

La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale

Olivier Corten *

Droit et Société 50-2002
(p. 185-203)

Résumé

L'objet de l'étude est d'insister sur la persistance du droit comme registre décisif de légitimation du pouvoir politique, et ce par comparaison avec d'autres registres, en particulier ceux désignés comme politique et moral. La perspective part de l'élaboration d'un tableau synthétisant la littérature existante en systématisant les types d'arguments qui peuvent, au sein d'une société libérale, être avancés pour légitimer une autorité, un acte ou une décision de celle-ci. Cette typologie vise à rendre compte de l'utilisation effective de registres de légitimité par les autorités politiques dans des situations concrètes et, dans ce contexte, à démontrer le caractère toujours décisif de l'argument légaliste.

Droit formel rationnel - Légitimation - Légitimité - Politique - Positivism.

Summary

The Persistence of Legalist Arguments : Elements for a Contemporary Typology of Modes of Legitimacy in a Liberal Society

This article focuses on the persistence of law as a decisive register of the legitimisation of political power, in comparison to other registers of legitimisation, notably those described as political or moral. The analysis starts with the elaboration of a table which synthesises the existing literature by cataloguing the various types of arguments which can be invoked, in a liberal society, to legitimise an authority or an act or decision of such an authority. This typology aims at identifying actual uses of various modes of legitimisation by political authorities in concrete situations and, in this context, to underline the persistent decisive nature of legalist arguments.

Formal rational law - Legitimacy - Legitimation - Politics - Positivism.

L'auteur

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles où il enseigne la sociologie du droit et la théorie générale du droit international public. Il y est également directeur-adjoint du Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international.

Parmi ses publications :

- *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant et éditions de l'Université de Bruxelles, 1997 ;
- « Éléments de définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et Société*, 39, 1998.
- *Ex-Yougoslavie : droit international, politique et idéologies* (avec B. Delcourt), Bruxelles, Bruylant, 1998 ;
- *Droit, légitimation et politique extérieure. L'Europe et la guerre du Kosovo* (sous la dir., avec B. Delcourt), Bruxelles, Bruylant, 2001.

* Centre de Droit International et de Sociologie appliquée au Droit International, Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Avenue F. Roosevelt 50, B-1050 Bruxelles.

<ocorten@ulb.ac.be>

O. Corten

Registres de légitimité dans une société libérale

1. Voir par exemple Francisco Javier DE LUCAS, qui évoque le « "cercle magique" weberien » : v° « Légitimité », in André-Jean ARNAUD (sous la dir.),

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, Bruxelles, Story Scientia, 1988, p. 226 ; ainsi que Pierre LASCOURMES (sous la dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1995.

2. Max WEBER, *Économie et société*, tome 1, Paris, Plon, coll. « Agora », 1995, p. 320.

3. Jürgen HABERMAS, *Droit et morale*, Paris, Seuil, 1997, p. 28 ; ainsi que de nombreux passages de Id., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, notamment p. 44 et suiv. ; et Id., *Raison et légitimité*.

Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé, Paris, Payot, 1978, p. 140-141.

4. Voir en particulier David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, London, Macmillan, 1991.

5. Interprétation contestée, par exemple, par Michel COUTU, « Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire », *Droit et Société*, 40, 1998, p. 643.

6. Voir par exemple Jacques LAGROYE, « La légitimation », in Madeleine GRAWITZ et Jean LECA (sous la dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, p. 397.

7. Pour une application, voir Olivier CORTEN et Barbara DELCOURT (sous la dir.), *Droit, légitimation et politique extérieurement. L'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

8. La perspective se démarque donc de celle de David BEETHAM qui, en écartant comme décisif le critère de la croyance en la légitimité, en arrive à se prononcer, au moins implicitement, sur des critères idéaux de légitimité d'un régime politique, son étude portant moins sur le processus de légitimation en tant que tel que sur la question fondamentale de la légitimité (*The Legitimation of Power*, op. cit., p. 8 et suiv.).

On sait que le type de la domination légale élaboré par Max Weber reste une référence incontournable de toute étude de la légitimation¹. En particulier au sein d'une société libérale, on continue à tester l'hypothèse selon laquelle la légitimité des gouvernants repose sur « la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens »², même si c'est en vue de la réfuter, ou à tout le moins de la nuancer fortement. C'est en ce sens que se sont développés les travaux de Jürgen Habermas, pour qui « la légitimité de la légalité ne peut s'expliquer à partir d'une rationalité autonome, inhérente à la forme juridique, et pour ainsi dire, indépendante de la morale ; il faut bien plutôt la renvoyer à une relation interne entre droit et morale »³. C'est aussi dans cette perspective que David Beetham a notamment insisté sur l'importance du consentement des gouvernés comme facteur de légitimation du pouvoir dans des régimes politiques libéraux de type représentatif⁴. On s'accorde ainsi à considérer que, au delà d'une interprétation particulièrement restrictive qui a pu être avancée de la pensée de Weber⁵, la légitimité ne saurait se confondre avec la légalité⁶.

Sans qu'il soit question de remettre en cause cette dernière affirmation, l'objet de cette étude est d'insister sur la persistance du registre légal de légitimité, par comparaison avec d'autres registres, en particulier ceux que nous désignerons comme politique et moral. La perspective partira de l'élaboration d'un tableau synthétisant la littérature existante en systématisant les types d'arguments qui peuvent, au sein d'une société libérale, être avancés pour légitimer une autorité, un acte ou une décision de celle-ci. Une semblable typologie n'a, à notre connaissance, pas été élaborée à ce jour. Le tableau que nous présenterons ci-dessous a donc une vocation essentiellement heuristique et didactique, et ne prétend nullement refléter les nuances de la pensée des divers auteurs commentés. Il vise en revanche à pouvoir rendre compte de l'utilisation effective de registres de légitimité par les autorités politiques dans des situations concrètes et, dans ce contexte, à démontrer le caractère toujours décisif de l'argument légaliste⁷.

Sur le plan épistémologique, il est essentiel de préciser que l'étude n'a aucune vocation de type normatif ou philosophique au sens classique, dans la mesure où il ne s'agira en aucune manière de se prononcer sur ce qui est idéalement ou fondamentalement légitime⁸. L'étude porte non sur la légitimité en tant que telle, mais sur la façon dont la légitimité est produite et acceptée⁹. C'est spécifiquement le processus de *légitimation* qui est l'objet de

9. Voir, à ce sujet, nos développements dans « Réflexions épistémologiques et méthodologiques sur les spécificités d'une étude politologique de la légitimité », *Cahiers européens de Bruxelles*, 1, 2000.

l'analyse, légitimation qui « renvoie à la question de fait de l'acceptation ou d'un refus social d'une prétendue légitimité »¹⁰. Nous opterons dès lors pour une perspective interdisciplinaire relevant essentiellement de la sociologie (politique) du droit¹¹, perspective qui nous amène à opérer brièvement quelques précisions d'ordre méthodologique. D'abord, la légitimation est conçue par référence à la production et à la réception de *discours justificatifs* produits ou induits par les autorités publiques¹². On postule que, si les actions et les pratiques politiques jouent un rôle déterminant en matière de légitimation, leur efficacité réelle dépendra de leur mobilisation au sein de discours assurant des représentations sociales appropriées auprès de leurs auditoires¹³. Ces discours justificatifs ne prennent sens que dans un champ politique donné, qui renvoie en l'occurrence à la société dans son ensemble : les producteurs du discours sont, dans une perspective classique de sociologie politique, désignés comme les « gouvernants » (notion qui ne comprend pas le discours des juges), les récepteurs comme les « gouvernés », les premiers étant présumés rechercher une légitimité de leur autorité, de leurs décisions et de leurs actes à l'égard des seconds¹⁴. Ensuite, la typologie qui suit n'a pas pour prétention de s'appliquer telle quelle à tout type de régime politique, mais seulement à une société libérale, que l'on définira très largement comme caractérisée par une économie de marché inscrite dans un cadre institutionnel étatique et soutenue par une pensée politique dominante de type libéral¹⁵.

