



**HAL**  
open science

# L'en-deçà et l'au-delà du droit. Penser la légitimité en droit, de la normativité juridique à la fonction sociale du droit

Céline Husson-Rochcongar

## ► To cite this version:

Céline Husson-Rochcongar. L'en-deçà et l'au-delà du droit. Penser la légitimité en droit, de la normativité juridique à la fonction sociale du droit. *Revue Lexsociété*, 2022, 10.61953/lex.3240. hal-03775169

**HAL Id: hal-03775169**

**<https://hal.science/hal-03775169v1>**

Submitted on 12 Sep 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



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



*L'en-deçà et l'au-delà du droit.*  
**Penser la légitimité en droit, de la normativité  
juridique à la fonction sociale du droit**

*in A. CUKIER ET H. KASSOUL (dir.), Normativité et légitimité. Rencontres de  
Thémis et Sophia, Université de Poitiers, 2020*

**CELINE HUSSON-ROCHCONGAR**

*Maître de conférences HDR*

*Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le  
Politique, Épistémologie et Sciences Sociales (CURAPP-ESS, UMR  
7319)*

*Université de Picardie Jules Verne*

Émergeant d'une jungle conceptuelle, la légitimité constitue une passerelle entre le politique et le juridique. Au cœur du processus par lequel le droit transforme une réalité politique en réalité juridique, elle se fait révélateur la matière sociale qui forme tant l'en-deçà que l'au-delà du droit. Par un double mouvement du droit aux sciences sociales et des sciences sociales au droit, penser la légitimité éclaire donc la fonction sociale du droit, la normativité juridique étant vecteur d'institutionnalisation du monde social.

**Mots-clés :** légitimité ; normativité ; sciences humaines et sociales, méthodologie, épistémologie, théorie du droit

« *Que peut-il bien passer de si extraordinaire dans ces yeux ?  
Que s'y mire-t-il à la fois obscurément de détresse et lumineusement d'orgueil ?* »  
André Breton, *Nadja*

L'ambivalence de la notion saisit immédiatement le juriste découvrant la légitimité : à la fois obscure et lumineuse, elle questionne autant qu'elle éclaire. Est-ce là affirmer qu'étudier juridiquement la légitimité serait affaire de perspective ? Sans doute. Mais c'est avant tout, plus prosaïquement, constater que la légitimité s'envisage comme une notion à la fois profondément juridique et entièrement a-juridique.

Une telle ambivalence apparaît dans les définitions les plus classiques, qui présentent la légitimité comme la « [q]ualité, [l]'état de ce qui est légitime, conforme au droit, à la loi » voire, plus confusément, comme la « [c]onformité de quelque chose, d'un état, d'un acte, avec l'équité, le droit naturel, la raison, la morale » et, par métonymie, comme le « [d]roit d'une dynastie, de souverains légitimes<sup>2</sup> ». Apportant des précisions techniques, les définitions juridiques ne font toutefois pas disparaître cette ambiguïté, et ce, quelle que soit la perspective adoptée. En droit civil, elle désigne ainsi l'« [é]tat (situation) de l'enfant légitime (légitimité d'origine) ou légitimé (légitimité acquise par légitimation) et consistant en un ensemble de droits et de devoirs (statut d'enfant légitime) » mais est aussi « [p]arfois syn[onyme] de justice, ou de justification ou de licéité » ; en droit public, elle est la « [c]onformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et

1 A. Breton, *Nadja*, Paris, Gallimard, Folio, 1992 [1928], p. 73.

2 Centre national de ressources textuelles et lexicales [<http://www.cnrtl.fr>]. Plus évasivement et sur le mode de l'accumulation, elle est parfois définie comme « [c]aractère de ce qui est fondé en droit », « [q]ualité de ce qui est équitable, fondé en justice », « [q]ualité d'un enfant légitime » ou « [q]ualité d'un pouvoir d'être conforme aux croyances des gouvernés quant à ses origines et à ses formes » [<https://www.larousse.fr>].

politiquement l'autorité de cette institution »<sup>3</sup>. L'intrication entre aspects juridiques et a-juridiques est ici telle que le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant précise qu'ainsi entendue la légitimité est à « ne pas confondre avec [la] légalité » et le *Dictionnaire de droit international public* qu'elle se « distingue de la légalité ou de la licéité, qualités qu'une institution ou une norme tirent de leur conformité à une règle de droit positif<sup>4</sup> ».

Cette précision est d'importance car c'est avant tout à travers le couple qu'elle forme avec la légalité que la légitimité se trouve saisie par le droit, même si elle étend son empire bien au-delà. En effet, comme l'a noté la Pr. Simone Goyard-Fabre, « [q]uand on s'interroge sur l'acception juridique de la notion de légitimité, le problème est de déterminer, dans un système de droit positif, les rapports qu'elle entretient, d'une part, avec la *légalité*, d'autre part, avec les requêtes du *monde social* et *l'horizon des valeurs* - problème dissymétrique puisque si son concept est confronté avec la structure de l'ordonnancement des règles juridiques, il implique aussi un rapport avec la dimension extra-juridique de l'expérience humaine et avec l'horizon méta-juridique d'une exigence axiologique<sup>5</sup> ».

Passerelle entre cet « horizon des valeurs » et leur concrétisation dans des normes juridiques, c'est donc essentiellement d'un point de vue théorique - qui interroge davantage la compréhension de la normativité juridique que la mise en œuvre de la norme elle-même - que la légitimité intéresse le droit. Certes, l'idée de *légitimité* est présente *dans le droit*: est ainsi qualifié de *légitime*<sup>6</sup> ce qui est « établi par la loi, conforme à la règle », conformément à l'étymologie (on parle ainsi en droit pénal de *légitime défense* et, en droit civil, de *détenteur légitime* ou de *propriétaire légitime*), mais aussi ce qui est

3 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, Association Henri Capitant, 9<sup>e</sup> éd, 2011, p. 601.

4 J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, AUF, 2001, p. 643.

5 « Légitimité », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 929.

6 « Légitime », *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 600.

« inhérent au mariage », en matière familiale, et ce qui est « [a]ccordé ou réservé par la loi », au sens de *quotité disponible* ou de *réserve*. Toutefois, c'est sous l'angle de *la science du droit* que son importance est la plus grande, car son articulation avec la légalité s'y trouve interrogée alors que les définitions peinent à en offrir une vision claire : il suffit, pour s'en convaincre, de constater que le *Vocabulaire juridique* retient également comme *légitime* ce qui est « [d]igne d'être pris en considération (et parfois, plus activement, propre à justifier ou à excuser), non seulement comme conforme aux exigences de la légalité (comp. *légal*) ou aux règles de droit (comp. *licite*), mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social » et, finalement, ce qui est « [c]onforme à la justice, à l'équité »<sup>7</sup>.

Contrairement à ces éléments définitionnels généralistes dont la nécessaire brièveté les amène à trop embrasser une notion aussi évanescence pour bien l'êtreindre, les approches plus théoriques distinguent quant à elles plus nettement ce qui est légitime de ce qui est légal. Ainsi, selon le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (qui signale par ailleurs implicitement des usages différenciés dans le temps<sup>8</sup>), puisqu'au « sens général [*légitime*] se dit de tout acte, de toute attitude, de tout sentiment, de toute parole dont le sujet est considéré comme étant à cet égard dans son bon droit », alors « [l]e mot [...] dit plus que *légal* [car] il ne saurait s'appliquer à ce qui constitue un abus de droit<sup>9</sup> ». Dans cette perspective, la légitimité semble donc à la fois dépasser la légalité (en impliquant l'idée d'une matérialité de la norme juridique associée à son formalisme) et « implique[r] la légalité au point de lui être consubstantielle<sup>10</sup> ».

7 Sur l'intrication des notions : B. Py et F. Stasiak (dir.), *Légalité, légitimité, licéité, regards contemporains : mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Seuvin*, Nancy, PUN-Éds. Univ. de Lorraine, 2018.

8 Puisque *légitime* « [a]u sens politique, s'est dit d'un souverain appelé au trône en vertu des règles traditionnelles de succession en vigueur » (A. Lalande (dir.), Paris, PUF, Quadrige, 3<sup>e</sup> éd., 2010 [1926], p. 556).

9 *Ibid.*

10 S. Goyard-Fabre, *loc. cit.*, p. 929.

Or, une telle imbrication<sup>11</sup> se révèle déterminante dans la construction de l'approche juridique, contribuant notamment à alimenter les représentations qui constituent le cadre de pensée de la communauté des juristes. Elle est ainsi mobilisée pour analyser la (re)construction de l'État en tant que processus politico-juridique (fréquemment dans le prolongement critique des travaux de Carl Schmitt<sup>12</sup>) - particulièrement lors de la Révolution, sous la République de Weimar puis après la Seconde Guerre mondiale - ou les diverses formes de juridicisation de la protection des droits individuels<sup>13</sup>. Son étude a toutefois connu un certain *reflux* avec la montée en puissance de ce que Michel Virally a nommé un

- 11 Pour un aperçu de l'ampleur de la question : C. Schmitt, *Légalité et légitimité*, trad. Ch. Roy et A. Simard, Préface et notes A. Simard, MSH & Presses de l'université de Montréal, Bibliothèque allemande, Philia, 2016 [1932] ; A. Passerin d'Entrèves, « Legalità e legittimità », in *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. 2, p. 1307-1319 et « Légalité et légitimité », in *L'idée de légitimité, Annales de philosophie politique*, Paris, PUF, Institut international de philosophie politique, 1967, p. 29-41 ou encore G. Carcassonne, « Légalité et légitimité », in M. Bettati et B. Kouchner (dir.), *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987.
- 12 D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1997 ; O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes et Cie, 1997 ; A. Simard, « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en RFA », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n° 1, 2008 et *La loi désarmée. Carl Schmitt et la controverse légalité/légitimité sous Weimar*, MSH & Presses de l'université de Montréal, Bibliothèque allemande, Philia, 2009 ; O. Beaud, « Légalité et légitimité : la lutte de Carl Schmitt contre la république de Weimar et sa défense d'une "contre-constitution" allemande », in J.-F. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, ENS Éds., Theoria, 2002, p. 125-147.
- 13 Comp. J.-Y. Morin, « Institutions internationales et droits de l'homme : vers de nouvelles exigences de légitimité de l'État », in *L'État souverain à l'aube du XXIe siècle*, Actes du XXVIIe colloque de la SFDI, Paris, Pedone, 1994, p. 289 et s. et S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ, Grands colloques, 2016 (sp. G. Bigot, « La protection juridictionnelle des droits face à la légitimation de la puissance étatique », p. 241-250 et F. Chénéde, « Légitimation et efficience de la garantie des droits constitutionnels par le juge judiciaire : une protection des droits contre l'intérêt général esquivée ? », p. 283-302).

« positivisme pratique<sup>14</sup> », au point que « sa fortune semble subir une éclipse » et que certains en viennent « à se demander si la notion de légitimité a encore un sens précis et autonome ou si elle n'est pas plutôt un terme ambigu et fourvoyant, et par là donc, s'il ne faut pas l'abandonner<sup>15</sup> ».

La question se pose en effet avec évidence à qui tente de procéder à une typologie, tant la notion se diffracte au gré des qualificatifs que les auteurs estiment pertinent d'y accoler, souvent sur le mode de l'alternative exclusive, son atomisation prenant des allures de *jungle conceptuelle*: aux côtés du triptyque wébérien (légitimité « traditionnelle », « charismatique » et « rationnelle légale »<sup>16</sup>) reviennent ainsi régulièrement les couples conceptuels que forment légitimité « procédurale » (« la légitimité dérivée de la reconnaissance sociale d'un pouvoir ») et « substantielle » (« la légitimité comme adéquation à une norme ou à des valeurs »)<sup>17</sup> et, de manière plus ou moins superposée, légitimité « formelle » et « matérielle »<sup>18</sup> (ou « en valeur<sup>19</sup> »). Sa forme « technique<sup>20</sup> » est fréquemment pensée en contrepoint de sa forme « politique<sup>21</sup> » (que

14 M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. V : se trouve ainsi désigné le fait que sans « se prononce[r] clairement sur les bases de la théorie [...] la plupart observent [ce positivisme] qui leur en fait admettre et utiliser sans hésitation ni réserve les thèses centrales ».

15 S. Cotta, « Éléments d'une phénoménologie de la légitimité », in *L'idée de légitimité, op. cit.*, p. 61.

16 M. Weber, *Le Savant et le Politique*, Paris, Plon, Bibliothèques 10/18, 1963 [1919], p. 126-127.

17 P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008.

18 Not. F. Rouvillois, *Droit constitutionnel*, t. 1, *Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, Champs Université, 6e éd., 2017, soulignant que « [c]e qui distingue la légitimité formelle de la légitimité matérielle, c'est que la première s'apprécie *a priori*, et la seconde, *a posteriori* ».

19 Y. Sintomer, *La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas*, Paris, La Découverte, Armillaire, 1999, p. 25-55.

20 E. Letourneur-Fabry, « Le déficit de légitimité des institutions européennes : un procès en cours d'instruction », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 1, n° 1, 2004, p. 65-77.

