Zeitschrift: Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy

Herausgeber: Schweizerische Philosophische Gesellschaft

Band: 44 (1985)

Artikel: Légalité et légitimité : leurs rôles respectifs dans la garantie de la liberté

Autor: Seel, Gerhard

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-883115

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Studia Philosophica 44/1985

GERHARD SEEL

Légalité et légitimité: leurs rôles respectifs dans la garantie de la liberté

La légalité du système juridique suffit-elle à garantir la liberté des hommes dans la société, ou la légitimité de ce système est-elle encore requise? Voilà la question à laquelle nous nous sommes proposé de répondre dans cet article. Pour ce faire, deux démarches sont indispensables: clarifier, tout d'abord, la signification des deux principaux termes de la question, ceux de «légalité» et de «légitimité», et déterminer ensuite la contribution de chacun de ces critères à la garantie de la liberté.

I

Pour entamer sans ambages la première partie de notre sujet nous poserons d'emblée une définition formelle des deux termes. Nous expliquerons par la suite les notions utilisées dans cette définition.

Déf. N° 1

Un état de choses ou un acte (une action) est *légal* si, et seulement si, il n'offense aucune des normes de droit positives en vigueur au sein de la société dans laquelle il s'inscrit.

Déf. N° 2

Un état de choses ou un acte (une action) est *légitime* si, et seulement si, il n'offense aucune des normes de droit transpositives.

Il est aisé de remarquer que les deux définitions ne se distinguent au fond que par deux termes, celui de «positif» et de «transpositif». C'est donc l'analyse de ces notions qui nous fournira la clé pour comprendre la différence entre légalité et légitimité. Mais avant de nous engager dans cette démarche, il nous semble utile d'expliquer les principales notions qui sont communes aux deux définitions.

Il s'agit plus précisément de répondre aux questions suivantes.

1. Qu'entendons-nous par «action humaine»?
2. Qu'est-ce qu'une norme en général?
3. Que veut dire «enfreindre une norme»?

Correspondance: Prof. Dr. Gerhard Seel, ch. des Ecureuils 4, CH-2054 Chézard

4. Qu'est-ce qu'une norme de droit en particulier?
5. Quand parlons-nous d'une norme valide?[1]

1. Pris en son sens large, le terme «action» désigne la réalisation libre et consciente d'un état de choses par un être humain, de telle sorte que l'issue de ce processus est préconçue par la pensée et que son déroulement est contrôlé ou au moins influencé par l'intervention pratique de l'homme. Pour qu'elle soit libre et consciente, l'action doit résulter d'un processus de décision qui se déroule dans la conscience selon la structure suivante. Confronté d'abord à des possibilités d'agir, l'homme en choisit une qu'il se propose de réaliser au détriment de la réalisation des autres. On désigne également par ‹fixation du but› ce libre choix de l'action à réaliser.

2. En principe, une telle décision peut être prise soit aveuglément, soit à l'aide d'un critère de décision. Ce dernier est un jugement pratique grâce auquel l'homme sait comment il peut ou il doit se décider dans une situation concrète. Eu égard à sa fonction de diriger l'action, le jugement pratique est désigné aussi par le terme «norme».

Déf. N° 3

P est une norme si, et seulement si, il existe une situation de décision y dans laquelle P peut servir de critère de décision.

3. En général nous disons qu'une norme a été enfreinte lorsqu'un homme a réalisé par son action libre un état de choses que la norme interdit. Ici il faut cependant distinguer deux cas: l'homme peut transgresser une norme sans la connaître, mais il peut aussi l'enfreindre en toute connaissance de cause. C'est alors seulement qu'il est subjectivement responsable de la transgression de la norme.