L'ensemble de l'étude s'articulera autour du rôle de l'argument légal comme registre spécifique de légitimité, et ce à partir du tableau reproduit ci-après. On commencera par rappeler l'importance du droit comme outil moderne de légitimation, avant de nuancer le propos en insistant sur le rôle de la politique, et dans une moindre mesure de la morale. On terminera en exposant les raisons pour lesquelles le droit reste à notre sens un argument décisif dans une société libérale.

I. L'argument légal comme outil moderne de légitimation

C'est essentiellement à partir de Max Weber que s'est développée la thèse selon laquelle le droit exerce une fonction

10. Francisco Javier DE LUCAS, v° « Légitimité », *op. cit.*, p. 226.

11. Olivier CORTEN, « Éléments de définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et Société*, 39, 1998 ; ainsi que Jacques COMMALLE, « De la "sociologie juridique" à une sociologie politique du droit », in Jacques COMMALLE, Laurence DUMOULIN et Cécile ROBERT (sous la dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2000, p. 29 et suiv.

12. Lorsqu'elles ne produisent pas elles-mêmes un discours justificatif, les autorités publiques prennent évidemment soin de favoriser certains types de représentations, notamment auprès des médias ; voir par exemple, Jacques LAGROYE, « La légitimation », *op. cit.*, p. 408 et suiv.

13. Voir entre autres Pierre BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, notamment p. 25 et suiv., et p. 135 et suiv.

14. Comme l'indique Philippe BRAUD, « les débats politiques apparaissent ainsi comme des luttes pour la production et l'imposition du "sens légitime" » (*Sociologie politique*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1998, p. 53 ; voir aussi 5^e éd., 2000, p. 52). Voir encore Jacques LAGROYE, *Sociologie politique*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1997, p. 400.

15. Le tableau ci-après n'a pas non plus vocation à s'appliquer tel quel à des sociétés interétatiques (voir à cet égard l'ouvrage de David BEETHAM et Christopher LORD, *Legitimacy and The European Union*, London, New York, Longman, 1998). Plus spécifiquement, nous nous concentrerons sur une société libérale caractérisée par un système juridique de droit civil, en évitant d'entrer dans la controverse de la transposition des types webériens de légitimité

15. (suite) à des systèmes de *common law* ; voir par exemple Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1995, p. 131 et suiv. ; M. ALBROW, « Legal Positivism and Bourgeois Materialism. Max Weber's View of the Sociology of Law », in Peter HAMILTON (ed.), *Max Weber, Critical Assessment*, London, New York, Routledge, 1991, vol. 3, p. 334 et suiv. ; David M. TRUBEK, « Max Weber on Law and Rise of Capitalism », *ibid.*, p. 143-145 ; Paul WALTON, « Max Weber's Sociology of Law. A Critique », *ibid.*, p. 291 et suiv.

O. Corten

Registres de légitimité dans une société libérale

16. Max WEBER, *Économie et société*, tome 1, *op. cit.*, p. 286 et suiv. Si le type de la domination légale n'a, par définition, pas vocation à décrire une réalité existante, il a été construit à partir d'une analyse historique de l'État moderne et de son évolution (voir notamment Bertrand BADIE et Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, Paris, Grasset, coll. « Pluriel », 1982, p. 37-48 ; et Raymond ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 559).

17. Max WEBER, *Économie et société*, tome 1, *op. cit.*, p. 291 et suiv.

18. Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 186-187.

19. David BEETHAM, « Max Weber et la légitimité politique », *Revue européenne des sciences sociales*, 101, 1995.

20. Voir par exemple André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, p. 395 et suiv. ; Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, notamment p. XI-XII et p. 252.

21. *Ibid.*, p. 227-228.

22. Max WEBER, *Économie et société*, tome 1, *op. cit.*, p. 64.

23. Voir notamment Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 219 et suiv., p. 40 et suiv., et l'introduction de Jacques GROSCLAUDE, p. 20-21 ; ainsi que Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *Archives de philosophie du droit*, 1978, p. 81 et suiv.

24. Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 198 ; Julien FREUND, *Études sur Max Weber*, Paris, Genève, Droz, 1990, p. 239.

25. Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 169 et suiv. ; ainsi que, du même auteur, « Rationalité juridique et légitimité du droit chez Max Weber », in Pierre LASCOURNES (sous la dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 201 et suiv.

26. *Ibid.*, p. 205.

déterminante de légitimation¹⁶. Dans de telles sociétés, on n'obéit à un dirigeant que si et dans la mesure où il a été investi et où il a agi conformément au droit, ce qui implique que, en dernière instance, on n'obéit en réalité qu'au droit lui-même¹⁷. L'arbitraire est ainsi évité par une dépersonnalisation, une abstraction et une rationalisation des relations de pouvoir¹⁸. La légitimité aurait donc tendance à se confondre avec la légalité¹⁹.

Le fait que l'on considère comme généralement juste d'obéir au droit peut dans ce contexte étonner, à tout le moins si l'on admet que le droit est un instrument du pouvoir²⁰. Il est dès lors essentiel que le droit ne soit pas perçu comme le simple fruit d'une décision du pouvoir politique, et donc de rapports de force, de discussions, voire de compromissions²¹. Au contraire, l'association de la légalité et de la légitimité fonctionnera si le droit est présenté comme neutre, objectif, détaché des intérêts particuliers, de ceux qui le créent comme de ceux qui l'appliquent. Le droit doit dès lors être présenté de manière abstraite et impersonnelle, à l'instar de l'État lui-même, en vue de favoriser la « *représentation* [...] d'un *ordre légitime* »²². On peut alors, en partant de la théorie webérienne (I.1), comprendre que le droit constitue un registre spécifique de légitimation (I.2).

I.1. La fonction de légitimation assurée par le modèle d'un droit formel rationnel dans une société libérale

Comme l'ont relevé de nombreux commentateurs, Weber a insisté sur le mouvement de rationalisation qui, dans le domaine juridique, s'est traduit par l'avènement du modèle d'un droit formel (que l'on peut distinguer de ce qui lui est extérieur, comme la religion ou la morale) et rationnel (dont l'application est assurée de manière relativement prévisible)²³. Ce modèle joue un rôle fondamental en termes de légitimation, dans la mesure où il permet précisément de présenter le droit comme étant neutre et objectif. Concernant son caractère *formel*, le droit incarne la possibilité d'une coexistence de divers courants et opinions politiques, éthiques et philosophiques caractéristique de la modernité²⁴. Un droit formel apparaît comme le meilleur garant d'une société pluraliste, contrairement à un droit matériel, par définition rattaché à des valeurs particulières, à l'instar du droit naturel²⁵. La cohabitation harmonieuse entre croyants (eux-mêmes chrétiens, protestants, juifs, musulmans...) et laïques, ou encore entre tenants de conceptions politiques très différentes, ne peut fonctionner que parce que le droit constitue un cadre de références commun formellement détaché des valeurs particulières²⁶. Dans

la même perspective, un droit *rationnel*, à l'application prévisible, s'oppose à l'arbitraire d'une décision prise selon le bon vouloir ou les caprices du Prince, sur la base d'un « droit naturel » aux contours indéfinis²⁷. Les conflits individuels ou collectifs seront censés être réglés de manière dépassionnée, par l'application logique de règles générales et abstraites, et grâce à un appareil bureaucratique composé d'experts juristes reconnus comme des techniciens efficaces et compétents²⁸. La sécurité et la prévisibilité sont des éléments essentiels qui permettent non seulement à l'économie capitaliste de se développer, mais aussi aux droits de l'homme et à la démocratie de s'approfondir²⁹. Dans cette perspective wébérienne, la rationalité du droit permet dans une certaine mesure³⁰ à chacun de déterminer les limites qu'il ne faut pas franchir, et par conséquent d'agir en toute liberté à l'intérieur de ces limites légalement instituées.

