

La légitimité : de quel droit ?

Joël-Benoît d'Onorio

DANS **LES CAHIERS PORTALIS 2020/1 N° 7**, PAGES 93 À 126
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE**

ISSN 0981-1966

DOI 10.3917/capo.007.0093

Date de mise en ligne : 01/12/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-les-cahiers-portal-2020-1-page-93?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses universitaires d'Aix-Marseille.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

LA LÉGITIMITÉ : DE QUEL DROIT ?

Joël-Benoît d'ONORIO

Professeur des Universités

*Directeur de l'Institut Portalis de la Faculté de Droit
et de Science politique d'Aix-Marseille*

« Les idées du juste et de l'injuste ne sont pas l'unique résultat des conventions humaines ; elles ont précédé ces conventions et elles doivent en diriger les pactes. »

Jean Étienne Marie PORTALIS¹

LA LÉGITIMITÉ fait partie de ces quelques grands concepts fondamentaux mais non spécifiquement juridiques qui ont été récupérés par le droit. Il ne pouvait pas en être autrement car elle est, en réalité, au cœur du phénomène juridique. Elle assure une meilleure efficacité à la règle de droit en ce qu'elle la justifie auprès des sujets de droit par une sorte d'accréditation, tel un certificat de garantie. Au nom de quoi, en effet, peut-on invoquer le droit pour le faire prévaloir dans les rapports sociaux si ce n'est par un impératif supérieur qui lui permettra de s'appliquer, d'exiger obéissance, sans être contesté ? Pour parvenir à l'adhésion au moins implicite de toute la société à la légalité, encore faut-il être persuadé qu'il s'agit d'un droit pleinement et substantiellement légitime.

¹ *Discours du 7 ventôse an XII – 27 février 1804 au Corps législatif* (voir J.-B. d'ONORIO, *Portalis, l'esprit des siècles*, préface de M. LONG, Dalloz, 2005, p.235).

À vrai dire, parler d'un droit légitime confinerait au pléonasme puisqu'il est *a priori* couvert d'une double assurance : dans la forme, en vertu de sa promulgation par l'autorité habilitée et, dans le fond, en vertu de sa réputation de justice. Car le moins que les citoyens puissent attendre de leurs lois, c'est d'être justes, rejoignant ainsi la pensée classique selon laquelle le droit, en tant qu'objet de la justice (*jus est objectum justitiae*), est ce qui est juste (*jus id quod justum est*). Le droit est donc légitime par principe puisque est légitime par principe tout ce qui est juste. La légalité comporte, en quelque sorte, une présomption de légitimité². Toutefois, le législateur humain n'étant ni impeccable ni infaillible, la question de la loi injuste – ou, à tout le moins, ressentie comme telle – n'est pas qu'une hypothèse d'école. Elle remonte même aux origines de notre civilisation qui résonnera toujours du cri d'Antigone. Si bien que, si le droit est légitime par principe, il peut aussi être illégitime par exception. D'où la tension entre la légalité et la légitimité.

Les deux notions sont très voisines puisque leur racine étymologique les rattache au concept de loi. Serait donc légal et légitime ce qui est conforme à la loi. Cependant, comme il ne s'agit point de synonymes, il convient de rechercher la distinction au sein même de la notion de loi. Celle-ci peut être la loi écrite, à savoir la loi positive, au regard de laquelle s'apprécie assez aisément la légalité. Mais il peut aussi s'agir de la loi non écrite d'où dérive la légitimité qui, dès lors qu'elle déborde de l'ordre juridique positif, devient plus difficile à cerner. Là où la légalité s'appuie sur un certain formalisme de matérialité, la légitimité invoque la qualité d'une norme supérieure pour dépasser la légalité comme l'éthique transcende le juridique.

Or, c'est précisément ici que se situe la pierre d'achoppement : si la loi écrite, référence de la légalité, est tangible et claire (du moins en principe, car toujours susceptible d'interprétations divergentes, surtout depuis l'inflation de la législation et la médiocrité d'écriture du législateur), la loi non écrite constitue un critère incommode – et tout autant sujet à interprétations diverses. En effet, elle recouvre aussi bien des coutumes juridiques et des traditions nationales, que les principes moraux et sociaux qui gouvernent le genre humain, dont les plus importants proviennent du Décalogue sur

² Voir P. BASTID, *L'Idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, n° 7, 1967, p. 10.

lesquels s'accorde toute société évoluée qui les a d'ailleurs intégrés dans son corpus juridique.

Le légal et le légitime demeurent ainsi en perpétuelle confrontation dans un débat qui ne se cantonne pas au plan purement spéculatif – non négligeable en soi – mais se transpose au plan vraiment opérationnel. Car cela ne concerne pas simplement le cercle universitaire des théoriciens du droit – dont les réflexions ont toute leur utilité et même leur « légitimité » – mais bien tous les citoyens et à toutes les époques. Si, dans la pratique, le légal et le légitime coïncident le plus souvent, il n'y a que les positivistes les plus extrêmes pour penser qu'ils coïncident toujours. Il peut arriver qu'une disposition légale soit intrinsèquement injuste et donc illégitime. Platon et Xénophon avaient mis en garde leurs contemporains contre l'illégitimité du pouvoir des tyrans, tout comme le jeune La Boétie dans son célèbre *Discours sur la servitude volontaire*. Se pose alors le problème concret du devoir civique et de la limite de l'obéissance due aux lois de l'État et, partant, celui de l'intensité de la résistance à y opposer éventuellement.

Pour être elle-même légitime, la réponse se devra d'être toujours proportionnée afin que le remède à la loi injuste ne soit pas pire que le mal qu'elle engendre. Le contexte historique et sociologique jouera aussi dans l'appréciation du type de comportement à adopter. Dans un régime de liberté, les voies de recours, juridiques ou politiques, permettent généralement de rester dans l'ordre du raisonnable sans conséquences dramatiques pour les individus ou la collectivité qu'il ne faudrait pas mettre en danger sous prétexte qu'une loi ne paraîtrait pas juste. À l'inverse, dans un régime totalitaire ou autoritaire dépourvu de toute justice et liberté, les réactions pourront aller jusqu'à mettre en jeu l'avenir primordial, voire vital, des personnes ou d'une nation tout entière ; l'insurrection pourra y apparaître alors comme la seule solution, l'*ultima ratio* à laquelle on se résoudra quand toutes les autres voies pacifiques auront été exploitées et épuisées.

On rencontre la légitimité dans différentes branches du droit, dont le droit civil et le droit pénal clairement abordés sous cet angle dans les études précédentes sous des plumes autorisées. Toutefois, le publiciste ne peut

s'empêcher de voir dans ces deux grandes disciplines prises en exemples des références plutôt circonstanciées et subsidiaires pour des cas de figure très précis (« causes légitimes », « attentes légitimes » ou « croyances légitimes » en droit civil, « motifs légitimes » ou « légitime défense » en droit pénal). En droit constitutionnel, en revanche, l'invocation de la légitimité revêt une ampleur bien plus vaste en ce qu'elle concerne l'autorité qui, par son institution et sa législation, gouverne toute la société. Dans cette matière, elle présente en effet un relief d'une particulière acuité quant aux principes substantiels qui la régissent. À cet égard, sans rien retrancher à la finesse de l'analyse qui démontre, dans une autre étude ci-avant, en quoi et comment la légitimité a pu compter dans la fondation du système politique qui gouverne actuellement la France, on peut remonter à la source même du principe. Avec la souveraineté, il exprime un des plus nobles concepts de la science du droit public, vraisemblablement parce qu'il la dépasse et qu'il la consacre.

Certes, dans une société de liberté, communément qualifiée de démocratique (sous réserve d'inventaire), le droit civil tient sa prééminence de la priorité irréfragable de la personne humaine sur la collectivité, et c'est d'ailleurs la marque distinctive de « la civilisation du droit civil » d'être le reflet d'une civilisation de la personne³. Cependant, le droit constitutionnel apparaît de plus en plus comme la discipline-reine, non pas tant parce que la juridiction constitutionnelle fait désormais la pluie et le beau temps dans toutes les variétés de droits – ce qui n'est jamais qu'une justification technique et conjoncturelle, elle-même sujette à discussion dans la dénonciation récurrente mais feutrée d'un « gouvernement des juges » – mais principalement parce que ce droit assure la cohésion de la conduite et de l'avenir d'une nation, ce qui lui confère une tout autre envergure, ne serait-ce qu'au regard de l'Histoire.

³ « ... dans la République comme dans la Nature, y a-t-il autre chose que les individus ? La société n'est pas les hommes ; elle n'est que leur rapprochement. L'homme existe par lui-même. La République ou l'État n'existe que par convention. L'homme a donc des droits qui sont inséparables de lui, qu'il porte dans la société, mais qui n'ont pas été institués par elle. La société, au contraire, n'a été établie elle-même que pour la conservation de ces droits. » (J.-E.-M. PORTALIS, *Discours au Conseil des Anciens contre la spoliation des biens des parents d'émigrés*, 3 pluviôse an IV- 23 janvier 1796).

Dans cette optique, la légitimité peut s'apprécier de différents points de vue qui nourrissent la discussion et font avancer la réflexion sur un thème toujours latent mais en vérité peu débattu. On retrouve inévitablement ici la traditionnelle controverse entre les partisans du juspositivisme et du jusnaturalisme dont les arguments, toujours stimulants, doivent être néanmoins passés au tamis d'un examen critique, quitte à céder – une fois n'est pas coutume sous cette plume – au déboulonnage de quelques statues iconiques afin d'en confronter les enseignements théoriques à la réalité juridique, comme à la vérité historique de la singularité française.

I. – L'IMPASSE DU JUSPOSITIVISME

D'un point de vue « purement » positiviste, est considéré comme légitime un pouvoir qui agit en conformité avec la loi, constitutionnelle et ordinaire, et qui ne déborde pas de son domaine de compétences par respect pour les autres autorités instituées, supérieures et inférieures, garantes des libertés et expressions de la subsidiarité. Moyennant quoi, la légitimité se confond ici avec la légalité, comme l'ont induit d'abord Max Weber, de sa typologie ternaire de la légitimité (charismatique, traditionnelle ou rationnelle), puis son ancien élève Hans Kelsen, de sa théorie normativiste. La règle de droit se trouve en effet recouverte de l'autorité de l'État qui en est la source, sans qu'il soit nécessaire d'aller chercher plus loin.