Analysons cette responsabilité plus en détail. Il va de soi que l'homme, même s'il connaît l'exigence de la norme, est néanmoins libre de suivre ou de ne pas suivre celle-ci. S'il n'en était pas ainsi, il découlerait de la seule connaissance d'une norme que celle-ci fût suivie selon une nécessité quasi naturelle. Dans ce cas, on ne pourrait évidemment plus parler de responsabilité. La responsabilité de l'homme dans la transgression d'une norme présuppose donc deux niveaux de décision dans la pratique humaine: celui qui concerne les états de choses et les actes extérieurs et celui qui concerne l'application dans ce choix d'un critère de décision. Pour mettre en évidence le caractère surordonné de

[1] Pour une discussion plus approfondie de ces questions voir: G. Seel, Struktur und Geltung des wirtschaftlichen Handelns, in: Lehrstücke der praktischen Philosophie und der Ästhetik, hg. von Karl Bärthlein und Gerd Wolandt, Basel/Stuttgart 1977, p. 113sqq.

cette dernière décision, nous l'appellerons «métadécision». C'est grâce à la liberté de la métadécision que l'homme est responsable de la transgression de norme qu'il a commise par son action.

Cette même liberté nous permet aussi de reconnaître à un sujet le mérite d'avoir agi conformément à la norme. En effet, l'homme n'obéit sciemment à une norme que s'il se laisse guider dans sa décision par le critère contenu dans cette norme et le mérite ne lui en revient que s'il s'est décidé librement à cela par une métadécision.

Si, par contre, un sujet renonce volontairement à appliquer un critère de décision donné, nous distinguons deux cas possibles:

a) Le sujet prend – par pur hasard ou à partir d'autres critères – une décision qui est en accord avec l'exigence de la norme. Dans ce cas, l'action est *conforme à la norme* sans pour autant résulter de son application. Le sujet n'ayant pas suivi la norme ne peut donc pas – dans ce cas – s'attribuer le mérite moral d'avoir agi selon cette norme.

b) Le sujet se décide – par hasard ou à partir d'autres critères – autrement que la norme ne l'exige. Son action, alors, n'est pas conforme à la norme et il en est pleinement responsable, puisqu'il a sciemment et librement transgressé cette norme. C'est donc dans ce dernier cas seulement que nous parlons de la transgression d'une norme au sens strict du mot. Nous pouvons alors poser:

Déf. N° 4

Un sujet x transgresse une norme P si, et seulement si,

a) x a pleine connaissance de P;
b) x se décide par la métadécision à ne pas appliquer P dans le choix de l'action;
c) x se décide dans ce choix autrement que P ne l'exige.

4. La distinction entre les normes de droit et les normes morales tient au fait déjà mentionné que la décision pratique se déroule sur deux plans. Avant de choisir l'état de choses qu'il veut réaliser, l'homme doit en effet décider par quel critère de décision il veut se laisser guider dans ce choix. Or nous appelons «normes de droit» les jugements pratiques qui ne servent de critères de décision que dans les décisions concernant les états de choses et les actes *extérieurs*. En revanche les jugements pratiques qui servent de critères dans la métadécision, c'est-à-dire dans le choix même des critères de décision, nous les appelons «normes morales». Selon Kant[2] seules les normes de droit peuvent faire l'objet d'une législation juridique. Cette législation va, en effet, de pair avec l'exécution d'une contrainte extérieure. Or, d'une part on ne peut contraindre

[2] Cf. I. Kant, Metaphysik der Sitten, Einleitung III, Akad.-Ausg. VI, p. 219sqq.

un homme à adopter certains critères de décision et d'autre part les normes de droit sont les seules à être indifférentes en ce qui concerne le mode de la détermination de la volonté. Donc ces normes sont les seules susceptibles d'une législation extérieure.

5. La distinction que nous venons de préciser entre les deux niveaux de décision s'avère, en outre, utile à déterminer la signification précise du terme – si mal défini dans le langage philosophique – de «*validité pratique*». Ainsi, nous définissons:

Déf. N° 5

Une norme P est valable si, et seulement si, il existe une obligation ou – au moins – une permission d'appliquer P comme critère dans chaque décision qui relève de P.

Cette définition souligne que la *validité pratique* exerce elle-même la fonction d'un critère de décision. La validité d'une norme P sert, en effet, de critère quand il s'agit de décider – au niveau de la métadécision – de l'application de P dans la décision concernant l'action extérieure. Cela signifie que la *validité pratique* – loin de présenter un caractère purement théorique – possède elle-même une fonction pratique.

