Légalité et légitimité
Etude conceptuelle (2)

III. ORDRE JURIDIQUE (LEGALITE) ET LEGITIMATION DU SOUVERAIN CHEZ CARL SCHMITT.

III.1. Ordre légal et politique.

Nos Etats démocratiques ont connu en tous cas une augmentation considérable de l'appareil législatif, et nos vies semblent étroitement encadrées par un cadre normatif plus ou moins précis, sans que l'on comprenne toujours ce qui légitime une telle activité normative. Certes, la loi apparaît toujours comme l'expression de la volonté générale, et de la souveraineté du peuple. Comme l'écrit Carl Schmitt en 1932 dans Légalité et légitimité :

> **« L'Etat législateur témoigne d'une conception politique particulière ; selon cette conception, ce sont des normes qui expriment le plus particulièrement possible la volonté générale, sans qu'il y ait lieu de la discuter ; ces normes veulent être le droit et doivent en conséquence s'attribuer certaines propriétés en vertu desquelles toutes les affaires du domaine public peuvent leur être soumises…. L'Etat législateur est dominé par des normes impersonnelles et par là générales, déterminées d'avance et prétendant de cette façon être durables… Ce ne sont plus ni des hommes, ni des magistrats, ni des autorités qui commandent en souverain, mais des lois… »**
>
> **Du Politique**

Pour Schmitt, l'Etat législateur que nous connaissons, avec le Parlement comme souce du droit et comme expression de la souveraineté populaire, repose sur une codification toujours plus complète et va chercher sa justification dans le principe de la conformité aux lois. Le système de la légalité qu'est l'Etat se présente ainsi comme Etat de droit, Etat où le Droit triomphe et où le règne de la Loi est sans partage.

On pourrait a priori penser que c'est là une grande victoire de la raison, dès lors qu'il vaut mieux être gouverné par des Lois que par des hommes ; Xénophon n'opposait-il pas ainsi le monde des Barbares, où règnent les rois, à la polis ou à la civilisation grecque, où règne la Loi (Cf. Léo Strauss, De la Tyrannie) ? Mais le problème se complique dès lors que le système légal étatique n'est pas tant justifiée par une véritable justice qu'il n'exprime en réalité les rapports de force que connaît une société. En somme, derrière la légalité formelle qui prétend régir une société, se dissimule des forces politiques concrètes ; et prétendant expulser la possibilité de politiques ou de conduites injustes, l'Etat de droit ne fait peut être qu'affirmer, sous la proclamation du règne de la justice, la position dominante

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

Culture Générale

Légalité et légitimité

de certains groupes d'intérêts. Pire : la position dominante de ces groupes d'intérêts se trouve camouflée par l'Etat de Droit sous le vernis du règne abstrait de la Justice ou de la Loi. Comme l'écrit toujours Carl Schmitt dans Légalité et légitimité :

> **« La prime politique, destinée au détenteur légal de la puissace publique, est constituée par les trois avantages suivants : pouvoir d'appréciation, présomption légale, et caractère immédiatement exécutoire. Mais son principal avantage est encore d'offrir l'usage des pleins pouvoirs, attachés à l'état d'exception. Elle donne en outre au parti régnant non seulement les moyens de s'emparer du butin, des dépouilles de l'adversaire battu, mais elle lui assure encore, grâce aux droits d'imposition et de taxation, la libre disposition de tous les revenus privés… »**
>
> **Du Politique**

