

NORMES JURIDIQUES, LEGITIMITE ET THEORIE DU DROIT

Philippe Gérard
Professeur aux Facultés universitaires
Saint-Louis (Bruxelles)

Est-il possible de distinguer une véritable obligation juridique d'un simple rapport de force à la faveur duquel une personne contraint autrui d'adopter un comportement déterminé sous la menace de sanctions ? Cette interrogation constitue l'un des principaux enjeux du récent livre de Lucien François, *Le cap des tempêtes*¹. De manière analogue, la comparaison entre l'hypothèse élémentaire de l'ordre appuyé de menaces et la portée des normes juridiques a conduit des théoriciens du droit tels que Hans Kelsen² et Herbert Hart³ à définir les éléments caractéristiques qui permettraient de différencier ces deux types de phénomènes. Etant donné le thème de notre rencontre - les relations du droit et de la justice -, je n'aborderai cependant pas cette question, car les développements qu'elle nécessiterait risqueraient de m'empêcher d'aborder finalement notre sujet.

En fait, dans les analyses développées par Kelsen et par Hart, la référence au modèle de l'ordre appuyé de menaces constitue l'amorce d'une réflexion sur les traits caractéristiques par lesquels les normes juridiques se distinguent, non seulement de ce modèle, mais aussi des normes sociales qui sont étrangères au droit. Les critères proposés par ces auteurs fourniront le point de départ du présent exposé. Dans la première partie de mes remarques, je rappellerai les solutions adoptées par Kelsen et par Hart, ainsi que les problèmes qu'elles suscitent. Je proposerai ensuite une perspective différente qui tend à distinguer les dimensions constitutives des normes juridiques à la lumière d'un ensemble d'études récentes relatives à la validité de ces normes. Ces réflexions préliminaires auront seulement pour but d'identifier et de replacer dans son contexte la prétention de légitimité qui figure parmi ces dimensions.

Cette prétention, ainsi que les références légitimatrices qui contribuent à la justifier, peuvent être étudiées soit dans une perspective descriptive et explicative, soit dans une perspective normative. Ces deux perspectives seront

¹ L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Paris, Bruxelles, 2001.

² Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit* (Trad. de H. Thévenaz), Neuchâtel, 1953, p. 36-37 ; *Théorie pure du droit* (Trad. française de la 2e édition de la *Reine Rechtslehre* par Ch. Eisenmann), Paris, 1962, p. 60-68.

³ Cf. H.L.A. HART, *Le concept de droit* (Trad. de M. van de Kerchove avec la collaboration de J. Van Drooghenbroeck et R. Célis), Bruxelles, 1976, p. 19 - 20, 33 - 41.

successivement abordées dans la deuxième et dans la troisième partie de mon exposé.

I

Au-delà d'une condition d'effectivité qui concerne à la fois le système juridique dans son ensemble et chacune des normes qui en relèvent, Kelsen, dans la *Théorie pure du droit*, recourt essentiellement à deux critères pour distinguer les normes juridiques positives par opposition aux autres normes sociales qui règlent la conduite humaine.

D'un côté, il considère que les normes juridiques ont pour spécificité de voir leur application garantie par la possibilité d'appliquer des sanctions contraignantes aux personnes qui, parmi leurs destinataires, les auraient transgressées. Pour Kelsen, le droit positif apparaît donc comme un ordre de contrainte⁴.

Plus originale, la seconde partie de son explication tend à montrer que les normes juridiques se caractérisent par leur appartenance à un système qui conditionne leur validité. Les normes juridiques se distingueraient ainsi par le fait que leur validité dépend de leur conformité par rapport à des normes supérieures du système, normes supérieures qui définiraient essentiellement leur mode d'élaboration. La validité de ces normes supérieures dépendrait à son tour de leur conformité par rapport à des normes plus élevées qui détermineraient également leur mode d'élaboration. Dans cette perspective, le système juridique apparaît comme un étagement de normes tel que la validité des normes de degré inférieur dépend de leur conformité par rapport aux normes de degré supérieur.

Ce critère suscite cependant un problème dans la mesure où, si l'on veut éviter une régression infinie, la validité des normes qui occupent le degré le plus élevé dans le système juridique, en particulier la validité des normes constitutionnelles, paraît devoir être fondée sur une norme ultime. En tant que partisan d'une distinction stricte entre l'ordre de l'être et l'ordre du devoir-être, Kelsen estime en effet que la validité d'une norme ne peut être établie que par référence à une autre norme. Ainsi, l'identification complète des normes supérieures qui garantissent la validité des normes inférieures du système doit apparemment conduire à une norme ultime⁵. Dans la pensée de Kelsen, cette norme est représentée par la norme "fondamentale"⁶. Distincte de toute norme juridique positive, la norme fondamentale est conçue comme un présupposé indispensable de la théorie du droit, si celle-ci veut pouvoir interpréter les dispositions juridiques comme l'expression de normes valides.

⁴ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (Trad. française de la 2e édition), *op. cit.*, p. 46.

⁵ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (Trad. française de la 2e édition), *op. cit.*, p. 257.

⁶ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (Trad. française de la 2e édition), *op. cit.*, p. 63.

Or, dans la *Théorie pure du droit*, le statut de cette norme présumée apparaît extrêmement ambigu⁷. D'un côté, sous l'influence du néo-kantisme⁸, Kelsen conçoit cette norme comme une hypothèse ou condition transcendantale dont dépendrait la possibilité d'une théorie scientifique du droit⁹. De l'autre, cette même norme revêt la portée d'un véritable postulat pratique en vertu duquel " on doit se conduire comme la Constitution le prévoit " et qui représente le fondement de la validité de toutes les normes appartenant à un système juridique déterminé. Enfin, dans la dernière phase de son oeuvre, Kelsen a même conçu la norme fondamentale comme l'expression de la volonté d'une autorité fictive ou imaginaire¹⁰. Ainsi, le statut de la norme fondamentale apparaît comme l'un des aspects les plus problématiques de la théorie kelsénienne du droit.