On aura relevé le rôle joué par le positivisme comme doctrine assurant une certaine représentation du droit. C'est en effet aux postulats fondamentaux du positivisme que renvoie le type wébérien d'un droit formel rationnel³¹. Bien entendu, cela ne signifie pas, tout au contraire, que les théories insistant sur le rôle du droit comme registre de légitimation puissent être réduites à des variantes du positivisme juridique³². Il ne s'agit en effet pas de prétendre que le droit *est* détaché de la morale ou de la religion, ni qu'il *est* systématiquement appliqué de manière prévisible et rationnelle. Par contre, pour pouvoir jouer le rôle de légitimation qui est le sien, l'important est que le droit soit *présenté* comme tel, et *perçu* comme tel, même si ce n'est pas effectivement le cas³³. Ce décalage entre le discours et la réalité est fondamental ; comme le précise expressément Weber, l'élément décisif est bien la *croissance* en la légitimité³⁴.

On constate comment une logique inspirée de Weber relie société capitaliste libérale, positivisme juridique, « droit formel rationnel » et « domination légale »³⁵ : la légitimation par le droit renvoie avant tout à l'idée selon laquelle chacun a intérêt à ce que le droit soit obéi, même s'il n'est pas toujours d'accord avec son contenu. Le droit est en ce sens obéi pour lui-même³⁶.

27. Voir Julien FREUND, *Études sur Max Weber*, *op. cit.*, p. 254.

28. Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 43 et p. 168 ; Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 87.

29. Max WEBER, *Économie et société*, tome 1, *op. cit.*, p. 299, et tome 2, p. 491 ; voir aussi Philippe RAYNAUD, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, *op. cit.*, p. 193 ; David M. TRUBEK, « Max Weber on Law and Rise of Capitalism », *op. cit.*, p. 126 et suiv. ; Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 131 et suiv. ; Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *op. cit.*, p. 82 et suiv.

30. La prévisibilité doit évidemment être relativisée ; voir notamment Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 143.

31. *Ibid.*, p. 65 et suiv.

32. *Ibid.*, p. 18 et suiv. ; et, du même auteur, « Rationalité juridique et légitimité du droit chez Max Weber », *op. cit.*, p. 218.

33. Voir par exemple Csaba VARGA, « La question de la rationalité formelle en droit. Essai d'interprétation de l'*Ontologie de l'être social* de Lukacs », *Archives de philosophie du droit*, 1978, p. 213-236 ; ainsi que Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, p. 3 et suiv.

34. Max WEBER, *Économie et société*, tome 1, *op. cit.*, p. 286 ; ainsi que David BEETHAM, « Max Weber et la légitimité politique », *loc. cit.*

35. Voir Philippe RAYNAUD, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, *op. cit.*, p. 166 et suiv.

36. Michel COUTU, « Rationalité juridique et légitimité du droit chez Max Weber », *op. cit.*, p. 206.

Droit [A]	Politique [B]	Morale [C]
<p><u>Croyance en la légalité de l'autorité [1]</u></p> <p>– institution de l'autorité conformément à une norme juridique [a]</p> <p>– validité de cette norme juridique au regard d'une norme juridique supérieure également valide [b]</p>	<p><u>Croyance en la légitimité politique de l'autorité [1]</u></p> <p>– consentement institutionnalisé (élections, nominations...) ou non institutionnalisé (sondages, manifestations publiques, appui en provenance d'acteurs politiques...) [a]</p> <p>– capacité générale de l'autorité à respecter et à garantir le contrat social [b]</p>	<p><u>Croyance en la moralité personnelle de l'autorité [1]</u></p>
<p><u>Croyance en la légalité de l'acte/décision [2]</u></p> <p>– conformité de l'acte/décision à une norme juridique [a]</p> <p>– validité de cette norme juridique au regard d'une norme juridique supérieure également valide [b]</p>	<p><u>Croyance en la légitimité politique de l'acte/décision [2]</u></p> <p>– consentement, exprès ou diffus [a]</p> <p>– efficacité par rapport à des objectifs admis comme légitimes [b]</p> <p>– débat axiologique sur la légitimité d'objectifs ou sur l'équilibre à réaliser entre objectifs admis comme légitimes [c]</p>	<p><u>Croyance en la moralité de l'acte/décision [2]</u></p>

I.2. Le droit comme registre spécifique de légitimation

Nous sommes maintenant en mesure de saisir la place du droit dans le cadre des registres de légitimité présentés dans le tableau reproduit ci-dessus.

Dans une société libérale, la légitimité d'un acte ou d'une décision d'une autorité politique repose essentiellement sur une croyance en sa légalité. Dans une perspective positiviste, la légalité suppose la conformité à une norme juridique, norme juridique

37. La légitimation par le charisme ou la tradition n'est pas reprise dans ce tableau.

elle-même conforme à une norme juridique supérieure (voir la case A2). Par ailleurs, l'acte ou la décision ne sera considéré(e) comme légal(e) que si c'est une personne légalement compétente (c'est-à-dire compétente en vertu d'une norme juridique valide) qui en est l'auteur (case A1). On retrouve ici la théorie normativiste développée par Kelsen, qui fonctionne comme une doctrine permettant d'assurer la légitimité d'une autorité, d'une décision ou d'un acte particulier ³⁸.

Il est important dans ce contexte de comprendre que ce n'est pas, au sens propre du terme, la légalité objective qui importe, mais bien la *croissance* en la légalité. La légitimation consiste précisément à générer l'impression que le droit peut être appliqué objectivement, ce qui induit, de la part des autorités publiques responsables, une référence constante à une sorte de « sceau de la légalité » conféré par des juristes professionnels, et singulièrement des juges. Bien sûr, les juristes ne seront pas systématiquement en accord sur le problème de la légalité, ce qui se conçoit fort bien si l'on prend acte de la relativité et de la subjectivité qui entourent nécessairement tout mécanisme d'interprétation ³⁹. La croyance en la légalité suppose toutefois que le pouvoir politique masque ou minimise les controverses doctrinales, et qu'il présente comme rationnellement légal(e) l'acte ou la décision qu'il souhaite légitimer.

II. L'importance de la politique et de la morale comme outils complémentaires de légitimation

Max Weber lui-même a, à côté de la dimension légale, insisté sur deux autres registres que sont le charisme et la tradition. Selon lui, ces deux registres occupent une certaine place dans une société libérale, même s'ils caractérisent plutôt d'autres types de société ⁴⁰. On traitera en revanche plus en détail la référence à d'autres registres, politique puis moral de légitimité.