L' Etat de Droit se présente ainsi comme la réalisation impersonnelle du droit, alors qu'il n'est en fait que l'expression d'un rapport de forces politiques. Pour Schmitt, il est chimérique de croire qu'un cadre juridique puisse encadrer le jeu politique de la société et des sociétés, puisque « le concept d'Etat présuppose le concept de politique » (La Notion de politique). L'Etat de Droit n'exprime pas tant la justice (où un jeu politique « courtois » pourrait avoir lieu) qu'un certain rapport de force et de domination –un rapport politique- , ou en tous cas, l'expression à un moment donné d'une société ou d'un peuple. Ce n'est pas la justice qui descend sur terre dans le système légal de l'Etat de Droit, comme si l'Etat de Droit était légitime parce que fondé sur le respect de la Loi qu'il formule, mais l'Etat de Droit, comme tout Etat, est « un mode d'existence spécifique d'un peuple, celui qui fait loi aux moments décisifs, constituant ainsi, en regard des multiples statut imaginables, le Statut par excellence » (La Notion de Politique). La légalité de l'Etat a besoin d'une légitimité, et cette légitimité ne peut consister dans le simple rappel des vertus de la Loi présente: mieux vaut une loi, ou des lois, que pas de loi du tout, ou que l'arbitraire d'un prince ou d'un Dictateur….Pour se faire obéir, l'Etat de Droit est forcé de jouer le jeu de la politique, de la puissance et de la domination, comme les autres régimes ; et s'il refuse de jouer ce jeu, confiant qu'il est dans la force de sa seule légalité, il est incroyablement fragilisé en croyant que sa légitimité est incontestable, alors qu'elle n'apparaît à ses adversaires que comme une fiction juridique. Ainsi pour Schmitt, en 1932, la république de Weimar, Etat législateur et parlementaire, était condamné à se faire renverser par les forces extrémistes, communistes ou nazis, si elle n'assumait pas la lutte politique contre ses adversaires, et leur exclusion de la sphère publique. Il ne suffit pas de dire que le régime est légitime parce qu'il respecte la Loi, il faut défendre la Loi qui légitime le régime contre ceux qui ne la reconnaissent pas (en 1932, Schmitt défendait la république de Weimar contre le nazisme, avant de se rallier honteusement à Hitler en 1933…)En somme, il faut exercer une puissance de fait pour faire respecter la puissance du droit, car seule cette puissance de fait donne la force au droit, et transforme la légitimité abstraite de la loi en réalité concrète. Comme l'écrivait Hobbes, «pouvoir sans sabre n'est que palabre » .Pour imposer la légitimité de son système légal, l'Etat doit parfois sortir des cadres du Droit qui le légitime, et décider d'un état ou d'une situation d'exception, où le droit ne s'applique plus ; mais le pouvoir discrétionnaire ainsi exercé n'est pas de l'arbitraire, ou de la tyrannie, car il n'est

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

exercé qu' afin que le Droit puisse s'appliquer. Par exemple, l'Etat est parfois contraint de lutter contre ses adversaires hors du cadre légal –ou d'exclure ses adversaires du jeu politique légal (comme interdire un parti politique)-, pour que ce cadre légal puisse continuer d'exister. Or fixer ce cadre légal, et être susceptible d'en sortir (de décider d'un état d'exception) pour éventuellement le défendre ou le réformer, c'est précisément ce à quoi l'on reconnaît le Souverain, celui qui a à la fois le pouvoir juridique (qui fixe la légalité) et le pouvoir effectif (la capacité à faire exister la légalité).

« Est souverain celui qui décide de la situation d'exception…Le cas d'exception, le cas non défini dans l'ordre juridique en vigueur, peut tout au plus être désigné comme cas d'extrême nécessité, comme menace contre l'existence de l'Etat…Lorsque des conflits éclatent au sein de l'Etat, chaque parti ne désire naturellement que le bien commun, mais la souveraineté, et donc l'Etat lui même, consiste à trancher le conflit, donc à décider une fois pour toutes ce que sont l'ordre et la sûreté publique, quand ils sont remis en cause, etc…Même l'ordre juridique repose, à l'instar de tout ordre, sur une décision et non sur une norme. » (Théologie politique)

III.2. Logique juridique (hierarchie des normes) ou logique politique ?