Pour éviter cette impasse, tout en exploitant cependant les intuitions de Kelsen, Hart a proposé pour sa part de concevoir les normes juridiques comme appartenant à des systèmes qui se caractériseraient par l'union de règles primaires et de règles secondaires¹¹. Parmi ces règles secondaires ou supérieures, qui constituent des méta-règles en relation avec les règles-objets que forment les règles primaires¹², la plus importante est la règle dite de reconnaissance. Quoique l'une et l'autre apparaissent comme des normes ultimes, la règle de reconnaissance, à la différence de la norme fondamentale invoquée par Kelsen, n'est pas une norme présumée qui serait extérieure au système juridique. La règle de reconnaissance définit les critères auxquels doivent correspondre les règles primaires pour pouvoir être considérées comme des règles appartenant au système et, en tant que telles, valides. L'existence de règles secondaires, et en particulier d'une règle de reconnaissance, marquerait ainsi le seuil du juridique, conçu comme un système particulier de normes, même si le terme " droit " peut par ailleurs s'appliquer à des phénomènes qui ne présentent qu'une relation d'analogie avec un système caractérisé par cette structure.

⁷ V. e. a. au sujet des ambiguïtés du statut de la norme fondamentale : J. RAZ, " Kelsen's Theory of the Basic Norm ", in *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p. 122 et s. ; A. PECZENIK, " On the Nature and Function of the Grundnorm ", in *Rechtstheorie*, Beiheft 2, Berlin, 1981, p. 279 et s. ; G. LUF, " On the Transcendental Import of Kelsen's Basic Norm ", in *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Theory* (S. L. Paulson & B. Litschewski Paulson eds.), Oxford, 1998, p. 230 - 234 ; S. L. PAULSON, " On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm ", in *Ratio Juris*, 13, 2000, p. 279 - 293 ; U. BINDREITER, " Presupposing the Basic Norm ", in *Ratio Juris*, 14, 2001, p. 143 - 175.

⁸ Cf. S. L. PAULSON, " Introduction ", in H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat* (Trad. de B. Laroche), Paris, Bruxelles, 1997, p. 6 et 19 -28.

⁹ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (Trad. française de la 2e édition), *op. cit.*, p. 266 - 268.

¹⁰ Cf. H. KELSEN, " The Function of a Constitution " (1964), in *Essays on Kelsen* (R. Tur & W. Twining eds.), Oxford, 1986, p. 116 - 117.

¹¹ Cf. H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 103 - 125.

¹² Cf. N. BOBBIO, " Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires ", in *La règle de droit* (Etudes publiées par Ch. Perelman), Bruxelles, 1971, p. 112 - 115.

Quoiqu'extrêmement éclairante, l'analyse proposée par Hart n'en comporte pas moins certaines difficultés. Je me contenterai d'en souligner deux.

D'une part, ainsi que l'ont révélé certaines analyses critiques - je songe en particulier à celles proposées par Ronald Dworkin¹³ - il semble que le contenu de systèmes juridiques particuliers ne corresponde pas complètement au modèle qu'en propose Hart. Dans certaines hypothèses, des normes sont tenues pour valides alors même qu'elles ne sont pas conformes aux critères fixés par la règle de reconnaissance. C'est dire qu'au-delà même des zones d'incertitude qui, selon Hart¹⁴, peuvent apparaître dans l'application des critères fixés par la règle de reconnaissance, cette règle ultime peut comporter des limites, au sens où elle ne fournit pas nécessairement les critères requis pour apprécier la validité de toutes les normes appartenant à un système déterminé. L'existence de ces limites implique que la validité des normes qui ne correspondent pas aux critères de la règle de reconnaissance se justifie en réalité par d'autres raisons.

Pour mesurer la seconde difficulté, il convient de rappeler que Hart ne se contente pas de définir les normes juridiques à la lumière de l'analyse que je viens de résumer. Hart fait une concession au droit naturel en admettant que les normes juridiques positives ou, à tout le moins, certaines d'entre elles doivent avoir un contenu qui satisfasse certains besoins découlant de la condition ou de la nature humaine¹⁵. Pour différentes raisons que je ne puis reprendre ici, Hart demeure cependant partisan du positivisme et, plus précisément, de la thèse selon laquelle la validité des normes juridiques ne dépend pas de leur conformité par rapport à la morale d'une société particulière ou par rapport aux impératifs d'une morale tenue pour éclairée ou authentique¹⁶.

Or, cette thèse caractéristique du positivisme ne paraît pas absolument compatible avec la concession faite par Hart au droit naturel. En effet, la conception selon laquelle des normes juridiques particulières doivent répondre à certaines exigences découlant de la nature ou de la condition humaine a nécessairement pour conséquence de relativiser la séparation du droit et de la morale qui est impliquée par le point de vue positiviste sur la validité du droit. Sans doute peut-on considérer que Hart sauvegarde la cohérence de sa pensée en adoptant une conception strictement formaliste de la validité. En effet, à la différence de Kelsen qui assimile validité et force obligatoire¹⁷, Hart soutient que la validité d'une norme juridique doit être conçue exclusivement comme l'appartenance de la norme en jeu à un système de règles primaires et secondaires, appartenance fondée sur les

¹³ V. en particulier R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux* (Trad. par J.-M. Rossignol et F. Limare, révisée par Fr. Michaut), Paris, 1995, p. 69 - 150.

¹⁴ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 153, 181 et s.

¹⁵ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 232 - 239.

¹⁶ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 247 - 252.

¹⁷ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (Trad. française de la 2e éd.), *op. cit.*, p. 255.

critères établis par la règle de reconnaissance. Corrélativement, Hart estime que le problème du caractère obligatoire des normes juridiques et de l'obéissance qui leur est due le cas échéant relève exclusivement de la réflexion et de la responsabilité *morales* des individus¹⁸. Cette analyse est sans doute cohérente par rapport à la conception de la validité proposée par Hart. Il n'en demeure pas moins que cette analyse ne paraît pas absolument compatible avec les concessions que Hart fait par ailleurs au droit naturel. Ces concessions mettent en effet en cause la séparation du droit et de la morale qui est affirmée par le positivisme à propos des conditions de validité des normes juridiques.

En définitive, il semble donc que la recherche de critères de juridicité par Kelsen et par Hart conduise soit à une impasse, soit à une analyse dont l'applicabilité comporte des limites et dont le contenu ne paraît pas absolument cohérent par rapport au positivisme dont elle s'inspire par ailleurs.

Afin d'éviter ces impasses et ces difficultés, il paraît nécessaire d'adapter les conceptions que je viens de résumer.