II.1. Le registre politique de légitimité

Selon de nombreux auteurs, la légitimité ne peut être appréhendée sans faire référence à sa dimension fondamentalement politique : dans la plupart des cas, les gouvernés estiment une décision ou un acte légitime non seulement parce qu'il ou elle peut s'appuyer sur une règle juridique, mais aussi parce que la règle juridique elle-même se fonde sur un modèle de société considéré comme légitime. Dans une société libérale, on peut considérer que ce modèle de société repose sur l'idée d'une « souveraineté populaire » ⁴¹. La légitimité du pouvoir politique repose sur – et est

38. Francisco Javier DE LUCAS, v° « Légitimité », *op. cit.*, p. 227.

39. Voir par exemple Paul AMSELEK (sous la dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

40. Max WEBER, *Économie et société*, tome 1, p. 301 et suiv.

41. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 131 ; David BEETHAM et Christopher LORD, *Legitimacy and The European Union*, *op. cit.*, p. 6.

exercé au nom de – la « volonté du peuple »⁴². Le fondement de l'autorité politique renvoie plus largement au concept de « contrat social », en vertu duquel le consentement conféré par les citoyens à l'autorité du pouvoir politique est subordonné à la garantie que celui-ci assure certaines prestations au bénéfice des citoyens. La légitimation politique consistera alors à générer la croyance en l'existence d'un consentement à l'autorité, ainsi qu'en la capacité de celle-ci de fournir ces prestations qui en constituent la contrepartie et qui servent l'« intérêt général »⁴³. Le schéma qui sous-tend les représentations nécessaires à la légitimation peut dès lors être résumé de la manière suivante : les gouvernés n'obéissent pas à la personne des gouvernants mais au droit qui fonde leur autorité (registre légal), le droit étant lui-même fondé sur une procédure législative qui ne fait que mettre en scène la volonté des gouvernés (registre politique)⁴⁴ par le biais du principe essentiel de la représentation politique⁴⁵. Dans cette perspective libérale, les gouvernés n'obéissent finalement qu'à eux-mêmes :

42. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 74 et suiv. ; voir aussi Jacques LAGROYE, « La légitimation », *op. cit.*, p. 397 et p. 405 et suiv.

43. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 82 et suiv. et p. 135 ; voir aussi l'étude de Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP (éd.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1978, p. 11 et suiv.

44. Jacques LAGROYE, « La légitimation », *op. cit.*, p. 422.

45. *Ibid.*, p. 408 ; et Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », *op. cit.*, p. 23 et suiv.

46. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 479.

47. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 90 et suiv. ; David BEETHAM et Christopher LORD, *Legitimacy and The European Union*, *op. cit.*, p. 8.

48. Voir, par exemple, Philippe BRAUD, *Le suffrage universel contre la démocratie*, Paris, PUF, 1980 ; ainsi que Étienne BALIBAR, *Les frontières de la démocratie*, Paris, La Découverte, 1992, p. 35 et suiv.

49. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 93.

« Les ordres juridiques modernes ne peuvent tirer leur légitimation que de l'idée d'autodétermination ; [...] il faut que les citoyens puissent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires⁴⁶. »

Nous sommes à présent en mesure de parcourir les différentes cases du tableau reproduit ci-dessus.

La représentation de l'existence d'un consentement des gouvernés est particulièrement importante si on se concentre sur la question de la légitimité politique d'une *autorité (politique)* (case B1a). On pense avant tout aux élections, qui constituent peut-être le facteur préalable de toute légitimité d'un pouvoir politique dans une société libérale⁴⁷. La légitimation suppose que se généralise l'impression que l'ensemble des gouvernés est impliqué dans le processus électoral, même si tel n'est pas effectivement le cas, soit en raison de l'exclusion institutionnelle de certains d'entre eux (comme les étrangers, ou les mineurs d'âge), soit parce que l'exclusion agit sur un plan social et culturel⁴⁸. L'institutionnalisation du consentement ne concerne cependant pas que le processus électoral lui-même, mais s'étend à tout processus de désignation et de nomination des titulaires de postes de pouvoir, y compris à des niveaux subalternes : lorsqu'un fonctionnaire est nommé, il l'est conformément à un règlement édicté conformément à une loi qui a elle-même été adoptée par des parlementaires librement élus. Le consentement peut par ailleurs être déduit d'autres mécanismes moins institutionnalisés, comme des manifestations de masse, l'appui affirmé de certains partis politiques ou de groupes de pression, ou encore l'opinion de certaines élites censées représenter la volonté d'une partie substantielle de la population, y compris au sein des médias⁴⁹. En tout état de cause, l'important

est toujours de générer la même croyance : l'autorité politique s'appuie sur le consentement, plus ou moins évident, plus ou moins direct, et plus ou moins étendu, des citoyens⁵⁰. *A contrario*, un gouvernement qui, bien qu'issu d'élections régulières, ne parvient plus à générer cette croyance (par exemple en raison de manifestations de masse ou de protestations publiques prolongées et répétées) ne disposera plus de la légitimité nécessaire pour poursuivre l'administration du pays.

On peut alors se demander quels sont les facteurs qui conditionnent l'existence et le maintien d'un consentement – réel ou présumé – à l'autorité publique. Ces facteurs sont évidemment multiples, mais peuvent dans une large mesure se ramener à la croyance en la capacité générale de l'autorité à respecter et garantir le contrat social (case B1b). La légitimation d'un gouvernement dépend ainsi essentiellement de sa faculté de se présenter comme le garant de certaines prestations minimales, telles que la sécurité physique, économique et sociale. L'essentiel est à ce stade d'associer aux gouvernants des qualités de compétence, d'efficacité et de gestion efficiente et pragmatique de la situation⁵¹. Ce n'est que si se généralise l'impression d'une impuissance du pouvoir politique à assurer les prestations minimales que l'on attend de l'État que la légitimité sera fondamentalement mise en cause, comme cela peut par exemple être le cas en situation de guerre ou de crise grave⁵². En pareille hypothèse, le gouvernement sera fragilisé, qu'il ait ou non été régulièrement élu, ce qui pourra l'amener à recourir à d'autres d'arguments que ceux qui relèvent de ce type de registre politique.

Nous pouvons passer à présent à une question plus spécifique, celle qui concerne la légitimité d'une décision ou d'un acte particulier (case B2)⁵³. Le problème est en grande partie indépendant de celui que nous venons d'examiner. Il se peut en effet que l'on estime une autorité illégitime, tout en admettant la légitimité d'une décision spécifique dont elle est l'auteur. À l'inverse, on peut parfaitement contester la légitimité politique d'un acte posé par une autorité que l'on estime par ailleurs légitime. Les choses deviendraient différentes si l'on en venait à remettre systématiquement en cause la légitimité de ses actes ou décisions, la croyance en sa capacité générale à assurer le contrat social étant alors ébranlée.

Quels sont les facteurs dont dépend la légitimité d'une décision ou d'un acte ?

On retrouve en premier lieu celui du consentement (B2a), qui revêt ici une portée différente que celle qui touche la légitimité de l'autorité elle-même. Le pouvoir politique peut en effet toujours prétendre que la mesure qu'il adopte bénéficie de l'appui de la majorité de la population, même si l'élément se révèle à première

50. On a ainsi relevé que l'effectivité du gouvernement est, dans la mesure où elle suppose une absence de remise en cause violente de son pouvoir, en elle-même une forme d'acceptation implicite ; Jacques LAGROYE, « La légitimation », *op. cit.*, p. 399.

51. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 136 et suiv. ; Jacques LAGROYE, « La légitimation », *op. cit.*, p. 400.

52. *Ibid.*, p. 139.

53. La distinction entre légitimation d'une autorité et légitimation d'une action a déjà été avancée par Vincenzo Ferrari ; voir André-Jean ARNAUD et Maria José FARIÑAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 123-124.

vue relativement fragile, en particulier parce que, sauf exception (cas du référendum, par exemple), il se révèle extrêmement difficile de démontrer qu'une mesure concrète bénéficie de l'appui de la majorité de l'ensemble de la population d'un pays. Il est vrai que, ici encore, ce qui importe est moins la réalité du consentement que la croyance générale que ce consentement existe. Dans ce contexte, le critère du consentement est plutôt mobilisé de manière indirecte : une mesure ou un acte étant, par l'intermédiaire du registre juridique de légitimité, présenté(e) comme une application de la loi, cette mesure ou cet acte est en même temps présumée refléter la volonté du peuple qui s'est exprimé par l'intermédiaire de ses représentants. L'adoption d'une loi est en tant que telle légitimée par l'intermédiaire du caractère légitime de la procédure d'élaboration législative elle-même⁵⁴.