On pressent ici, en soubassement, les mânes de Rousseau avec sa « loi, expression de la Volonté générale » qui n'aboutit pourtant qu'à une dictature de la majorité sur la minorité que le *Contrat social* épargne de tout doute ou discussion puisque, selon le philosophe genevois, le minoritaire a toujours tort par principe, et que c'est la majorité qui lui montrera en quoi il s'est trompé⁴. En fait, cette « majorité » n'est jamais que celle du moment, toujours susceptible d'être remplacée par une autre. Si bien que les majorités

⁴ À elle seule, l'histoire interne des partis communistes européens du XX^e siècle est jalonnée de renversements subits de majorité intervenus à l'occasion des « purges » staliniennes et anti-staliniennes. On notera que H. KELSEN a émis quelques réserves sur la notion de « volonté générale » qui « force à être libre » dans son ouvrage *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Sirey, 2^e éd., 1932, rééd. Dalloz, préface de P. RAYNAUD, 2004, p. 11, note 1, p. 12 et 66.

successives font et défont « à volonté » le droit, qui se trouve ainsi privé de toute stabilité en même temps qu'est évacuée la question même de la légitimité et, de surcroît, totalement désintégrée la notion de vérité. C'est le rapport de force majoritaire qui détermine qui a raison ou tort à l'instant précis où la question se pose. Dans ce système, c'est donc bien la force du nombre qui fait et impose le droit car il n'y a de droit que positif et de justice que par la loi étatique. Pour Kelsen, les normes juridiques « demeurent valides tant qu'elles ne perdent pas leur validité selon le procédé déterminé par l'ordre juridique. Tel est le principe de légitimité⁵ ». On est ici en pleine consonance avec la thèse du *Léviathan* de Hobbes : « *auctoritas non veritas facit legem* ». Dès lors, s'interroger sur le juste et l'injuste est devenu vain, si ce n'est incongru, parce que sans raison ni objet. Cette identification entre l'État et le droit, déjà postulée par John Austin au XIX^e siècle, a au moins le mérite de faire du positivisme juridique une doctrine du moindre effort intellectuel et d'inciter les bonnes gens à dormir en toute tranquillité, l'État pense pour eux.

Toutefois, cette solution de commodité mène directement dans l'impasse de l'autojustification de la loi par elle-même puisque, parvenu au sommet de la hiérarchie des normes, le parcours de conformité avec la Constitution, norme positive suprême, se heurte à ce « plafond de verre » assez particulier en ce qu'il n'est pas transparent et ne laisse rien voir de plus haut ! La légitimité s'épuise ici dans la constitutionnalité. La fameuse *Grundnorm* (norme fondamentale) kelsénienne, qui plane – le mot est approprié – au-dessus de la Constitution, est conçue, bien que norme, comme extra-juridique par Kelsen. Mais ne serait-ce pas précisément dans les limbes de ce positivisme ombrageux qu'on pourrait rencontrer la légitimité ?...

Il est regrettable que, chez « le maître de l'École de Vienne », cette *Grundnorm* soit, malgré ses efforts, restée une nébuleuse puisque, tout comme le « contrat » de Rousseau, elle relève de la simple supposition dans l'élaboration de sa fameuse théorie. Il la présente expressément comme une norme « dernière et suprême », impossible à poser qui « ne peut donc être

⁵ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, New York, 1945, trad. B. LAROCHE, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 171.

que *supposée*⁶ », c'est-à-dire une « hypothèse logique-transcendantale⁷ » où il va jusqu'à voir rien moins qu'une « fonction essentielle de la science du droit⁸ ». Certes, Kelsen reviendra ultérieurement sur l'emploi du mot « hypothèse » mais ce sera pour lui préférer celui de « présupposé nécessaire à toute interprétation positiviste du matériel juridique⁹ », ce qui montre bien que, sans cette norme fondamentale qu'il finira par avouer lui-même être une « fiction¹⁰ », tout son positivisme s'écroule ! Si, dans une défense mesurée et au prix d'une « reconstruction », d'éminents exégètes argumenteront plus tard sur la distinction quelque peu byzantine entre le « supposé » et le « présupposé¹¹ », la démonstration de Kelsen révèle bel et bien les limites de son positivisme radical pris dans la nasse de son splendide isolement. Le paradoxe n'est pas mince pour un auteur de devoir recourir à une hypothèse de norme non écrite et non juridique quand il prétend se rattacher à l'école du positivisme juridique et se livrer à une analyse du droit que, sans excès de modestie, il affirme « objective » mais à partir d'une fiction de son imagination...

Cette référence suprême lui était néanmoins nécessaire pour parachever sa construction, au risque d'en faire un système clos sur son exclusive technicité, nonobstant son indéniable originalité. En effet, il n'y a pas de système entièrement étanche par rapport à l'extérieur qui l'environne, le précède et le conditionne, ainsi qu'en témoigne le théorème d'incomplétude du logicien et mathématicien Kurt Gödel ainsi résumé : « dans tout ensemble au moins un élément ne peut pas être démontré à

⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Vienne, 1934, Dalloz, Institut Kelsen, 1962, rééd. (trad. C. EISENMANN), Bruylant-LGDJ, 1999, p. 194 (en italiques dans le texte).

⁷ *Ibid.*, p. 201.

⁸ *Ibid.*, p. 54.

⁹ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p.170. Il le répète et y insiste notamment dans *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* paru en allemand à Charlottenburg en 1928 et publié en français (trad. V. FAURE) en appendice à l'édition française de la *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 441, 442, 448 et 483.

¹⁰ Voir H. KELSEN, « Die Funktion der Verfassung » (« La fonction de la Constitution »), *Forum*, 1964, repris dans l'ouvrage posthume, *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienne, 1979 (*Théorie générale des normes*, trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996, p. 344).

¹¹ Voir M. TROPER, « La norme fondamentale. Une reconstruction réaliste », in T. HOCHMANN, X. MAGNON et R. PONSARD (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Mare et Martin, 2019, p. 265 et 281-283.

l'intérieur de l'ensemble, mais doit être rapporté à un ensemble de dimension supérieure¹² ». C'est si vrai que Kelsen lui-même n'a pas pu faire différemment que d'ajouter son énigmatique *Grundnorm* à sa pyramide normative, tel un ersatz transcendantal aussi indispensable qu'indéfinissable, alors même qu'il aurait pu se contenter de reconnaître qu'à ce niveau supraconstitutionnel il n'y avait plus rien¹³. Or, il va jusqu'à affirmer, au contraire, que cette norme hypothétique « n'est absolument pas le produit d'une pure et libre invention¹⁴ » parce qu'elle est, selon lui, « logiquement indispensable pour fonder la validité objective des normes juridiques positives¹⁵ ». Son oxymore d'une « hypothèse non inventée » démontre cependant qu'il était bien conscient qu'il manquait, pourrait-on dire, un toit à son édifice théorique, ce qui a fait soutenir au juriste allemand Carl Schmitt que Kelsen était un jusnaturaliste qui s'ignorait... pendant que son collègue scandinave Alf Ross le voyait comme un positiviste inachevé ! À mi-chemin de ces deux jugements contradictoires, on peut estimer que le juriste austro-américain était à tout le moins un positiviste insatisfait, sans doute à cause de cet inconfort intellectuel dénoncé par ses deux critiques.

C'est peut-être pourquoi, dix ans après sa *Théorie pure du droit*, il reviendra sur cette norme fondamentale dans sa *Théorie générale du droit et de l'État* pour la localiser dans « la première Constitution historique » d'où découle effectivement tout l'ordre juridique, par une sorte de chaîne de validité à laquelle Kelsen réduit la légitimité : « On présuppose que la première Constitution est une norme juridique obligatoire ; l'expression de ce présupposé est la norme fondamentale de l'ordre juridique. [...] la norme

¹² J. BAECHLER, « Loi écrite et loi non écrite », *Commentaire*, n° 58 (été 1992), p. 399. Voir H. THÉVENAZ, « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Droit et société*, 1986, n° 4, p. 435-443 ; voir aussi J. RATZINGER, « Les fondements pré-politiques de l'État démocratique » (dialogue avec Jürgen Habermas), *Esprit*, Juillet 2004, p. 25.

¹³ Il est très vraisemblable que Kelsen (1888-1973), logicien lui-même, ait connu, au moins de réputation, Gödel (1906-1978) dont la biographie ne manque pas de similitudes avec celle de son aîné : nés dans la partie tchèque de l'Empire austro-hongrois à vingt ans d'écart, les deux hommes y ont entamé une carrière universitaire avant de fuir le nazisme et de s'exiler aux États-Unis où, recrutés par des universités prestigieuses (Berkeley pour le premier, Princeton pour le second), ils connaîtront une grande célébrité scientifique dans leurs disciplines respectives.

¹⁴ *Théorie pure du droit*, p. 201.

¹⁵ *Ibid.*, p. 203.

fondamentale d'un ordre juridique prescrit que chacun se conduise comme le lui ordonnent les "pères" de la Constitution et les individus habilités (délégués) par la Constitution de manière directe ou indirecte¹⁶ ». Pourtant, le caractère obligatoire de la Constitution n'a pas à être présupposé, mais à être simplement constaté, car que vaudrait une Constitution non obligatoire ? Ses « pères » se seraient-ils donné tant de mal pour ne rédiger qu'une dissertation littéraire ?... Et si une révolution politique ou un coup d'État venait à bouleverser complètement cet ordre juridique initial « de façon illégitime », Kelsen y verrait l'émergence d'une nouvelle norme fondamentale, sans résoudre toutefois clairement la question de la rupture de la continuité et du chaînon manquant avec la première¹⁷ ...

Il est vrai qu'en toute logique, il n'avait pas à s'intéresser outre mesure à cette problématique politique puisque, à suivre sa théorie reprenant celle d'Austin, tout ce qui n'est pas rigoureusement juridique n'a pas à entrer dans la réflexion des juristes¹⁸. À la limite, la justice elle-même était, à ses yeux, « une question de valeur, un problème moral, non pas une question juridique¹⁹ », à reléguer donc hors du champ jalousement circonscrit du droit. Il a néanmoins persisté à appeler « norme fondamentale » ce qu'il aurait peut-être mieux valu désigner sous l'expression de « valeur morale » (*moralische Wert*). La *Grundnorm* pourrait d'autant plus s'analyser comme telle qu'il est aisé de constater que le droit est vecteur de valeurs. Si ce n'est que cette notion heurte le radicalisme positiviste de notre auteur pour qui « le juriste scientifique ne s'identifie avec aucune valeur juridique, notamment pas avec celles qu'il décrit »²⁰. Non pas que les juspositivistes soient des gens dépourvus de toute morale ou indifférents à l'injustice, mais ils se refusent à

¹⁶ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁷ *Ibid.*, p. 171-172.

¹⁸ S'inspire du même préjugé Raymond Carré de Malberg quand il soutient que « La science juridique n'a donc point à rechercher le fondement de l'État : la naissance de l'État n'est pour elle qu'un simple fait, non susceptible de qualification juridique [...] Le juriste n'a point à se préoccuper des circonstances qui ont précédé l'apparition d'un État... » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, p. 61-62 et 64). À noter que, tout en s'y référant, Kelsen n'a pas épargné Austin de ses critiques, mais on sait que Kelsen a critiqué tout le monde...