21 Not. D. Schnapper, « Citoyenneté », *Encyclopaedia Universalis* [www.universalis-edu.com].

ce soit « monarchique<sup>22</sup> », « démocratique<sup>23</sup> », « populaire<sup>24</sup> » ou « plébiscitaire<sup>25</sup> »), à laquelle s'adjoignent d'autres qualificatifs comme « organique<sup>26</sup> », « fonctionnelle<sup>27</sup> » ou encore « démocratique fonctionnelle et institutionnelle<sup>28</sup> ». On la dit « axiologique<sup>29</sup> », « sociologique<sup>30</sup> » voire « sociale<sup>31</sup> » (fractionnable en légitimité « associative » - jugée « identitaire » par opposition à « collective » -, « institutionnelle » et « professionnelle »<sup>32</sup>), mais aussi

- 22 Parmi beaucoup d'autres, P. Bastid, « Légitimité », *Encyclopaedia Universalis*.
- 23 Récemment H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant. Contribution au développement d'une légitimité démocratique*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2020.
- 24 M. Dogan, « La légitimité politique : nouveauté des critères, anachronisme des théories classiques », *RIS*, n° 196, 2010/2, p. 24.
- 25 C. Schmitt, *Légalité et légitimité*, *op. cit.*, p. 155.
- 26 S. Roland, « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 29, n° 1, 2009, p. 3-75.
- 27 Ainsi, « la légitimité fonctionnelle des principes généraux du droit moderne ne suffirait pas à leur conférer le droit de citer dans l'ordre juridique étatique, si elle ne s'appuie pas sur leur légitimité organique, c'est-à-dire l'habilitation conférée officiellement à leurs auteurs pour les édicter sous cette forme » (F. Moderne, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 731).
- 28 E.W. Böckenförde, *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. O. Jouanjan, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2000, p. 280.
- 29 X. Magnon, « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », in *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 251-270.
- 30 M. Bouvier, « Justice fiscale, légitimité de l'impôt et société post-moderne », *RFFP*, n° 124, 2013, p. 26.
- 31 I. Fassassi, « L'exigence continue de légitimité sociale de la Cour suprême », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, août 2009, p. 142-149.
- 32 B. Bouquet, « La complexité de la légitimité », *Vie sociale*, n° 8, 2014/4, p. 17-18 (renvoyant à M. C. Suchman, « Managing legitimacy : strategic and institutional approaches », *Review Academy of Management*, 1995, vol. 20, n° 3, qui distingue au sein de la légitimité « institutionnelle », « la légitimité pragmatique reposant sur la capacité de l'organisation de satisfaire les intérêts des différents acteurs sociaux ; la légitimité morale fondée sur la croyance collective que l'activité promeut le bien-être sociétal ; la légitimité cognitive fondée sur la cohérence entre les comportements de l'organisation et les schémas de ce qui est compris des acteurs sociaux »).

« rationnelle », « historique » ou « existentielle »<sup>33</sup>. On la pense « interne » ou « internationale »<sup>34</sup>, « étatique<sup>35</sup> » ou au contraire « intégrative<sup>36</sup> » (lorsqu'elle est européenne), « dérivée » ou « secondaire<sup>37</sup> » (lorsqu'elle concerne certains organes de l'Union, comme la Commission européenne, également présentée comme titulaire d'une légitimité « managériale<sup>38</sup> »). On oppose « légitimité de titre » et « légitimité d'exercice »<sup>39</sup> ou « légitimité de l'origine du pouvoir » et « légitimité de la conduite du pouvoir »<sup>40</sup>, légitimité « positive » et légitimité « tacite »<sup>41</sup> ou encore légitimité « ouverte » et légitimité « close »<sup>42</sup>. On distingue légitimité « d'établissement », « d'impartialité », « de réflexivité » et « de proximité »<sup>43</sup> comme

33 S. Cotta, *loc. cit.*, p. 82 et s.

34 Selon la *doctrine de la légitimité interne*, défendue par certains États d'Amérique centrale, « les États seraient dans l'obligation de refuser leur reconnaissance à tout gouvernement nouveau issu de bouleversements révolutionnaires, parce qu'un tel gouvernement ne saurait prétendre à la légitimité interne en l'absence d'une libre adhésion de l'électorat ». Selon la *doctrine de la légitimité internationale*, soutenue par les États-Unis, c'est « parce qu'un tel gouvernement ne saurait prétendre à la légitimité internationale en l'absence de toute indication de sa part qu'il entend se conformer aux règles du Droit international général ou conventionnel » qu'il conviendrait de lui refuser toute reconnaissance (*Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 601).

35 O. Kouma, *La légitimité du pouvoir de l'État en Afrique subsaharienne : essai sur la relation entre la reconnaissance internationale et la légitimité démocratique*, thèse, Univ. Toulouse 1, 2009.

36 D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 183.

37 J.-C. Gautron, « La Commission européenne en quête de légitimité », *RQDI*, Hors-série déc. 2012, Les 20 ans de l'Union européenne, p. 33.

38 *Ibid.*

39 Y.-Ch. Zarka, « La légitimité démocratique en question », in Y.-Ch. Zarka (dir.), *Repenser la démocratie*, Paris, A. Colin, 2010, p. 85.

40 D. Mineur, « Légitimité de l'origine et légitimité de la conduite du pouvoir chez Kant et Fichte », *Cités*, vol. 76, 2018, n° 4, p. 141-150.

41 B. Constant, « De l'esprit de conquête et de l'usurpation », in *De la liberté chez les modernes*, Paris, Le Livre de Poche, 1980, p. 254 : « J'admets deux sortes de légitimité : l'une positive, qui provient d'une élection libre, l'autre tacite, qui repose sur l'hérédité ».

42 S. Cotta, *loc. cit.*, p. 85.

43 P. Rosanvallon, *op. cit.*

légitimité « religieuse », « civile (ou politique) » et « pragmatique »<sup>44</sup>... quand elle n'est pas tout bonnement qualifiée d'« apocalyptique<sup>45</sup> ».

Sans constituer « une fin en soi », toute tentative d'élaborer une typologie vise, par « l'ordre artificiel qu'elle introduit dans le réel [à] permettre de l'expliquer voire d'extrapoler son évolution »<sup>46</sup>. Or, bien que rendue sommaire par l'absence de systématisme qu'elle met en évidence, l'entreprise révèle ici avant tout la multiplicité des usages de la notion de *légitimité*, aussi bien dans le droit lui-même qu'à ses marges. Ainsi, si l'on peut sans conteste en déduire qu'aujourd'hui encore, comme l'affirmait le Pr. Paul Bastid en 1967, « [l]e problème de la légitimité est certainement à l'ordre du jour<sup>47</sup> », c'est toutefois en ajoutant immédiatement que la question de son ambiguïté, loin d'avoir été résolue, semble au contraire avoir mené à sa diffusion anarchique, de nombreux auteurs en proposant d'innombrables variantes au gré de ce qu'ils entendent désigner comme une forme spécifique de légitimité, parfois avec une maîtrise toute relative de la notion.

Un tel fatras définitionnel, s'il peut laisser songeur quant à la manière dont il évoque la formule de Charles Eisenmann selon laquelle « [l]e droit positif [offre] au juriste toute une série de réglementations [...] pour ainsi dire "en vrac" [...] : et c'est à lui [...] qu'il appartient et incombe de mettre l'ordre intelligible [...] de la connaissance dans cette masse de matériaux<sup>48</sup> », attire surtout l'attention sur une question méthodologique distincte, aux confins du droit et des sciences sociales - car c'est moins des normes juridiques elles-mêmes que résultent ces multiples notions que de leur analyse par des auteurs diversement positionnés dans des champs différents. En effet, bien qu'ils soient mobilisés dans l'analyse juridique (que ce soit

44 D. Sternberger, « Typologie de la légitimité », in *L'idée de légitimité, op. cit.*, p. 87-96.

45 *Ibid.*, p. 90.

46 P. Beltrame, *Les systèmes fiscaux*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1997, p. 5.

47 P. Bastid, « L'idée de légitimité », in *ibid.*, p. 1.

48 « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éds. Panthéon-Assas, 2002 [1966], p. 298.

par la doctrine elle-même ou par les auteurs que celle-ci étudie, incorporant par là dans la science juridique des éléments de philosophie, de sociologie et d'histoire des idées), les éléments qui constituent *la matière juridique de la légitimité* sont cependant issus de disciplines variées. Or, contribuant fortement au caractère kaléidoscopique de l'ensemble, cette diversité met avant tout en évidence l'intérêt d'adopter une méthode perspectiviste<sup>49</sup> pour penser la légitimité en droit.

Une telle explosion conceptuelle doit certes retenir l'attention du juriste dès lors que, se diffusant à travers les normes juridiques, elle risque d'entraîner une complexification du droit positif. Néanmoins, ainsi qu'il est fréquent en droit, cette ambiguïté se révèle également nourricière, non seulement quant à l'élaboration des normes juridiques mais aussi quant à la science juridique qui les étudie. Il y a là la marque de la complexité inhérente à l'idée de *légitimité* qui, à l'articulation du politique et du juridique, permet de *penser ensemble* - et non successivement - ces deux aspects entre lesquels elle constitue une *passerelle*, pour interroger le fondement même de la normativité juridique : c'est justement en tant qu'elle s'avère tout à la fois profondément juridique et entièrement a-juridique que la légitimité peut être saisie comme « la question pratique par antonomase dans l'ordre juridico-politique<sup>50</sup> ». Loin d'être paradoxal, le constat d'une telle dualité reflète en fait l'essence de la légitimité, qui est d'assurer la *crystallisation du politique dans le droit*.

En effet, si le mot appartient sans aucun doute « au registre de la pensée politique où il désigne le bien-fondé du Pouvoir<sup>51</sup> », la légitimité ne saurait pour autant être conçue comme lui appartenant entièrement puisque, interrogeant fondamentalement la distinction entre le *devoir-être* et l'*être*, elle forme la substance même de la

49 O. Beaud, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano », *Droits*, n° 33, 2001, p. 73-95.

50 A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

51 S. Goyard-Fabre, *loc. cit.*, p. 929. V. également Ph. Raynaud et S. Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2000.

normativité juridique. C'est donc cette normativité qui doit être considérée à l'aune de la légitimité, et non les normes qui n'en sont que l'instrument visible. Le saisir impose certainement de porter pour un instant le regard vers ce qui constitue à la fois l'*en-deçà* et l'*au-delà* du droit : la matière sociale. Car, en permettant de réencastrer le droit - « fait social par excellence<sup>52</sup> » selon la formule d'Henri Lévy-Bruhl - au cœur de la réalité sociale qu'il ordonne, penser la légitimité met en évidence sa fonction sociale. Par ce mouvement de pensée qui va du droit aux sciences sociales puis des sciences sociales au droit, la légitimité devient moyen d'observer le processus par lequel le droit *institue le monde social* en transformant une réalité politique en réalité juridique.

Tel l'escargot destiné à démontrer la perspective dans *l'Annonciation* de Francesco del Cossa<sup>53</sup>, la légitimité se fait alors « figure de bord<sup>54</sup> », « donnant illusoirement l'impression d'enjamber l'espace fictionnel de la toile et l'espace réel de l'observateur, voire d'appartenir à ce dernier espace uniquement, comme posé[e] sur la toile physique, plutôt que d'appartenir à la représentation, *pour notamment souligner la présence du cadre*<sup>55</sup> ». C'est *cette transition du social au social par le droit* qu'incarne la légitimité, en formant la transcendance qui fait les communautés politiques, lesquelles tout à la fois se dotent d'un droit (*en-deçà du droit*) et sont régies par lui (*au-delà du droit*). Véritable *pont* entre deux rives, elle permet de saisir ensemble le juridique et le politique, et offre au juriste un moyen d'élargir la palette de ses instruments pour renouveler le regard qu'il porte sur le droit et la manière dont il le donne à voir. En mettant en lumière la fonction sociale du droit (I), *penser la légitimité*

52 « La Science du Droit ou "Juristique" », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Vol. 8, 1950, p. 126.

53 *Gemäldegalerie Alte Meister*, Dresde (v. D. Arasse, « Le regard de l'escargot », *On n'y voit rien. Descriptions*, Paris, Folio, essais, 2003, p. 29-56).

54 L. Marin, *De la représentation*, D. Arasse *et al.* (éd.), Paris, Gallimard-Le Seuil, Hautes Études, 1994, p. 316.

55 J.-M. Durafour, « L'iconologie nostalgique chez R. W. Fassbinder, ou le cinéma comme outil pour une autre histoire de l'art », *Nouvelle revue d'esthétique*, vol. 17, n° 1, 2016, p. 94.

*en droit* dévoile ainsi toute la puissance de la normativité juridique et permet d'en renouveler l'étude en jouant sur la perspective (II).