Les gouvernants font également appel à d'autres critères, comme l'efficacité de la mesure ou de l'acte par rapport aux objectifs admis comme légitimes dans le cadre du contrat social (B2b). On se trouve alors dans le cadre de controverses d'ordre technique, portant sur l'efficacité des mesures, qui mobilisent l'avis et l'opinion d'experts dans divers domaines, comme l'économie, la démographie, la criminologie... Tous les débats portant, en droit pénal, sur l'établissement de peines incompressibles, peuvent être envisagés dans cette perspective ; la sécurité publique étant admise comme un objectif légitime, ce type de mesures est-il réellement efficace ? La légitimité d'une décision dépendra ici de facteurs rationnels, et supposera l'appel à des experts chargés de généraliser la croyance en son efficacité.

Il reste à envisager un dernier aspect, le plus fondamental sans doute, de la légitimité politique d'une décision ou d'un acte. Il se peut qu'un argument ne consiste pas à faire appel à l'opinion de la population, ou à l'efficacité d'une mesure, mais bien à remettre en cause la légitimité de son objectif, ou en tout cas à le relativiser eu égard à d'autres (B2c). Le débat prend alors un aspect axiologique, puisqu'il oppose non plus des argumentations techniques portant sur la question de l'efficacité d'une mesure, mais des choix de valeurs radicalement différents. Cette dernière sphère du débat est sans doute la plus délicate car, même si l'on partage toujours certaines valeurs communes au sein d'une société, il laisse la place à des interprétations et à des sensibilités fort variées, de sorte qu'il sera souvent difficile de parvenir à générer une croyance générale dans la légitimité d'une position particulière. C'est pourquoi les pouvoirs publics préfèrent souvent mettre l'accent sur les autres éléments qui ont été exposés, comme le soutien direct ou indirect que la population dans son ensemble apporterait à la mesure (B2a), ou au caractère efficace de celle-ci, attesté par des experts reconnus (B2b).

54. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie, op. cit.*, p. 46-47 et p. 98.

Finalement, on constate que la légitimité politique revêt une portée essentielle. Le registre légal ne peut fonctionner que s'il peut s'appuyer sur un « système de valeurs généralement admis »⁵⁵ et, au delà, sur une « image du monde qui légitime la domination »⁵⁶. Le droit ne suffira plus à légitimer des autorités ou des décisions s'il ne repose pas lui-même sur un pilier politique. Dans cette perspective, les sources de légitimité renvoient essentiellement à la « procédure démocratique par laquelle le droit est généré »⁵⁷, mais aussi à d'autres facteurs dont la mobilisation variera selon les contextes particuliers dans lesquels s'inscrit le processus de légitimation.

Bien entendu, cette croyance en la légitimité ne dépendra pas uniquement de ce qu'on a désigné comme un « travail idéologique », qui consiste en une présentation laudative de l'action gouvernementale. Elle sera d'autant plus facilement obtenue que les gouvernants agissent *effectivement* conformément aux valeurs socialement admises⁵⁸. Cependant, et contrairement à ce qu'avance David Beetham, l'essentiel reste à notre sens la *représentation* de l'action, plutôt que l'action elle-même : une mesure « réellement légitime » – à supposer que la qualification puisse être objectivement opérée – ne sera efficace en termes de légitimation que si elle est *perçue comme telle* par les gouvernés.

II.2. Le registre moral de légitimité

Au sens où nous l'entendons, la référence à un registre moral de légitimité consiste à faire appel à une valeur, non pas en tant qu'élément d'un projet de société fondateur, mais de façon isolée, la valeur de référence se suffisant en quelque sorte à elle-même. L'argumentation présente ici un caractère plus spontané, voire passionnel, moins réfléchi et rationnel, que les arguments de type juridique ou politique. On pourrait prétendre qu'une mesure ou un acte est en tant que tel inacceptable, indépendamment des objectifs légitimes qui peuvent être poursuivis dans le cadre d'une politique cohérente. Il n'est pas question de se placer ici sur le plan de l'efficacité, ni de confronter différents objectifs en vue de dégager une décision rationnelle. C'est presque d'une manière émotionnelle que l'on se prononcera. Utilisé comme tel, le registre moral se suffit à lui-même : il joue sur le partage, voire sur une véritable communion de valeurs, valeurs qu'il s'agit de respecter ou de faire respecter quelles que soient les circonstances ou qu'elles qu'en soient les conséquences.

Sans doute la distinction entre registre politique ou registre moral peut-elle susciter des difficultés en certaines occasions, d'autant qu'elle ne correspond pas à celle qui a été élaborée par d'autres auteurs, tel Habermas⁵⁹. Le registre moral, dans la mesure où il se réfère à une valeur imposant une solution indé-

55. Jacques LAGROYE, « La légitimation », *op. cit.*, p. 419.

56. Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, *op. cit.*, p. 141.

57. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 478.

58. Voir David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 34 et suiv., ainsi que p. 100 et suiv.

59. En particulier dans son ouvrage précité, *Droit et morale*.

pendamment d'autres types de considérations, fait appel à une logique toute différente, plus intuitive, moins rationnelle que ne peut l'être une logique politique. On peut, sur le plan théorique, renvoyer à deux clivages établis par Weber et qui devraient permettre d'affiner l'analyse. Le premier renvoie à l'éthique de la responsabilité (associée au registre politique), qui s'oppose à une éthique de la conviction (associée ici au registre moral)⁶⁰. Le second mobilise les concepts de rationalité en finalité (qui renvoie plutôt à une perspective politique) et de rationalité en valeur (qui se rapproche davantage d'une perspective morale au sens où nous la définissons ici)⁶¹.

La légitimation pourra, une fois encore, fonctionner par référence à l'autorité elle-même, qui veillera autant que possible à entretenir une image de moralité auprès de ses concitoyens (C1). Si ce facteur ne suffit vraisemblablement pas à assurer sa légitimité, il paraît en revanche représenter un élément indispensable, comme en attestent les problèmes considérables que peuvent rencontrer des dirigeants critiqués en raison d'un comportement personnel jugé « immoral ». La croyance en la moralité de l'acte ou de la décision (C2) est également un élément important, même s'il n'est là encore que très rarement suffisant. Comme dans le cas du registre politique, on relèvera que l'on peut théoriquement considérer qu'une mesure n'est pas moralement légitime, même si son auteur jouit de manière générale d'une certaine moralité.

Quoi qu'il en soit, le registre moral sera le plus souvent utilisé en combinaison avec d'autres. S'il peut fonctionner dans un cercle limité de personnes partageant les mêmes sensibilités, dans une optique qui relève à la limite plus de la communion que de l'argumentation, la légitimation est bien plus délicate à l'échelle de la société, où les registres légal et politique prédominent⁶².

En définitive, le tableau présenté permet de distinguer divers registres de l'argumentation utilisée par le pouvoir politique pour légitimer son autorité, ses actes ou ses décisions. Le plus souvent, différents registres seront mobilisés en même temps, mais il est essentiel de pouvoir les distinguer afin d'évaluer le rôle, fondamental même s'il n'est pas exclusif, du droit dans ce contexte particulier.

III. La persistance de l'argument légal comme registre décisif de légitimité

Comme l'a notamment indiqué Habermas, la qualité essentielle du droit est de se présenter comme un cadre commun de références dans le cadre d'une société de type pluraliste⁶³. Le respect des règles juridiques est présenté comme une limite nécessaire à la liberté de chacun de choisir et de défendre ses

60. Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, coll. « 10/18 », 1963, p. 206 et suiv.

61. Encore que, selon Max WEBER, la rationalité en valeur renvoie à l'idée de droit naturel (*Économie et société*, tome 1, *op. cit.*, p. 72), qui suppose elle-même une certaine cohérence entre les valeurs mobilisées, cohérence qui peut renvoyer à une dimension politique au sens où nous l'avons définie.