On dira certes que la capacité à faire exister la légalité n'est pas la légitimité, et que c'en est même le contraire, en ce sens qu'une telle capacité distingue un pouvoir de fait [« la force de faire appliquer la loi »] de la légitimité véritable qui peut n'avoir aucune force pour elle, ou qui a simplement son «bon droit ». Si le Général de Gaulle était légitime sous l'Occupation, il n'avait pas le pouvoir de faire la Loi qu'avait le régime de Vichy. Aussi la légitimité est-elle très différente de cette capacité à imposer un système légal, en jouissant seul du privilège d'en sortir (en décidant d'un état d'exception). Pourtant, la légitimité se présente aussi comme la force ou la puissance au nom de laquelle la loi doit s'imposer, indépendamment de savoir si de fait la loi s'imposera, ou sera appliquée. Mais à la puissance de fait qui fait respecter la loi, et qui caractérise le Souverain, s'oppose la prétention même de la loi à s'imposer, parce qu'elle est juste (justifiée par la raison, l'histoire, la nature des choses…), même si aucun souverain n'est assez fort pour la faire respecter, ou assez judicieux pour la mettre au jour.

La position de Schmitt est cependant intéressante, parce qu'elle permet de distinguer le problème de la capacité juridique à faire la loi (la souveraineté) de la légitimité de ce pouvoir normatif (ce qui fait que la loi est juste). Le système légal le plus juste, comme le plus injuste, repose finalement sur une décision réelle ou possible par laquelle le Souverain décide de ce qui est dans la loi ou hors la loi, loin cependant que la loi, même juste, ne puisse se suffire à elle-même, ou trouver dans un ordre juridique supérieur de quoi être légitimée. Selon cette dernière thèse, loin que l'ordre normatif soit fondée in fine sur un pouvoir discrétionnaire, ou sur l'arbitraire du Souverain (Roi peuple, dictateur, parti au pouvoir, etc.), chaque loi du système légal se justifie par une loi plus fondamentale du même système : par exemple, l'interdiction du meurtre [norme1 : respecte la vie humaine]

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

Culture Générale

Légalité et légitimité

interdit aussi le suicide [norme 2 : respecte la vie humaine en toi-même et en ton corps]. Ainsi, dans un système légal donné, il y a comme une « hiérarchie des normes », comme l'écrivait le grand philosophe et juriste Hans Kelsen, les normes les plus essentielles garantissant la validité des normes apparemment moins importantes. Ainsi, les lois constitutionnelles (dont traite le Droit constitutionnel) sont-elles en France plus fondamentales, d'un point de vue juridique, que les règlements administratifs (objet du droit public) ou les contrats de droit privé. On peut donc étudier un système légal pour voir comment il fonctionne concrètement, ou comment telle loi trouve sa place dans ce système légal, c'est-à-dire encore comment son existence est justifiée ou légitimée (ou non) par les autres normes du système. Le positivisme juridique consiste ainsi à étudier un système légal en lui-même, à comprendre comment telle norme est légitimée dans ce système (ou « juste »), indépendamment ce qui justifie éventuellement la totalité du système : conformité avec une Justice divine, ou avec le « droit naturel », ou avec l'histoire d'un peuple, ou avec la volonté populaire, etc. Ce qui légitime une norme, c'est –dans un système légal donné- les autres normes auxquelles celle-ci s'articule. C'est donc à cette thèse (« positiviste ») que s'oppose Schmitt lorsqu'il prétend que l'ordre juridique ne repose pas sur une norme, mais sur une décision. La légalité n'est pas un système où tout serait légitimé dans le détail (telle loi par rapport à telle loi), et où rien d'extérieur à l'ordre juridique ne légitimerait l'ensemble ; l'ordre juridique n'est pas davantage quelque chose qui puisse se suffire à lui-même, comme s'il suffisait de faire la plus belle constitution du monde (la plus logique ou la plus élégante) pour se prémunir des coups d'Etats (Schmitt a bien vu que la Constitution de Weimar, juridiquement remarquable, était fragile en face des mouvements politiques nazis et communistes) ; mais l'ordre juridique repose sur une décision politique, qui engage une certaine vision du monde (ne serai-ce que le fait de savoir qui sont mes ennemis qui ne veulent pas de ma Loi), et qui prétend légitimer la légalité elle-même. En ce sens, on voit bien que ce dont Schmitt parle, ce n'est donc pas seulement (comme nous le disions trop vite) du simple pouvoir de faire respecter la loi (ce qui assure l'efficacité de la norme, ou la force du Souverain), mais bien de la prétention de la loi à être juste (ce qui assure la validité de la norme ou le fait que le Souverain se pose comme Souverain, ou se légitime dans son rôle en disant où le droit commence et où il finit).