¹⁹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, « Légalité et légitimité », dans *L'Idée de légitimité*, *op. cit.*, p. 37.

²⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 75.

intégrer les valeurs et vertus morales dans l'orbite du droit pour le préserver de toute extranéité considérée comme une « impureté » ...

Kelsen lui-même a néanmoins beaucoup écrit sur les rapports entre droit, morale et justice²¹, mais c'est dans son opuscule *Qu'est-ce que la justice ?*²² qu'il résume le mieux ses idées. Ou plutôt son absence d'idée car sa réflexion – désespérante au point de dissuader quiconque d'envisager une carrière juridique et surtout judiciaire – est une succession de points d'interrogation et de réfutations de toutes les bases de la pensée philosophique de notre culture juridique. Or, on ne construit pas le droit sur un champ de ruines. C'est pourquoi, comme dans son ouvrage sur *La Démocratie* (qui n'est pour lui qu'une simple « forme » à laquelle il n'adhère qu'en raison de la « philosophie relativiste » qui la caractérise²³), il se refuse à fonder le droit. Dans une conclusion bien décevante, il ne se rallie qu'au « principe de la tolérance²⁴ » en guise de définition personnelle de la justice – une justice forcément « relativiste » – ce qui ne veut rien dire en soi, ne résout rien du tout et n'apporte rien de plus, si ce n'est que son raisonnement, tortueux et torturé, reste sous l'emprise d'un profond relativisme qui s'avère être un véritable scepticisme moral et doctrinal. À tel point qu'on peut voir en Kelsen un quatrième « maître du soupçon », après Marx, Nietzsche et Freud déjà dénoncés, en son temps, par Paul Ricoeur. L'illustre juriste de Berkeley pourrait reprendre à son compte les paroles de Méphisto du *Faust* de Goethe : « *Ich bin der Geist, der immer leugnet* – Je suis l'esprit qui toujours nie » ...

Ambitionnant de se placer invariablement « du point de vue d'une science rationnelle du droit²⁵ » parce que « une science n'est pas en mesure et

²¹ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 55-66 et 102-103.

²² H. KELSEN, *Qu'est-ce que la Justice ? (Was ist Gerechtigkeit ?)*, publié à Vienne en 1953) suivi, dans le même livret, de *Droit et morale* (extrait de *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962), préface de Valérie Lasserre, Genève, éditions Markus Haller, 2012. On y trouvera une bibliographie de divers articles de l'auteur sur les relations entre le droit, la morale, la religion et la justice.

²³ H. KELSEN, *La Démocratie...*, *op. cit.*, p. 101.

²⁴ *Qu'est-ce que la Justice ?*, p. 92-96.

²⁵ *Ibid.*, p. 86.

donc pas habilitée à *émouvoir des jugements de valeur*²⁶ », Kelsen s'affirmait plus volontiers « scientifique » que juriste, un peu comme Engels qui considérait le socialisme comme « une science » par opposition à « l'utopie » des socialistes d'avant Marx. Et sans doute Kelsen voyait-il des utopies dans les autres doctrines juridiques que la sienne, et notamment celle du droit naturel²⁷. Son œuvre démontre qu'il ne croit pas aux valeurs morales (le vrai, le bien, le juste) comme fondatrices du droit en raison de leur subjectivité qui est, à ses yeux, la cause de leur relativité : pour lui, « est moralement bon ce qui est conforme à la norme sociale qui règle une certaine conduite humaine ; est moralement mauvais, ce qui est contraire à une telle norme²⁸ ». Sa quête du juste – qui, paradoxalement, procède en soi, quoi qu'il en dise, d'une démarche à connotation jusnaturaliste – constitue la trame implicite de sa réflexion. Elle demeurera néanmoins insatisfaite tant qu'il n'aura pas trouvé le critère d'une justice et d'une morale qu'il veut « absolues » malgré la fragilité et la précarité de la condition humaine²⁹. Or, la justice des hommes n'existe pas *in abstracto* : elle s'énonce certes par des principes de droit mais elle s'exprime *in concreto*, dans chaque cas d'espèce dans les prétoires ou pour chaque texte dans les assemblées délibérantes, et elle ne se fonde pas sur la « tolérance » sauf à se renier. Kelsen prend certes la précaution d'écrire : « Ceci étant, il va sans dire qu'une conception relativiste du monde ne procure pas le droit à une tolérance absolue³⁰ ». Mais, sans critère préalable, où passe la frontière de l'intolérable ?

Au fond, le grand paradoxe de Kelsen est d'être un relativiste qui aspire à l'absolu, un relativiste presque par dépit, faute de mieux... Aussi recherche-t-il désespérément une définition « objective » de la justice à travers les normes d'un impossible *catéchisme du droit naturel* en interrogeant Platon, Aristote, Kant, voire Jésus. Mais il reste toujours sur sa faim car, à ses yeux,

²⁶ H. KELSEN, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, in *id.*, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 487 (en italiques dans le texte).

²⁷ *Ibid.*, p. 485.

²⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 72.

²⁹ *Ibid.*, p. 73.

³⁰ *Qu'est-ce que la Justice ?*, *op. cit.*, p. 93.

tout n'est que « formule complètement creuse³¹ », « principe trop vide³² » ou « raisonnement fallacieux³³ ». Il est, dès lors, logique qu'il en soit de même *a fortiori* pour la légitimité du droit : « Car il n'est pas du rôle de la science du droit de légitimer le droit ; il ne lui appartient absolument pas de justifier l'ordre normatif [...] ; il lui appartient uniquement de le connaître et de le décrire³⁴ ». Le postulat de « neutralité juridique » de Kelsen semble répondre à la « neutralité axiologique » de Weber, mais en version radicalisée. À la poursuite du Saint Graal du droit, sa recherche récurrente d'absolu et son besoin de certitudes, qui lui ont fait tout contester ou rejeter, l'ont inévitablement conduit à se tourner vers les Saintes Écritures ou la figure du Christ dont il semblerait presque regretter de ne pas avoir obtenu de révélation particulière³⁵...

D'une manière générale, la « pureté méthodologique de la science du droit³⁶ » – déjà sujette à caution en soi – présente, en outre, l'inconvénient notable de passer à côté de réalités qui, pour n'être pas tangibles, n'en sont pas moins fondamentales et essentielles dans une organisation juridique donnée. Les Constitutions modernes foisonnent de concepts non juridiques contenus dans les proclamations des préambules constitutionnels³⁷ ou dans des surenchères écologiques ou sociologiques constitutionnalisées, sans même parler de la devise trinitaire de la République française...

³¹ À propos du « *sum cuique tribuere* » (H. KELSEN, *Qu'est-ce que la Justice ?*, *op. cit.*, p.63).

³² À propos du droit naturel (*ibid.*, p. 87).

³³ À propos de l'égalité (*ibid.*, p. 68).

³⁴ *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 76 (repris dans *Qu'est-ce que la Justice ?*, *op. cit.*, p. 122).

³⁵ Voir H. KELSEN, « The Idea of Justice in the Holy Scriptures », dans *What is Justice ? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1949, p. 25-81. L'œuvre de Kelsen fourmille paradoxalement de références au christianisme, aux Évangiles et à la figure de Jésus, où Dieu est omniprésent. Cette recherche dénote probablement, chez lui, une inquiétude d'âme dont on veut espérer qu'elle aura connu un certain apaisement à la fin de ses jours. À noter aussi un ultime essai de l'auteur publié à titre posthume par le « Hans Kelsen Institut » de Vienne, *Secular Religion. A Polemic Against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as « New Religions »*, Edited from the estate of Hans Kelsen by Robert Walter, Clemens Jabloner and Klaus Zeleny, Wien/New York, Springer, 2011.

³⁶ H. KELSEN, *Qu'est-ce que la Justice ?*, p. 100.

³⁷ Ainsi en va-t-il, par exemple, de la dignité que nous avons abordée dans notre étude « La dignité, en amont du droit », in J.-B. d'ONORIO (dir.), *La Dignité au regard du droit*, Téqui, 2015, p. 11-34.

Ignorer délibérément ce qui n'est pas strictement du droit – que ce soit *ante, supra, extra, méta* ou *para*-juridique – serait comme si, en considérant une personne, on ne tenait compte que de son corps et nullement de son esprit, alors même qu'un corps sans esprit n'est jamais qu'un cadavre. Cet entêtement rationaliste fait s'égarer le raisonnement du juriste car, comme l'enseignait Portalis, « pour le triomphe de la raison, on a toujours besoin de quelque chose de plus que la raison même³⁸ ». Faute d'accepter ce qui forme un tout indissociable, on finit par aboutir à une conception du droit et de l'homme amputés de leurs composantes essentielles, sans rien qui les dépasse ou qui les définisse, un droit et un homme irréels et abstraits.

La revendication d'une prétendue « neutralité » du droit postulée par sa supposée « objectivité » conduit inéluctablement à son aseptisation de légitimité qui, loin d'être théorique, peut faire redouter le pire : la conscience des juristes (et des citoyens) ainsi anesthésiée ne pourra plus exercer son nécessaire discernement et restera sans réactions ni défenses immunitaires suffisantes face à des politiques attentatoires aux libertés comme aux droits et devoirs fondamentaux. Le postulat kelsénien de refus de tout jugement de valeur revient inéluctablement à ne jamais rien juger, et donc à tout accepter, quoiqu'il s'en défende. C'est ainsi qu'on pourra, par exemple, s'exposer au risque de se livrer à un commentaire « neutre » (« *wertfrei* », libre de valeur)³⁹ du statut des juifs sous Vichy ou des régimes communistes...

On peut dès lors en conclure que ce raisonnement positiviste n'est autre, à terme, que la remise en question de la démocratie et de la notion même d'État de droit, du moins telles qu'elles sont communément conçues aujourd'hui : dans son obstination à s'abstenir de tout « jugement de valeur politique », Kelsen va jusqu'à soutenir que « tout État doit nécessairement être un État de droit en ce sens que tout État est un ordre juridique⁴⁰ ». Selon lui, réserver cette qualification « aux seuls États qui répondent aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique » n'est autre qu'un « préjugé de

³⁸ *Éloge d'Antoine-Louis Séguier, avocat général au Parlement de Paris*, (discours sous la Coupole de la « ci-devant Académie française », 2 janvier 1806), Paris, H. Nicolle et Cie, 1806, p. 41.