62. Voir, pour une application particulière, Olivier CORTEN et Barbara DELCOURT (sous la dir.), *Droit, légitimation et politique extérieure. L'Europe et la guerre du Kosovo*, *op. cit.*

63. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 70-71 et p. 478.

opinions politiques ou morales particulières. En d'autres termes, s'il existe par définition plusieurs courants politiques et plusieurs sensibilités morales dans une société libérale, il n'existe en principe qu'un seul droit, le droit positif, qui doit être respecté par tous et qui ne prend sens que défini et garanti par l'État en tant que seule entité politiquement et juridiquement légitime⁶⁴. L'idée se traduit notamment par l'utilisation du concept d'« État de droit » comme outil de légitimation : dans un État de droit, chacun doit respecter les règles (juridiques) du jeu, quelles que soient ses opinions politiques ou morales⁶⁵. Le droit est dès lors représenté comme pourvu de qualités dont les autres registres ne disposent pas : en se référant au droit, on en appelle à un cadre de références intégrateur, commun et objectif, qui dépasserait les conceptions subjectives et particulières⁶⁶. Le mécanisme peut être détaillé en opérant la comparaison avec les registres politique et moral avec lesquels le droit entretient des relations étroites (III.1). Dans cette perspective, les théories insistant sur la déformalisation du droit ne sont à notre sens nullement de nature à minimiser l'importance de l'argument légal comme registre décisif de légitimité (III.2).

III.1. La représentation du droit comme cadre de références commun dépassant des projets politiques concurrents et des options morales particulières

Toute société libérale se caractérise par son pluralisme sur le plan politique et moral. Les débats et les controverses portent à la fois sur le choix d'un modèle de société et sur les meilleurs moyens pour y parvenir⁶⁷. Comment envisager la spécificité du droit et de son rôle de légitimation dans ce contexte ? Le droit incarne le projet politique fédérateur, celui sur lequel les autorités publiques se sont accordées, au delà de la diversité des tendances qui caractérisent les majorités gouvernementales. Bien sûr, d'un certain point de vue, les normes juridiques ne sont jamais que l'expression de propositions politiques particulières : une norme juridique se distingue d'une proposition politique par sa formalisation en des termes et en des formes légales, et donc par le fait qu'elle est le résultat d'une procédure particulière, procédure qui est elle-même juridiquement réglementée⁶⁸. Mais, précisément, une fois transformé en normes juridiques, un projet politique dispose d'une autorité considérable qui le distinguera tout particulièrement des projets politiques concurrents, non seulement parce qu'il sera normalement mis en application (et bénéficiera ainsi de l'exercice des prérogatives de la puissance publique), mais aussi parce que l'on pourra s'y référer comme à une décision juridique,

64. Comme l'indique HABERMAS, une communauté « ne peut se constituer en tant que communauté juridique que si elle dispose d'une instance centrale autorisée à agir au nom de tous » (*ibid.*, p. 151) ; voir aussi David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 121-122, ainsi que Michel MIALLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 108-109.

65. Voir Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 1999.

66. Voir Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 39 et suiv. ; voir aussi ID., *Raison et légitimité*, *op. cit.*, p. 102 et suiv.

67. Jacques LAGROYE, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 412.

68. Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 44 ; Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 155.

69. Voir Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 89.

70. C'est en ce sens que se prononce Michel MEYER : « Le droit faisant autorité – autorité de la loi, autorité du juge –, il n'est pas question de remettre en question la norme même. Sa positivité n'est discutable que politiquement [...], elle n'est pas à refaire ni à rediscuter, alors que c'est le cas de l'argumentation politique » (*Questions de rhétorique : langage, raison et séduction*, Paris, Librairie générale française, 1993, p. 141).

71. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 485.

72. Voir les réflexions de Jean-Louis GENARD, *Les dérèglements du droit. Entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Labor, 2000, p. 23-25.

73. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 52.

74. Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, op. cit., p. XI.

75. Voir Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, ULB, 5^e éd., 1992, p. 86 et suiv.

76. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, op. cit., p. 68.

77. Voir par exemple Max WEBER, *Économie et société*, tome 2, op. cit., p. 43 ; et Karl OLIVECRONA, *Law as a Fact*, Oxford University Press, 1939, p. 154.

78. Voir Jacques LAGROYE, *Sociologie politique*, op. cit., p. 139-140.

79. Voir Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, op. cit., p. 43.

80. Voir Pierre BOURDIEU, « La force du droit », op. cit., p. 5 et suiv.

issue en principe d'un débat démocratique encadré lui-même par le droit⁶⁹. Bien sûr, rien n'interdit de changer la Constitution, comme rien n'interdit d'ailleurs de changer la loi. Il faudra cependant dans ce cas suivre des procédures juridiquement définies et, en tout état de cause, les dispositions constitutionnelles ou légales devront être respectées aussi longtemps qu'elles restent en vigueur⁷⁰.

Le droit formalise non seulement un projet politique fédérateur, mais aussi des valeurs communes dont le respect apparaît indispensable à la vie en société. L'exemple des droits de l'homme est certainement particulièrement significatif de cette juridicisation de la morale⁷¹. Le droit précise et régleme les droits qui appartiennent à chacun, tout comme il prévoit les procédures qui pourront être mises en œuvre pour les faire respecter. Au delà des conceptions que chacun peut avoir sur ce que signifie les « droits de l'homme » sur un plan moral, le système juridique constitue un cadre de références établi, au sein duquel pourra se déployer un pluralisme axiologique qui est de principe dans une société libérale⁷² et qui renvoie à ce qu'on désigne souvent comme la sphère privée. Cette sphère privée est à la fois garantie et limitée par le droit : chacun pourra adhérer à des valeurs morales particulières et se conformer à celles-ci pourvu qu'il respecte les règles juridiques en vigueur⁷³. Le droit représente ainsi un registre décisif de légitimation puisque son respect ne dépend pas directement d'une adhésion à tel ou tel système de valeurs particulier⁷⁴. On se trouve dans une situation toute différente de celle qui prévaut lorsque l'on se réfère à une valeur morale non formalisée juridiquement, l'argument n'étant le cas échéant convaincant que si le destinataire est lui-même sensible à la valeur mobilisée⁷⁵. Lorsque, en revanche, une norme morale est formalisée dans une règle juridique, la référence au droit équivaut finalement à affirmer qu'il serait immoral en soi de ne pas respecter la règle juridique⁷⁶. À plus long terme, la légitimation consistera, par l'intermédiaire des agences de socialisation, à générer l'impression que la solution juridique retenue incarne la moralité, et à provoquer ainsi une évolution des mentalités génératrice d'un consensus social sur les questions éthiques les plus délicates⁷⁷.

L'avantage du registre juridique de légitimation suppose qu'il incarne un cadre de références unique, indispensable à la cohésion de la société – il s'agirait du seul rempart contre le conflit voire l'anarchie, l'état (ou État) de droit s'opposant à l'état de nature⁷⁸ – mais aussi au fonctionnement d'une société spécifiquement pluraliste, pourvu que le droit s'applique indistinctement et de la même manière à tous ses acteurs, y compris les autorités publiques⁷⁹. Cette idée d'unicité ou d'universalité⁸⁰ recouvre des exigences importantes, que l'on peut synthétiser en quatre points.

1. Elle suppose d'abord que se généralise l'impression que les règles sont le fruit de la volonté d'un législateur rationnel, volonté reposant sur un compromis politique réel et exprimée clairement, dans des conditions et dans des formes légalement irréprochables⁸¹. Il est alors essentiel d'occulter les contradictions politiques et idéologiques qui ont présidé à la création de la règle⁸² et qui peuvent avoir produit une formulation juridique volontairement ambiguë, la volonté commune étant alors inexistante et ne pouvant dès lors servir de critère de légitimité⁸³.