Tenter de définir le droit, notamment sous sa forme la plus caractéristique, mais non exclusive, qui est celle de normes positives en vigueur dans des communautés étatiques, exige de prendre en considération une multiplicité de critères. Or, à la suite des synthèses élaborées par Kelsen et par Hart, la théorie générale du droit s'est développée dans des directions qui permettent sans doute de déterminer ces critères. En effet, l'évolution de la théorie du droit depuis une trentaine d'années a été marquée, entre autres, par un renouvellement et un approfondissement des analyses relatives à la validité des normes juridiques. De nombreux auteurs ont été conduits à reconnaître que l'idée de validité elle-même ou, tout au moins, les justifications des jugements concernant la validité des normes juridiques, ne sont pas homogènes, mais qu'au contraire, elles peuvent traduire des notions distinctes. De façon très schématique, et même si tous les auteurs qui ont distingué ces points de vue ne les reprennent pas en définitive à leur compte, on peut résumer cette évolution en disant que la validité d'une norme juridique ou les justifications de cette validité peuvent mettre en jeu des considérations qui relèvent

- tantôt de la conformité de la norme en cause par rapport aux normes supérieures du système dont elle fait partie, normes supérieures qui déterminent les critères d'appartenance au système en jeu ;

- tantôt du degré d'application de la norme en cause, en tenant compte de l'attitude des autorités chargées de cette application, voire de l'attitude de l'ensemble des destinataires de la norme ;

¹⁸ Cf. H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 250 - 252.

- tantôt, enfin, de la conformité du contenu de la norme par rapport à des principes ou des valeurs tenus pour légitimes¹⁹.

Ces trois ordres de considérations correspondent respectivement à des exigences de *légalité*, d'*effectivité* et de *légitimité*.

En définitive, il me semble que ces trois points de vue permettent de clarifier les types de critères qui peuvent être utilisés en théorie pour justifier la validité des normes et qui, dans les systèmes juridiques concrets, sont mis en oeuvre à des degrés divers ou selon différentes modalités²⁰. Dans la mesure où elles correspondent aux critères requis, les normes juridiques pourront être tenues pour valides. Ainsi seront-elles reconnues comme des normes qui, du point de vue du système auquel elles appartiennent, sont obligatoires et doivent être appliquées²¹.

Or, l'on peut se demander si cette analyse ne pourrait pas être exploitée pour définir les dimensions caractéristiques des normes juridiques. Quoique élaborées à l'origine pour clarifier la notion de validité des normes juridiques ou ses types de justification, les distinctions proposées permettraient d'identifier les traits spécifiques par lesquels ces normes se distinguent des autres normes sociales.

Dans cette perspective, les normes juridiques pourraient être distinguées en utilisant trois catégories de critères :

- l'insertion des normes en jeu dans des systèmes qui tendent à déterminer, à l'aide de normes supérieures appropriées, les critères d'appartenance des normes qui forment leur contenu ;

¹⁹ V. à ce sujet : R. SCHREIBER, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin, 1966, p. 58 et s. ; K. OPALEK, " The Problem of the Validity of Law ", in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, III, 1970, p. 7 - 19, en partic. p. 8 ; A. PECZENIK, " The Concept " Valid Law " ", in *Scandinavian Studies in Law*, 1972, p. 213 - 251 ; J. RAZ, " Legal Validity ", in *The Authority of Law*, op. cit., p. 146 - 159, not. p. 152 où l'auteur distingue validité " directe " - qui correspond à la condition de légitimité - et validité " systémique ", conçue comme appartenance au système juridique ; Cs. VARGA, " Heterogeneity and Validity of Law : Outlines of an Ontological Reconstruction " in *Rechtsgeltung* (Hrsg. von Cs. Varga und O. Weinberger) (ARSP Beiheft Nr 27), Stuttgart, 1986, p. 88 ; J. WRÓBLEWSKI, " Validité des normes juridiques - Approche analytique ", in *Droit et pouvoir*, tome I : *La validité* (Etudes publiées sous la dir. de Fr. Rigaux et G. Haarscher par P. Vassart), Bruxelles, 1987, p. 136 et s. (distinguant validité systémique, réelle et axiologique) ; A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit* (Trad. de G. Warland), Paris, Bruxelles, 1992, p. 43 - 60 ; Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 324 et s.

²⁰ Cf. Ph. GERARD, " Validité juridique et souveraineté ", in *Archives de Philosophie Sociale et de Philosophie du Droit*, LXXII, 1986, p. 316 - 320.

²¹ V. sur cette signification de la validité : E. BULYGIN, " Time and Validity ", in *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems* (A. A. Martino ed.), Vol. II, Dordrecht, 1982, p. 66.

- le fait que les normes en jeu soient assorties de garanties, voire de dispositifs spécifiques, visant à assurer leur application par leurs destinataires;
- le fait que les normes en jeu impliquent une prétention selon laquelle leur contenu doit être considéré comme légitime.

Etant donné que mes remarques porteront essentiellement sur la prétention de légitimité qui s'attache aux normes juridiques, je ne poursuivrai pas ici l'examen de ces trois types de critères. Leur présentation avait seulement pour but d'éclairer le contexte dans lequel s'inscrit cette prétention de légitimité.

Je relèverai seulement que l'un des avantages d'une telle analyse tient dans le fait qu'elle permet de situer, par rapport aux normes dont le caractère juridique n'est pas contesté - telles les normes d'un système de droit étatique - certains phénomènes normatifs qui, sans être assimilables à un système de cette nature, relèvent d'une zone intermédiaire entre le droit et le non-droit. Des recherches éclairantes ont permis d'identifier des phénomènes de ce type, dont certains ont été désignés par le terme d' *infra-droit*²², d'autres par celui de *para-légalité*²³. Or, si ces normes apparaissent en marge du droit étatique, voire en opposition avec certaines de ses dispositions, elles peuvent néanmoins être considérées comme les manifestations d'un droit en voie de constitution. Bénéficiant de garanties d'effectivité, tenues pour légitimes par les membres des collectivités dans lesquelles elles sont appliquées, ces normes ne sont pas reliées à des critères d'appartenance ou de reconnaissance. Mais, si elles ne relèvent pas encore d'un système juridique accompli ou achevé, ces normes peuvent néanmoins être considérées comme l'un des phénomènes qui illustrent le processus graduel par lequel s'opère éventuellement la transition du non-droit vers le droit.

A fortiori, les critères proposés paraissent applicables aux ordres juridiques non étatiques qui peuvent combiner les traits caractéristiques du droit : critères de reconnaissance, garanties d'application et prétention de légitimité. Ces trois catégories de critères sont donc compatibles avec une conception pluraliste des normes juridiques.