Comment savoir, cependant, qu'une norme pratique est valable ou non? Normalement, ceci nécessite le recours à des normes supérieures qui nous fournissent des critères de validité. C'est à l'aide de ces critères supérieurs qu'on peut alors démontrer que ladite norme doit être utilisée en tant que critère, c'est-à-dire qu'elle doit être suivie. Cependant cette preuve n'a de valeur démonstrative qu'à condition d'utiliser des normes supérieures qui, à leur tour, soient valables. Mais leur validité semble nécessiter, elle aussi, une démonstration qui n'est possible que par un nouveau recours à des normes supérieures. Ainsi la justification d'une norme semble aboutir soit à un cercle vicieux soit à une régression à l'infini[3]. Pour éviter cette conséquence néfaste, il ne nous reste qu'une issue: c'est qu'il existe une norme suprême figurant comme jugement ultime de la série, dont la validité ne dépende plus de la validité de normes supérieures à elle. Nous verrons dans la seconde partie de notre

[3] Il en résulte le dilemme bien connu de la justification des normes. En y ajoutant une troisième corne H. Albert a ingénieusement appelé ce problème ‹trilemme de Münchhausen›. Cf. H. Albert, Transzendentale Träumereien. Karl-Otto Apels Sprachspiele und sein hermeneutischer Gott, Hamburg 1975.

exposé quelle est la norme qui, seule, peut prétendre au rang de norme suprême et sur quoi se base sa validité indémontrable.

Les élucidations successives apportées aux concepts fondamentaux de notre sujet nous permettent d'attaquer maintenant la tâche principale de cette première partie, celle d'expliciter la différence entre «légalité» et «légitimité». Le concept de norme suprême que nous venons d'introduire est précisément la clé de voûte qui manquait encore à notre construction. Nous avons déjà remarqué que les concepts de légalité et de légitimité nous servent à distinguer deux types de validité pratique. Il s'agit plus précisément de deux types de fondement de la validité pratique. Et comme toute validité pratique trouve son fondement ultime dans une norme suprême, c'est la différence entre deux types de norme suprême qui nous permettra de déterminer la différence entre la légalité et la légitimité.

Nous parlons, en effet, de légalité si la norme suprême qui fonde la validité est une norme positive. Si, par contre, la validité se base, en dernière analyse, sur une norme transpositive, c'est de légitimité que nous parlons. Pour bien saisir ces dernières définitions, il nous faut donc en dernier ressort – comme nous l'avions relevé en début d'analyse – mettre au clair la différence entre une norme positive et une norme transpositive. Elle nous paraît se dégager aisément des définitions suivantes.

Déf. N° 6

Une norme est *positive* si, et seulement si, sa validité pratique repose – complètement ou en partie – sur sa mise en vigueur par une instance légiférante qui a le pouvoir et l'intention de sanctionner toute transgression de la norme.

Déf. N° 7

Une norme est *transpositive* si, et seulement si, indépendamment de toute mise en vigueur par une instance légiférante, il est incontestable qu'elle doit être suivie par tout être raisonnable.

Nous distinguons donc deux genres de validité pratique: la validité déductible de principes supérieurs et la validité absolue. Cette dernière se différencie en deux espèces, à savoir la validité fondée sur un acte de législation et la validité transcendentale, résultant de la raison pure et reconnue intuitivement. La validité déduite de principes préalables se différencie, elle aussi, en deux espèces qui sont la légalité et la légitimité. Nous pouvons donc dresser le schéma suivant:

validité pratique	positive	transpositive
absolue	validité pratique d'institution	validité pratique transcendentale
déduite	*légalité*	*légitimité*

Il importe de remarquer que le schéma ci-dessus illustre les différents types de validité pratique et ne représente pas la division des normes pratiques elles-mêmes. Le fait que la validité absolue est ou bien transcendentale ou bien d'institution n'exclut donc nullement que le même contenu normatif puisse posséder les deux types de validité à la fois, c'est-à-dire qu'une norme pratique soit en même temps transpositive et positive. Il s'ensuit de plus que les normes positives – à la seule exception de la norme positive suprême – peuvent être à la fois légales et légitimes. C'est le cas lorsque la norme suprême positive, sur laquelle repose leur validité, est elle-même justifiée par une norme transpositive. Par contre, la norme positive suprême, elle, ne peut jamais être légale puisqu'il est exclu *per definitionem* qu'il existe une norme positive supérieure sur laquelle puisse se fonder cette légalité. La norme positive suprême n'admet donc qu'un seul type de justification: la légitimité. A défaut de cette justification, sa validité repose uniquement sur sa mise en vigueur par une instance légiférante et, dans ce cas, le système juridique dans son ensemble risque d'être illégitime quoique cela ne soit pas nécessaire.