\*\*\*

## **I. Penser la légitimité en droit pour saisir la fonction sociale du droit**

La légitimité constitue une question essentielle pour le juriste. Un regain d'intérêt pour son étude en atteste dans la doctrine, même si les raisons et les modalités en sont diverses, ce qui offre l'image d'une approche fragmentée au sein de laquelle les conceptions se juxtaposent face à l'obscurité de la notion (A). Complétant la précédente en révélant la légitimité comme *transcendance*, une approche transversale mêlant théorie politique et théorie du droit met en évidence son rôle fondamental dans le processus de cristallisation du politique dans le juridique (B).

### **A. Une approche fragmentée : « le kaléidoscope de l'obscurité<sup>56</sup> »**

Les études juridiques consacrées à la légitimité se répartissent essentiellement en trois groupes. Tout d'abord, la notion de *légitimité* est fréquemment mobilisée dans des travaux qui en cantonnent l'étude à l'étendue des pouvoirs et compétences de l'une ou l'autre institution<sup>57</sup> : il s'agit alors d'interroger avec les outils du droit la légitimité de cette institution pour s'acquitter des missions qui lui ont été politiquement et juridiquement assignées, la plupart du temps pensées au prisme de la démocratie<sup>58</sup>. Dans cette perspective, le juge

56 M. Proust, *À la recherche du temps perdu*, « Du côté de chez Swan », Paris, Gallimard, La pléiade, 1954 [1913], p. 13.

57 Récemment, B. Morel, *Le Sénat et sa légitimité. L'institution interprète d'un rôle constitutionnel*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2018 ou I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, Bibliothèque des thèses, 2017.

58 En effet, puisque « [s]a légitimité est d'appliquer la loi que les représentants ont votée et les principes fondamentaux du droit dans lesquels une société se

est - sans surprise - la figure centrale<sup>59</sup>. Ce sont bien sûr ses relations avec les autres pouvoirs<sup>60</sup> qui sont ici interrogées au prisme de la légitimité (particulièrement dans certains contextes, comme celui des relations interinstitutionnelles aux États-Unis<sup>61</sup>) mais aussi, plus largement, la fonction juridictionnelle elle-même puisque, comme l'écrit le Pr. Michel Troper, « le juge exerce un pouvoir discrétionnaire, notamment dans son activité d'interprétation, mais ce qui lui confère sa légitimité, c'est qu'il est à même de percevoir les besoins de la société et d'être un ingénieur social<sup>62</sup> ».

---

reconnaît [l]e juge trouve sa justification la plus solide en se plaçant dans le registre d'une herméneutique des principes fondamentaux de la démocratie » (D. Salas, « Juge (Aujourd'hui) », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 865-866). V. aussi S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

- 59 J. Raibaut et J. Krynen (dir.), *La légitimité des juges*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Mutations des normes juridiques, 2004 ou M. Wieviorka (dir.), *Rendre (la) justice*, Auxerre, Éds. Sciences Humaines, Les entretiens d'Auxerre, 2013 (sp. P. Rolland, « Faut-il craindre le gouvernement des juges ? », p. 159-169 et D. Salas, « Quelle légitimité pour le juge en démocratie ? », p. 171-182).
- 60 G. Zagrebelsky, « La Corte costituzionale e il legislatore », in P. Barile, E. Cheli et S. Grassi (dir.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il mulino, 1982, p. 103-157 et W. Mastor, « Plaidoyer pour le gouvernement des juges », in *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 63-74.
- 61 Not. É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921 ; G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 1999, 51/2, p. 243-280 et A. Levasseur, « De Marbury v. Madison à Bush v. Gore ou de la légitimité du juge aux États-Unis », in *De tous horizons, Mélanges en l'honneur de Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, LGDJ, 2005, p. 764.
- 62 « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. Amssele (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant-PUAM, 1995, p. 239. Selon le Pr. D. Rousseau, « [l]a légitimité du juge dépend [...] d'une organisation de la justice qui permet de croire qu'un juge peut rendre effectivement ses décisions hors des influences de l'opinion, de la politique, de sa hiérarchie » (« La légitimité du juge en question », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 29-30 septembre 2006, p. 440 [<https://www.senat.fr/colloques/>]).

Ensuite, de manière plus ou moins explicite, la notion de *légitimité* se fait parfois l'objet de recherches consacrées à l'émergence de normes ou de pratiques juridiques récentes. Interrogeant la légitimité de leur objet, ces travaux questionnent également la structuration de la science juridique à travers l'émergence de nouvelles disciplines, comme si la légitimité de l'objet étudié conditionnait celle de la discipline consacrée à son étude. En la matière, le droit de l'Union européenne (dans lequel la légitimité nouvelle des institutions européennes vient percuter celle des États membres<sup>63</sup> en impliquant « une balance des légitimités<sup>64</sup> ») a incontestablement réussi à s'imposer comme autre chose qu'une forme particulière de droit international<sup>65</sup>. De même, le droit de la régulation est parvenu à s'étendre à chaque espace juridique des possibles où la légitimité de l'État se trouve challengée par celle d'opérateurs indépendants susceptibles d'intervenir<sup>66</sup>. Quant au droit international des droits de

63 Politiquement sensible, la question suscite également de nombreuses réflexions au-delà de la sphère proprement juridique. Not. *RIS*, n° 2, 2010, vol. 196, *Légitimation et délégitimation* (sp. M. Haller, « Quelle légitimité pour l'Union européenne ? », p. 55-68 et D. Tamvaki, « La politique européenne – Strates de légitimité », p. 69-88) ou M.-L. Fages, « Refonder la légitimité démocratique et politique de l'Union européenne », *Revue politique et parlementaire*, n° 1079, 22 août 2016.

64 J.-C. Gautron, *loc. cit.*, p. 35.

65 J. Gerkrath, « La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe », in G. Duprat (dir.), *L'Union européenne, droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996, p. 234 et s. ; J.H.H. Weiler, « Legitimacy and Democracy of Union Governance » in G. Edwards et A. Pijpers (eds.), *The Politics of European Treaty Reform. The 1996 Intergovernmental Conference and Beyond*, London, Pinter, 1997, p. 249-287 ; J.-L. Quermonne, *L'Europe en quête de légitimité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001 ; Th. Chopin, *La fracture politique de l'Europe. Crise de légitimité et déficit politique*, Bruxelles, Larcier, 2015 et « Zone euro, légitimité et démocratie : comment répondre au problème démocratique européen ? », *Question d'Europe*, n° 387, 4 avr. 2016 ; C. Husson-Rochcongar, « La démocratie, au cœur de l'identité européenne ? », *Civitas Europa*, vol. 40, n° 1, 2018, p. 67-87. V. aussi S. de la Rosa et A. Potteau, *Le droit de l'Union européenne. Son efficacité et sa légitimité en question*, 8 avril 2015 [<https://live3.univ-lille3.fr/video-vie-universitaire/le-droit-de-lunion-europeenne-son-efficacite-et-sa-legitimite-en-question.html>].

66 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Dalloz-Presses de Sciences Po, 2004 (sp. M.-A. Frison-Roche,

l'homme, il va jusqu'à revendiquer explicitement<sup>67</sup> une force normative particulière découlant d'une forme de « super-légitimité » de son objet<sup>68</sup>.

Enfin et surtout, ayant intimement partie liée avec l'État, dont elle constitue le fondement en même temps que celui de la norme juridique, l'idée de *légitimité* forme l'arrière-plan de toute étude de la souveraineté. C'est le cas en droit interne, où elle est « le plus obscur des phénomènes constitutionnels<sup>69</sup> » selon la formule du Pr. Baranger, et s'avère particulièrement centrale dans l'étude juridique

---

« Réversibilité entre légitimité et efficacité dans les systèmes de régulation », p. 195-198, M. Collet, « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », p. 41-56 et J. Marimbert, « Les conditions de l'indépendance comme facteur de légitimité », p. 83-84) et J. Bergougnoux, « Comment le régulateur gagnera sa légitimité », *Sociétal*, n° 30, 2000, p. 61 et s.

67 Not. B. Walsh, « The Origins of Human Rights », in R. Rysdall *et al.* (eds.), *Rett og rettsal*, Oslo, Aschehoug, 1984, p. 649-659 ; H. Golsong, « Interpreting the european Convention on human rights beyond the confines of the Vienna convention on the law of treaties ? », in R.St.J. MacDonald, F. Matscher et H. Petzold (dirs.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 147-161 ; A.A. Cançado Trindade et J. Ruiz de Santiago, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, San José, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, 2001 ; J.A. Pastor Ridruejo, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs*, *RCADI*, 1998, t. 274, p. 9-308 et C. Husson-Rochcongar, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Préf. G. Malinverni et P. Wachsmann, Bruxelles, Bruylant, 2012.

68 V. J. Habermas, « De la légitimation par les droits de l'homme », *Éthique publique*, vol. 1, n° 1, 1999 [<http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2712>] et K. Vasak, « Étude d'introduction », in *Liberté des élections et observation internationale des élections*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 40 : c'est « par la voie d'élections libres et honnêtes qu'une démocratie véritable [...] trouve sa légitimité et, partant, sa consécration : une consécration interne [...] puisqu'au terme des élections, le souverain [...] aura manifesté sa volonté [et] internationale [...] à condition qu'aucun doute ne puisse subsister à l'étranger sur la liberté des élections ».

69 D. Baranger, *Droit constitutionnel*, Chap. 1, *Les fondements de la légitimité*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2013, p. 71.

du système électoral<sup>70</sup>. C'est également le cas en droit international<sup>71</sup>, dont elle nourrit les réflexions portant sur l'édiction des normes comme sur leur mise en œuvre, notamment parce que « la tendance de plus en plus marquée en faveur de l'émergence d'un principe de légitimité démocratique sur le plan universel se heurte toujours à l'objection d'un grand nombre d'États qui craignent l'érosion d'une partie très importante de leur domaine réservé<sup>72</sup> ». Sous-tendant les idées de *légitime défense*, de *guerre juste*, d'*intervention d'humanité*, de *droit d'ingérence* et, plus largement, de *recours à la force*<sup>73</sup>, elle est d'une spéciale importance en droit des conflits armés<sup>74</sup>. Mais elle fonde également la conditionnalité politique de la coopération ou de l'aide internationale<sup>75</sup>, et ainsi l'ensemble du droit international humanitaire comme du droit international des droits de l'homme, dont l'objet est justement de traduire dans des normes juridiques l'affirmation d'un système de valeurs démocratique<sup>76</sup>. Dans cette

70 V. les travaux du Pr. Bruno Daugeron, sp. *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2011, p. 923-1039 et A. Laquièze, « Élection des gouvernants et légitimité démocratique », *Cités*, vol. 76, 2018, n° 4, p. 131-140.

71 A. Kholti, *Recherches sur la notion de légitimité en droit international*, thèse, Univ. Nancy 2, 1991 et D. Kokoroko, « Souveraineté étatique et principe de légitimité démocratique », *RQDI*, vol. 16-1, 2003, p. 37-59.

72 Th. Christakis, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française, CERIC, 1999, p. 503.

73 A. Pellet, « Le recours à la force, le droit et la légitimité. Notes sur les problèmes posés par le principe de l'interdiction du recours à la force armée en cas de carence du Conseil de sécurité », in *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, p. 231-254.

74 V. les nombreuses réflexions initiées par F. de Vitoria (*De jure belli*, 1532), H. Grotius (*De iure belli ac pacis*, 1625) et E. Kant (*Projet de paix perpétuelle*, 1795). V. aussi R. Aron, *Paix et Guerre entre les Nations*, Paris, Calmann-Lévy, 8e éd., 1984.

75 P.N. Stangos, « La conditionnalité politique en termes de protection des droits de l'homme, de démocratie et d'État de droit, des relations économiques extérieures de la Communauté et de l'Union européennes », in H. Ruiz-Fabri, L.-A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationales : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, p. 273-321.

76 Comme l'écrivait l'ancien greffier de la Cour européenne des droits de l'homme Michele de Salvia, « [s]i les États souhaitent vraiment assurer au système de

approche « classique », la légitimité n'est que rarement pensée pour elle-même. Il s'agit plutôt de relire les fonctions et les compétences des institutions étudiées à sa lumière, pour mettre en évidence les évolutions les plus saillantes du droit positif. Elle peut toutefois également être envisagée comme une question fondamentale pour la discipline elle-même : c'est le cas en droit international, dont l'existence est - comme l'a souligné Kelsen<sup>77</sup> - conditionnée par l'idée d'un recours seulement *légitime* à la force<sup>78</sup>. Ainsi, l'émergence de concepts traduisant cette exigence de légitimité peut aller jusqu'à « tradui[re] une crise de légitimité<sup>79</sup> » de la discipline, tout comme la montée en puissance de certaines théories peut imposer d'en repenser les attendus<sup>80</sup>.

---

protection, présenté comme judiciaire, une certaine efficacité, le salut ne peut venir que de la prise en considération des grands principes qui ont fondé le système, tels qu'ils ont été affirmés dès l'origine par ceux qui l'ont conçu » (« Illustration et défense du système européen de protection judiciaire des droits de l'homme : des règles précises pour des obligations claires et partagées par les États », *RTDH*, 2007, vol. I, p. 136). V. également C. Russo, « La Convenzione europea per i diritti dell'uomo : sua origine ed elaborazione », in *I diritti umani e la loro protezione (I). La Convenzione europea*, Roma, Società italiana per la organizzazione internazionale, 1986 et R. Ryssdal, « *The Conscience we need* », in *The European System for the Protection of Human Rights*, *op. cit.*, p. XXV-XXIX.