II

Parmi les caractéristiques des normes juridiques, j'ai proposé d'inclure une dimension qui concerne leur légitimité. Je voudrais à présent évoquer de manière plus détaillée cet aspect.

²² V. à ce sujet J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 1978, p. 218 et s. (sur les phénomènes infrajuridiques) ; A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*. 1. *Où va la Sociologie du droit ?*, Paris, 1981, p. 25 - 26, 325 - 351.

²³ V. à ce sujet H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, vol. I : *De 1830 à 1970*, Bruxelles, 1996, n° 24 - 51.

Du plus humble règlement aux dispositions les plus prestigieuses, les normes juridiques impliquent apparemment une prétention en vertu de laquelle leur contenu doit être considéré comme légitime²⁴. Cette prétention découle du fait que le contenu de ces normes traduit une représentation de l'ordre social légitime et désirable. Cette représentation ne comporte pas seulement une dimension morale, mais peut également impliquer, entre autres, des dimensions d'ordre social, politique, économique ou religieux.

Sans doute cette prétention de légitimité ne permet-elle pas à elle seule de distinguer les normes juridiques par rapport à d'autres normes sociales. Elle doit être complétée par des critères supplémentaires comparables à ceux que je viens de proposer. Cependant, quoiqu'insuffisante, cette prétention de légitimité apparaît comme une dimension qui est indissociable du droit. De ce point de vue, je serais tenté de dire qu'il n'y a pas de droit, non pas sans légitimité, mais certainement sans prétention à la légitimité.

De nombreux indices attestent l'existence de ce présupposé. Compte tenu des limites du présent exposé, je me contenterai d'en relever quatre.

L'un des plus révélateurs est fourni par l'exemple de certaines normes historiques qui sont généralement considérées à l'heure actuelle comme absolument injustes et dépourvues de légitimité. De ce point de vue, l'analyse des formes les plus monstrueuses du droit permet d'éclairer l'anatomie des normes ordinaires. Ainsi, la législation antisémite du régime national-socialiste ou celle du régime de Vichy ne se contentaient pas d'exprimer la haine raciale. Les mesures imposées par ces lois étaient présentées comme les conditions d'un ordre social légitime. Cette prétention s'est d'ailleurs reflétée dans les commentaires de certains juristes qui, même s'ils n'adhéraient pas personnellement aux mesures visées, ont décrit sans distance critique les objectifs qu'elles poursuivaient. Ainsi, commentant certaines dispositions du statut des juifs adopté par le régime de Vichy, le juriste français Henry Vizioz relevait que ces mesures avaient " pour but de soustraire à leur influence la vie publique et économique " ²⁵. Indépendamment de ses effets banalisateurs²⁶, ce genre de description révèle, à travers sa candeur même, la prétention de légitimité qui était inhérente aux dispositions en jeu : l'objectif visé était présenté par ces lois comme un but légitime auquel toute personne était censée devoir adhérer. La prétention de légitimité inhérente à ces normes apparaît ici d'autant plus

²⁴ Comp. dans ce sens R. ALEXY, " On Necessary Relations Between Law and Morality ", in *Ratio Juris*, 2, 1989, p. 167 - 183, en partic. p. 177 et s., soulignant que les normes juridiques impliquent une prétention de justesse (*correctness*).

²⁵ H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Bordeaux, 1956, p. 213, n° 33.

²⁶ V. sur cet effet de banalisation et d'euphémisation de la législation antisémite, effet produit par les pratiques professionnelles ordinaires des juristes : D. LOCHAK, " La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme juridique ", in C.U.R.A.P.P., *Les usages sociaux du droit*, Paris, 1989, p. 260 et s. ; Ph. FABRE, *Le Conseil d'Etat et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme*, Paris, 2001, n° 347 - 349.

visible qu'elle subit en l'espèce une forme de dévoiement, dans la mesure où elle est mise au service d'objectifs qui sont considérés comme intolérables.

Par ailleurs, si elle est généralement implicite, la prétention de légitimité qui caractérise les normes juridiques peut néanmoins s'exprimer le cas échéant dans des dispositions préliminaires qui font par ailleurs référence aux principes ou aux valeurs censés justifier cette prétention. Ainsi, dans le domaine du droit international des droits de l'homme, les deux Pactes adoptés en 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies, l'un relatif aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels, comportent un préambule qui exprime de manière tout-à-fait explicite la prétention de légitimité qui s'attache aux normes établies par ces instruments, ainsi que les valeurs invoquées pour justifier cette prétention.

L'existence de cette prétention est également révélée par les travaux préparatoires qui entourent l'élaboration de nombreuses dispositions de droit positif. Ces travaux sont généralement émaillés de déclarations par lesquelles les auteurs des dispositions proposées tentent de justifier leur légitimité.

Enfin, certaines formes de résistance aux normes juridiques sont également révélatrices de l'existence de cette prétention. Elles-mêmes fondées sur certains impératifs d'ordre moral, l'objection de conscience et la désobéissance civile impliquent, sinon nécessairement²⁷ du moins en règle générale, une contestation de la légitimité revendiquée par les normes juridiques qui constituent leur cible. En effet, le caractère généralement non violent de ces formes de résistance implique que leurs auteurs renoncent à user de la force dans le but de contraindre les autorités à modifier les normes critiquées. L'enjeu principal de ces formes d'opposition, et en particulier de la résistance civile, est précisément d'ouvrir un débat sur la légitimité des normes en cause. La portée de ces formes de contestation est incompréhensible si l'on méconnaît le fait qu'elles visent à contester la légitimité dont les normes juridiques en vigueur sont apparemment revêtues.

Les indices que je viens d'évoquer devraient être complétés par un ensemble d'analyses qui concernent l'activité des organes chargés de l'application du droit, et, en particulier, des autorités juridictionnelles. Ainsi pourrait-on constater que lorsque ces autorités doivent surmonter des difficultés exceptionnelles concernant l'identification des normes applicables, leur activité d'interprétation, voire de création normative, est guidée en dernière instance par une représentation idéale du droit²⁸. Dans ces situations critiques, il est inévitable que la portée des normes juridiques

²⁷ Il est en effet concevable que ces formes de résistance soient dirigées le cas échéant contre certaines mesures imposées par un pouvoir de fait et n'impliquant en tant que telles aucune prétention de légitimité.