La norme transpositive suprême, en revanche, ne peut posséder ni la légalité ni la légitimité, le seul type de validité qui lui puisse revenir étant la validité absolue. En effet, la norme transpositive suprême possède essentiellement la validité trascendentale, mais il n'est pas exclu que la validité d'institution s'y ajoute.

II

Après ces clarifications préliminaires revenons à notre question de départ. Outre celui de légalité, le critère de légitimité est-il requis pour garantir la liberté? Pour répondre à cette question, il faut examiner la fonction et la portée des deux critères. Mais avant d'entamer cette analyse, il nous reste à préciser de quelle liberté nous parlons et quels sont les facteurs qui la menacent.

On distingue traditionnellement liberté intérieure et liberté extérieure. La première est la faculté de déterminer de façon autonome son propre état de conscience, c'est-à-dire de déterminer soi-même ce qu'on pense et ce qu'on veut. On exerce notamment cette faculté en prenant – sur les deux plans que

nous avons distingués – des décisions concernant les états de choses qu'on veut réaliser. La liberté extérieure est alors la possibilité de réaliser dans le monde extérieur la fin qu'on s'est proposée.

La liberté intérieure, quoiqu'elle soit limitée par des facteurs psychiques, ne peut aucunement être menacée par des facteurs extérieurs. Il est donc inutile de la protéger par un système juridique. La liberté extérieure d'un individu, par contre, est en principe limitée par trois instances extérieures: la nature, les autres individus, l'Etat[4].

La première menace sur la liberté tient au fait que les forces corporelles et les outils dont dispose l'homme ne sont pas suffisants pour réaliser l'ensemble des finalités qu'il s'est proposées. L'homme ne peut remédier à cette situation avec des mesures juridiques. Le seul recours possible consiste dans le développement des moyens techniques et leur utilisation économique.

Si, de cette façon, la première menace de la liberté ne concerne pas directement notre question, elle revêt pourtant une certaine importance par le fait qu'elle est la cause même de la deuxième menace. En effet, le plus souvent les hommes portent atteinte à la liberté des autres pour se procurer les moyens extérieurs qui leur manquent. C'est la fonction principale du système juridique de mettre fin à cette restriction de la liberté. Mais, hélas, l'Etat, créé pour nous garantir le bon fonctionnement de ce système, présente lui-même une menace sur la liberté encore plus redoutable. Regardons cela plus en détail.

Le point de départ de notre analyse est donc le fait que dans le champ de l'action extérieure l'exercice de la liberté de l'un peut restreindre la liberté de l'autre et celui que les hommes ont intérêt à exercer cette restriction à cause de la rareté des moyens extérieurs.

Une première façon de remédier à cette menace consiste à établir un système juridique, c'est-à-dire à mettre en vigueur des normes qui réglementent le comportement des membres de la société. Cela présuppose, bien entendu, l'existence d'un pouvoir disposant des moyens de contrainte pour faire respecter ces règles.

Dans quelle mesure le système juridique protège-t-il la liberté? On ne peut protéger la liberté d'un membre de la société qu'en restreignant la liberté de tous les autres. Toute législation positive consiste donc à accorder certains droits et à imposer certaines obligations aux membres de la société. La répartition des droits et des obligations, cependant, peut se faire de diverses façons. Elle peut être juste et équitable. Dans ce cas la protection et la restriction de la liberté sont parfaitement équilibrées. Mais la législation peut aussi privilégier un certain groupe et cela, à la limite, en privant un autre de tout droit.

[4] Voir également à ce sujet ma leçon inaugurale «L'homme a-t-il un droit au travail?» in: Annales de l'Université de Neuchâtel 1982–1983.

Le système juridique en tant que tel n'empêche donc pas que l'exercice de la liberté de l'un restreigne la liberté de l'autre, mais il détermine et limite cette restriction, la rend constante et prévisible et protège ainsi la liberté contre des attaques arbitraires et fortuites. Dans certaines limites cette stabilité de la situation peut présenter un avantage même pour ceux qui ne sont pas privilégiés.