³⁹ H. KELSEN, *Droit et morale*, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁰ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 309.

droit naturel⁴¹ » ! Et d'en arriver à cette illustration d'une terrifiante froideur : « le droit de certains États totalitaires autorise le gouvernement à enfermer dans des camps de concentration les personnes dont les mentalités et les tendances, ou la religion ou la race leur sont antipathiques, et à les contraindre aux travaux qu'il lui plaît, voire à les tuer. Si énergiquement que l'on puisse condamner de telles mesures d'un point de vue moral, on ne peut cependant les considérer étrangères à l'ordre juridique de ces États⁴² ». À ce stade paroxystique de l'argumentation positiviste, on chercherait en vain le sort du bien commun de la société auquel le droit est ordonné. Car, de deux choses l'une : ou bien cette phrase ne veut rien dire, en ce sens que ce qui se pratique dans ces États est couvert par leurs propres textes (évidence sous laquelle d'aucuns pourraient voir un début de légitimation au moins formelle), ou bien ces propos font exploser en plein vol la thèse de son auteur en démontrant que, sans le secours du jugement moral, le droit « pur », forme particulière de *summum jus*, peut dégénérer en *summa injuria*⁴³...

Avec sa « thèse de l'identité de l'État et du droit qu'a apportée la théorie pure du droit », Kelsen a prétendu avoir procédé à « l'anéantissement radical et absolu d'une des plus efficaces idéologies de légitimité⁴⁴ ». Enfermé dans son système, il n'a pas vu ni compris que fonder l'autorité du droit sur la seule autorité de l'État revient à un statocentrisme qui aura tôt fait de dégénérer en statolâtrie et de faire ainsi le lit de tous les totalitarismes, qu'ils soient ou aient été de facture nazie, marxiste ou fasciste. D'aucuns, ainsi

⁴¹ *Ibid.*, p. 310.

⁴² *Ibid.*, p. 48. Ces propos n'ont fait l'objet d'aucun rectificatif de leur auteur dans sa préface de 1960 à la seconde édition de son livre, ni dans son avant-propos à l'édition française de 1962. Dans *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, il écrira même que « le positivisme critique considère tout ordre juridique positif comme un ordre de paix » (p. 485 de l'édition française de 1997 de la *Théorie générale du droit et de l'État* paru en 1945).

⁴³ Voir *contra* Michel Troper, selon qui, dans ce système, « les actes sont considérés comme valides parce que conformes à une norme supérieure. Il ne s'ensuit évidemment pas que le droit nazi soit valide ou obligatoire, mais seulement qu'on doit, en raison de ces pratiques, l'appeler "droit" » (M. TROPER, « La norme fondamentale. Une reconstruction réaliste », art. cité, p. 276). Nous persistons néanmoins à penser le contraire.

⁴⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 310.

instruits, ne pourront éviter de s'y fourvoyer, avant d'avoir à en répondre⁴⁵. Les tragédies du XX^e siècle ont suffisamment prouvé que ce processus implacable ne relève pas des fantasmes politiques. Mieux placé que quiconque à tous égards pour les pressentir puis les constater, Kelsen fut assurément meilleur juriste que fin politique.

Il en va du droit comme de la morale chez Bergson : on peut le concevoir comme un système clos ou ouvert. Il n'est pas réservé au plaisir solitaire des juristes dans la douce quiétude de leurs bibliothèques de codes. Les gens de loi ne sont pas de simples cliniciens du droit ; ils en sont, à divers titres, les acteurs. Les fruits de leurs travaux sont tout entiers orientés vers la société et la réalisation du bien commun de la cité. Le droit n'existe pas pour être seulement pensé mais surtout pour être appliqué et incarné par et pour des êtres vivants, avec leurs grandeurs et leurs limites. Prétendre « purifier » le droit de tout élément étranger d'ordre moral, philosophique ou psychologique, revient ainsi à le cantonner au domaine de spéculations certes brillantes mais éthérées, sans rapport avec tout ce qui fait la vérité du droit et l'humanité de l'homme⁴⁶. L'impasse du juspositivisme est, en réalité, de nature essentiellement anthropologique. C'est à partir de cette fausse route qu'on pourra ensuite élaborer librement une remarquable *Théorie pure du droit...* mais sans toucher terre ! Tel est le péché originel du positivisme absolu qui n'est jamais qu'un absolutisme normativiste auquel la notion de légitimité ne peut qu'échapper.

Pour mémoire, il convient d'évoquer succinctement un positivisme moins catégorique, qui traite comme quasiment légitime un pouvoir de fait, à défaut d'être vraiment de droit, dont l'effectivité est cependant incontestable, sans tenir compte de son idéologie ou de ses méthodes de

⁴⁵ Voir O. JOUANJAN, *Jusitifier l'injustifiable. L'ordre du discours nazi*, PUF, coll. Léviathan, 2017. Le cas le plus emblématique restera celui du constitutionnaliste Carl Schmitt (1888-1985) qui, déjà auteur d'une étude sur *Légalité et légitimité* (1932) s'opposa au positivisme kelsénien avant d'adopter lui-même un positivisme exacerbé en asservissant sa science et sa notoriété aux pires méfaits du III^e Reich. En 1945, malgré l'absence du moindre repentir, sa seule sanction fut en 1945 l'exclusion à vie de l'Université...

⁴⁶ De nos jours, cette conception apparaît davantage en décalage avec la réalité législative qui dénote une forte production de normes moralisatrices souvent inspirées d'un « politiquement correct » confinant à l'asphyxie sociale.

gouvernement, y compris pour accéder à celui-ci. Une des plus célèbres illustrations historiques demeure, chez nous, celle de Pépin le Bref lorsqu'en 751, il évinça Childéric III, le dernier des « rois fainéants » mérovingiens, pour se faire sacrer roi des Francs à sa place, avec la bénédiction du pape Zacharie pour qui « à celui qui exerce effectivement le pouvoir, il revient de porter la couronne », affirmation qui n'avait toutefois rien de dogmatique...

Pour être très ancienne, cette théorie pragmatique a néanmoins survécu jusqu'à nos jours à travers la *Realpolitik*, cette politique qui se veut partir des réalités. Elle gouverne principalement les relations inter-étatiques sans trop s'embarrasser des grands principes, fussent-ils démocratiques, pour avaliser le fait accompli, le droit cédant à la force du fait⁴⁷. Des États accèderont ainsi à la respectabilité internationale par une reconnaissance diplomatique, acte de souveraineté par excellence opéré en s'abstenant de tout jugement sur le régime politique des pays concernés, pour peu qu'ils aient pour eux le succès par la durée et la puissance. Surtout quand elle est de nature économique et financière...

Tel fut le cas, entre autres, du célèbre congrès de Vienne de 1815 dont le principe de légitimité a entériné plusieurs situations acquises en Europe, ou encore de la reconnaissance de la Chine communiste par la France en 1964, bientôt suivie par tous les autres États du monde qui en tireront de grands profits industriels et commerciaux par leur « politique des contrats », sans toutefois trop se soucier de ses effets pervers à long terme... On pourrait en dire autant des étroites relations des démocraties libérales d'Occident avec les monarchies pétrolières des pays du Golfe. On expliquera subtilement qu'on reconnaît des États et non des gouvernements, bien que les uns ne puissent aller sans les autres, comme Kelsen l'a pertinemment expliqué : « [...] puisque l'État doit avoir un gouvernement et qu'une communauté sans gouvernement ne forme pas un État au sens du droit international, la reconnaissance d'une communauté comme un État implique que cette communauté ait un gouvernement. Les actes juridiques de

⁴⁷ Après avoir semblé adhérer à cette position (voir *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 57), Kelsen a bien distingué l'efficacité de la validité qui, rappelons-le, équivaut, pour lui, à la légitimité (voir *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 172-175).

reconnaissance de l'État et du gouvernement sont indissociables⁴⁸ ». Ce pragmatisme diplomatique fut aussi celui des États-Unis d'Amérique qui ont d'abord maintenu leur ambassadeur à Vichy auprès du maréchal Pétain jusqu'en 1942, puis reconnu *de facto* le Gouvernement provisoire du général de Gaulle, peu avant la libération de Paris, par un simple communiqué du 13 juillet 1944 immédiatement consécutif à la visite du Général à Washington⁴⁹. Il est vrai qu'au-delà du propre intérêt du pays qui la met en œuvre, cette théorie réaliste présente l'avantage de composer avec la réalité, si déplaisante soit-elle : il s'agit, en l'occurrence, de faire avec ce qui est et non avec ce qui n'est plus ou n'est pas encore, sans perdre pour autant de vue ce qui devrait être qu'à la différence des doctrinaires, les pragmatiques peuvent escompter obtenir par ce contournement. De l'Antiquité à nos jours, les plus grands dirigeants et stratèges politiques ont adhéré à cette ligne de pensée et d'action à laquelle on peut rattacher la notion justificatrice mais controversée de « raison d'État », parfaitement illustrée jadis par un cardinal de Richelieu allié des puissances protestantes contre la très catholique Autriche des Habsbourg, tout en pourchassant les protestants en France...

On remarquera que les hésitations de conscience entre légalité et légitimité ne se rencontrent pas seulement dans des circonstances exceptionnelles de temps de guerre ou de crise, comme pouvaient le penser Saint-Simon ou Auguste Comte, mais aussi parfois dans le cours normal de la vie sociale. On constate, en effet, que le conformisme juridique a pris de l'amplitude, ces dernières décennies, à l'instigation de certaines minorités dont les agissements, amplifiés par la médiatisation des moyens modernes de diffusion, pèsent sur le pouvoir politique pour obtenir la légalisation de pratiques jusque-là illégales, voire illégitimes, principalement dans le domaine des mœurs privées en quête de reconnaissance publique. De guerre lasse, les pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires feront s'incliner le droit devant le fait, sous l'effet d'une soudaine conjonction sur laquelle il est permis d'émettre quelques suspicions non dénuées de circonspection...

⁴⁸ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 279.

⁴⁹ La reconnaissance *de jure* sera formalisée le 23 octobre suivant.

En réalité, ce qu'on nomme habilement « pluralisme législatif » porte en germe le différentialisme qui aboutit à ce que l'État de droit se trouve réduit à un État de droits où la société se fragmente sous l'effet d'une exacerbation des droits individuels faisant feu de tous les particularismes. Dans cette nouvelle configuration d'une législation qui s'enfoncé toujours davantage dans les ornières d'un positivisme sociologique, la critique de légitimité devient de plus en plus inaudible à peine de stigmatisation envers quiconque se situe hors de ce champ idéologique et ne fait pas siennes ces nouvelles normes relativistes. La tolérance, naïvement prônée par Kelsen, dégénère à terme en intolérance. Sous le couvert attractif d'un libéralisme où le subjectivisme de chacun a vocation à acquérir force de loi, c'est d'un véritable néo-nihilisme qu'il s'agit, à savoir une négation de la nature humaine et, partant, de toute notion de loi naturelle. Au nom des principes supérieurs énoncés par celle-ci, la simple manifestation d'une opposition est considérée comme une forme de sédition qui bloque toute possibilité de discussion dans ce qu'on ose encore appeler un débat démocratique. L'État libertaire glisse alors subrepticement vers l'État autoritaire. Pourtant, Max Weber lui-même avait eu l'honnêteté intellectuelle de reconnaître que « le droit naturel est la seule forme de légitimité qui nous reste dès que la révélation religieuse et l'autorité sacrée de la tradition ont perdu leur force⁵⁰ ».