²⁸ A ce propos, l'on peut se référer, entre autres, aux analyses que Ronald Dworkin a consacrées à la mise en oeuvre des principes du droit par les juges (cf. R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 79 - 107). J'ai pour ma part également tenté de mesurer le rôle qu'une représentation idéale du droit pouvait jouer, en tant que précompréhension fondamentale, dans la référence à des normes telles que les principes généraux du droit (cf. Ph. GERARD, *Droit égalité et idéologie*, Bruxelles, 1981, p. 251 - 276).

particulières soit déterminée à la lumière des enjeux fondamentaux de l'institution spécifique que représente le droit en général et, entre autres, en fonction de l'ambition caractéristique en vertu de laquelle le droit prétend assurer un ordre social légitime.

La prétention de légitimité inhérente au droit est elle-même liée à la prétention de validité qui sous-tend les normes juridiques et qui revêt la portée d'une prétention de force obligatoire ou d'applicabilité. Conjointement aux critères supplémentaires que j'ai précédemment évoqués, les valeurs ou les principes qui sont censés justifier la légitimité des normes juridiques contribuent également à justifier leur validité.

La prétention de légitimité sous-jacente aux normes juridiques repose en effet sur des principes ou des valeurs qui sont censés garantir son bien-fondé, dans la mesure où ces principes et ces valeurs sont eux-mêmes présumés légitimes. Ces principes et ces valeurs constituent donc les fondements *apparents* de la légitimité des normes juridiques, c'est-à-dire les fondements de leur légitimité du point de vue du système particulier dont elles relèvent.

S'il est banal de constater que ces principes et ces valeurs peuvent varier d'un système juridique à un autre, il est plus intéressant de relever que ces systèmes sont généralement traversés par des tensions qui résultent du fait que les normes dont ils sont constitués traduisent des principes de légitimation malaisément conciliables.

De nombreux exemples permettent d'illustrer cette situation. Ainsi, dans certaines circonstances historiques dramatiques, des normes traduisant des conceptions politiques et morales inconciliables avec les principes dominants d'un système juridique peuvent être introduites dans ce système et lui imposer par là-même des tensions. Le commentaire de Vizioz auquel j'ai fait référence et qui concernait les conditions de validité de la demande en justice, en particulier la condition de capacité, est très instructif à cet égard. Il révèle en effet la tension entre la législation antisémite du régime de Vichy (en l'espèce les lois du 22 juillet 1941 et du 17 novembre 1941 qui tendaient à placer sous administration provisoire les entreprises appartenant à des Juifs, ainsi qu'à frapper ces derniers d'une série d'interdictions professionnelles) d'une part, et, de l'autre, les principes libéraux dominants du droit privé français (en l'espèce le principe selon lequel la capacité est la règle, l'incapacité l'exception). Vizioz exploite précisément cette tension pour proposer une interprétation restrictive de la loi du 17 novembre 1941²⁹.

En dehors même de circonstances exceptionnelles, les systèmes de normes juridiques impliquent fréquemment des représentations légitimatrices qui mettent en jeu des notions hétérogènes. Ainsi a-t-il été démontré de manière convaincante, à partir de l'exemple du droit français,

²⁹ Cf. H. VIZIOZ, *op. cit.*, p. 213 - 214, n° 33.

que ce dernier inclut des normes dont le contenu reflète tantôt une rationalité de type libéral, tantôt une rationalité propre au " droit social "³⁰.

Enfin, l'exemple des systèmes juridiques de nombreux pays en voie de développement révèle que la modernisation de ces systèmes, et en particulier leur adaptation aux exigences du droit international des droits de l'homme, engendre en leur sein des tensions dans la mesure ils incluent par ailleurs des normes qui reflètent des principes de légitimation traditionnels.

La théorie du droit ne peut méconnaître la prétention de légitimité qui habite les normes juridiques, de même que les principes qui sont censés justifier cette prétention. En effet, ces principes de légitimation déterminent la portée des normes et des institutions juridiques, ainsi que les fonctions qu'elles assument dans leur contexte social.

Dans la mesure où elle répond à un intérêt de connaissance, la théorie du droit doit donc tenter d'analyser et d'expliquer les différents rôles que jouent ces principes de légitimation.

L'on peut cependant se demander si, dans cette entreprise, la théorie du droit ne s'expose pas au risque que dénonce L. François d'un point de vue positiviste³¹. Ce risque consiste à faire intervenir des jugements de valeur dans des analyses qui, en apparence au moins, ont exclusivement pour but d'accroître la connaissance et la compréhension que nous pouvons avoir de la réalité du droit.

Il est incontestable qu'au-delà de leurs ambitions scientifiques, les théories du droit, y compris les théories d'inspiration positiviste, ont souvent joué un rôle dans la légitimation du droit lui-même. Et l'on doit reconnaître qu'elles n'ont pu remplir cette fonction qu'au prix d'une confusion entre point de vue descriptif et explicatif, d'une part, et point de vue évaluatif et normatif, d'autre part.

Diverses raisons, dont je ne puis entreprendre ici l'analyse détaillée, permettent de comprendre pourquoi la théorie du droit en général est particulièrement exposée à ce risque. La première d'entre elles tient précisément dans le fait que son objet est constitué par des normes qui sont porteuses d'une prétention de légitimité. La théorie du droit est dès lors constamment exposée à la tentation de participer à la justification ou à la critique de cette prétention. Par ailleurs, souvent élaborée par des juristes pour d'autres juristes, la théorie du droit s'inscrit en général dans le cadre d'études dont le but principal est de former des experts qui seront appelés à mettre leurs connaissances au service de l'élaboration et de la mise en oeuvre des normes juridiques. Or, la prétention de légitimité qui s'attache aux normes juridiques particulières s'étend évidemment à l'institution du droit en général et aux activités de connaissance, d'application et d'élaboration qui concernent les normes dépendant de cette institution. A cet égard, la théorie

³⁰ V. à ce sujet Fr. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, 1986.

³¹ Cf. L. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 175, p. 321-322.

du droit a souvent été conduite à jouer le rôle d'un discours de rationalisation et de légitimation de l'institution juridique en général.

