



HAL
open science

Propos conclusifs

Jean-Sylvestre Bergé

► **To cite this version:**

| Jean-Sylvestre Bergé. Propos conclusifs. Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.2923 . hal-03611755

HAL Id: hal-03611755

<https://hal.science/hal-03611755>

Submitted on 17 Mar 2022

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Propos conclusifs

in F. MECHBAL et V. MOREAU (dir.), *L'efficacité du droit et des politiques publiques*,
Université Côte d'Azur, 2022

JEAN-SYLVESTRE BERGE

Professeur

CNRS GREDEG

Université Côte d'Azur

Il y a quelques dizaines d'années, peut-être de cela 20 ou 30 ans, on aurait annoncé un colloque sur l'efficacité du droit et vous auriez eu une discussion sur : « est-ce que le droit (et dans une moindre mesure les politiques publiques) a besoin d'être efficace pour justifier de son existence ? ».

Dire que l'on veut que le droit soit efficace, c'est le faire entrer dans un registre fonctionnel. Vous avez à peu près tous dit que l'efficacité était la satisfaction d'un but, d'un effet qui était recherché. Cela veut dire que vous logez sans difficulté le droit dans une perspective finaliste avec son lot d'approches téléologiques.

Mais comment évalue-t-on l'efficacité du droit ? C'est là qu'arrive le chiffre bien sûr. C'est l'approche quantitative qui va permettre dire si le droit est qualitativement efficace ou non. On va ainsi compter et mettre le droit sous logique comptable. On assisterait alors à la dépossession des juristes de leur objet

d'étude. C'est pourquoi l'efficacité du droit est souvent prise avec une certaine circonspection par notre communauté scientifique.

Mais vous, vous avez décidé de vous y atteler sans retenue et c'est tout à votre honneur ! Il n'y a pas de honte ou de gêne à poser des questions difficiles, spécialement quand elles nous conduisent, nous juristes, à sortir de notre zone de confort, c'est-à-dire du droit.

La chose qui me frappe en vous écoutant, c'est que vous avez tous, à votre manière, pris la question « avec quoi doit-on faire de l'efficacité ? » sous l'angle de ce que j'appellerais « la complexité ». Vous avez choisi des objets complexes, c'est-à-dire que vous êtes allés chercher l'efficacité, non pas dans des choses simples qui sont naturellement efficaces, mais dans la complexité, qui pose avec une acuité particulière la question de l'efficacité.

Alors qu'est-ce que l'on peut entendre par complexité ? Quand vous parlez de concilier des intérêts divergents, c'est de la complexité. Quand vous envisagez la justice fractionnée territorialement qui n'est pas capable de se déployer sur tous les territoires, c'est de la complexité. Quand vous analysez les processus d'éloignement du territoire européen, c'est un sujet d'une grande complexité. Il en va de même quand vous évoquez le prisme des crises ou encore l'importante question des sanctions, décortiquée par vos soins en matière d'arbitrage, de bonne foi contractuelle et de pratiques anticoncurrentielles.

J'ai essayé de nommer cette complexité. Je propose de choisir un mot que j'aime bien : « altérité ». Accepter comme juriste l'altérité, c'est être capable de travailler avec l'autre, c'est-à-dire avec quelque chose qui est différent et qui nous oblige à nous déporter.

Qu'en est-il dans vos contributions ? Vous avez envisagé la conciliation « d'intérêts publics et privés », les modes « alternatifs » de règlement des différends, le sort de « l'étranger », des rapports entre « droit bancaire et droits fondamentaux », la dialectique « arbitrage-sanction », le tandem improbable « sanction-bonne foi » et pour finir la sanction qui questionne « l'inefficacité » du droit de la concurrence, parce que si le droit était vraiment

efficace, on n'aurait pas besoin de le sanctionner comme le disait Kelsen et cela a été rappelé.

Autre interrogation : pourquoi parle-t-on d'efficacité du droit ? A la lumière de vos exposés, je crois que l'on peut distinguer 3 entrées.