Dès lors, sans profaner le tombeau de Kelsen, il ne semble pas trop impie de se demander si sa « norme fondamentale » ne serait pas, en fin de compte, l'imprescriptible droit naturel...

II. – L'APPORT DU JUSNATURALISME

Pour le courant jusnaturaliste, le fond importe plus que la forme. Est ainsi reconnu comme légitime un pouvoir qui agit avec justice, c'est-à-dire celui dont les actes répondent aux trois critères cumulatifs de nécessité (acte requis par la situation), de possibilité (acte réalisable dans cette situation) et d'adéquation (acte proportionné à cette situation). À ce titre, la légitimité peut être constitutive de la légalité qui doit être elle-même l'expression concrète de cette loi naturelle donc universelle qu'est, selon les Anciens, la

⁵⁰ Cité par A. PASSERIN D'ENTRÈVES, « Légalité et légitimité », *op. cit.*, p.38.

justice exercée à la lumière de la droite raison. Telle est la conception aristotélicienne de la distinction entre les bons et les mauvais gouvernements, qui sera reprise et perfectionnée par saint Thomas d'Aquin. L'exigence de la qualité intrinsèque de justice de la loi civile a été exprimée, en son temps, par saint Augustin d'Hippone dans son célèbre traité *Du Libre arbitre* où il soutient qu'elle ne paraît pas être une loi celle qui ne serait pas juste (« *lex non videtur quae justa non fuerit*⁵¹ »).

Huit siècles plus tard, saint Thomas expliquera qu'en s'écartant de la raison, une loi inique cesse d'être une loi pour devenir plutôt un acte de violence (« *In quantum vero a ratione recedit : sic dicitur lex iniqua ; et, sic, non habet rationem legis, sed magis violentiae cujusdam*⁵² ». Et d'ajouter, de manière péremptoire : « D'où il ressort qu'il n'y a force de loi que dans la mesure où il y a justice. Or, dans les choses humaines, quelque chose est dit juste selon sa rectitude par rapport à la règle de la raison. Et la loi naturelle est la première règle de la raison [...]. Dès lors, toute loi humaine positive n'aura raison de loi qu'autant qu'elle dérive de la loi naturelle. Si elle ne s'accorde pas de quelque manière avec la loi naturelle, elle ne sera déjà plus loi, mais corruption de la loi » (« *Unde in quantum habet de justitia, intantum habet de virtute legis. In rebus autem humanis dicitur esse aliquid justum, ex eo quod est rectum secundum regulam rationis. Rationis autem prima regula est lex naturae [...]. Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, jam non erit lex, sed legis corruptio*⁵³ ». Comme en écho, Portalis, se souvenant des leçons du *De legibus* de Cicéron, mettra en garde le Corps législatif de son temps à propos du projet de loi de Code civil sur le mariage : « Il n'est pas du pouvoir des hommes de légitimer la contravention aux lois de la nature⁵⁴ ». L'écho antique n'a malheureusement pas eu raison de la surdité du législateur d'aujourd'hui...

La justice, cette « vertu des empires [qui] fonde même leur puissance⁵⁵ », est le garant suprême du bien commun préservé par le droit ;

⁵¹ *De libero arbitrio* I, 5, 11.

⁵² *Somme théologique*, Ia-IIae, Question 93, art. 3, *Resp.*

⁵³ *Somme théologique*, Ia-IIae, Question 95, art. 2, *Resp.*

⁵⁴ *Discours du 16 ventôse an XI* – 7 mars 1803.

⁵⁵ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours du 3 pluviôse an IV - 23 janvier 1796 au Conseil des Anciens*, préc.

elle est donc le principe majeur du pouvoir légitime d'où découlent tous les autres attributs indispensables à l'État de droit. En France, il est devenu d'usage de le définir à partir de la République fondée sur la liberté, l'égalité et la fraternité. Cette trilogie nationale est moins à prendre dans le bloc bétonné d'une devise devenue incantatoire et chargée de scories idéologiques, qu'à considérer dans la distinction propre à chacun de ses termes. Leur conjugaison, rattachée aux principes éternels de régence de la société humaine, pourra garantir le bon gouvernement d'une nation dans le cours de son évolution historique.

À ce dernier égard, une mention spéciale doit être faite à la légitimité dite « de droit divin », un peu rapidement évacuée aujourd'hui pour son anachronisme théocratique. Cette référence a certes marqué des religions anciennes comme le polythéisme d'incarnation des pharaons de l'Égypte antique, le zoroastrisme des rois de Perse ou le shintoïsme des empereurs du Japon (dont la déesse du Soleil figure toujours sur le drapeau national). Mais, si dans l'islam elle subsiste chez certains musulmans nostalgiques du califat, dans le christianisme elle a perdu de sa splendeur doctrinale et de sa prospérité d'antan.

En comparaison avec les autres religions, le droit divin chrétien revêt pourtant une signification particulière qui a connu diverses manifestations en Occident. Il a pour support le principe paulinien « *nulla potestas nisi a Deo* – aucun pouvoir qui ne vienne de Dieu⁵⁶ », en déduction de la réponse du Christ à Pilate qui lui faisait valoir son droit de le libérer ou de le crucifier : « Tu n'aurais aucun pouvoir sur moi s'il ne t'avait été donné d'En-Haut⁵⁷ ». L'autorité d'un homme, d'une famille ou d'une assemblée sur d'autres hommes ne peut en effet trouver son origine justificative que dans une autorité supérieure aux hommes, au nom même de l'égalité ontologique des membres du genre humain : « Il n'est pas un homme qui ait en soi ou de soi ce qu'il faut pour enchaîner par un lien de conscience le libre vouloir de ses semblables. Dieu seul, en tant que créateur et législateur universel, possède une telle puissance ; ceux qui l'exercent ont besoin de la recevoir de Lui et

⁵⁶ *Épître aux Romains*, chap. XIII, verset 1.

⁵⁷ *Évangile selon saint Jean*, chap. XIX, verset 11.

de l'exercer en son nom⁵⁸ ». Or, la nature de l'homme étant de vivre en société, il est nécessaire à la multitude d'être gouvernée, en considération de quoi le sage roi Salomon avait déjà averti que « là où il n'y a pas de gouvernement, le peuple se dispersera » (« *ubi non est gubernator, dissipabitur populus*⁵⁹ »).

Dès lors, un ordre politique et social officiellement placé sous l'égide de Dieu ne peut faire explicitement dériver que de Lui la source du pouvoir. Cette conception s'inscrit dans la prédication de l'apôtre Paul en faveur de la soumission à l'autorité légitime dont il dit qu'elle « est le ministre de Dieu pour faire justice⁶⁰ ». Cette finalité explicite permet de dissiper tout malentendu à ce sujet : le souverain « de droit divin » n'est pas bénéficiaire d'un blanc-seing qui l'autoriserait à un usage arbitraire du pouvoir pour couvrir les méfaits de son absolutisme ou les exactions de son caprice⁶¹. Plus que quiconque, un monarque se revendiquant « de droit divin » est soumis à des lois morales supérieures dont il a le devoir sacré de donner l'exemple de l'observance. Faute de quoi, il s'exposerait au redoutable risque d'avoir à en répondre devant le tribunal de Dieu, ce qui, dans un tel contexte, n'est pas une menace de pure forme⁶². Ce droit divin doit donc être compris comme une limitation du pouvoir par le haut, c'est-à-dire dans son essence, ce qui

⁵⁸ LÉON XIII, encyclique *Diuturnum illud*, sur l'origine du pouvoir civil, 1881. Hans Kelsen part du même principe de l'égalité entre les hommes par rapport au commandement de certains, mais sans évidemment remonter jusqu'à Dieu pour en légitimer le pouvoir (*La Démocratie. Sa nature. Sa valeur, op. cit.*, p. 1 et 2).

⁵⁹ Saint THOMAS D'AQUIN, *De Regno. Ad regem Cypri* [Du Royaume. Au roi de Chypre], I, 1.

⁶⁰ *Épître aux Romains*, chap. XIII, verset 4.

⁶¹ On a trop souvent confondu, notamment en France, ce « droit divin » monarchique avec l'absolutisme qui ne fut pourtant qu'une période de la monarchie.

⁶² Même le Pape, exemple-type de gouvernement de droit divin, qui, en tant que législateur suprême responsable devant Dieu seul, n'est point soumis aux lois canoniques (« *a legibus solutus* »), reste cependant soumis aux lois divines ainsi qu'aux dogmes et préceptes de la foi. Le principe de son immunité de juridiction (« *a nemine judicatur* – il n'est jugé par personne », canon 1404 du Code de droit canonique de 1983) poserait néanmoins problème au regard de la tradition canonique de l'Église attestée par le Décret de Gratien (collection de documents canoniques en vigueur à la moitié du XII^e siècle) selon lequel le Pape ne doit être jugé par personne sauf s'il était pris en s'écartant de la foi (« *a nemine judicandus nisi deprehendatur a fide devius* »), règle qui n'a jamais été formellement récusée depuis lors. Mais le droit de l'Église est muet sur la juridiction compétente...

est précisément l'objet de la légitimité, pendant que la légalité limite le pouvoir par le bas, c'est-à-dire dans son existence, à savoir son exercice.

Affirmer, avec le très laïque philosophe italien Norberto Bobbio, que « le pouvoir légitime est un pouvoir dont le titre est juste ; un pouvoir légal, est un pouvoir dont l'exercice est juste », revient à inscrire l'exigence jusnaturaliste de justice dans la définition de chacun des deux pour mieux en souligner la complémentarité⁶³. La justice est consubstantielle au pouvoir dont le sceptre de justice constitue le principal attribut des monarques chrétiens représentés en majesté, comme en illustration du psaume : « Ton sceptre royal est un sceptre d'équité, tu aimes la justice et tu détestes l'iniquité, c'est pourquoi le Seigneur ton Dieu t'a donné l'onction avec une huile de joie, de préférence à tes compagnons⁶⁴ ». S'il n'a pas la justice comme valeur absolue, l'État est frappé de dégénérescence, ainsi que l'a décrit saint Augustin : « Sans la justice, que sont les royaumes sinon de grands brigandages, et les brigandages, que sont-ils d'autre que de piètres royaumes ? » (« *Remota justitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia, et latrocinia quid sunt nisi parva regna*⁶⁵ ? ») ... De là découlent tant le droit de l'objection de conscience à l'encontre des législations attentatoires aux lois naturelles et aux droits et libertés fondamentales, que le droit de résistance à l'injustice et à l'oppression car, selon l'Aquinate, « l'homme n'est seulement tenu d'obéir aux pouvoirs séculiers qu'autant que le requiert l'ordre de la justice » (« *principibus saecularibus intantum homo obaedire tenetur, inquantum ordo justitiae requirit* ») ; dans le cas contraire, on n'est pas tenu à l'obéissance, « si ce n'est peut-être par accident [fortuitement], pour éviter un scandale ou un péril » (« *nisi forte per accidens, propter vitandum scandalum vel periculum*⁶⁶ »).