Néanmoins, la confusion entre explication et jugements de valeur qui en résulte ne doit pas être considérée comme un phénomène irrémédiable. Ainsi que l'attestent de nombreux exemples récents, développer une théorie explicative du droit ne constitue pas une tâche impossible. En effet, les risques de confusion que je viens d'évoquer me paraissent pouvoir être écartés, pour autant que la théorie du droit, en s'inspirant des suggestions de Hart³², adopte le point de vue externe d'un observateur dont la tâche est de décrire les principes de légitimation qui sont sous-jacents aux normes juridiques, d'analyser les concepts qu'ils mettent en jeu, ainsi que l'influence qu'ils exercent sur l'efficacité de ces normes. En tant que point de vue externe, cette perspective se caractérise par le fait que l'observateur tient en suspens, provisoirement au moins, la question normative de l'acceptabilité même des principes en cause et des raisons susceptibles de justifier cette acceptabilité. Le rôle d'un tel observateur se limite à décrire et à expliquer la portée des principes de légitimité qui sont impliqués par le droit. Pour atteindre cet objectif, la théorie du droit doit mettre en oeuvre les instruments d'analyse que peuvent lui procurer, entre autres, des disciplines telles que la philosophie, l'histoire, la sociologie, l'anthropologie, l'économie ou la science politique. Ces disciplines offrent en effet à la théorie du droit des ressources indispensables pour développer une analyse explicative des phénomènes juridiques.

Sans doute, en adoptant ce point de vue externe, la théorie du droit ne répond-elle pas à l'exigence de justification qui est impliquée par la prétention de légitimité des normes juridiques et qui ne peut être satisfaite que par la voie d'une réflexion normative, à la fois distincte et complémentaire, que j'évoquerai dans la troisième partie de cet exposé. En effet, même si, par rapport à cette réflexion normative, elle peut être envisagée comme un préalable indispensable, cette analyse externe ne poursuit pas un objectif de légitimation. Elle correspond à la finalité d'une théorie scientifique du droit dont l'enjeu est d'étendre notre connaissance des phénomènes juridiques. Dès lors, pour autant qu'elle soit menée d'un point de vue externe, cette analyse permet d'échapper à la confusion entre explication descriptive et légitimation. Reconnaître que le droit implique une prétention de légitimité qui repose sur des principes dont le contenu et la portée peuvent être analysés d'un point de vue externe n'équivaut pas à justifier ou à critiquer le droit en fonction de jugements de valeur.

Si la théorie du droit renonce à ce type d'analyse, elle risque de se cantonner dans des études formelles qui, même si elles peuvent éclairer des propriétés importantes des phénomènes juridiques, laissent en dehors de

³² V. sur ce point de vue externe : H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 114-115. A la suite de Hart, le point de vue proposé est celui d'un observateur qui, sans accepter lui-même les principes en jeu, analyse la manière dont les destinataires des normes les considèrent d'un point de vue interne.

leur champ l'une des dimensions constitutives du droit. Kelsen s'est parfois vanté d'avoir élaboré une théorie du droit qui soit applicable à tout ordre juridique étatique, peu importe qu'il s'agisse - je cite ses exemples - de celui de l'Union soviétique, de l'Espagne franquiste ou de la France démocratique³³. En réalité, ce que Kelsen considérerait comme une vertu de la théorie pure me paraît au contraire trahir les limites d'une analyse formelle qui renonce à étudier, même d'un point de vue descriptif et explicatif, la dimension de légitimité qui est indissociable du droit.

III

Les questions que je voudrais aborder à présent concernent le rôle des principes de légitimation qui sous-tendent les normes juridiques. Ces questions relèvent d'une réflexion normative sur la valeur ou sur la légitimité même des principes en jeu. En effet, au départ d'analyses qui éclairent leur portée en général, l'on peut s'interroger sur la valeur légitimatrice de ces principes, non seulement dans une perspective critique, mais aussi dans une perspective positive, visant à dégager les critères ou les arguments rationnels qui permettraient de justifier cette valeur.

En effet, lorsque ces principes de légitimation sont envisagés par un observateur qui décrit et tente d'expliquer les phénomènes juridiques en adoptant le point de vue externe que j'ai précédemment évoqué, toute interrogation sur leur valeur légitimatrice est exclue ou, tout au moins, tenue en suspens, dans la mesure où cette valeur est présumée acquise dans le cadre du système juridique observé.

En revanche, lorsque ce point de vue externe est abandonné, la valeur légitimatrice des principes en jeu apparaît, sinon contestable, au moins comme l'objet d'une interrogation inévitable. Elle paraît dès lors requérir des justifications qui permettent d'établir son bien-fondé. Dans cette nouvelle perspective, la valeur des principes de légitimation devient donc l'enjeu d'une réflexion normative qui vise à dégager les raisons permettant de justifier cette valeur elle-même.

En visant à justifier la prétention de légitimité qui est indissociable des normes juridiques, les principes de légitimation tendent par là même à justifier l'autorité pratique que le droit revendique à l'égard de ses destinataires.

Or, il semble que pour pouvoir remplir ce rôle, ces principes doivent eux-mêmes exprimer des intérêts qui sont censés représenter une valeur pour toute personne et qui jouissent en tant que tels d'une validité *universelle*.

Dans leur critique de l'idéologie, Marx et Engels avaient déjà relevé ce fait en soulignant, dans le contexte d'une analyse en termes de rapports de

³³ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, op. cit., p. 60.

classes, que chaque classe dominante est obligée de représenter son intérêt comme celui de tous les membres de la société et de donner à ses pensées la forme de l'universalité, c'est-à-dire de les représenter comme étant les seules universellement valables³⁴. Dans une perspective théorique différente, le grand critique de l'idéologie que fut Hans Kelsen devait également reconnaître que les notions légitimatrices mises en jeu par le droit, en particulier l'idée de justice, prétendent à une validité universelle³⁵.

C'est à dessein que je viens d'évoquer la critique de l'idéologie. Celle-ci fait évidemment surgir une interrogation sur la valeur des principes de légitimation du droit. Ces principes n'ont-ils pas en réalité pour fonction de rationaliser des rapports de domination ou d'exploitation que les normes juridiques contribuent à établir et à stabiliser ? Quoique posée dans un contexte différent, une interrogation comparable est soulevée dans le *Cap des tempêtes* à propos de la rhétorique autojustificative des émetteurs de jurèmes, rhétorique qui met en jeu, le cas échéant, des illusions tendant à dissimuler la volonté de ces émetteurs³⁶.

Avant d'aborder cette question, je voudrais rappeler que, d'un point de vue historique, la critique de l'idéologie, y compris la critique marxiste, participe évidemment de l'esprit des Lumières et, en particulier, de la critique des préjugés qui étaient censés entraver l'usage autonome de la raison.