La première entrée est ce que l'on pourrait appeler l'efficacité du droit pour le droit. C'est l'entrée la plus générale : le droit doit être efficace parce qu'il est le droit. Si l'on dit cela, le problème c'est que l'on ne dit rien, parce que l'on ne sait pas ce qu'est l'efficacité du droit pour le droit. Alors bien sûr, on peut y croire de manière un peu naïve pour ne pas dire tautologique. Sans doute en avons-nous besoin comme juristes. Mais il faut aussi comprendre que l'assertion est limitée et que les analyses doivent être prolongées.

C'est ce que vous avez fait avec la deuxième entrée en distinguant l'efficacité du droit comme satisfaction du législateur et comme satisfaction des usagers. Là je serai assez critique.

Pour le législateur, l'idée que l'on ait à le satisfaire par une efficacité donnée à ses énoncés est tout de même curieuse. Toute œuvre échappe à son créateur. Ce n'est pas moi qui le dis, mais Carbonnier. Le législateur produit quelque chose à un moment donné, il le fait pour des raisons plus ou moins bonnes, souvent il ne sait même pas pourquoi il le fait ou il ne le sait pas vraiment, donc on ne peut pas dire que sa satisfaction soit un critère déterminant. Le droit vit, il vit avec son interprétation et très souvent l'interprète vole à son auteur sa création, puisqu'il fait dire au droit des choses tout à fait différentes de ce que le créateur du droit, en l'occurrence le législateur, avait ou aurait voulu lui faire dire au départ. Donc personnellement, je doute que la volonté du législateur puisse être la matrice de l'efficacité du droit.

Pour les usagers, c'est encore plus discutable. Si l'efficacité du droit, c'est la satisfaction des usagers alors on a de grosses difficultés. Qu'est-ce que l'on fait quand les usagers ont des intérêts contraires ? Dire qu'un mode de règlement des différends est là pour satisfaire les usagers, c'est mission impossible,

puisque en bonne logique, il y en aura toujours un qui sera content et l'autre qui ne le sera pas. Bien sûr, on peut essayer d'œuvrer à ce que le droit, et en l'occurrence la justice, ne fasse pas que des mécontents ! Mais il est difficile d'en faire la boussole de l'efficacité du droit.

La troisième entrée concerne le thème de la sanction. Quand on parle de l'efficacité du droit, on parle au fond de l'efficacité de la sanction. En ce domaine, vous avez montré que le relativisme était de mise et je ne peux que vous approuver. L'efficacité du droit se nourrit d'une pluralité de formes de sanctions et d'agents sanctionneurs, parce qu'il n'existe pas de sanction idéale pour le droit. Si l'on insiste beaucoup sur la sanction, c'est, comme il a été dit plus haut, que l'on a manqué l'objectif de poser un droit qui s'imposerait de lui-même, sans sanction. Donc on voit bien que cette question autour de l'efficacité de la sanction soulève une pluralité de réponses, toutes aussi relatives les unes que les autres.

Pour terminer, je voudrais essayer de faire passer un message.

Quand vous parlez d'efficacité du droit, vous vous interrogez au fond sur la manière de comprendre vos différents objets juridiques. Vous vous posez ainsi des questions épistémologiques, ce qui est absolument essentiel.

A travers la question de l'efficacité du droit, vous vous interrogez sur le droit lui-même, sa signification et ses limites. Au fond, vous vous demandez **de quel droit** vous entendez parler :

- quel droit de l'urbanisme ?
- quel droit des étrangers ?
- quel droit des noms de domaine ?
- quel droit bancaire ?
- quel droit de l'arbitrage ?
- quel droit de la bonne foi contractuelle ?
- quel droit de la concurrence ?

Ces questionnements sont les plus intéressants qui soient en sciences juridiques (et politiques dont il a été peu question ici). Et je n'ai qu'un conseil à vous donner : ne les perdez jamais de vue !

Je vous remercie.