77 H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, *RCADI*, 1953-III, t. 84, p. 28 et s.

78 Ainsi, « l'interdiction du recours individuel à la force armée est plus un fondement de légitimité du système qu'une condition de son efficacité. Elle exprime l'engagement des États et légitime l'action contre eux du Conseil [de Sécurité], s'ils manquent à leurs propres engagements » (S. Sur, « La sécurité collective : une problématique », *Cahier de la Fondation Res Publica*, Colloque au Sénat, 6 juin 2005).

79 O. Corten, « Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation », *RIEJ*, n° 37, 1996/2, p. 112.

80 Sur le constitutionnalisme : B. François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, CURAPP, 1993, p. 210-229 ; L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, vol. 46, n° 2, avr.-juin 1994, p. 557-581 ; G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, Études juridiques, 1999 ; M. Coutu, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence

S'inscrivant dans des perspectives différentes selon qu'ils la conçoivent essentiellement comme un outil permettant d'interroger le fonctionnement du droit ou qu'ils tentent de la saisir pour elle-même, ces trois groupes de travaux ont en commun de placer la légitimité au cœur d'un questionnement portant sur l'articulation du juridique et du politique. Envisagé dans un rapport d'antériorité - faute d'instruments juridiques permettant de penser ces deux aspects sur le mode de l'imbrication - ce questionnement amène à considérer que du politique découlerait le juridique (le pouvoir - légitime - fonderait le droit : la légitimité conditionnerait la légalité) et du juridique découlerait le politique (c'est en respectant les procédures juridiquement établies que le pouvoir acquerrait sa légitimité : la légalité conditionnerait la légitimité). Fréquemment entremêlée à celle de légitimation<sup>81</sup> (qui est quant à elle « une question de fait, non de droit [puisqu'i]l s'agit simplement de découvrir par quels artifices ceux qui détiennent le pouvoir réussissent à le faire accepter et à le rendre durable<sup>82</sup> »), la notion de *légitimité* se trouve ainsi souvent « assimil[ée] à la légalité ou, plus largement, à la régularité juridique, tradui[san]t l'exigence de cohérence logique dont la rationalité des

---

constitutionnelle », *Droit et société*, 2004/1, p. 233-256 ; R.H. Fallon, « Legitimacy and the Constitution », *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005, n° 6, p. 1794-1801.

81 Sur l'articulation entre « légitimation par les sources » ou *input legitimacy* (la légitimité repose sur l'élection) et « légitimation par les résultats » ou *output legitimacy* (elle repose sur la réalisation d'un objectif d'intérêt général) : F. Scharpf, *Gouverner l'Europe*, Paris, Presses de Science po, 2000.

82 A. Passerin d'Entrèves, « Légalité et légitimité », *loc. cit.*, p. 30. Dans le même sens, selon le *Lexique de science politique : vie et institutions politiques* (O. Nay (dir.), Paris, Dalloz, 2008, p. 284), « [l]a légitimation est le processus par lequel les dirigeants "démontrent leur aptitude à assurer le triomphe des valeurs" (J. Lagroye), [...] souvent posées comme constitutives de la société. Légitimation politique et légitimation de l'ordre social sont donc inextricablement liées. La légitimation du pouvoir politique correspond à l'ensemble des processus "qui rendent l'existence d'un pouvoir coercitif spécialisé tolérable sinon désirable, c'est-à-dire qui le fassent concevoir comme une nécessité sociale sinon comme un bienfait". Elle vient aussi bien du soutien spécifique apporté aux dirigeants du fait des performances du système politique, qu'au soutien diffus issu du processus de socialisation politique ».

"modernes" a fait son requisit premier<sup>83</sup> ». Aux confins de la théorie politique et de la théorie du droit, la légitimité semble pourtant appeler une approche plus transversale, s'attachant à la *science du droit* autant qu'au *droit* lui-même<sup>84</sup> et mettant en lumière la manière dont celui-ci s'inscrit dans le réel.

## **B. Une approche transversale : d'une légitimité idéale à la construction discursive de la légitimité**

Faute de les saisir ensemble, l'approche juridique de la légitimité bute sur son articulation avec la légalité, ne parvenant souvent à les distinguer qu'en renvoyant finalement la seconde à l'univers supposé stable des normes juridiques et la première au ciel des idées. Mobilisant conjointement histoire des idées, théorie politique et analyse du discours, une approche transversale permet de dépasser cette difficulté en s'appuyant sur le constat wittgensteinien selon lequel certaines questions ne méritent pas d'être résolues mais dissoutes<sup>85</sup>. En replaçant le droit dans un contexte élargi, il s'agit d'éclairer son rapport au monde pour saisir ainsi, par une combinaison des deux niveaux d'analyse, ce que la légitimité apporte non seulement au droit mais aussi à la science du droit.

En effet, qu'elles la rattachent « au mode d'établissement de tel ou tel gouvernement » ou « au pouvoir originaire de l'État, aux fondements mêmes de la vie sociale »<sup>86</sup>, les tentatives visant à distinguer la légitimité de la légalité ont « été poussées dans des directions multiples et il en résulte une grande confusion<sup>87</sup> ». Considérées quasiment comme synonymes, les deux notions se trouvent parfois associées, dans une recherche de simplification, comme si elles se

83 S. Goyard-Fabre, *loc. cit.*, p. 929.

84 Sp. L. Fontaine (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, Droit & Justice, 2011.

85 « [T]out ce qui proprement peut être dit peut être dit clairement, et sur ce dont on ne peut parler, il faut garder le silence » (L. Wittgenstein, « Avant-propos », in *Tractatus-logico-philosophicus*, trad. G.G. Granger, Paris, Gallimard, NRF, 1993 [1922], p. 31).

86 P. Bastid, *loc. cit.*, p. 4.

87 *Ibid.*

recouvraient l'une l'autre, au point que le Pr. Kervégan puisse être tenté de « conclu[re] à l'impossibilité de faire un usage rigoureux d'une notion comme celle de légitimité, pour autant qu'elle devrait désigner quelque chose de différent de la "simple" légalité<sup>88</sup> ». Une telle confusion paraît résulter de cinq facteurs.

Elle tient avant tout à la grande plasticité de la légitimité qui, loin d'être figée une fois pour toutes, peut non seulement apparaître mais aussi disparaître (lorsqu'un pouvoir légitimement institué agit de manière illégitime). Évoquant sa « relativité dans le temps », Guglielmo Ferrero la décrivait d'ailleurs à travers une double évolution éclairant l'analyse des épisodes révolutionnaires<sup>89</sup> : une « pré-légitimité » se développerait jusqu'à sa consécration en « légitimité véritable », laquelle dépérirait ensuite jusqu'à mourir, lorsqu'un principe admis pour fondateur cesserait de l'être<sup>90</sup>.

Plus encore, cette confusion tient à l'émergence<sup>91</sup> progressive de la notion. Face à la nécessité de fonder le pouvoir, conçu comme un « intermédiaire » dès lors qu'il est distinct des hommes qui constituent la communauté politique<sup>92</sup>, elle est le ressort de l'articulation entre *volonté* et *adhésion* et se trouve ainsi à la base de

88 *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris, Gallimard, Tel, 2011, p. 168. Examinant la « légitimité de la légalité » (p. 164-169), J.-F. Kervégan étudie ici l'« étrange symétrie entre le propos de Habermas et celui de Schmitt : ne cherchent-ils pas l'un et l'autre, assurément par des voies opposées, à rétablir ce point fixe qui fait défaut ? » (p. 169).

89 « Heureuse, trop heureuse, l'humanité quand se réalise ce chef-d'œuvre de la durée qu'est le rajeunissement d'une légitimité vieillie au lieu de sa mort, à la suite de la nouvelle orientation des esprits », résume ainsi le Pr. J.-J. Chevallier (« La légitimité selon G. Ferrero », in *L'idée de légitimité, op. cit.*, p. 215).

90 *V. ibid.*, p. 214.

91 P. Bourdieu, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Cours et travaux, Paris, Seuil-Raisons d'agir, 2011, p. 301 : « la notion d'émergence [...] est utile parce qu'elle dit que, à travers une accumulation continue, peuvent se produire des transmutations, des changements d'"ordre", pour employer une expression pascalienne : on peut passer d'une logique à une autre ».

92 Elle est ainsi implicitement ce qui permet de fonder la souveraineté, « puissance absolue et perpétuelle d'une République » pour J. Bodin (*Les Six Livres de la République*, livre I<sup>er</sup>, chap. IX. *De la souveraineté*, Paris, Jacques du Puy, 1576, p. 125).

l'idée de *contrat social*, présente dès la première phrase de l'ouvrage de J.-J. Rousseau : « Je veux chercher si dans l'ordre civil il peut y avoir quelque règle d'administration légitime et sûre, en prenant les hommes tels qu'ils sont et les lois telles qu'elles peuvent être<sup>93</sup> ». De la formation de l'idée (sous l'influence de la théologie chrétienne<sup>94</sup>) jusqu'à l'apparition du mot dans la langue française au XVI<sup>e</sup> siècle et à l'expansion de son usage à la faveur des révolutions occidentales<sup>95</sup>, en passant par son développement à travers les coutumes germaniques (« dans lesquelles la coutume de la succession héréditaire s'assortit d'une élection par les grands et par le peuple<sup>96</sup> ») et la constitution des cités-États italiennes (dont témoigne avec force l'*Allégorie du Bon et du Mauvais gouvernement* peinte par Ambrogio Lorenzetti dans la Chambre des Neuf du Palazzo Pubblico de Sienne entre 1357 et 1360)<sup>97</sup>, la légitimité a permis de penser aussi bien la raison d'être du pouvoir que sa structuration et son fonctionnement. Polyvalente, elle traverse l'histoire sociale - dont Georges Duby écrivait qu'elle est « en fait, [...] toute l'histoire<sup>98</sup> » - en évoluant selon les contextes. Bien que la Révolution ait constitué un point de basculement marquant la reconstruction de la légitimité

93 *Du contrat social. Principes du droit politique*, Amsterdam, M.-M. Rey, 1762, p. 1.

94 Sur les apports de saint Paul et saint Thomas : P. Bastid, *loc. cit.* Comme l'a noté Raymond Polin, même si Aristote « s'[en] est quelque peu rapproché [...] dans sa distinction des bons et des mauvais gouvernements », « [l]e problème de la légitimité ne semble pas avoir existé chez les Grecs ». Car si, « en son sens faible de conformité aux lois de l'État, il [...] était certes d'usage courant [en revanche, en son] sens fort, lorsqu'il désigne la légitimité d'un pouvoir, d'une autorité, tout particulièrement la légitimité de l'autorité suprême dans l'État, aucun mot, aucun problème ne lui correspond encore » (« Analyse philosophique de l'idée de légitimité », in *ibid.*, p. 17).

95 Not. F. Castberg, « Contributions à l'étude de la légitimité dans ses rapports avec la légalité », in *L'idée de légitimité, op. cit.*, p. 43-46.

96 R. Polin, *loc. cit.*, p. 17.

97 Appelée aussi Salle de la Paix (*Sala della Pace*), la pièce est décorée de fresques représentant le pouvoir politique légitime et illégitime : sur le mur ouest, la cité injuste, figurée par la *Cour de la tyrannie*, initialement intitulée *La guerra* ; sur le mur nord, les *Vertus du bon gouvernement* ; sur le mur est, la cité-État sous la république, représentée par la *Cour du Bien commun*.

98 « Les sociétés médiévales : une approche d'ensemble », *Annales. Économies, sociétés, civilisations*, 1971, n° 1, p. 3.

politique sur un mode démocratique<sup>99</sup> (alors même que la légalité s'en distingue en acquérant une « connotation républicaine<sup>100</sup> » qui reflète la sacralisation de la loi en tant qu'expression de la volonté générale), elle s'appréhende donc néanmoins comme un tout polymorphe, chaque conception nouvelle venant s'enchaîner dans les précédentes.

Ensuite, si la légitimité se donne à voir comme un *continuum* alors pourtant qu'elle se trouve mobilisée par les auteurs au gré de leurs préoccupations, c'est parce qu'elle est avant tout *discours*, discours *sur le pouvoir* et discours *du pouvoir*: permettant la construction théorique de la domination politique, elle est également l'argument de qui exerce cette domination ou prétend l'exercer. Cherchant à la saisir en contexte, tout effort d'historicisation met en lumière cette construction discursive de la légitimité<sup>101</sup>, qui implique deux conséquences. D'une part, on constate que, dans le champ politique comme dans le champ juridique, il est en réalité moins question de la légitimité comme idéal à découvrir ou établir que de multiples revendications de légitimité qui se font jour progressivement. D'autre part, ce constat impose de prêter attention, par-delà le mot *légitimité*, à la fois à ses usages et à l'intertextualité<sup>102</sup> qui en résulte. Car, comme l'écrivait Mikhaïl Bakhtine, « [t]out membre d'une collectivité

99 P.-M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7 [<http://juspoliticum.com>].

100 J.-F. Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt?*, *op. cit.*, p. 142, renvoyant à Th. Würtenberger, « Legitimität, Legalität », in R. Koselleck & T. Conze (dir.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, t. 3, Stuttgart, Klett-Cotta, 1984, p. 677-740.