Mais, la critique de l'idéologie procède également d'un autre phénomène caractéristique du XVIII^e siècle : la prise de conscience de la nature paradoxale de l'action individuelle et de l'action collective. Les sciences sociales naissantes, qu'il s'agisse de la science économique ou de la science politique³⁷, la philosophie politique et la philosophie de l'histoire, au même titre que certaines oeuvres artistiques³⁸, témoignent de la prise de conscience des paradoxes qui traversent la société ou qui se manifestent dans

³⁴ Cf. K. MARX et F. ENGELS, *L'idéologie allemande* (Présentée et annotée par G. Badia, Trad. de H. Auger, G. Badia, J. Baudrillard et R. Cartelle), Paris, 1968, p. 77.

³⁵ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit, op. cit.*, p. 53.

³⁶ Cf. L. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 49 et n° 83, p. 142.

³⁷ Dans ce sens, Raymond Boudon relevait naguère que " toute la philosophie politique du dix-huitième siècle, toute l'économie de la fin du dix-huitième siècle et du début du dix-neuvième siècle, dont Marx était nourri, tournaient autour des paradoxes de l'action collective " (R. BOUDON, "Préface ", in M. OLSON, *Logique de l'action collective* (Trad. de M. Levi), Paris, 1978, p. 17).

³⁸ Ainsi, les relations de Valmont et de sa victime dans *Les liaisons dangereuses* ou celles de Ferrando et Fiordiligi dans *Così fan tutte* illustrent à la fois les résultats paradoxaux auxquels peut conduire l'action stratégique d'un individu et les relations paradoxales entre nature et artifice.

Par ailleurs, dans le domaine de la philosophie politique, le *Contrat social* de Rousseau représente l'un des meilleurs exemples de mise en oeuvre délibérée des relations paradoxales entre nature et artifice (Cf. J. STAROBINSKI, " Le remède dans le mal : la pensée de Rousseau ", in *Le remède dans le mal. Critique et légitimation de l'artifice à l'âge des Lumières*, Paris, 1989, p. 177 et s.).

l'action rationnelle des individus, tout en s'accompagnant de résultats positifs ou négatifs. La " main invisible " d'Adam Smith, le théorème du jury de Condorcet, la figure de la ruse de la nature ou de la raison dans la pensée de Kant et de Hegel constituent autant d'exemples, parmi d'autres, de cette prise de conscience.

Il me semble que la critique de l'idéologie participe également de cette sensibilité. A cet égard, il est révélateur que Marx et Engels aient conçu le phénomène de l'idéologie à l'aide de métaphores qui mettent en jeu des paradoxes : ainsi la métaphore de l'oeuvre qui finit par dominer ses créateurs³⁹ ou encore celle de la *camera obscura* selon laquelle, dans l'idéologie, les hommes et leurs rapports apparaissent placés la tête en bas⁴⁰.

Ce bref détour par l'histoire permet de définir le type de paradoxe que la critique de l'idéologie tend à dévoiler à propos des principes de légitimation du droit. En effet, les fonctions de l'idéologie ne se réduisent pas à un simple écart entre l'idéal et le réel. Le paradoxe idéologique se manifeste par le fait que des principes jouissant apparemment d'une validité *universelle*, parce que censés traduire des intérêts ayant valeur pour tous, ne serviraient en réalité qu'à légitimer, en les reproduisant sous une forme déguisée, des relations d'exploitation et de domination qui favoriseraient les intérêts *particuliers* de certains groupes sociaux. Je voudrais formuler deux remarques sur ce type de paradoxe.

En premier lieu, il est effectivement possible, dans certains contextes, de repérer des tensions paradoxales entre des principes de légitimité à valeur universelle d'une part, et, de l'autre, des situations sociales qui favorisent des intérêts spécifiques et qui sont établies ou renforcées par des normes juridiques particulières. Le droit constitue à cet égard un champ d'observation remarquable car il représente par excellence l'intermédiaire pratique - à travers les normes qu'il impose et dont il tend à assurer l'application - entre les principes en jeu et les situations sociales prises comme références. En d'autres termes, c'est à la faveur d'une confrontation avec les situations et les rapports sociaux qu'ils contribuent à établir que des règles juridiques particulières, ainsi que leurs principes sous-jacents de légitimation, peuvent trahir leur fonction idéologique.

Mais, il convient de souligner que cette confrontation n'implique pas seulement une analyse de situations et de rapports sociaux déterminés, dans le but d'identifier les intérêts particuliers qu'ils favorisent en réalité. Cette confrontation ne peut dévoiler de paradoxes idéologiques que dans la mesure où, par ailleurs, les principes de légitimation critiqués prétendent exprimer des intérêts ou des valeurs de portée universelle.

³⁹ Cf. K. MARX et F. ENGELS, *op. cit.*, *Préface*, p. 34 : " Ces produits de leur cerveau ont grandi jusqu'à les dominer de toute leur hauteur. Créateurs, ils se sont inclinés devant leurs propres créations. "

⁴⁰ Cf. K. MARX et F. ENGELS, *op. cit.*, p. 50.

Or - et tel est le second point que je voudrais souligner - étant donné cette prétention d'universalité qui, aux yeux mêmes des critiques de l'idéologie, caractérise les principes de légitimité, il ne semble pas que ces derniers puissent être analysés exclusivement comme une rationalisation de la domination. Même les principes d'une idéologie inégalitaire, explicitement destinée à légitimer des formes de domination, ne peuvent être réduits à une logique de cette nature, dans la mesure où leur fonction légitimatrice implique la référence à des valeurs ou à des intérêts jouissant apparemment d'une validité universelle⁴¹.

En effet, la prétention selon laquelle des principes traduiraient des intérêts représentant une valeur pour tous paraît impliquer un ensemble de présupposés qui sont incompatibles avec une logique de la domination. En premier lieu, dans la mesure où la légitimité des intérêts en jeu est telle qu'elle doit être reconnue ou admise par tous, toutes les personnes sont *ipso facto* envisagées, non seulement comme des êtres humains égaux, mais aussi comme des personnes appelées à et capables de reconnaître la légitimité de valeurs ou d'intérêts déterminés. Ce premier présupposé implique par ailleurs le respect de l'existence de ces personnes, en tant que membres de la collectivité totale que forme l'humanité. L'ensemble de ces présupposés paraissent inconciliables avec un projet de domination. Il en résulte que la fonction idéologique éventuellement assumée par des principes de légitimation n'est pas inhérente à leur portée, mais qu'elle apparaît plutôt comme une fonction accidentelle.