Dans le passé, la France chrétienne, dont on a si souvent souligné la vocation distinctive parmi les nations, s'est vue gratifiée des appellations (tardives) des « *gesta Dei per Francos* » (le dessein de Dieu par les Francs), puis

⁶³ N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité » in *id.*, *L'Idée de légitimité, Annales de philosophie politique*, n° 7, 1967, p. 49.

⁶⁴ *Psaume* 44, versets 7 et 8.

⁶⁵ *De civitate Dei*, IV, 4. Kelsen a décrété que cette formule de saint Augustin était « en elle-même absolument creuse » (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 56)...

⁶⁶ *Somme théologique*, IIa-IIae, Question 104, art. 6, *ad tertium*.

de « fille aînée de l'Église ». Le droit divin a été solennellement exprimé dans la monarchie française, depuis le baptême de Clovis jusqu'au sacre de nos rois, y compris leur désacralisation constitutionnelle de 1791 symboliquement mais physiquement sanctionnée dans le sang de la décapitation de 1793⁶⁷. Au cours de cette longue série de siècles et de « rois très chrétiens » – qui, à l'exception notable de saint Louis IX, ne le furent pas tous tant que ça – la divinisation assurait la pérennisation⁶⁸. Si bien que les deux pouvoirs, spirituel et temporel, ont pu s'appuyer et s'instrumentaliser l'un l'autre au milieu de leurs communes vicissitudes, au gré de résurgences alternatives de césaropapisme byzantin et de sacerdotalisme romain ... De nos jours en Europe, les monarchies chrétiennes subsistantes (catholiques ou protestantes), qui ont toutes intégré les principes démocratiques mais dont les couronnes restent partout surmontées d'une croix, ont maintenu un lien seulement personnel et non plus institutionnel avec leurs religions respectives, à l'exception de l'Angleterre avec l'anglicanisme, du Danemark avec le luthéranisme, et de Monaco avec le catholicisme. Dans ces États où le souverain règne « par la grâce de Dieu », ce lien confessionnel demeure de nature constitutionnelle⁶⁹, à la satisfaction de leurs sujets. N'en déplaise à Kelsen qui jugeait « inadmissible [...] la croyance à la royauté “par la grâce de Dieu” d'un prince⁷⁰ » ...

⁶⁷ Albert Camus écrira, à ce sujet : « Le 21 janvier, avec le meurtre du roi-prêtre, s'achève ce qu'on a appelé significativement la passion de Louis XVI [...] Il reste au moins que, par ses attendus et ses conséquences, le jugement du roi est à la charnière de notre histoire contemporaine. Il symbolise la désacralisation de cette histoire et la désincarnation du dieu chrétien. Dieu jusqu'ici se mêlait à l'histoire par les rois. Mais on tue son représentant historique, il n'y a plus de roi. Il n'y a donc plus qu'une apparence de Dieu relégué dans le ciel des principes. Les révolutionnaires peuvent se réclamer de l'Évangile. En fait, ils portent au christianisme un coup terrible dont il ne s'est pas encore relevé [...] tout cela laisse imaginer que ce n'est pas Capet qui meurt, mais Louis de droit divin, et avec lui, d'une certaine manière, la chrétienté temporelle. » (A. CAMUS, *L'Homme révolté*, Gallimard, 1951, p. 152-153).

⁶⁸ Il en sera de même pour les couronnements de Charlemagne par le pape Léon III à Rome en l'an 800, et de Napoléon I^{er} par le pape Pie VII à Paris en 1804 aux cris de « *Vivat Imperator in aeternum !* »...

⁶⁹ Voir J.-B. d'ONORIO, « Religions et Constitutions en Europe », *RDP*, 2006 – 3, p. 717-724. De nos jours, il n'y a pas ou plus de religion ou d'Église d'État dans les royaumes de Belgique, d'Espagne, de Norvège, des Pays-Bas et de Suède, ni dans les principautés d'Andorre et du Liechtenstein, ni au grand-duché du Luxembourg.

⁷⁰ *La Démocratie*, *op. cit.*, p. 109.

La doctrine du gouvernement de droit divin – qui, à la vérité, doit plus à l'histoire qu'à la théologie – s'exprime généralement sous deux variantes : soit le choix de Dieu se porte directement sur une personne et ses descendants (« l'élu du Tout-Puissant »), soit le pouvoir tient bien son titre de Dieu mais c'est au peuple d'en choisir le titulaire, en distinguant bien le titre de la détention de la personne du détenteur. La désignation de ce dernier s'opère par l'élection nominative d'un ou plusieurs individus pour un temps déterminé, ou bien par la reconnaissance d'une famille érigée en dynastie sans limitation de durée. Ce procédé a été résumé dans la formule paulinienne opportunément précisée par son complément thomiste : « *Nulla potestas nisi a Deo, sed per populum* – aucun pouvoir qui ne vienne de Dieu, mais par l'intermédiaire du peuple ». Même dans un système de monarchie héréditaire où la couronne se transmet par filiation sans élection, il existe un choix implicite par assentiment populaire dont vivats et festivités sont quelques-unes des manifestations d'avènement et d'intronisation, confirmées par la suite par une forme de plébiscite tacite de chaque jour. Dans le cas contraire, l'*odium plebis*, la haine du peuple, entraîne à terme l'abdication. En ce sens, la légitimité monarchique est aussi une légitimité démocratique.

En effet, un ordre politique juste ne peut faire l'économie du peuple car c'est pour le peuple qu'il est entièrement constitué : « le prince ne travaille pas à son utilité mais à celle des autres », précise saint Thomas⁷¹ dans la lignée d'Aristote ou d'Augustin pour lequel « nous sommes à la tête si nous sommes au service » (« *praesumus si prosumus* »). L'autorité dans la société est « donc ministérielle et non dominatrice⁷² ». Or, on ne peut pas conduire un peuple contre sa volonté, au risque de verser dans la tyrannie, qui est le type même du mauvais gouvernement puisqu'elle représente tout le contraire d'un ordre juste aux yeux du Stagirite comme de l'Aquinat. Ce retour au peuple conduit naturellement ces auteurs à la question de la souveraineté, manifestée à Rome par la « *majestas populi romani* » comme point focal de l'exercice du

⁷¹ *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque*, V, § 1010. Le Docteur angélique fait même du prince de la cité « le vicaire de la multitude » (*Somme théologique*, Ia-IIae, Question 90, art.3. *Resp.*). Jacques Maritain faisait reposer le pouvoir démocratique sur le concept fondamental de représentation ou « vicariance » (*L'Homme et l'État*, P.U.F., 2^e éd., 1965).

⁷² S. COTTA, « Éléments d'une phénoménologie de la légitimité », in P. BASTID, *L'Idée de légitimité*, *op. cit.*, p. 85.

pouvoir. On peut y trouver des linéaments de ce que nous appelons aujourd'hui l'État de droit. Ainsi donc, l'évocation du « droit divin », pour liée à des temps révolus qu'elle puisse paraître aux mentalités modernes, présente néanmoins le mérite de ramener à l'essentiel quand on s'interroge sur le fondement et la finalité du pouvoir politique, à la lumière de la philosophie du gouvernement de la cité élaborée par les deux phares majeurs de la pensée occidentale.

On perçoit mieux que, là où on s'ingénie souvent à opposer, il convient plutôt de conjuguer : légalité et légitimité doivent marcher de concert pour garantir la liberté, tant intérieure qu'extérieure, des citoyens. Dès lors, à l'inverse de Kelsen qui s'est refusé à « jeter un pont pour concilier le droit naturel pur et le droit positif⁷³ », on ne peut que souscrire à la conclusion selon laquelle « de même que le droit positif et le droit naturel sont les deux pôles de la vie du droit, la légalité et la légitimité sont les deux pôles de la vie politique⁷⁴ ».

C'est dire qu'en plaçant la justice au cœur du dispositif étatique et législatif, la thèse jusnaturaliste ne peut pas laisser le juriste totalement indifférent. Certains jusnaturalistes contemporains, tel Ronald Dworkin, y ont ajouté l'égalité qui est effectivement une requête qui prend désormais de plus en plus d'ampleur, dans la doctrine comme dans la jurisprudence (mais à manier avec précaution) ; de même qu'aujourd'hui des philosophes politiques, dont Marcel Gauchet, seraient enclins à considérer que la « norme fondamentale » n'exprimerait plus que « les droits de l'homme »... dont il est par ailleurs contesté, chez certains philosophes du droit naturel, comme Michel Villey, qu'ils soient vraiment du droit !

Parce qu'il estime que « le positivisme juridique a pour caractéristique de ne tolérer aucune justification religieuse de l'ordre juridique⁷⁵ », Kelsen a rejeté en bloc toute référence à la doctrine du droit naturel qu'il a même

⁷³ H. KELSEN, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 443. L'auteur prétend appliquer aussi au droit naturel sa théorie « pure » du droit...

⁷⁴ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, art. cité., p. 41.

⁷⁵ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 170.

convoquée au « tribunal de la Science⁷⁶ » ... Pour lui, « une théorie pure du droit ne s'oppose en rien à l'exigence d'un droit juste mais se déclare incompétente pour décider si tel ordre juridique est ou n'est pas juste, ainsi que pour déterminer l'élément fondamental de la justice. Une théorie pure du droit, une science, ne saurait répondre à une question à laquelle il est absolument impossible de répondre de manière scientifique⁷⁷ ». Comme d'autres, il tire aussi motif que les défenseurs du droit naturel se divisent en différentes écoles (principalement du droit naturel classique et du droit naturel moderne)⁷⁸, mais c'est tout autant le cas, si ce n'est plus, chez ses amis positivistes face au droit positif et jusque parmi ses héritiers intellectuels sur sa propre pensée et sur son œuvre⁷⁹... Et il ne sert à rien de reprocher à la doctrine du droit naturel un « caractère idéologique⁸⁰ » car le positivisme juridique est loin d'en être lui-même exempt... C'est justement ce dédain de nombreux juristes positivistes, et de Kelsen au premier chef, tout imbus d'un sentiment de supériorité, qui rend leur attitude souvent insupportable et idéologique parce que, précisément, non scientifique⁸¹.