Pourtant, une telle stabilité se montre, en fait, extrêmement précaire à cause d'une loi sociologique bien connue. En effet, pour que la protection de la liberté par le système juridique soit efficace, il faut que le respect des normes soit imposé par un pouvoir réel et dominant. Il s'avère que les détenteurs d'un tel pouvoir – par un penchant naturel – édictent des lois qui favorisent leur propre parti aux dépens du reste de la société. Dans ces conditions, on peut pratiquement exclure que le système juridique réel soit juste et équitable. Or, plus un système juridique est injuste, plus il manque de stabilité. Car l'injustice suscite la création d'un pouvoir d'opposition et dès que celui-ci est en situation de force, il fait basculer la balance et impose à son tour des limitations de la liberté à ses adversaires de façon inéquitable et partiale. Ainsi nous nous trouvons devant un système qui obéit aux règles du Far West où la volonté de ceux qui rassemblent de leur côté le plus grand nombre de revolvers fera la loi.

Nous constatons donc que le système juridique destiné à préserver la liberté peut devenir dans les mains des détenteurs du pouvoir un simple instrument pour supprimer la liberté des autres.

La menace sur la liberté, liée aux lois positives elles-mêmes, est palliée dans une certaine mesure par l'application du critère de la *légalité,* qui soumet le système juridique lui-même à certaines règles, lesquelles empêchent que quiconque se sentant assez fort puisse s'ériger en législateur et en juge et que n'importe quelle règle puisse revêtir la dignité de loi. En effet, selon la définition donnée plus haut, la légalité suppose la mise en vigueur d'un système de normes supérieures. Ces normes concernent en premier lieu la *forme* de la législation et de la juridiction. Elles déterminent donc les procédures par lesquelles une personne ou un groupe de personnes est autorisé à légiférer, les conditions formelles que ces personnes doivent remplir, les formalités à respecter lors de la législation elle-même, la modalité du choix de ceux qui sont chargés de veiller à l'application de la loi, les qualifications de ces personnes et la façon dont la surveillance doit être exécutée, etc.

En second lieu ces métanormes peuvent aussi concerner le *contenu* des lois à mettre en vigueur, et interdire, notamment, les privilèges. Les métanormes qui fondent la légalité sont donc des lois d'un type particulier comme on les trouve normalement réunies dans une constitution. C'est grâce à elles qu'on peut distinguer dans une société le pouvoir légal d'un pouvoir illégal. D'ailleurs, tant que cette distinction n'est pas possible, on ne peut pas parler d'Etat.

L'Etat et le système juridique légal qui lui est propre renforcent donc la protection de la liberté en réduisant les abus de la législation. Mais ces abus ne sont pas pour autant complètement exclus, puisque, comme nous l'avons énoncé plus haut, l'Etat lui-même peut menacer la liberté. Il ne faut pas oublier, en effet, que les normes constitutionnelles sont elles-mêmes un droit positif. Le respect de la constitution dépend donc, lui aussi, d'un pouvoir politique donné qui peut mettre en place un droit constitutionnel qui lui est favorable.

Si nous jetons un regard sur l'histoire des constitutions, nous constatons qu'elles ont favorisé dans la plupart des cas un certain groupe ou une certaine classe de la population. Il n'est pas nécessaire de remonter à l'Ancien Régime pour en donner des exemples. Au XIXe siècle, il existait encore en Europe des suffrages basés sur le principe: «plus importantes sont les contributions d'un citoyen, plus élevé est le nombre de voix auxquelles il a droit». On peut mentionner également la question du droit de vote de la femme. Mais l'exemple le plus frappant est peut-être la constitution de Weimar qui permit aux nazis de prendre le pouvoir en toute légalité et d'édicter les lois néfastes de Nürnberg.

Notre examen montre donc à l'évidence que le critère de légalité ne suffit pas à protéger la liberté. Sa portée est limitée dans la mesure où la validité de la norme suprême qu'il présuppose ne se fonde que sur un acte de législation positive, acte qui risque de viser les intérêts d'un groupe plutôt qu'une liberté égale pour tous.