Ces remarques me conduisent à évoquer certaines conditions historiques de possibilité de la critique de l'idéologie. Deux éléments peuvent être soulignés à ce propos.

D'une part, dans la mesure où la critique de l'idéologie dépend de la prétention d'universalité inhérente aux principes de légitimation, prétention qui implique elle-même l'égalité des êtres auxquels elle s'adresse, cette critique semble indirectement dépendante de l'idéal d'égalité qui constitue l'un des fondements des sociétés démocratiques.

D'autre part, il convient de rappeler qu'en général, la critique des distorsions idéologiques a eu pour conséquence de stimuler la recherche de nouveaux principes de légitimité ou de susciter de nouvelles interprétations des principes existants dont la portée s'était révélée illusoire. Cette seconde hypothèse peut être illustrée par divers exemples tels que l'évolution de l'interprétation du principe d'égalité ou, de manière analogue, le développement qu'a connu la notion de droits de l'homme depuis le XIXe siècle.

⁴¹ De ce point de vue, une idéologie et une politique de domination et d'exclusion impliquent un paradoxe interne supplémentaire, dès lors qu'elles s'expriment sous la forme de normes porteuses d'une prétention de légitimité qui se réfère elle-même à des valeurs ou à des intérêts censés jouir d'une validité universelle.

Or, si l'on envisage rétrospectivement l'ensemble du processus qui combine critique de l'idéologie et révision des références légitimatrices, sans doute peut-on le considérer comme un processus d'*exploration* par lequel les sociétés démocratiques recherchent les normes les plus adéquates, ainsi que les principes susceptibles de les justifier. De ce point de vue, en tant que processus d'exploration, la critique de l'idéologie et les phénomènes d'adaptation qu'elle suscite paraissent dépendants de l'incertitude sur les fondements de la loi qui représente également l'une des caractéristiques essentielles des sociétés démocratiques⁴². La critique de l'idéologie ne serait pas possible en dehors de ce contexte d'incertitude qui concerne la légitimité des normes sociales et qui favorise l'évolution ou la transformation des références légitimatrices. Et celles-ci ne sont jamais à l'abri d'une progression de la critique qui peut prendre appui sur l'évolution incessante de leur contexte social d'application pour dévoiler de nouvelles distorsions idéologiques⁴³. L'analyse de l'idéologie apparaît ainsi comme une forme de critique et de développement normatif propre aux sociétés démocratiques.

Si la critique de l'idéologie favorise l'évolution des références de légitimation dans le contexte des sociétés démocratiques, elle débouche nécessairement sur une réflexion qui concerne les critères ou les raisons qui permettraient de justifier la validité universelle de ces références. Cette réflexion normative représente à la fois l'un des principaux enjeux de la philosophie morale et politique et l'un des aspects du processus exploratoire que je viens d'évoquer.

Dans ce domaine, si l'on laisse de côté les orientations relativistes ou sceptiques, la réflexion contemporaine tend à donner à l'universalité la portée d'une exigence de justification *impartiale* des intérêts ou des valeurs susceptibles de s'exprimer dans des principes de légitimation et dans les normes qui en découlent.

En revanche, en ce qui concerne la portée de cette exigence, la philosophie morale et politique ne fournit pas de réponses concordantes. Parmi ces diverses réponses, qui constituent autant d'interprétations de l'exigence d'impartialité, certaines suggèrent, par exemple, que la prétention d'universalité ne peut être satisfaite que :

- dans l'hypothèse où les normes en jeu reflètent le point de vue d'un arbitre impartial qui accorde une égale considération aux préférences de tous

⁴² V. sur cette caractéristique : Cl. LEFORT, " La question de la démocratie ", in *Essais sur le politique (XIXe - XXe siècles)*, Paris, 1986, p. 29 ; Ph. GERARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, 1995, p. 114-115.

⁴³ Ainsi, pour n'évoquer qu'un seul exemple et sans prendre parti sur sa valeur, les conceptions actuellement dominantes en matière de droits de l'homme ont été critiquées à la lumière du processus mondial de globalisation, dans la mesure où elles contribueraient à renforcer, tout en les dissimulant, les conséquences discriminatoires de ce processus dans les rapports entre pays développés et pays en voie de développement (cf. T. EVANS, *The Politics of Human Rights. A Global Perspective*, Londres, 2001).

les individus et qui cherche à établir entre elles des compromis lorsqu'elles sont inconciliables⁴⁴;

- dans l'hypothèse où les normes en jeu correspondent à l'impératif catégorique en vertu duquel ces normes doivent être avantageuses pour chaque particulier⁴⁵;

- dans l'hypothèse où ces normes ont un contenu tel qu'il puisse faire l'objet d'un consensus entre les intéressés, au terme d'une discussion rationnelle⁴⁶ ou, au moins, qu'il ne puisse être raisonnablement rejeté par quiconque dans la recherche d'une entente libre et éclairée⁴⁷.

Il ne saurait être question d'analyser ici la portée ou les présupposés de ces différentes conceptions, ni d'évaluer leurs mérites respectifs. Leur élaboration illustre les débats rationnels que peut susciter dans une société démocratique la recherche de principes adéquats de légitimation. Tout en visant à justifier l'autorité que les normes juridiques revendiquent à l'égard de leurs destinataires, ces principes permettent de donner un contenu concret à la référence à l'universel qui caractérise la prétention de légitimité du droit⁴⁸.

⁴⁴ V. dans cette perspective R. M. HARE, *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*, Oxford, 1981.

⁴⁵ V. dans ce sens O. HÖFFE, *La justice politique* (Trad. de J.-Chr. Merle), Paris, 1991, p. 58-64.

⁴⁶ V. sur ce principe de discussion J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* (Trad. de R. Rochlitz et Chr. Bouchindhomme), Paris, 1997, p. 123-125.

⁴⁷ V. dans ce sens T. M. SCANLON, " Contractualism and Utilitarianism ", in *Utilitarianism and Beyond* (A. Sen & B. Williams eds.), Cambridge, 1982, p. 110-115, et sur la mise en oeuvre de ce principe : Th. NAGEL, *Egalité et partialité* (Trad. de Cl. Beauvillard), Paris, 1994, p. 38 et s. ; Br. BARRY, *Justice as Impartiality*, Oxford, 1995, p. 67-72.

⁴⁸ Cf. J. LADRIERE, " Les droits de l'homme et l'historicité ", in *Vie sociale et destinée*, Gembloux, 1973, p. 119-120.