Dans l'étude du droit naturel, on retrouve pourtant des thèmes permanents qui transcendent les époques ou les formes de régime, et sur

⁷⁶ *Id.*, « The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science », *The Western Political Quarterly*, 1949, vol. II.

⁷⁷ *Id.*, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 58. Les ambitions de Kelsen sont modestes : sa « norme fondamentale » n'a pas pour but « de fonder un ordre juste », mais seulement « un ordre *intelligible* » (*id.*, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 448, en italiques dans le texte).

⁷⁸ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 223.

⁷⁹ Voir T. HOCHMANN, X. MAGNON, R. PONSARD (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, *op. cit.*, *passim*.

⁸⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 115 ; *id.*, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 485 et 492.

⁸¹ Dans *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* où il critique sans concession la théorie du droit naturel (ou, du moins, l'idée qu'il s'en fait) parce qu'elle n'est pas réductible à des normes – démarche compréhensible en vertu de son normativisme relativiste – Kelsen déçoit néanmoins parfois le lecteur par des expressions faciles, peu dignes de sa pensée : « anarchisme idéal » (p. 439), « soutien du trône et de l'autel » (p. 463), « avec tout le pathos imaginable » (p. 486). Dans cette étude reconnue comme de facture néo-kantienne, l'auteur reproche même à Kant d'en être resté « en tant que philosophe du droit sur les rails éculés de la doctrine classique du droit naturel » (p. 491)...

lesquels les positivistes eux-mêmes, y compris Kelsen, n'ont pu éviter de s'interroger, même si c'est pour aboutir à des conclusions opposées qui ont néanmoins l'avantage de nourrir le débat et d'affiner les arguments des uns et des autres dans une saine émulation intellectuelle. Les théories jusnaturalistes portent une exigence plus forte que jamais dans la société d'aujourd'hui. Sans avoir la prétention, que leur prêtent (ou qu'en espèrent peut-être...) les positivistes, d'apporter des réponses toutes faites à toutes les questions, elles délaissent la vanité des ambitions politiciennes et la stérilité des jeux et enjeux de pouvoir pour replacer l'éthique au cœur de la politique. C'était déjà la préoccupation primordiale de Platon pour sa cité idéale, d'Aristote pour son gouvernement modéré, et de saint Thomas pour son régime mixte. Et c'est l'objet même de la légitimité.

III. – LA SINGULARITÉ DE L'HISTOIRE DE FRANCE

Ces différents types de légitimité, ici sommairement exposés, ne sont pas tous exclusifs les uns des autres mais peuvent parfois se combiner. La légitimité est assurément affectée d'une bonne dose de subjectivité fondée sur un critère de valeur juridique, sociologique ou morale. Seul le critère de la réalité et de l'efficacité, dont les positivistes font leur exclusivité, ne constitue pas une valeur en soi parce que l'obéissance aux lois et aux ordres du pouvoir peut se faire non par confiance mais par contrainte ou par résignation, sans qu'il y ait vraiment adhésion. Toutefois, s'il n'est pas suffisant, ce critère conduit nécessairement à un jugement de valeur – auquel se refusent les mêmes positivistes – qui est précisément celui de la légitimité à reconnaître au pouvoir considéré. Car, sans être premières dans ce jugement (sinon cela reviendrait à légitimer le coup de force sur le droit), réalité et efficacité ne sont pas totalement étrangères à la légitimité dans la mesure où un pouvoir inconsistant et inefficace n'est plus un pouvoir.

C'est ainsi qu'un gouvernement d'institution légale mais qui ne serait plus obéi sombrerait dans l'ineffectivité et perdrait toute légitimité. Il en va de même pour un gouvernement en exil qui n'a de raison d'être qu'autant qu'on lui accorde des chances de reconquérir toute la réalité et la pleine efficacité du pouvoir ; une fois tout espoir raisonnable perdu, sa légitimité ne relèvera plus que de l'ordre historique. À l'inverse, un gouvernement de fait

peut parfaitement devenir légitime avant même de devenir légal, ainsi qu'en a témoigné le Gouvernement provisoire de la République française : son instauration à Alger en juin 1944 n'était conforme ni à la Constitution de la III^e République, ni bien sûr aux Actes constitutionnels du régime de Vichy qu'en toute logique l'ordonnance du 9 août 1944 déclarera « nuls et de nul effet ». Il n'acquerra sa légalité formelle que lors du référendum du 21 octobre 1945, immédiatement suivi de la démission du général de Gaulle qui se présenta aussitôt à l'investiture démocratique de la nouvelle Assemblée constituante et législative à peine élue par le peuple ce même jour. Ce fut ainsi que le pays sortit d'une crise majeure de légitimité apparue à la mi-juin 1940, voire bien avant au dire de la philosophe Simone Weil, qui faisait remonter la disparition de la « légitimité républicaine » aux décrets-lois sur les pouvoirs spéciaux attribués aux gouvernements Daladier⁸²...

La France offre un terrain d'investigation privilégié à l'étude de la légitimité du pouvoir politique. Au cours de son histoire, elle en a expérimenté toutes les versions ci-dessus énumérées : le « droit divin » dans sa longue période monarchique, le positivisme modéré de la *Realpolitik* dans ses relations internationales jusqu'à nos jours, et le positivisme intransigeant depuis l'avènement de l'État laïque. Ce dernier a toutefois si fortement imprégné les mentalités que les interrogations fondamentales sont devenues étrangères à l'univers culturel aculturé des milieux politiques, et quasiment anecdotiques dans les cercles juridiques. La légalité l'a emporté sur la légitimité qui n'est plus évoquée pour l'autorité de la règle de droit mais seulement pour la confiance des citoyens envers les gouvernants au gré des sondages sur leurs cotes respectives de popularité.

Pourtant, les Français d'aujourd'hui vivent sous un régime constitutionnel fondé par un homme que le destin avait jeté « hors de toutes les séries⁸³ », se réclamant d'une légitimité historique pour « assumer la France⁸⁴ » et la maintenir sur les chemins de sa destinée et sur la voie de sa souveraineté. S'il a toujours recherché la confirmation du suffrage populaire

⁸² *L'Enracinement* (publié à titre posthume en 1949 par Albert Camus), Gallimard, coll. Idées, 1977, p. 229.

⁸³ C. DE GAULLE, *Mémoires de guerre*, t. I, *L'Appel 1940-1942*, Plon, 1954, p. 71.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 74.

et exercé le pouvoir selon les principes démocratiques jusqu'à ce fatal 27 avril 1969, il n'en a pas moins revendiqué une légitimité personnelle qui en a intrigué plus d'un mais qu'il disait détenir de l'Histoire au regard de ses mérites inaugurés un certain 18 juin. Au nom de « cette légitimité de salut public⁸⁵ », il se posait en chef responsable « devant lui, devant les hommes et devant Dieu⁸⁶ ». Au demeurant, qui oserait encore soutenir que, quoique dépourvue de toute base légale dans un pays sous la botte de l'occupant étranger, la Résistance française d'alors n'était pas légitime, tandis qu'elle invoquait ce droit à l'insurrection que, dans son *Traité du Gouvernement civil* de 1690, John Locke dénommait fort significativement « le droit d'en appeler au Ciel » ?...

Peut-être faudrait-il justement remonter jusqu'à Jeanne d'Arc pour retrouver pareil exemple d'un personnage historique dont le titre est à rechercher au-delà du droit, dans un appel venu des voix célestes pour la sainte Pucelle, dans un « appel de la patrie éternelle [...] pour sauver son honneur et son âme⁸⁷ » pour le Général. Il n'est d'ailleurs pas indifférent qu'enjambant les siècles, celui-ci ait placé son aventure libératrice de 1940 sous les auspices de celle-là, partageant avec elle de se présenter « sans droit héréditaire, sans plébiscite, sans élection, au seul appel, impératif mais muet, de la France⁸⁸ ».

Quand, vingt ans plus tard, il s'est agi de passer à la V^e République⁸⁹, son illustre fondateur, rappelé au pouvoir dans les circonstances que l'on sait,

⁸⁵ C. DE GAULLE, *Mémoires de guerre*, t. III, Le Salut 1944-1946, Plon, 1959, p. 21.

⁸⁶ Discours du 2 octobre 1941 devant la presse internationale de Londres, in *Discours et messages*, t. I, *Pendant la guerre*, Plon, 1971, p. 101. Le Général reformulera cette expression, le 4 juin 1958, à Alger, devant les cadres civils du Gouvernement général de l'Algérie à qui il était venu exposer ses vues sur l'avenir de ce pays, pour conclure : « Quant à moi, il me restera à rendre compte de ma mission devant l'Histoire et devant Dieu » (voir G. ELGEY, *De Gaulle à Matignon*, Fayard, 2012, p. 171). Plus tard, cette responsabilité « devant Dieu » fera ricaner ce mécréant de Sartre...

⁸⁷ C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. I, *Le Renouveau 1958-1962*, Plon, 1970, p. 22.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 283.

⁸⁹ On remarquera, au passage, les similitudes des principes directeurs et de la pratique gaullienne de la V^e République avec les composantes du « régime mixte » énoncées par saint Thomas d'Aquin : prééminence institutionnelle du chef de l'État, modération par des corps

accepta bon gré mal gré de se soumettre au vote de l'Assemblée nationale d'une IV^e République agonisante dont la légitimité était frappée de la même inéluctabilité. Aussi son discours de présentation à la tribune du Palais-Bourbon se bornera-t-il à une brièveté inédite de sept minutes trente, à la suite desquelles le prestigieux orateur se retira sur le champ « laissant l'Assemblée débattre pour la forme⁹⁰ », comme il l'écrira avec une condescendance qui en dit long sur la légitimité qu'il pensait incarner face à un parlementarisme de politiciens en sursis qu'il méprisait. Il précisera, du reste, éloquemment : « J'accepte d'être "investi" le 1^{er} juin par l'Assemblée nationale⁹¹ », les guillemets du texte soulignant une pure concession à la légalité parlementaire considérée comme un accessoire formel à sa légitimité personnelle.

Sans doute y voyait-il surtout un vote secondaire par rapport à l'expression directe de la volonté des Français. S'il restaura le référendum et y recourut si souvent en mettant son mandat en jeu, c'est qu'il pensait que sa propre légitimité était néanmoins insuffisante dans les temps nouveaux pour diriger la France, et qu'elle avait besoin d'être ratifiée, voire régulièrement régénérée, par le peuple souverain. Et ne poursuivait-il pas, entre-temps, le même but par sa fréquente pratique des « bains de foule » à travers toute la France pour y retremper cette double légitimité tant issue des urnes que de l'Histoire ? Ainsi peut-on comprendre son explication de son retour au pouvoir en 1958 quand il se fut agi de « s'en remettre à la légitimité profonde, celle qui procède, non point de la représentation multiple, incertaine et troublée des tendances qui divisent la nation, mais bien des sentiments, des espoirs, des institutions qui tendent, au contraire, à l'unir⁹² ».