101 C. Husson-Rochcongar, « Entre invisibilité et omniprésence, la légitimité comme révélateur du rôle de la doctrine dans la construction de la matière financière », in C. Husson-Rochcongar (dir.), *La légitimité en finances publiques. Contribution à une étude de l'objet finances publiques*, Paris, Mare & Martin, Droit & gestions publiques, 2021, à paraître.

102 « Le concept et la recherche de l'intertextualité reposent sur la conviction que tout texte littéraire, indépendamment ou non des intentions de l'auteur et du contenu explicite, est nourri de tout ce qui a été écrit précédemment et porte la marque de textes relevant de la culture antérieure ou de la culture ambiante » (R. Jouanny *et al.*, *Dictionnaire culturel de la France au XX<sup>e</sup> Siècle*, Paris, Belin, 2008).

parlante trouve non pas des mots neutres "linguistiques", libres des appréciations et des orientations d'autrui, mais des mots habités par des voix autres. Il les reçoit par la voix d'autrui, emplis de la voix d'autrui. Tout mot de son propre contexte provient d'un autre contexte, déjà marqué par l'interprétation d'autrui. Sa pensée ne rencontre que des mots déjà occupés<sup>103</sup> ».

De plus, la légitimité présente deux volets - formel et matériel - dont l'imbrication impose de l'appréhender sur le mode de la complexité. En effet, on peut envisager la légitimité avec le philosophe Raymond Polin comme unissant des faits, des structures logiques et des valeurs, puisqu'elle se trouve composée à la fois de règles sociales (considérées comme légitimes) et d'un pouvoir effectif et efficace (dont « seule la force en acte peut affirmer sa légitimité [...] sous la forme d'un système de normes [...] obligeant à l'obéissance d'abord en tant que droit, ensuite seulement en tant que force »), complétés par une reconnaissance extérieure (car même si l'on « ne saurait mesurer la légitimité d'un pouvoir [ni à sa seule existence ni] à la proportion de ceux qui lui obéissent et de ceux qui lui résistent », l'efficacité du pouvoir exercé par un gouvernement fonde cependant sa reconnaissance par d'autres gouvernements, ce qui l'ancre - par-delà la question de la souveraineté en droit interne - « dans un système de valeurs » international)<sup>104</sup>. Contrairement à ce que sembleraient impliquer certaines approches dissociatives, le cadre offert par son volet formel ne saurait donc exister sans un contenu à accueillir, tout comme son volet matériel ne trouve à se concrétiser que par des procédures. Sans disqualifier toutefois l'idée d'une pensée juridique de la légitimité, une telle imbrication empêche donc de saisir la proximité que celle-ci entretient avec la légalité à travers la seule distinction entre légitimité *formelle* (liée à l'établissement d'un système politique et à sa persistance) et légitimité *substantielle* (liée aux principes et valeurs sous-tendant la précédente).

103 *La poétique de Dostoïevski*, Paris, Seuil, 1970 [1963].

104 R. Polin, *loc. cit.*, p. 21-22.

Enfin, cette complexité tient à la manière dont la notion s'est trouvée saisie par le droit. La difficulté naît ici avant tout du fait qu'« un contexte n'est jamais monolithique [car, t]oujours ambigu, il présente l'ensemble complexe et quasi infini des conditions langagières qui ont rendu un texte possible<sup>105</sup> », ce qui implique de démêler les fils de la pensée qui forment la trame de la notion pour chercher à comprendre comment elle a engendré un ensemble de règles différentes et évolutives. Mais, plus encore, il importe d'avoir conscience du fait que le droit ne constitue guère que l'une des *facettes* de la légitimité. Car, bien qu'il prétende l'êtreindre tout entière, en réalité elle se construit et se déploie également hors du cadre juridique. En fait, émergeant en philosophie politique, elle a été incorporée dans les raisonnements juridiques au fil de la structuration des ordres juridiques. Ceci explique que, n'étant pas avant tout affaire de juristes, elle se trouve néanmoins partie prenante des principaux mythes sur lesquels reposent la représentation juridique du monde<sup>106</sup> (parfois désignés en tout ou partie comme des fictions juridiques : souveraineté, intérêt général, représentation, démocratie...) et, à ce titre, contribue puissamment à l'efficacité normative du droit<sup>107</sup>.

Dès lors, pour analyser cette notion composite qui se diffracte au fil du temps et des usages qui en sont faits (par les théoriciens du pouvoir ou du droit comme par les acteurs politiques eux-mêmes), les outils juridiques ne peuvent suffire. C'est en partant du même constat que Bobbio privilégie une approche transversale en choisissant de s'attacher à « la sollicitation qui vient de l'usage linguistique ». Cette approche l'amène à constater que si, « [d]ans le langage des juristes, ils sont d'ordinaire employés comme

105 A. Simard, « Présentation », in C. Schmitt, *Légalité et légitimité*, *op. cit.*, p. 11.

106 C. Husson-Rochcongar, « De la démystification des finances publiques à la démystification par les finances publiques », *G. & Fin. publ.*, 2021, n° 1, p. 98-104.

107 Y. Thomas, « *Fictio legis*: L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, n° 21, 1995, p. 17-63 et M. Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Annuaire Michel Villey*, Vol. 3, 2011.

synonymes, et indiquent tous les deux ce qui est conforme aux lois établies », les deux termes sont en réalité unis par un rapport dialectique, dans la mesure où ils désignent « deux qualités différentes » du pouvoir : « La légitimité est la perspective d'où se place d'ordinaire le titulaire du pouvoir ; la légalité est la perspective d'où se place d'ordinaire le sujet. Là où le puissant invoque la légitimité, le sujet invoque la légalité. Que le pouvoir soit légitime, c'est l'intérêt du souverain ; qu'il soit légal, c'est l'intérêt du sujet. Quant au souverain, la légitimité est ce qui fonde son droit, la légalité ce qui établit son devoir ; quant au sujet, au contraire, la légitimité du pouvoir est le fondement de son devoir d'obéissance, la légalité du pouvoir est la garantie principale de son droit de ne pas être opprimé ». Ainsi, si « [l]e premier problème d'une théorie de la légitimité est la distinction entre les deux termes », c'est avant tout parce qu'ils désignent tous deux des « attributs du pouvoir »<sup>108</sup>, la légitimité étant ce qui en justifie le titre et la légalité l'exercice<sup>109</sup>.

Considérant le pouvoir et la règle comme un couple dont les relations peuvent s'envisager comme une suite de « zigzags » entre différents points placés sur deux axes parallèles incarnant chacun l'un des deux termes, ce raisonnement permet de saisir le fonctionnement de l'ensemble comme une suite de *coulissements* d'un axe à l'autre, les qualités de chaque terme se répondant d'un point d'un axe à un point de l'autre axe, sans être nécessairement situées au même niveau sur chacun de ces axes<sup>110</sup>. Qu'on l'envisage sur un mode ascendant (la

108 N. Bobbio, « Le principe de légitimité », in *L'idée de légitimité, op. cit.*, p. 48-49.

109 En effet, la conformité d'une action à la loi repose sur une double condition : que le sujet ait « le droit de la faire » et qu'il la fasse « dans les limites préétablies ». Or, « [d]ans le langage commun, le terme "légitimité" se rapporte pour la plupart à la première situation ; le terme "légalité" à la seconde, même si [...] l'usage est mixte » (*ibid.*).

110 « En commençant d'en bas et en poursuivant vers le haut, la liaison entre les deux qualités du pouvoir et les deux qualités de la règle peut être établie de cette façon : 1) la légalité du pouvoir présuppose la validité de la règle selon laquelle ce pouvoir est exercé ; la validité de la règle rend possible le jugement sur la légalité ou l'illégalité d'un pouvoir ; 2) la validité d'une règle présuppose la légitimité du pouvoir : les normes valides sont celles qui sont promulguées par un pouvoir légitime ; 3) la légitimité du pouvoir présuppose la justice des

légalité du pouvoir dépend de la validité de la règle juridique, qui dépend elle-même de la légitimité du pouvoir, celle-ci n'existant que si les règles promulguées par ce pouvoir sont justes) ou descendant (la justice fonde la légitimité du pouvoir, qui fonde elle-même la validité de la règle juridique, celle-ci fondant à son tour la légalité du pouvoir), la relation qui unit le juridique au politique relève alors de l'imbrication et non de la complémentarité, aspects politiques et juridiques s'impliquant les uns les autres. Dans cette perspective, si le politique constitue bien la raison d'être du droit et le ressort essentiel de son évolution, le droit n'est en revanche pas seulement un mode d'expression du politique mais aussi le moyen de sa réalisation.

Or, cette approche constitue une clé de compréhension essentielle de la légitimité en droit car, cherchant le moyen de penser ensemble le pouvoir et la règle, elle en démontre en fait la nécessité : « Un ordre juridique, dans sa structure hiérarchique, peut être vu comme une succession de règles si nous le regardons de bas en haut, c'est-à-dire au point de vue des citoyens en leur qualité de gouvernés ; comme une succession de pouvoirs, si nous le regardons de haut en bas, c'est-à-dire au point de vue des mêmes citoyens en leur qualité de gouvernants. Mais, vu dans son ensemble, l'ordre juridique est un enchaînement de règles et de pouvoirs, de pouvoirs qui produisent des règles, et de règles qui, à leur tour, donnent le jour à de nouveaux pouvoirs<sup>111</sup> ». En amenant à envisager les relations entre droit et politique comme un système de rétroactions, combiner ainsi théorie générale du pouvoir et théorie générale de la norme juridique autorise donc à dépasser aussi bien la question de l'articulation de la légitimité avec la légalité que celle de sa proximité avec la justice, à la

---

règles promulguées par ce pouvoir : pouvoir légitime est, en dernière instance, celui qui promulgue uniquement des règles justes. Comme on le voit, en allant de bas en haut, la légalité renvoie à la validité, la validité à la légitimité, la légitimité à la justice. En allant, au contraire, de haut en bas, on trouve que la justice fonde la légitimité, la légitimité fonde la validité, la validité fonde la légalité. Les termes des deux couples s'enchaînent, de façon qu'en passant de l'un à l'autre on passe de la ligne du pouvoir à celle de la règle » (*ibid.*, p. 52).

111 *Ibid.*, p. 53.

fois somme de toutes les vertus au sens aristotélicien<sup>112</sup> et qualité de la règle juridique.

Dans cette perspective, en effet, la légitimité constitue le point d'équilibre où s'opère le basculement du champ politique au champ juridique : permettant de penser la théorie politique et la pratique juridique de l'exercice du pouvoir sur un mode interactionnel comme formant un tout dont chaque partie rétroagit sur l'autre, la légitimité *transforme le politique en juridique*. Elle n'est donc pas seulement l'une de ces notions « à contenu variable<sup>113</sup> », « indéterminées<sup>114</sup> » et parfois « autonomes<sup>115</sup> » qui émaillent le droit, ni l'expression de la « logique floue<sup>116</sup> » évoquée par M. Delmas-Marty dans le prolongement de travaux mathématiques, mais l'élément essentiel de la normativité juridique, à laquelle elle permet d'exprimer la fonction sociale du droit.

\*\*\*

## II. Penser la fonction sociale du droit pour saisir la normativité juridique

Considérer la légitimité comme une *passerelle* entre les champs politique et juridique autorise à renouveler le regard que nous portons sur le droit en informant la science juridique par une forme d'*interdisciplinarité en droit*. En effet, si, dans un premier temps, importer dans la réflexion juridique des analyses forgées en sciences

112 V. *Éthique à Nicomaque*, Livre V.

113 Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, CNRL, 1984.

114 M. Melchior, « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard Wiarda*, Köln, Carl Heymann, 1988, p. 411-419.

115 E. Kastanas, *Unité et diversité. Notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

116 « Intervention lors de la cérémonie de promotion au doctorat *honoris causa* de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », *RTDH*, 2003, n° 55, p. 753.

sociales a permis de mettre en évidence la transmutation qui s'opère dans le processus juridique lui-même - lequel reflète la fonction sociale du droit -, dans un second temps, mobiliser la légitimité ainsi conçue comme l'un des éléments essentiels de ce processus doit à présent éclairer la normativité propre à la règle juridique en faisant le chemin inverse, des sciences sociales au droit. Dévoilant la manière dont le droit se saisit du réel pour l'instituer juridiquement, la légitimité se fait ici le révélateur de sa fonction sociale (A) et cette mise en perspective invite à porter un regard distancié sur l'articulation entre naturalisme et positivisme en pensant à la fois *l'en-deçà* et *l'au-delà* du droit pour le réencastrent dans le social qu'il a pour fonction d'ordonner (B).