2. L'horizon d'unicité de la sphère juridique implique aussi l'idée que, une fois en vigueur, la règle de droit puisse faire l'objet d'une interprétation claire et établie ou, en d'autres termes, qu'une règle juridique ne puisse pas être interprétée de manière radicalement différente par chacun en fonction de ses sensibilités politiques. Dans ce dernier cas, les règles juridiques ne constitueraient qu'un cadre de références bien fragile, soumis à la subjectivité et à l'interprétation tendancieuse, y compris des autorités publiques. Le succès du droit comme argument de légitimation suppose donc que l'on croie à la possibilité de dégager, pour chaque problème politique, une solution juridique authentique, et que l'on se réfère à des autorités juridiques instituées à cet effet⁸⁴. Le juge doit être associé à la garantie d'une décision objective, non partisane et impartiale⁸⁵. C'est dans cette perspective que l'on peut comprendre la persistance des rituels entourant l'activité judiciaire, rituels qui génèrent une impression d'autorité soustraite aux influences matérielles et partisans qui caractérisent le champ politique⁸⁶.

3. Tout ce système de représentations repose sur le postulat de l'existence de « règles de passage », de « modalités de conversion » organisant la séparation entre droit et non-droit⁸⁷. Ce n'est que si elle réussit le test de la formalisation juridique – par exemple, par l'intermédiaire de la procédure d'élaboration législative – qu'une proposition politique particulière pourra prétendre à l'universalité⁸⁸. La légitimité par la légalité ne peut dès lors fonctionner sans que ne soit préservée une certaine autonomie de la sphère juridique par rapport à la sphère politique ou morale. La doctrine du formalisme juridique remplit ici une fonction de légitimation essentielle⁸⁹. Tel est également le cas de la sacralisation de textes juridiques fondamentaux, telle la Constitution, sacralisation qui tend à désincarner ces textes de leurs conditions politiques de production et d'application⁹⁰.

4. Le schéma renvoie enfin à l'image moderne d'un État souverain, détenteur du monopole de la violence légitime, et par conséquent de la production juridique sur l'ensemble du territoire

81. Voir Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, FUSL, 1980, p. 89 et p. 138 et suiv. ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 100 et suiv. ; voir aussi Éric LANDOWSKI, « Le débat parlementaire et l'écriture de la loi », *Revue française de science politique*, 3, 1977, p. 428-441.

82. Voir par exemple Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 43 et suiv.

83. Voir notamment Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, Paris, Eyrolles, 1990, p. 133 ; et Chaim PERELMAN, « L'usage et l'abus des notions confuses », in Id., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, LGDJ, 1984, p. 156.

84. Voir Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 162-163.

85. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, op. cit., p. 123.

86. Voir Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, op. cit., p. 256-258 ; Pierre BOURDIEU, « La force du droit », op. cit., p. 14 et suiv. ; ainsi que l'étude d'Antoine GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.

87. Voir Louis ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 34 ; voir aussi le « codage » évoqué par André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, op. cit., p. 398.

88. Jacques LAGROYE, *Sociologie politique*, op. cit., p. 411.

89. Voir par exemple Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 343 et suiv. ; Carl SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995, p. 86 et suiv. ; ainsi que Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 169-170.

90. Jacques LAGROYE, *Sociologie politique*, op. cit., p. 408 ; et « La légitimation », op. cit., p. 408-409.

O. Corten

Registres de légitimité dans une société libérale

91. Voir par exemple Jacques LAGROYE, *Sociologie politique*, op. cit., p. 86 et suiv. ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 233 ; René SÈVE, « Introduction », *Archives de philosophie du droit*, 1986 : « Le système juridique », p. 6 ; Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in Jean CLAM et Gilles MARTIN (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1998, p. 25 et suiv.

92. Jacques LAGROYE, *Sociologie politique*, op. cit., p. 86-87 et p. 410-411.

93. Voir par exemple Paul AMSELEK (sous la dir.), *Interprétation et droit*, op. cit.

94. Voir par exemple Jürgen HABERMAS, *Droit et morale*, op. cit., p. 17 et suiv. ; Jacques LENOBLE, *Droit et communication. Les transformations du droit contemporain*, Paris, Cerf, 1994 ; Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », op. cit., p. 40 et suiv.

95. Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., notamment p. 143-145 ; Bruno JOBERT, « Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique », in Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN et Cécile ROBERT (sous la dir.), *La juridicisation du politique*, op. cit., p. 125 et suiv. ; et Jacques COMMAILLE, « La juridicisation du politique. Entre réalité et connaissance de la réalité », in *ibid.*, p. 241 et suiv.

96. Voir les chiffres d'une étude portant sur la situation en Belgique, citée par Jean-Louis GENARD, *Les dérèglements du droit*, op. cit., p. 7 et suiv.

national⁹¹. Il s'oppose en principe aux théories du pluralisme juridique qui, en remettant en cause le monisme juridique, ébranlent l'image d'unicité, et donc la légitimité à la fois du droit positif et du pouvoir étatique⁹².

Bien entendu, on a relevé depuis longtemps que cette conception positiviste du système juridique comme donnant lieu à des solutions rationnelles, détachées de la politique et de la morale, univoques et non susceptibles d'interprétations divergentes, résistait mal à un examen de la pratique, tout comme elle s'accorde mal avec les théories relativistes contemporaines de l'interprétation⁹³. Plus généralement, plusieurs théoriciens ont développé la thèse de la « déformalisation du droit » contemporain, selon laquelle le modèle élaboré par Weber au début du XX^e siècle ne pouvait plus prétendre recouvrir la réalité juridique, caractérisée par la prise en compte constante de valeurs politiques ou morales. Et on peut en effet se demander quelles conséquences on peut tirer de ce mouvement de déformalisation sur la persistance de l'argument légaliste comme outil décisif de légitimation du pouvoir politique.

III.2. Le maintien du caractère décisif de l'argument légaliste en dépit du phénomène de déformalisation du droit

L'hypothèse de la déformalisation du droit, qui a été développée par plusieurs auteurs de renom, est bien connue : elle met l'accent sur la perméabilité de l'instance juridique à des considérations politiques et morales, qui se marquerait notamment par le progrès de notions axiologiquement marquées (bonne foi, principe de proportionnalité...) dans le discours juridique⁹⁴. Dans ce contexte, l'argument légal ne se distinguerait plus essentiellement de l'argument politique ou de l'argument moral.

À notre sens, ce mouvement de déformalisation ne remet pas réellement en cause la pertinence de l'argument légal en tant qu'outil de légitimation du pouvoir politique : d'une part, celui-ci continue à se référer à un discours spécifiquement juridique et, d'autre part, il continue à lui prêter des qualités qui correspondent à un droit formel rationnel.

