Ce raisonnement est valable pour les effets ordinaires comme pour l'efficacité. Il est possible de calculer l'efficacité d'une mesure en la mettant en balance avec les gains d'efficacité qui sont engrangés.

### Conclusions. Pour en revenir à la validité.

Il nous faut, pour conclure, revenir à notre point de départ et nous interroger sur le sens que nous pouvons donner aux présentes réflexions dans le cadre d'une analyse de la validité du droit.

Il est évident qu'il ne s'agit ici que d'ouvrir des pistes qui pourraient faire progresser l'analyse d'une problématique qui a certainement encore de beaux jours devant elle.

Il nous semble que ce qui se dessine, c'est une évolution du système triangulé légitimité-légalité-effectivité. Comme chacun le sait, le pôle de l'effectivité est issu d'un intérêt pour les rapports entre le droit et la réalité. Il est en effet apparu qu'on ne pouvait faire l'économie de ce questionnement si l'on veut étudier la validité dans l'ensemble de ses aspects. Nous n'entendons pas remettre en question cette ouverture de la validité; bien au contraire, il s'agit d'aller dans le même sens tout en cherchant à approfondir le potentiel de la démarche.

Il nous paraît donc judicieux de ne pas limiter la question des relations du droit avec la réalité sociale au seul concept d'effectivité. D'une part, parce qu'il ne s'agit pas là du seul type d'effet que le droit peut avoir; d'autre part, parce que certains modes d'évaluation de ces effets nous semblent essentiels pour étudier ces rapports.

Nous suggérons donc d'étudier la validité du droit en y intégrant la notion d'effet du droit plutôt que celle d'effectivité.

Cette façon d'envisager la validité présente certaines vertus. En premier lieu, elle permet de mieux rendre compte des rapports variables que le droit entretient avec l'effectivité. Ainsi, en questionnant le droit dans ses relations avec la notion d'efficacité, perçoit-on que l'effectivité ne participe pas de son essence et, surtout, ne doit pas participer d'elle.

Une deuxième vertu de cette présentation de la validité juridique est de mettre en lumière de manière évidente la solidarité non seulement statique mais aussi dynamique des différents pôles qui la composent. Expliquons-nous : les trois pôles de la validité juridique sont statiquement interdépendants. En effet, il est impossible de juger de la validité d'une norme à un moment donné si l'on n'examine pas chacun de ces pôles en tant qu'il constitue l'un des aspects du droit. Mais, par ailleurs, il est évident que la validité du droit est tout sauf un phénomène statique. Une règle illégitime hier peut être légitime demain, une norme illégale peut se voir consacrée selon les formes idoines, voire, une norme parfaitement valide depuis des décennies peut voir sa légalité remise en cause par le fait d'un contrôle constitutionnel(64). Dans cette perspective, il est intéressant de

64. Nous pensons ici par exemple au cas dans lequel une disposition du Code civil est remise en question par la Cour d'Arbitrage à la faveur d'une

disposer, pour étudier la validité des normes, de concepts plus détaillés que celui d'effectivité.

Par exemple, il nous semble qu'un rapport fort existe entre efficacité et efficience d'une part, et légitimité d'autre part(65). À un point tel qu'il n'est pas possible d'étudier les uns sans se préoccuper de l'autre et inversement. En effet, dans nos sociétés, la loi est de plus en plus conçue sous un jour instrumental de manière telle qu'efficacité et efficience sont devenues de puissants instruments de légitimation de la loi(66). Une loi ne pouvant faire preuve de sa performance dans le réel - et le plus souvent s'agira-t-il d'une performance concrète - ou s'avérant particulièrement dispendieuse en regard des avantages qu'elle procure sera rapidement remise en question et considérée comme illégitime. Dans ce cadre, aussi bien d'une manière statique que dynamique, l'efficacité peut aider à comprendre les relations qui existent entre les différents pôles de la validité.