### **A. La légitimité comme révélateur de la fonction sociale du droit : l'institution juridique du monde social**

Sans doute importe-t-il de distinguer légalité et légitimité pour saisir ce qui se joue dans leur articulation, aux confins du droit et du politique. Toutefois, *Arx tarpeia Capitoli proxima*, entreprise inévitablement artificielle au vu de leur imbrication, toute tentative cherchant à les dissocier totalement se révèle moins opératoire que problématique : d'une part, car *scientifiquement* l'exercice paraît voué à l'échec et, d'autre part, car *politiquement* la proximité est grande entre le risque contre lequel on tente maladroitement de prémunir l'ordre juridique par une telle dissociation et la concrétisation de ce risque sous l'effet de ces précautions maladroites, qui dissimulent la fonction sociale du droit tout en le privant de transcendance.

Sur le premier point, en dépit des efforts de la doctrine pour « faire disparaître une notion confuse et ambiguë [en] lui substituant une notion bien nettement définie <sup>117</sup>», comme l'a constaté Bobbio en soulignant le « parallélisme évident » entre « couple des qualités du pouvoir » (légitimité et légalité) et « couple des qualités de la règle » (justice et validité), légitimité et légalité forment les deux faces d'un

117 S. Cotta, *loc. cit.*, p. 63.

même phénomène : « Par rapport à la théorie du pouvoir, la légitimité et la légalité ont la même fonction que la justice et la validité ont par rapport à la théorie de la règle juridique [...]. Comme la justice est la légitimation de la règle, ainsi, au contraire, la validité est sa légalité ; comme la légitimation est la justice du pouvoir, la légalité est, au contraire, sa validité. Tout comme un pouvoir peut être légitime sans être légal, et légal sans être légitime, de même une règle peut être juste sans être valide, et valide sans être juste »<sup>118</sup>. Or, en offrant le moyen de renoncer à disjoindre légitimité et légalité, un tel raisonnement permet de considérer la légitimité autrement qu'à l'aune de la justice<sup>119</sup> ou du bien commun<sup>120</sup>, dont elle se trouve fréquemment rapprochée.

En effet, comme l'a noté Sergio Cotta, « s'il est vrai que la légitimité découle de la croyance en la capacité d'un régime d'assurer le bien commun de la communauté, le régime vraiment légitime sera celui qui garantit le mieux la réalisation effective et objective de ce but<sup>121</sup> ». Pourtant, une analyse phénoménologique révèle que l'étude de la légitimité n'impose en rien de déterminer précisément le contenu axiologique dont il conviendrait de la doter, car « [c]'est aux idéologies de la légitimité que revient la tâche de cette

118 N. Bobbio, « Le principe de légitimité », *loc. cit.*, p. 51-52. Du même : *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 35 et s.

119 Déjà présent chez Platon (v. S. Cotta, *loc. cit.*, p. 65), ce lien existe également chez Thomas d'Aquin, pour qui le « tyran est aussi bien celui qui exerce un pouvoir non fondé que celui qui l'exerce d'une façon arbitraire » (In II Sent., dist. XLIV, q. 2, art. 2 : « *vel quantum ad modum acquirendae praelationis, vel quantum ad usum praelationis* », v. A. Passerin d'Entrèves, « Légalité et légitimité », *loc. cit.*, p. 30).

120 Pour R. Polin, « [l]a clé de voûte, qui soutient la constitution de toute légitimité, c'est la signification et l'intention de valeur qui y préside. Elle seule est capable d'inspirer cette obligation que l'on s'impose librement à soi-même, sans autre motif que la certitude où l'on se trouve d'agir selon le bien, la justice [et] de faire reconnaître à autrui la présence d'une autorité au-delà de toute contestation. À la limite, une valeur de légitimité implique un système de valeurs et la philosophie de ce système. Elle est elle-même une certaine philosophie » (« Analyse philosophique de l'idée de légitimité », in *L'idée de légitimité, op. cit.*, p. 26).

121 S. Cotta, *loc. cit.*, p. 82.

détermination » - lesquelles s'affrontent surtout quant aux « modalités d'émergence et d'enregistrement » des valeurs concernées, ce qui implique que « le débat roule sur les méthodes capables de (et, par conséquent, sur les catégories ou les organes qualifiés à) déceler, présenter et finalement réaliser, dans le cadre de la cité, les valeurs légitimantes »<sup>122</sup>.

Ce constat amène Cotta à distinguer trois types d'idéologies de la légitimité (« idéologies de la légitimité rationnelle, idéologies de la légitimité historique, idéologies de la légitimité existentielle »), dont seule la première - « la plus ancienne et [ayant] le plus haut prestige intellectuel » mais clairement idéaliste - implique la dévolution du pouvoir à qui saura le mieux saisir ce qu'est le « bien commun », catégorie qui variera selon les époques et les écoles de pensée<sup>123</sup>. Surtout, il impose de distinguer *l'idée* de légitimité (qui est une) du *contenu axiologique* qu'elle est susceptible de porter (qui est pluriel). Car, si la première peut incarner une forme de point fixe dans la réflexion, le second ne peut en revanche que se diffracter, dérivant si l'on n'y prend garde en un ensemble de définitions purement stipulatives<sup>124</sup>.

Cette distinction apparaît d'autant plus nettement si l'on considère les usages discursifs de la légitimité, qui montrent que, tout comme la légitimité occupe une place essentielle au cœur du droit, le droit tient une place essentielle au cœur de la légitimité. Diversement mobilisée

122 *Ibid.*

123 Tout aussi idéaliste, la seconde (à laquelle l'auteur rattache positivisme et marxisme) repose sur l'idée d'un « sens de l'histoire » qui s'assimile très largement à celle de *progrès*: venant de « changer radicalement de sens et de direction », elle est selon Cotta désormais surtout tournée vers « la foi en la direction future des événements dont l'histoire (passé et présent) donnerait une préfiguration sûre et univoque », plutôt que vers « l'imitation fidèle, *ne varietur*, du passé ». Quant à la troisième, « existentielle, dans le sens que l'existence et l'existant y jouent le rôle décisif », elle présente l'avantage de chercher à réintégrer l'individu - et donc la liberté - dans la réflexion, ce que Cotta souligne en la qualifiant de légitimité « ouverte » par opposition aux deux autres qui refléteraient une légitimité « close » (*ibid.*, p. 82-85).

124 Auxquelles Cotta fait reproche d'« aboutir à une sorte d'espéranto artificiel de la communication spirituelle » (*ibid.*, p. 67).

par les acteurs en présence en fonction des contextes et des intérêts, la légitimité est inextricablement liée au pouvoir, dont elle constitue le fondement<sup>125</sup> (incarnant notamment toute l'ambivalence du régime démocratique représentatif) : essentielle à sa conquête et à son établissement comme à son affermissement et à sa persistance, elle s'avère déterminante jusque dans sa disgrâce et dans son remplacement. Revendiquée par qui exerce le pouvoir ou prétend l'exercer - et porteuse à ce titre de diverses visions du monde - la légitimité est un *argument*. Le droit lui prête sa force, les normes juridiques se faisant *l'instrument de sa mise en œuvre* par l'imposition d'une régulation sociale lorsque certaines revendications de légitimité se transforment en légitimité politique prééminente avec l'accession au pouvoir des acteurs qui s'en prévalent, quels que soient les équilibres et déséquilibres animant le champ politique. Or, cette mise en œuvre n'a pas pour unique conséquence de faire exister la légitimité (ou, plus exactement, l'une de ses formes) dans le réel. Elle lui fait également produire des effets, puisque cette légitimité se trouve ainsi incorporée dans le droit, lequel, par l'effet performatif attaché à sa normativité particulière, est « une parole créatrice, qui fait exister ce qu'il énonce<sup>126</sup> ». C'est ainsi *l'idée de légitimité* elle-même qui se trouve incorporée par le droit et qui, travaillée par lui, participe à la structuration du champ juridique, sur lequel elle projette son ombre.

Ce n'est donc pas seulement dans le rapport qu'elle semblerait impliquer à la justice ou à une forme de bien commun que la légitimité se trouve étroitement liée au droit, ni uniquement parce qu'elle en « reçoit le sceau et la garantie [en] s'inscri[vant] dans la langue et la culture juridiques, quoique de manière hétérogène et

125 Ainsi, selon Weber, c'est aux « trois raisons internes qui justifient la domination » que correspondent les « trois fondements de la *légitimité* [...] l'autorité de l'"éternel hier" [...] l'autorité fondée sur la grâce personnelle et extraordinaire d'un individu (charisme) [et] l'autorité qui s'impose en vertu de la "légalité" » (*op. cit.*, p. 114).

126 P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, p. 21.

polysémique<sup>127</sup> ». C'est plus fondamentalement. Car le droit ne se contente pas de la recevoir et de la valider ; en retour, *elle le rend possible* : ne se bornant pas à être garantie par lui, elle lui permet d'instituer juridiquement le monde. Inhérente à la règle juridique autant qu'au pouvoir, elle ne figure donc pas seulement un point de contact entre l'un et l'autre sur l'axe qui les relie entre eux, mais est ce qui permet la transformation de l'un en l'autre (sur un mode alternatif, réversible et incorporatif), dévoilant ainsi le cœur du processus juridique.

Sur le second point, tenter de dissocier légitimité et légalité peut donner l'illusion de se prémunir contre une forme d'instrumentalisation du droit, alors pourtant qu'une telle dissociation peut se révéler tout aussi dangereuse. Ce paradoxe est bien connu des lecteurs de Carl Schmitt, qui joua la légitimité contre la légalité<sup>128</sup> - en prétendant privilégier la « seconde partie » de la Constitution de la République de Weimar (« avec son effort en vue d'établir un ordre substantiel ») contre la « première »<sup>129</sup> - pour lutter contre « l'État législatif-parlementaire », qu'il dénonçait comme une « forme dégénérée et corrompue (au sens aristotélicien) de cette sorte d'État [...] qui trouve dans la garantie des droits acquis sa seule raison d'être »<sup>130</sup> dont la caractéristique aurait été de rabattre la légitimité sur la légalité et auquel il reprochait « la dégénérescence du concept de loi<sup>131</sup> » : « Aujourd'hui, la fiction normativiste d'un système de légalité fermé sur lui-même s'oppose de manière frappante et imprévisible à la légitimité d'une volonté réelle énonçant le droit<sup>132</sup> ». Plus récemment, le même paradoxe transparissait dans

127 S. Goyard-Fabre, *loc. cit.*, p. 929.

128 V. H. Arendt, *Les origines du totalitarisme*, III, Paris, Gallimard, 2002, p. 655, estimant que ses « ingénieuses théories [sur la fin de la démocratie et de l'État de droit] se lisent encore avec profit ».

129 C. Schmitt, *Légalité et légitimité*, *op. cit.*, p. 135-136.

130 *Ibid.*, p. 41 et 43.

131 *Ibid.*, p. 120.

132 *Ibid.*, p. 41. Non pas que la légitimité rendrait l'ensemble immuable mais, pour Schmitt, l'attention portée à la légitimité redonnerait le contrôle au souverain, dont il estime qu'il « est à la fois le législateur suprême, le juge suprême et le

les propos du diplomate et ancien résistant Stéphane Hessel : « Je souligne toujours l'écart entre légalité et légitimité. Je considère la légitimité des valeurs plus importante que la légalité d'un État. Nous avons le devoir de mettre en cause, en tant que citoyens, la légalité d'un gouvernement. Nous devons être respectueux de la démocratie, mais quand quelque chose nous apparaît non légitime, même si c'est légal, il nous appartient de protester, de nous indigner et de désobéir<sup>133</sup> ». Fondée sur le référentiel axiologique dominant dans les démocraties occidentales contemporaines tel qu'il est reconnu et proclamé par les organes internationaux de protection des droits de l'homme<sup>134</sup>, cette affirmation généreuse reflète en effet une mise à l'écart problématique du volet juridique de la démocratie au profit de son volet politique : méconnaissant le processus par lequel le droit se saisit du réel pour l'instituer et recomposer ainsi le monde juridiquement, une telle dissociation du couple légitimité-légalité introduit un coin dans la conception contemporaine de l'État, qui implique celle d'État de Droit<sup>135</sup>.

Or, prendre conscience de ce processus, c'est comprendre ce qu'implique le fait que l'existence même du droit repose sur sa légitimité - ou, tout au moins, sur sa prétention à la légitimité. Car, dans les sociétés occidentales contemporaines, la légitimité rationnelle-légale prévaut en définitive sur toute autre forme de légitimité dans la mesure où elle *incorpore* les autres formes de

---

commandant suprême, l'ultime source de légalité et l'ultime fondement de la légitimité » (*ibid.*, p. 40).

133 *Politis*, 18 novembre 2010. Comment ne pas songer ici à l'idée de Schmitt, selon laquelle « [i]l faut appliquer aux concepts de "droit" et d'"État de droit" le dicton suivant : "Le droit est d'abord ce que mes amis et moi-même estimons juste" » [A. Simard, « Introduction », *Légalité et légitimité*, *op. cit.*, p. 50-51, citant J.W. Goethe, *Zahme Xenien*, 2 (*Recht aber soll vorzüglich heißen / Was ich und meine Gevattern preisen*)].