IV. VALIDITE DE LA NORME ET RAISON DE LA LOI CHEZ KELSEN.

IV.1. L'Ordre légal positif.

Pour Kelsen, au contraire, et selon sa théorie de « la hiérarchie des normes », une norme (tu ne tueras pas, par exemple), peut être valide sans être respectée, c'est-à-dire légale (c'est la loi : le meurtre est interdit), même si des assassins existent, et légitime (selon la conception politique, religieuse ou morale que je me fais du caractère sacré de la vie humaine). L''efficacité d'une loi (question de fait) n'a rien à voir avec sa validité (question de droit). La validité d'une norme est pour la volonté du législateur, ce que la vérité d'un énoncé est pour l'entendement. Lorsque le législateur veut, il produit des normes (la

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

normativité est le mode intentionnel de la volonté, comme la signification est le mode intentionnel de l'intelligence). Certes, l'on ne peut vouloir que ce que l'on connaît ; mais ce que l'on connaît n'est pas ce que l'on veut, et le juriste doit étudier les normes, les significations d'acte de volonté. Peu importe les raisons qui ont poussé le législateur à vouloir ceci et non cela (interdire le meurtre au lieu de le permettre), c'est la validité de cette norme (la signification de cet acte de volonté dans le système des autres actes de volonté) que le juriste doit étudier (comme on étudie la signification d'un énoncé –acte d'intelligence- dans un horizon structuré de sens). Comme Kelsen l'écrit dans la théorie générale des normes :

> **« Selon une vision ancienne, le législateur avait même seulement pour fonction de découvrir et de promulguer les normes déjà posées par Dieu ou la nature, mais pas celle de les créer »**
>
> **Théorie générale des normes**

Mais, pour Kelsen, une loi est le produit d'une volonté (en ce sens le décisionnisme de Schmitt est cousin du volontarisme de Kelsen), et les raisons de cet acte de volonté (ce qui légitime cet acte de volonté), que ce soit pour plaire à Dieu ou découvrir les lois immanentes à la nature des choses, ne changent rien à la nature de l'ordre juridique qui apparaît à nos yeux dans son existence positive (à défaut d'avoir toujours une existence efficace), et avec sa logique.

> **« On ne peut pas parler d'une logique spécifiquement « juridique ». C'est la logique générale qui est appliquée à la fois aux propositions descriptives de la science du droit – et, dans la mesure où la logique leur est applicable- aux normes de droit prescriptives. »**
>
> **Théorie générale des normes**

Le législateur a peut-être voulu en interdisant le vol exprimer une loi naturelle (le caractère « sacré » de la propriété privée), ou coller à une volonté divine, c'est l'ordre légal tel qu'il existe qu'il faut étudier, avec ses éventuelles lacunes et ses spécificités, « en application du droit valide », exactement comme le juge juge selon la loi (selon ce qui est dit dans le code), et non « en équité » (selon ce qu'il croit personnellement juste).

> **« Si le tribunal établit que le comportement de l'accusé…soumis à la décision du tribunal en vertu d'une plainte du ministère public ou d'une partie privée n'est pas interdit par une norme juridique en vigueur…alors il faut que le tribunal, en application du droit valide, acquitte l'accusé ou rejette la plainte…Et il doit le faire même s'il est convaincu que le législateur n'a pas prévu le cas en question et qu'il suppose que s'il l'avait prévu, il aurait posé une norme se rapportant à des cas de cette espèce. »**
>
> **Théorie générale des normes**

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

Culture Générale

Légalité et légitimité

IV.2. Raison de la loi : droit de la raison, droit naturel, droit positif ?