Quant au premier de ces arguments, on rappellera en effet le mouvement de juridicisation et de judiciarisation qui paraît caractériser les sociétés libérales contemporaines⁹⁵. Il semble bien que le droit soit amené à régir des matières qui échappaient jusque-là à son emprise, tout comme il semble que l'on confie de plus en plus au juge le soin de trancher des questions qui ne relevaient au préalable pas de sa compétence⁹⁶. Comme le constate Jacques Chevallier en relevant le succès du concept d'État de droit :

« Le droit tend à devenir une ressource dont les acteurs politiques ne peuvent plus se passer et une arme privilégiée dans le combat politique : la légitimité des arguments échangés sera d'autant plus forte qu'ils seront coulés dans le bronze du droit ⁹⁷. »

Dans ce contexte, « le droit sert à des fins idéologiques, dans la mesure où il circonscrit le débat à l'intérieur d'un discours acceptable » ⁹⁸. Les arguments de type juridique sont mobilisés par les acteurs politiques en vue d'affirmer que le choix est limité voire inexistant, ce qui tend à clore le débat sur la base d'éléments techniques ⁹⁹. Les contestations peuvent tout au plus aboutir à une modification du droit, mais qui ne vaudra que pour l'avenir, et seulement si la modification est « techniquement » réalisable, ce qui suppose notamment qu'elle reste conforme à des engagements internationaux dont l'État ne pourrait plus se dégager. On peut dans ce contexte poser l'hypothèse que, lorsqu'elles recourent au droit et au juge, les autorités publiques recherchent des qualités d'objectivité et de sécurité que l'on prête encore à l'instance juridique par comparaison avec les registres moral ou politique de légitimité. Le phénomène a d'ailleurs été expliqué par une crise que connaît d'autres registres : « C'est parce que le politique ne fonctionne plus aujourd'hui à la hauteur des exigences démocratiques propres à une société hautement développée que nous espérons du droit ce que le politique ne nous offre pas ¹⁰⁰. »

Peut-être rétorquera-t-on que, si l'importance quantitative du recours au droit ne saurait être mise en doute, le « droit » dont il est question ne présenterait plus les caractéristiques du type d'un droit « formel rationnel », mais serait bien davantage un droit politisé ou moralisé ou, pour reprendre une terminologie wébérienne, un droit matériel ¹⁰¹. L'argument se heurterait cependant à plusieurs obstacles.

D'abord, si on se penche de manière approfondie sur les qualités spécifiques du discours juridique lui-même, il est significatif de constater que les juristes praticiens restent, dans l'ensemble, très attachés à un discours positiviste relativement classique, alors même que l'occasion leur est donnée d'assumer des prises de position morales ou politiques qui s'émanciperaient du droit positif existant. C'est en tout cas l'hypothèse que nous formulons à partir de recherches antérieures dans lesquelles nous avons cru pouvoir déceler la persistance de motivations de type positiviste auprès de juridictions amenées à interpréter des notions axiologiquement marquées comme le « raisonnable » ou l'« équitable » ¹⁰². Plus généralement, il ne nous semble pas possible à l'heure actuelle de démontrer empiriquement, dans les motivations avancées par les juges pour appuyer les interprétations particulières qu'ils défendent, que le modèle du droit formel a été fondamentalement remis en cause de l'« intérieur ».

97. Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 138.

98. Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, op. cit., p. 229.

99. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, op. cit., p. 67 ; ainsi que Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, op. cit., p. 94 et suiv.

100. Jean-Louis GENARD, *Les dérèglements du droit*, op. cit., p. 90.

101. Ainsi, Jürgen HABERMAS avance que « les principes moraux du droit naturel sont devenus le droit positif des États modernes constitutionnels » (*Droit et morale*, op. cit., p. 29-30).

102. Voir Olivier CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

Ensuite, toujours sur le plan empirique, il nous paraît également difficile de démontrer que les autorités politiques aient pris leurs distances avec le modèle positiviste d'un droit détaché des valeurs politiques et morales particulières. Cela n'empêche pas que des arguments politiques ou moraux soient mobilisés, non pour contredire, mais pour appuyer une solution revêtue au préalable du sceau de la légalité¹⁰³. On peut même, à partir de précédents comme celui du déclenchement de la guerre du Kosovo, poser l'hypothèse que, lorsque l'argument légal est difficilement défendable, les autorités publiques se justifieront en développant un discours caractérisé par une confusion des registres de légitimité¹⁰⁴. Le « droit » dont il est question reflète alors une sorte de discours jusnaturaliste contemporain, qui renvoie à une exigence morale de respect des « droits de l'homme » dont la signification et les conséquences ne sont pas formellement définies. Cette déformalisation du discours légaliste n'empêche cependant pas leurs auteurs de continuer de se référer par principe à la nécessité de maintenir un ordre juridique positif comme seul garant d'un ordre politique stable et légitime¹⁰⁵. En d'autres termes, la déformalisation n'est pas assumée, et ne donne *a fortiori* pas lieu à l'élaboration d'un nouveau registre cohérent de légitimation ; elle est bien plutôt présentée comme une exception, voire un défaut qu'il conviendrait de dépasser au plus vite.

Finalement, la persistance d'un registre légaliste spécifique de légitimité se comprend fort bien. Si on admet que l'attrait du registre juridique se résume aux différences essentielles qui, en tout cas en apparence, le distingueraient des registres politique ou moral (unicité du cadre de références, objectivité dans l'application...), il est logique de penser que les autorités politiques aient tout intérêt à continuer à défendre l'image d'un droit formel, qui a par principe vocation à rester formellement détaché des considérations morales et politiques. Bien entendu, ces différents éléments n'empêchent pas de constater que, en réalité, les postulats positivistes (objectivité et neutralité du droit et de son application...) ne peuvent être respectés, et ne le sont en pratique pas, y compris dans le chef des juristes et des juges amenés à interpréter les règles juridiques existantes. Il faut cependant insister une fois encore sur la circonstance que ce qui importe en matière de légitimation est moins la réalité que la présentation qui en est faite, ainsi que la perception qui en résulte. L'essentiel est que les gouvernés *croient* que le droit offre un cadre de références unique à une interprétation objectivante, même si, en réalité, tel est loin d'être le cas. Si le droit était perçu comme se réduisant à un discours pouvant être interprété de manière variée, suivant les opinions politiques particulières, il perdrait l'essentiel de sa force de légitimation. Celle-ci suppose au contraire que soit maintenue, à tout le moins à l'égard de l'opinion publique, la fiction positi-

103. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, *op. cit.*, p. 126 et suiv.

104. Laurence WEERTS, « Droit, politique et morale dans le discours justificatif de l'OTAN et de l'UE », in Olivier CORTEN et Barbara DELCOURT (sous la dir.), *Droit, légitimation et politique extérieure. L'Europe et la guerre du Kosovo*, *op. cit.*

105. Olivier CORTEN, « Les ambiguïtés de la référence au droit international comme facteur de légitimation. Portée et signification d'une déformalisation du discours légaliste », in *ibid.*

viste d'une neutralité, d'une objectivité et d'une unicité du droit, qualités qui s'opposeraient en tous points au particularisme, à la diversité et à la subjectivité. C'est sans doute ce qui explique largement que les juristes, comme les autorités publiques qui y font appel, continuent à faire « comme si » le modèle gardait toute sa pertinence ¹⁰⁶.

Dans ces circonstances, on peut poser l'hypothèse que la persistance de ce discours positiviste, en dépit de la perte de crédibilité que subissent la plupart de ses postulats (et ce y compris parmi de nombreux praticiens), démontre son caractère actuellement incontournable en tant qu'outil de légitimation. Les problèmes rencontrés par les théoriciens et les responsables politiques pour redéfinir des modèles politiques ou éthiques aptes à juguler ce qui est désigné comme une crise de légitimité n'en rendent à cet égard que plus nécessaire l'appel persistant au registre légal ¹⁰⁷. Il faut que l'on pense que, grâce au droit, on peut échapper aux choix douloureux et délicats qui caractérisent certaines questions d'ordre éthique ou politique. On perçoit bien ici le caractère attractif de l'idéologie juridique par comparaison avec des idéologies politiques ou éthiques particulières. Confronté à des discussions dans lesquelles il est souvent difficile de se positionner, et à plus forte raison de convaincre les autres de la pertinence de sa position, le droit peut apparaître comme un argument relativement commode, et le positivisme comme une méthode plus scientifique de résolution des problèmes de type normatif ¹⁰⁸.

106. Voir Pierre BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in François CHAZEL et Jacques COMMALLE (sous la dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 99.

107. Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, *op. cit.*, notamment p. 66 et suiv.

108. Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, *op. cit.*, p. 8 et suiv.

Je tiens à remercier Barbara Delcourt et Olivier Paye pour leurs remarques et critiques constructives qui ont permis l'amélioration de ce texte.