134 Depuis que la Cour européenne des droits de l'homme a tiré du préambule de la Convention éponyme des « valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe » (C. Husson-Rochcongar, *Droit international des droits de l'homme et valeurs*, *op. cit.*, sp. p. 2-9).

135 C. Husson-Rochcongar, « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, p. 183-220.

légitimité. Permettant de fonder l'existence d'une communauté politique, la légitimité est transcendance ; et en cela le droit est son instrument puisqu'il garantit la persistance de cette communauté (et, dans notre système politique actuel, la persistance de l'État qui l'incarne). Considéré sous cet angle, il n'y a donc pas de droit possible sans l'idée d'une légitimité susceptible d'en justifier l'existence (*ubi societas, ibi ius*) et, réciproquement, il n'y a de légitimité qui vaille que traduite dans le droit et ancrée en lui : on peut ainsi parler d'une forme de prévalence de la légitimité rationnelle-légale, laquelle aspire en quelque sorte toutes les autres formes et les transforme en elle-même<sup>136</sup>.

Examiner la légitimité en droit, c'est donc poser la terrible question du fondement de la validité du droit, c'est-à-dire non pas celle de la norme juridique mais celle de la *normativité* juridique. Question *terrible* assurément en ce qu'elle implique de réintégrer dans la réflexion la question du pouvoir, dont l'étude échappe très largement aux juristes, qui préfèrent le penser prudemment - sur un mode positiviste - à travers les notions de *souveraineté*, de *compétence* ou d'*intérêt général*, lesquelles, sans être exclusivement juridiques, présentent toutefois l'indéniable avantage d'avoir été soit construites soit incorporées par le droit. Mais question *terrible* surtout car, traversant le système juridique tout entier, elle impose, pour saisir la normativité juridique comme un instrument de structuration du réel, de considérer non seulement les normes juridiques, mais aussi les concepts qu'elles mobilisent, les principes et valeurs qu'elles véhiculent, les institutions qui les produisent et les disciplines

136 Parce qu'il s'y appréhende en lien direct avec une certaine conception de l'État, le rôle tenu par la légitimité au cœur de la fonction sociale du droit est particulièrement lisible en droit international, dont le « fondement de la validité [...] ne se trouve pas dans une hypothétique norme fondamentale permettant au processus de la coutume de créer du droit valable [mais] dans ce processus lui-même, qui réalise l'union dialectique de la nécessité fonctionnelle du droit et de la reconnaissance de sa valeur intrinsèque par ses propres sujets » (M. Virally, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éds. Cujas, 1975, p. 467).

juridiques qui les étudient<sup>137</sup>. Ainsi, ce qui confère à l'étude juridique de la légitimité toute son importance, c'est le fait qu'en mettant en lumière la fonction sociale du droit, elle dévoile ce qui fait l'essence de la normativité juridique.

### **B. Le dépassement des alternatives critiques grâce à la légitimité : penser *l'en-deçà* et *l'au-delà* du droit pour penser le droit**

Loin de pouvoir être cantonnée à une approche naturaliste (dont les déclinaisons, renvoyant à divers référentiels, peuvent s'appréhender comme ayant notamment en commun de reposer sur l'une ou l'autre de ses formes), la question posée par la légitimité traverse le champ juridique, irriguant l'ensemble de la science du droit. S'insinuant jusqu'« au cœur même de la doctrine kelsénienne<sup>138</sup> » (dans laquelle elle n'est toutefois pensable qu'à travers la conformité à la régularité juridique, une norme n'étant légitime qu'adoptée selon une procédure conforme à la norme fondamentale et dans le cadre d'un ordre juridique globalement efficace, son effectivité constituant ici une condition de sa légitimité), elle « soulève des problèmes qui débordent de toutes parts la seule théorie du droit et qui s'étendent, notamment à la théorie de la connaissance et, par conséquent, aux soubassements philosophiques sur lesquels repose toute la *Reine Rechtslehre*<sup>139</sup> ».

Butant sur la question du fondement - supposé - de la norme, une approche purement juridique de la légitimité a montré ses limites en générant un double risque illustratif de cette complexité : transformer l'interprétation juridique en quête de vérité et les « faiseurs de systèmes<sup>140</sup> » en prophètes ou négliger l'importance de la légitimité en la rejetant finalement hors du droit. Au contraire, une

137 F. Ost & M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1<sup>re</sup> éd., 1988, p. 47-52.

138 M. Virally, « Notes sur la validité du droit et son fondement », *loc. cit.*, p. 454.

139 *Ibid.*

140 J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.*, 1951, chr. XXIII, p. 99-102.

approche transversale (telle que celle proposée par Bobbio, qui envisage deux hypothèses correspondant à la théorie du droit naturel<sup>141</sup> et au positivisme juridique<sup>142</sup> « dans [leur] expression la plus radicale<sup>143</sup> ») donne à voir la vieille querelle entre naturalisme et positivisme sous un angle spécifique, comme résultant d'une forme d'incapacité à saisir ensemble le politique et le juridique, car ce sont les *à-côtés* du droit qui se trouvent mis en lumière à travers les relations que le champ juridique entretient avec d'autres champs.

En invitant à changer de point de vue, penser la légitimité offre ainsi un moyen de dépasser l'alternative exclusive entre deux courants aussi fréquemment qu'artificiellement opposés. Car opter pour *une approche transversale en droit* modifie le regard que nous portons sur le droit en modifiant la perspective : constatant avec l'historien de l'art Daniel Arasse que l'« esprit de géométrie règne plus souvent chez l'interprète que chez l'artiste<sup>144</sup> », il s'agit de mobiliser la légitimité comme une « figure de bord » pour tenter de se défaire temporairement des représentations collectives qui font notre rapport au droit, en éclairant le passage du politique au juridique. En effet, un tel système de représentations « ne fait pas qu'ordonner le système d'appréciation ; il détermine les modalités de l'observation du monde, de la société et de soi<sup>145</sup> ». Dans cette perspective, n'ayant pas pour fonction « de montrer ce qu'il fallait voir mais de suggérer comment regarder ce qui était donné à voir<sup>146</sup> », la légitimité se fait moyen de réintégrer dans la réflexion juridique des éléments qui, bien que lui étant extérieurs, ne peuvent toutefois être pleinement

141 « [P]our être valide, une règle doit être juste, et elle est valide par le fait seul d'être juste » (« Le principe de légitimité », *loc. cit.*, p. 51).

142 « [L]a règle peut être valide sans être juste, bien plus, elle est juste par le fait seul d'être valide » (*ibid.*).

143 *Ibid.*, p. 52.

144 *On n'y voit rien, op. cit.*, p. 38.

145 A. Corbin, « "Le vertige des foisonnements". Esquisse panoramique d'une histoire sans nom », *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, t. 39, n° 1, janv.-mars 1992, p. 117.

146 D. Arasse, *On n'y voit rien, op. cit.*, p. 82.

saisis que par elle, car « [c]'est dans le tableau que se joue l'invention du peintre<sup>147</sup> ».

Incitant à saisir ensemble le politique et le juridique, cet intérêt porté à la fonction sociale du droit au prisme de la légitimité et de la manière dont elle opère par le discours souligne toute l'importance de l'argumentation juridique (qui, tout comme la pyramide kelsénienne dans la théorie normativiste, rend possible tant la compréhension partagée du système normatif que son exportation au-delà du droit). Surtout, il invite à renouveler nos cadres de pensée pour mettre en œuvre les principes dégagés par Claude Bernard dans son *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*<sup>148</sup>, tels qu'ils furent résumés par Bergson : « Travaillons donc à dilater notre pensée ; [...] ne prétendons pas rétrécir la réalité à la mesure de nos idées, alors que c'est à nos idées de se modeler, agrandies, sur la réalité<sup>149</sup> ».

Ainsi rendu conscient du fait que c'est dans l'œil de l'observateur qu'opère le changement de perspective, on constate que penser la légitimité en droit impose de considérer non seulement le droit, mais aussi *l'en-deçà* et *l'au-delà* du droit, et qu'il n'y a rien là de paradoxal mais d'*essentiel*. Car, ensemble, cet *en-deçà* et cet *au-delà* forment un continuum qui est le monde social : c'est du social que le droit tire sa substance - puisque, comme l'écrivait Jhering, « la vie n'existe pas

147 *Ibid.*, p. 76.

148 « Quand nous faisons une théorie générale dans nos sciences, la seule chose dont nous soyons certains, c'est que toutes ces théories sont fausses absolument parlant. [...] L'esprit se trouve lié et rétréci par les conséquences de son propre raisonnement [...] Nos idées ne sont que des instruments intellectuels qui nous servent à pénétrer dans les phénomènes ; il faut les changer quand elles ont rempli leur rôle, comme on change un bistouri émoussé quand il a servi assez longtemps. [...] Le désir ardent de la connaissance est l'unique mobile qui attire et soutient l'investigateur dans ses efforts [...] Il n'y a pas de règles à donner pour faire naître dans le cerveau, à propos d'une observation donnée, une idée juste et féconde qui soit pour l'expérimentateur une sorte d'anticipation intuitive de l'esprit vers une recherche heureuse » (Paris, Flammarion, 1952 [1865]).

149 H. Bergson, *La pensée et le mouvant*, Paris, PUF, Quadrige, 1938, p. 237.

pour les concepts, mais les concepts pour la vie »<sup>150</sup> - et il contribue en retour à le faire exister - car, saisissant le réel pour le transformer en normes juridiques, il s'analyse en un processus d'institution du monde social. Derrière les recompositions permanentes de la légitimité, qui mènent à la production d'une légitimité rationnelle-légale finalement seule à *valoir* réellement dans l'univers juridique, c'est donc la manière dont le droit s'approprie le monde qui apparaît : en le reconstruisant selon ses propres catégories de pensée, il *institue* une nouvelle réalité - juridique.

Comme l'a souligné M. Virally, « ensemble cohérent, ou système, de normes juridiques régissant une société donnée », l'ordre juridique est avant tout « un *phénomène historique* et social » et, en tant que tel, il « rel[ève] de l'observation, avant même d'être soumis à l'analyse juridique, à la recherche du fondement de sa validité. C'est là un aspect des choses dont la théorie du droit ne peut pas ne pas tenir compte [car l]e droit serait inconcevable en tant que science s'il n'existait pas déjà en tant que réalité sociale »<sup>151</sup>. Jellinek ne disait pas autre chose en affirmant que « le droit est à considérer comme une partie des consciences humaines [puisqu']il existe dans nos cerveaux [et que] définir le droit, c'est établir quelle partie du contenu de notre conscience doit être désignée sous ce nom<sup>152</sup> ».

Constitué d'une terminologie et d'un ensemble d'idées dont Alf Ross écrivait qu'elles « ressemblent considérablement par leur structure à la conception primitive de la magie qui transforme elle aussi en réalité les pouvoirs surnaturels invoqués<sup>153</sup> », l'univers juridique s'appréhende comme un monde parallèle dans lequel les notions

150 Pour R. Kolb, « [l]es règles juridiques sont faites et défaites au regard d'un intérêt pratique. Il s'agit de répondre à un certain problème social, posé à un moment donné de l'histoire [...]. La source profonde du droit est ainsi toujours historique et finaliste » (*Esquisse d'un droit international public des anciennes cultures extra européennes*, Paris, Pedone, 2010, p. 22).

151 *Loc. cit.*, p. 459-460 et 453.

152 G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005 [1900], p. 503.

153 A. Ross, « Tû-Tû » [trad. É. Millard et E. Matzner], *Enquête*, 7 | 1999, *Les objets du droit*, p. 7.

juridiques ne visent pas à *désigner* des réalités, mais à permettre au droit de les *saisir* pour les (re)construire juridiquement. Alors que les faits sociaux n'existent que dans le monde réel, notions et actes juridiques n'existent au contraire *que juridiquement* - puisque, par leur truchement, le droit recompose le monde à sa manière<sup>154</sup>. En mobilisant une « technique de présentation<sup>155</sup> » du réel qui vise une systématisation du monde dans un ordre juridique, il transforme ainsi du social en social, car cette recombinaison engendre de puissants effets sur le social, qui se trouve non seulement ordonné mais bel et bien façonné par le droit. Examinant la légitimité en droit, il ne s'agit donc pas de chercher à décrire une réalité concrète, mais d'étudier la manière dont l'usage de la notion contribue à l'*institution* d'une réalité juridique qui transforme le monde en l'ordonnant<sup>156</sup>.