Les rapports entre les différents principes en jeu nous montrent donc combien la dimension axiologique d'une loi est - de plus en plus - tributaire de ses performances dans la réalité sociologique. La notion d'effet, dans ce contexte, nous permet d'élargir notre vision du phénomène juridique et de la mettre en phase avec les réalités actuelles. Sans l'intégration de concepts plus pointus que la seule effectivité, il serait impossible de rendre compte de manière complète et satisfaisante des phénomènes que nous venons de décrire.

D'autres exemples pourraient être évoqués, comme celui de la relation entre l'efficience et la légalité dans le choix de l'instrument

question préjudicielle; ou même à l'illégalité future, annoncée par la Cour d'Arbitrage, de la distinction ouvrier/employé dans la loi belge du 3 juillet 1978 (C.A., arrêt 56/93, 8 juillet 93 (*Mon. b.*, 27 août 1993); *Journ.Proc.*, 1993, n° 235, p. 15 et 16 et obs. P. DE KEYSER, *Ouvrier et employé : une distinction contraire au principe d'égalité*).

65. R. BETTINI, *op.cit.*, p. 220.

66. Un exemple frappant de ce fait est le débat sur la peine de mort. Cette institution bénéficie encore d'un fort capital de légitimité parmi les populations occidentales. Or, il est intéressant de constater que l'inefficacité de cette peine est un des meilleurs arguments en sa défaveur. En effet, il ne semble pas que l'opinion considère le fait d'attenter à la vie de quelqu'un comme axiologiquement inadmissible *si cela peut servir à lutter contre la criminalité*. On comprend donc ici l'importance des études d'impact de la loi.

juridique de gouvernement, mais nous ne disposons pas ici de la place pour ce faire.

La validité nous semble donc être, à l'issue de ce travail, plus complexe, mais également plus fidèle à la réalité.

#### Bibliographie

- AARNIO, A., *On the Validity, Efficacy, and Acceptability of Legal Norms*, in *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilma Tammelo*, Berlin, Dunker & Humblot, 1984, p. 427 à 437.
- AMSELEK, P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1964
- AMSELEK, P., *Philosophie du droit et théorie des actes de langage*, in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P. Amselek (dir.), Paris, P.U.F., 1986, p.109 à 163.
- BETTINI, R., v° *Efficacité*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.
- BLANKENBURG, E., *La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre. (Le concept "d'implémentation")*, in *Droit et société*, 1986, p. 59 à 75.
- BOBBIO, N., *Sur le principe de légitimité*, in *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n°7, Paris, P.U.F., 1967, p. 47 à 60.
- CARBONNIER, J., *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in *L'année sociologique.*, 1957, p. 3 à 17.
- DEMERS, V., *Analyse critique de la notion d'effectivité du droit et illustration empirique d'une norme juridique.*, documents photocopiés, Montréal, 1994.
- FRIEDMAN, L.M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, p. 67 et s.
- GUIBENTIF, P., *Les effets du droit comme objet de la sociologie juridique. Réflexions méthodologiques et perspectives de recherche.*, Travail CETEL n°8, Genève, Université de Genève, CETEL, 1979.
- JEAMMAUD, A. et SERVERIN, E., *Évaluer le droit*, in *Recueil Dalloz - Sirey*, 1992, Chron., p. 263 à 268.
- JEAMMAUD, A., *La règle de droit comme modèle.*, in *Recueil Dalloz - Sirey*, 1990, Chron., p. 199 à 210.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit.*, Paris, Dalloz, 1962.

Lascoumes, P., v° *Effectivité*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit.*, Paris, LGDJ, 1993, p. 219

OST, F. et van de KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit.*, Bruxelles, FUSL, 1987.

OST, F., *La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ?*, in *RIEJ*, 1984, p. 163 à 192.

PERRIN, J-F, *Introduction à la sociologie du droit privé.*, Travail CETEL n° 31, Genève, Université de Genève, CETEL, 1988.

RANGEON, F., *Réflexions sur l'effectivité du droit*, in *Les usages sociaux du droit.*, Paris, P.U.F., 1989, p. 126 à 149.

UUSITALO, L., *Efficiency and Legitimation : Criteria for the Evaluation of Norms*, in *Ratio Juris*, 1989, p. 194 à 201.