Il reste cependant que l'acte de volonté qui pose une norme a pour pendant un acte rationnel qui décide de la nature de cette norme ; et dès lors, si seule la volonté du législateur est normative, il reste que ce qui légitime son droit à légiférer, c'est sa raison pratique, sa raison tournée vers l'action, qui lui « dit » (sous forme d'énoncés rationnels) ce qu'il faut qu'il « dicte » (sous forme de normes légales). Et la question se pose dès lors à nouveau : à quoi est-ce que je reconnais que la loi, valide, est juste ? Si j'étudie un ordre juridique, je peux faire abstraction de la question de savoir si le système légal est juste –je m'intéresse seulement à la validité des normes…Mais ce qui justifie une norme dans un ordre juridique positif (sa validité au regard d'une volonté qui a posé la loi), n'est pas ce qui justifie l'acte de volonté qui a posé cette norme. Pour un droit libéral, par exemple, l'acte normatif qui garantit la propriété privée est valide (non seulement cette norme est juste « dans ce système », mais elle est précisément « au coeur » de ce système). Mais suis-je justifié ou est-ce absolument juste de vouloir une telle norme ?

Le problème de la légalité et de la légitimité nous invite ainsi à interroger le référent extérieur à la loi qui nous permettra éventuellement de juger la loi, ou encore à chercher la Justice qui justifie nos lois, et non la justice que ces lois permettent de rendre (ce qui suppose d'ailleurs que la Justice leur a d'abord été donnée…).Alain disait ainsi que la Justice était ce doute sur le droit qui sauve le droit. Mais quelle raison avons-nous de douter du droit, ou quelle conception de la justice et de sa réalisation avons-nous qui nous conduit à relativiser les lois humaines ? C'est ce concept de justice capable de justifier ou de légitimer les lois humaines qu'il convient évidemment de mettre au jour, afin que la légalité ait une chance d'être intrinsèquement juste. Disposons-nous, comme Cicéron, d'une idée de la justice cosmique à laquelle les lois humaines devraient s'accorder ? Doit-on concevoir la juste loi comme la révélation de la justice immanente dans les choses. ? Pour Aristote comme pour Thomas d'Aquin, comme le rappelle R. Brague dans la Loi de Dieu, la loi juste est ainsi avant tout la loi qui permet à une réalité, Cité ou individu, de se développer et de s'accomplir. Ainsi, dans la conception « classique » de la loi, fondée sur le droit naturel, il ne pouvait y avoir opposition entre légalité et légitimité, dès lors que la loi était ce qu'elle devait être. La conception « classique » soutenait en effet, pour citer Ramsay, que « la loi en général n'est autre chose que la règle que chaque être doit suivre pour agir selon sa nature » Loin de s'opposer éventuellement aux tendances naturelles d'un être, l'obéissance à la loi (par exemple à une norme morale) permettait le développement plénier d'une réalité. Plus encore : la Loi n'avait le caractère obligatoire que nous lui connaissons que pour être inscrite dans un environnement de conseils (facultatifs) en prise sur une fin désirable ; elle prenait son sens en faisant fonds sur une réalité éthique orientée multiplement vers le bien moral. Ces conseils, pour n'être pas obligatoires, créait une ambiance : il valait mieux les suivre, et cela donnait à la loi elle-même une vectorisation idéale vers ce qui était le meilleur pour nous. La loi, y compris la loi civile, se comprenait comme l'expression d'une nature en devenir, ou comme le moyen d'un développement

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

heureux. Nous étudierons cette position dans un prochaine fiche conceptuelle sur Justice et Mesure qui sera mise en ligne dans quelques semaines.

Mais au lieu d'explorer cette conception classique, nous chercherons la semaine prochaine à étudier une autre thèse –contemporaine- qui essaie elle-aussi de comprendre ce qui rend juste la loi, ou ce qui rend légitime la légalité, et nous commenterons rapidement un texte de John Rawls tiré de sa Théorie de la Justice (1974) (pour une introduction aux théories anglo-saxonnes, et contemporaines, de la Justice, voir Will Kimlicka, Introduction aux théories de la justice). Il s'agit en l'espèce de montrer que la raison peut définir à elle-seule les conditions d'une justice sociale véritable.

J Christophe Cervelon,
ancien élève de l'ENS, agrégé de philosophie

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021