Hors du champ juridique, ce processus de reconstruction du monde social s'analyse comme constitutif de « la force » du droit, dont Pierre Bourdieu écrivait qu'« [i]l n'est pas trop de dire qu'il *fait* le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui<sup>157</sup> ». C'est dire combien la fonction sociale du droit tient particulièrement aux « propriétés singulières du langage juridique – le fait qu'il soit a-historique et a-sociologique – [qui] contribuent à effacer de la mémoire collective l'histoire de leur origine, à gommer ce faisant tout ce qu'il peut y avoir de contingent ou d'arbitraire dans la définition des institutions, en donnant à ces dernières l'apparence d'une "solution permanente à un problème permanent"<sup>158</sup> ». Mais, considérer le droit avant tout comme *matière sociale*, ce n'est pas le ravalier au rang d'instrument parmi d'autres. C'est, au contraire, se

154 Comme l'a souligné Ross, « entre les faits-conditions et leurs conséquences » se trouvent ainsi insérés des mots « dénués de signification, dépourvus de référent, et qui ne sont utiles qu'en tant que technique de présentation », la création d'un statut juridique s'analysant alors en une « technique [visant] à éclairer et ordonner une série complexe de règles juridiques » (*ibid.*, p. 8-9).

155 *Ibid.*, p. 8.

156 Y. Thomas, « L'institution civile de la cité », *Le Débat*, n° 74, 1993, p. 23-45.

157 « La force du droit », *ARSS*, Vol. 64, sept. 1986, p. 13.

158 D. Dulong, « Institution », *Encyclopédie Universalis* [<https://www.universalis.fr/encyclopedie/institution>] ; citant P. Berger et Th. Luckmann, *La Construction sociale de la réalité*, 1986.

donner un moyen très sûr de saisir sa puissance en observant les rouages de son efficacité. Car ce qui fait socialement sa « force » - à travers cette capacité du discours juridique à dire le monde<sup>159</sup> - ne tient pas seulement à une forme de construction discursive du monde mais également à la manière dont le discours juridique est reçu comme légitime, contribuant ainsi à son tour à légitimer l'organisation sociale.

Toutefois, c'est dans le champ juridique lui-même qu'il s'agit ici de chercher à tenir compte de ces éléments. Car, comme l'a écrit le Pr. Olivier Beaud, si « l'un des dangers qui guette le juriste pénétrant sur les terres de la légitimité » est de « basculer » hors du droit, c'est là néanmoins « un risque qu'il faut savoir prendre si l'on ne veut pas que [le droit] perde tout contact avec son objet politique et [...] se dessèche », espérant ainsi un « gain de connaissance qui peut résulter de l'intégration de la problématique de la légitimité dans le droit »<sup>160</sup>. Cherchant à dépasser cette difficulté en interrogeant la possibilité d'une « approche positiviste des droits de l'homme », la Pr. Véronique Champeil-Desplats a proposé d'appréhender le droit comme une « activité culturelle »<sup>161</sup>. C'est avec la même démarche d'ouverture à d'autres questionnements - qui implique de prendre le risque de découvrir les réponses qui y sont apportées hors du champ juridique - que l'on peut envisager de faire un pas de plus en considérant que le droit constitue non seulement une activité culturelle mais, plus encore, une activité sociale. Adopter ainsi une méthode perspectiviste au-delà du droit ne signifie pas s'éloigner des rivages du droit pour d'autres contrées, ni abandonner le positivisme méthodologique qui fait sa spécificité et sa force, mais chercher à en proposer une

159 J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, 2<sup>nd</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 1975 [1962], trad. fr. de la 1<sup>re</sup> édition anglaise par G. Lane, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970.

160 « À la recherche de la légitimité de la V<sup>e</sup> République », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats et É. Millard (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 157.

161 « Le droit comme activité culturelle : une approche positiviste des droits de l'homme est-elle possible ? », in D. Rousseau et A. Viala (dirs.), *Le droit, de quelle nature ?*, Paris, Montchrestien, Grands colloques, 2010.

approche qui, informée par d'autres points de vue disciplinaires, permette de le saisir sous un autre angle<sup>162</sup>.

Sous cet angle, penser la légitimité en droit peut donc offrir le moyen d'aller plus loin que la critique du normativisme<sup>163</sup>, qui doit bien sûr compléter celle du naturalisme<sup>164</sup> mais dont le Pr. Kervégan a souligné qu'elle « ne constitue, pour ainsi dire, que le vestibule d'une philosophie susceptible de donner au droit tel qu'il est le soubassement épistémique qu'il requiert : celui d'une théorie de la normativité qui soit respectueuse de l'autonomie de son objet sans pour autant méconnaître les contraintes externes et internes auxquelles il est assujéti<sup>165</sup> ». C'est dans cette perspective que s'insère la possibilité d'une approche *interdisciplinaire en droit* pour penser la légitimité. Car, en illustrant avec force le constat selon lequel « [m]ême considéré dans l'autonomie de ses procédures et selon la spécificité de ses formes normatives, le droit ne peut être véritablement pensé que "en contexte", un contexte [...] politiquement configuré », l'idée de légitimité révèle combien « nous avons besoin d'une philosophie du droit qui rende compte de la structure fine de celui-ci et des contraintes argumentatives qui sont spécifiques de son objet (par exemple : l'articulation entre droit légal et droit jurisprudentiel), sans pour autant que l'on souscrive au mythe de

162 Dans cette perspective, R. Encinas de Muñagorri, S. Hennette-Vauchez, C.M. Herrera et O. Leclerc, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, éd. Kimé, 2016.

163 Ainsi, pour Norberto Bobbio, la norme fondamentale « représente de la part des juristes [...] une tentative de faire terminer l'ordre juridique dans une règle plutôt que dans un pouvoir ». Elle n'est pourtant pas seulement « le toit qui manquait, ou que l'on croyait manquer, à l'édifice d'un système juridique », mais une « règle étrange [que l'on] invoque pour fonder un pouvoir, dont elle a besoin elle-même pour être fondée » (« Le principe de légitimité », *loc. cit.*, p. 55-56).

164 Comme l'a noté le Pr. Kervégan en renvoyant à la *Théorie de la Constitution* de Schmitt, « [l]e vocable "légitimité" condense l'ensemble des présuppositions à défaut desquelles la légalité court le risque de se réduire à un formalisme procédural incapable de susciter une adhésion solide et durable aux résultats de son application » (*Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 160).

165 *Ibid.*, p. 75.

l'*Isolierung* du droit forgé par la doctrine juridique allemande de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>166</sup>.

Ce sont bien sûr les travaux de Schmitt qui passent pour incarner une telle transversalité. Car, même s'il affirme dans son *Glossarium* avoir « toujours parlé et écrit en tant que juriste, et par conséquent seulement à des juristes et pour des juristes », il « aborde [cependant] des domaines que la spécialisation croissante des savoirs a progressivement isolés : le droit, bien entendu, [...] mais également l'histoire des idées, la théorie politique, l'esthétique, la métaphysique et la théologie »<sup>167</sup>. On trouve toutefois la même attention portée à l'environnement dans lequel le droit trouve place aussi bien chez Hauriou que chez Romano, qui tous deux étudient les processus de transformation du politique en juridique à travers l'institution, dont ils considèrent que, produite par les rapports sociaux, elle assure l'incarnation de ces rapports dans les normes juridiques. Pour le premier, qui définit l'institution comme « une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs, et qui a réalisé dans son sein une situation juridique », elle est « la véritable réalité sociale séparable des individus »<sup>168</sup>. Pour le second, c'est l'ordre juridique qui est en lui-même une institution en tant qu'il est une structure sociale, puisque constitue une institution « tout organisme ou corps social ayant une structure stable et permanente et formant en lui-même un corps, avec une vie propre »<sup>169</sup>.

Ainsi, il ne s'agit pas d'opter ici pour la « logique du "ou bien... ou bien" » adoptée par Schmitt, dont J.-F. Kervégan a montré que si elle est certes « extraordinairement efficace pour dénoncer une opinion

166 *Ibid.*, p. 75-76.

167 *Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 24 et 21.

168 M. Hauriou, *Principes de Droit Public*, Sirey, 1<sup>re</sup> éd., 1910, p. 129.

169 S. Romano, « Diritto (funzione del) », in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 82 : « [...] istituzione [...] designando con questo nome qualsiasi ente o corpo sociale che abbia un assetto stabile e permanente e formi un corpo a sè, con una vita propria ».

commune [...] ; elle l'est en revanche bien moins pour penser au-delà des alternatives reçues (légalité *ou* légitimité [...]), tout en les prenant au sérieux »<sup>170</sup>. Pour refuser cette forme de dogmatisme, qui constitue une entrave à toute approche rationnelle spéculative, il s'agit au contraire de tenter de s'en extraire en osant considérer le droit en tant que processus de régulation sociale sans renoncer pour autant à l'envisager d'un point de vue juridique. Or, porter ce regard sur le droit révèle la puissance de ses sortilèges pour ce qu'elle est : la normativité particulière qui s'attache à la légitimité rationnelle-légale, que ce soit dans les processus qui produisent cette légitimité ou dans les processus qu'elle engendre.

On peut donc qualifier cette perspective d'*interdisciplinaire en droit* pour souligner qu'elle cherche à adopter un « point de vue externe modéré [...] consistant [...] à rendre compte du point de vue interne au droit, sans adopter celui-ci [ni] assumer soi-même la tâche de poursuivre [la] systématisation [à l'œuvre] »<sup>171</sup>. Dans la mesure où un tel point de vue « implique [...] d'établir, dans une perspective explicative, un ensemble de relations entre le phénomène ainsi caractérisé et d'autres phénomènes qui lui sont coextensifs »<sup>172</sup>, se doter d'une méthode d'analyse interdisciplinaire en droit, c'est chercher à incorporer dans la réflexion juridique - à l'aide des méthodes et instruments juridiques - des éléments forgés en sciences sociales, de manière à *informer* le droit en l'enrichissant ainsi des connaissances construites certes hors du champ juridique mais relativement à ce champ.

Comme l'a écrit le Pr. Kolb, en tant que « phénomène intrinsèquement social, [...] le droit ne saurait être compris en

170 *Ibid.*, p. 73-74 : « Comment, par exemple, penser la légitimité autrement que comme une sorte d'instance ultime, de correctif transcendant l'ordre commun de la légalité ordinaire, sans pour autant se priver d'un outil de mise à l'épreuve de celle-ci ? Voilà une question que Carl Schmitt nous incite à poser, mais qu'il ne nous aide pas malgré tout à traiter jusqu'à son terme, parce que sa position décisionniste lui interdit d'aller au-delà du *entweder... oder: ou bien* la légalité, *ou bien* la légitimité ».

171 F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 29-30.

172 *Ibid.*

profondeur sans la connaissance de cette ambiance, à la fois des faits sociaux et politique [et] des idées<sup>173</sup> ». Mais, dans une perspective prônant attention à sa fonction sociale, qui envisage le droit en tant que *processus de régulation sociale*<sup>174</sup>, cette nécessité de porter le regard vers les sciences sociales se fait exigence méthodologique. Car, en révélant que c'est non seulement en droit, mais aussi *en-deçà* et *au-delà* du droit que la légitimité se déploie, un tel changement de perspective permet de distinguer la question de la légitimité de celle de l'obligation (morale) d'obéissance à une norme ou à une institution juridique<sup>175</sup> tout en constatant avec Bourdieu que « la reconnaissance de la légitimité [...] est un acte de soumission doxique à l'ordre social » et non « un acte de connaissance<sup>176</sup> ». Or, ainsi replacé au centre du monde social, le droit ne saurait s'envisager dans un vide épistémologique qui le couperait de ce monde qu'il prétend ordonner conformément à sa fonction sociale<sup>177</sup>.

Dans un contexte de crise de la régulation et de perte de centralité de la norme étatique face à l'émergence de formes de normativité concurrentes ou complémentaires, l'étude de la légitimité en droit offre un moyen d'appréhender l'économie des relations entre normes sociales et juridiques en constituant une clé de lecture des évolutions de la normativité juridique. Toutefois, le va et vient qu'elle autorise entre normativité juridique et fonction sociale du droit en se révélant comme *passerelle* entre le politique et le juridique invite surtout à une analyse réflexive questionnant la posture de l'universitaire, à qui elle rappelle le mot de Gustave Thibon : « Ce n'est pas la lumière qui

173 R. Kolb, *op. cit.*, p. 20.

174 É. Durkheim, *Le suicide. Étude sociologique*, Paris, Alcan, 1897.

175 V. la controverse D. Lochak-M. Troper dans l'ouvrage *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, CURAPP, 1989.

176 *Sur l'État*, *op. cit.*, p. 275.

177 « Tout ce culte de la logique qui paraît volontiers tourner la science du droit en mathématique juridique est une erreur et provient d'une incompréhension du droit. [...] Ce n'est pas la logique qui a titre à l'existence, mais ce qui est réclamé par la vie, par les relations sociales, par le sens de la justice », écrivait Jhering (cité in G. Burdeau, *Traité de Science politique*, t. I, *Le pouvoir politique*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1966, p. 561).

manque à notre regard, c'est notre regard qui manque de lumière<sup>178</sup> ».

*À la mémoire de mon père,  
Chirurgien, Enseignant, Chercheur et Homme de bien  
Rennes, le 3 mars 2021.*

<sup>178</sup> *Notre regard qui manque à la lumière*; cité in Ch. Antoine, *Schrödinger à la plage. La physique quantique dans un transat*, Paris, Dunod, 2018, p. 26.