C'est dire que cette légitimité n'était pas le fruit d'un subjectivisme douteux, ni d'une « hypothèse présumée », encore moins d'une « fiction »

intermédiaires représentatifs, consultation du peuple auquel revient le dernier mot de la souveraineté (voir J.-C. RICCI, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 2011, p. 116-123 ; *id.*, « La théorie thomiste du régime mixte », *RDP*, 1974, p. 1559-1609).

⁹⁰ *Mémoires d'espoir*, t. I *Le Renouveau*, p. 33.

⁹¹ *Ibid.*, p. 31.

⁹² Éloge funèbre du Président René Coty prononcé au Havre, le 27 novembre 1962, C. DE GAULLE, *Discours et messages*, t. IV, *Pour l'effort*, Plon, 1972, p. 48.

kelsénienne, mais plutôt la rencontre d'un sentiment personnel et d'un sentiment national et populaire dont la conjonction plongeait ses racines dans ce « principe de légitimité » des Capétiens. En « penseur de la légitimité⁹³ », de Gaulle entendait renouer ce lien, jadis rompu par le coup sec d'un tranchant de guillotine, pour rendre à l'État « la stabilité et la continuité dont il [était] privé depuis cent-soixante-neuf ans⁹⁴ ». En 1958, ce décompte n'était pas anodin... Propulsé dans cette étonnante lignée par les circonstances des temps pour « personnifier cette grande ambition nationale⁹⁵ », le Général y retrouvera tous les ingrédients : la souveraineté de la Nation, la continuité de l'État et la liberté du peuple. Et c'est donc à bon droit qu'en lui transmettant officiellement la charge suprême de l'État au palais de l'Élysée, le 8 janvier 1959, le Président Coty parut relier son successeur au *Princeps* cicéronien en déclarant : « Le premier des Français est désormais le premier en France ».

C'est le même impératif de légitimité qui a incité le Président de Gaulle à réviser sa Constitution en 1962, au risque d'une crise de régime, pour y faire élire ses successeurs au suffrage universel direct, faute, pour eux, de bénéficier de son aura personnelle et exclusive qu'il pouvait difficilement leur transmettre et avec laquelle aucun d'entre eux n'aurait pu rivaliser. L'antique élection divine se mua en élection populaire (« *per populum* »...) dans laquelle l'éminent garde des Sceaux de l'époque, le professeur Jean Foyer, voyait « la forme moderne du sacre de Reims avec cette particularité que l'huile de l'onction finit par s'évaporer au bout de sept ans⁹⁶ » ...

En cette année de commémorations gaulliennes, cette référence vient illustrer une légitimité originelle, unique en son genre dans un contexte démocratique, que ni Kelsen ni ses plus zélés disciples n'auraient

⁹³ Selon l'expression d'Odile Rudelle qui le qualifia aussi de « stratège de la légitimité » (O. RUDELLE, *Mai 1958. De Gaulle et la République*, Plon, 1988, p. 283). Voir aussi *id.*, « Le rôle du général de Gaulle et de Michel Debré » in D. MAUS, L. FAVOREU et J.-L. PARODI (dir.), *L'Écriture de la Constitution de 1958*, Actes du colloque du XXX^e anniversaire à Aix-en-Provence, PUAM et Economica, 1991, p. 755.

⁹⁴ *Mémoires d'espoir*, t. I, *Le Renouveau*, p. 23.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁹⁶ *Le Monde* des 16-17 avril 1995, p. 11. Depuis lors, le délai de péremption a été ramené à cinq ans, en raison sans doute de la durabilité des bénéficiaires...

évidemment jamais pu admettre, ni même comprendre, pour pouvoir donner naissance à un nouvel ordre constitutionnel qui a apporté la preuve de son efficacité, de sa stabilité et de sa longévité. Pourtant, dans les intentions du « père » de cette nouvelle République, que d'aucuns diront « monarchique » mais où il a aspiré à faire la synthèse constitutionnelle de toute la trame historique du mode de gouvernement de la France et des Français, ils auraient pu trouver quelque relent de « norme fondamentale » remontant à « la première Constitution » posée (et non vaguement supposée), sous forme le plus souvent non écrite, par ces rois fondateurs qui « en mille ans firent la France »...

On conviendra néanmoins que nous avons effectivement dépassé ici les confins du droit. De Gaulle n'écrira-t-il pas lui-même : « Si j'assume à présent la fonction suprême, c'est parce que je suis, depuis lors, consacré comme un recours. Il y a là un fait qui, à côté des littérales dispositions constitutionnelles, s'impose à tous et à moi-même⁹⁷ » ? Au-delà des inévitables divergences d'appréciation de son action politique, cet exemple de personnage très exceptionnel dans l'espace et dans le temps correspond à ce qu'on a coutume de dénommer « l'homme providentiel » dont l'existence n'est contestée sur le moment que par les médiocres et magnifiée – avec souvent le renfort des mêmes – que *post mortem*. Il y faut la coïncidence avec un événement majeur puisque « ce sont les grandes occasions qui font les grands hommes⁹⁸ ». Au demeurant, tous les grands hommes ne sont pas nécessairement des hommes providentiels, rares étant ceux qui peuvent prétendre à une telle stature au contenu *a priori* indéfinissable mais nécessairement orienté vers le bien commun⁹⁹.

À cette appellation à connotation religieuse, si ce n'est divine, on pourrait aussi bien préférer l'expression plus socio-psychologique de « chef charismatique » rappelant le premier type de légitimité évoqué par Max Weber, voire celle, plus ésotérique, de « chef sociométrique » dégagée par

⁹⁷ *Mémoires d'espoir*, t. I, *Le Renouveau*, p. 283-284.

⁹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, 1750.

⁹⁹ En effet, les génies du mal qui ont aussi peuplé l'Histoire ne peuvent, malgré leur triste célébrité, être désignés en référence à la Providence qui ne peut favoriser le mal.

Jacob Lévy Moreno¹⁰⁰ pour caractériser l'homme qui surgit comme un recours à un moment dramatique de l'Histoire où tout peut sembler perdu, et le destin d'une nation près de basculer¹⁰¹. Son engagement répond à une mission sacrée qui engage toute sa personne et dépasse sa pauvre vie¹⁰² ; il nourrira la légende et écrira une nouvelle page du « roman national ». Car l'homme providentiel est aussi un fondateur. Ses titres originels ne sont certainement pas juridiques mais son initiative sera source de droit en cas de succès. Sa légitimité sera la substance de la nouvelle légalité qui en résultera. Trans-juridique, voire, sous certains aspects, transhistorique, elle constituera en quelque sorte l'âme de la légalité¹⁰³.

Dès lors, on ne voit pas comment ni pourquoi des juristes pourraient ne pas s'y intéresser. D'autant que Portalis nous a aussi appris qu'il convenait d'interroger l'Histoire car « elle est la physique expérimentale de la législation¹⁰⁴ » ...

Quelques mois avant sa mort à Londres en 1943, Simone Weil eut à rédiger, à la demande du chef des Français libres, un rapport d'anticipation sur la reconstruction morale de la France après la Libération dont le Général se préoccupait déjà. L'auteur d'*Oppression et liberté* y écrivit notamment : « Étant donné qu'en fait il y a eu rupture de continuité dans notre histoire récente, la légitimité ne peut plus avoir un caractère historique ; elle doit procéder de la source éternelle de toute légitimité. Il faut que les hommes qui

¹⁰⁰ « ... sorte de prophète, doté d'une intuition sociométrique profonde, capable de saisir le sens d'une révolte latente et de formuler clairement des opinions et un programme d'action dans lesquels tous se reconnaissent » (R. MUCCHIELLI, *Psychologie de la relation d'autorité*, Librairies techniques et E.S.F., 1976, p. 50). Pionnier de la sociométrie, Moreno (1872-1974) fut un médecin psychiatre austro-américain qui, comme ses compatriotes Kelsen et Gödel, émigra aux États-Unis durant l'entre-deux-guerres pour y poursuivre et développer sa carrière.

¹⁰¹ Il peut arriver que cet homme... soit une femme, l'exemple de Jeanne d'Arc étant encore suffisamment éloquent, six siècles après son épopée.

¹⁰² Voir le discours du général de Gaulle à l'Hôtel de Ville de Paris, le 25 août 1944 : « ... nous ne dissimulerons pas cette émotion profonde et sacrée. Il y a là des minutes qui dépassent chacune de nos pauvres vies... ».

¹⁰³ Voir A. KOJÈVE, *La Notion de l'autorité*, Gallimard, cité *supra* par J.-B. DONNIER.

¹⁰⁴ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours au Corps législatif pour la présentation du premier projet de loi introductif au Code civil*, 3 frimaire an X – 24 novembre 1801.

se proposeront au pays pour le gouverner reconnaissent publiquement certaines obligations répondant aux aspirations essentielles du peuple, éternellement inscrites au fond des âmes ; il faut que le peuple ait confiance dans leur parole et dans leur capacité, et reçoive le moyen de le témoigner ; et il faut que le peuple sente qu'en les acceptant il s'engage à leur obéir¹⁰⁵ ». C'est cette libre manifestation de la confiance qui adviendra le 26 août 1944 tout au long des Champs-Élysées et jusqu'à Notre-Dame de Paris, et qui se répètera à partir du 1er juin 1958 à travers tous les départements français visités par le Président de la République au cours de son septennat¹⁰⁶.

Au brillant homme de loi que fut Jean Foyer, le général de Gaulle donnera, un jour, cette leçon de droit : « Souvenez-vous de ceci : il y a d'abord la France, ensuite l'État, enfin, autant que les intérêts majeurs des deux sont sauvegardés, le Droit¹⁰⁷ ».

Cet homme d'État était décidément trop « hors normes » pour ne pas faire s'étrangler tous les normativistes de la terre.

¹⁰⁵ A. CAMUS, *L'Enracinement*, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰⁶ Voir C. de GAULLE, *Mémoires d'Espoir*, t. I *Le Renouveau*, p.304-307.

¹⁰⁷ J. FOYER, *Sur les chemins du droit avec le Général. Mémoires de ma vie politique 1944-1988*, Fayard, 2006, p. 7. Cette affirmation à l'emporte-pièce doit être relativisée par le commentaire même de son destinataire selon qui cette pensée du Général « n'exprimait point je ne sais quel cynisme juridique, car le président de la République croyait à la nécessité du droit et l'importance des institutions était grande à ses yeux. Elle exprimait le refus du juridisme, de cet algébrisme dont les tenants prétendent imposer des conséquences contraires au bien commun... » (*ibid.*).