En vue d'une protection plus radicale de la liberté l'interdiction des abus du pouvoir législatif et constitutionnel est donc requise. Cela suppose, bien sûr, une norme transpositive qui régisse la législation positive et qui fasse ainsi prévaloir la légitimité par rapport à la légalité. C'est précisément ce critère de légitimité qui – selon notre programme – doit être l'objet de notre nouvelle investigation. Il s'agit plus précisément d'examiner sa portée et sa contribution à la protection de la liberté.

Assurons-nous d'abord qu'il existe effectivement une norme transcendentale sur laquelle puisse se fonder la légitimité du système juridique. Cette question est en effet la source de multiples controverses en philosophie pratique. Le positivisme en droit conteste résolument la validité d'une telle norme, alors que les doctrines défendant le droit naturel et la philosophie transcendentale la soutiennent au contraire avec vigueur[5].

Dans ce débat nous soutenons une thèse modérée. Selon nous, on ne pourra jamais démontrer la validité transcendentale d'une norme pratique suprême. La seule chose que l'on puisse faire est de montrer qu'une telle norme existe et que la négation de sa validité transcendentale entraînerait la négation de toute

[5] Cf. à ce sujet aussi H. Oberer, Praxisgeltung und Rechtsgeltung, in: Lehrstücke der praktischen Philosophie und der Ästhetik, loc. cit., p. 87sqq.

validité pratique. Nous avons exposé cet argument dans un autre article[6], nous nous bornerons ici à en développer les conséquences pour le problème de la garantie de la liberté.

A notre avis, il n'existe qu'une seule norme pratique qui puisse assumer la fonction de norme suprême au sens défini ci-dessus, c'est celle qui oblige tout être humain à mener une vie raisonnable, c'est-à-dire à prendre ses décisions en accord avec la raison.

De prime abord, il semble douteux qu'on puisse déduire d'un tel principe des normes qui régissent la législation. Une simple réflexion montre pourtant qu'un tel doute n'est pas de mise. «Mener une vie raisonnable» ne signifie rien d'autre que «respecter les principes de la raison». Le plus fondamental d'entre eux est certes le principe de la non-contradiction. Appliqué à la vie sociale il exige que les hommes agissent d'une manière telle que les décisions de l'un n'entrent pas en contradiction avec les décisions de l'autre. Pour garantir cela, il faut que tous les membres de la société se mettent d'accord sur des règles générales qu'ils doivent suivre dans leurs actions. Ainsi, de la norme suprême découle l'exigence qui a trouvé sa formulation classique dans le contrat social, à savoir que les volontés particulières s'unissent en une volonté législatrice universelle[7].

Cette exigence implique en même temps certaines normes que la législation doit respecter. Celles-ci concernent d'une part les personnes qui sont autorisées à légiférer, et d'autre part le contenu même des lois positives. Pour déterminer ces deux normes transpositives, il suffit de se demander quelles conditions la législation doit remplir pour garantir la non-contradiction, exigée par la raison, entre les volontés particulières. On trouvera alors les deux conditions suivantes:

1. Nul n'est tenu d'approuver une législation à laquelle il n'a pas participé et nul n'est obligé de respecter une loi s'il ne se l'est donnée lui-même, directement ou indirectement. Il s'ensuit que personne ne peut être exclu de la législation si l'on ne veut pas mettre en question l'accord de tous. La première norme transpositive prescrit donc un système démocratique de législation.

2. Personne ne donnera son assentiment à une loi si celle-ci est contraire à ses propres intérêts. La loi positive doit donc respecter et protéger les intérêts de tous. Cependant les intérêts des hommes sont très divers et opposés les uns aux autres. Il s'agit donc de trouver une formule qui permette d'une part de négliger la diversité des intérêts et de l'autre d'harmoniser leur opposition.

[6] G. Seel, Ist der praktische Begründungsregress abschliessbar? in: Der Mensch und die Wissenschaften vom Menschen, hg. von Gerhard Frey und Josef Zelger, Innsbruck 1983, p. 609sqq.

[7] Cf. Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social, livre I, chapitres VI–VII.

Or, il y a un seul intérêt naturel et nécessaire, partagé par tous les hommes. C'est celui de la libre poursuite et de la libre réalisation de leurs propres fins. Mais – comme nous l'avons vu – la libre réalisation des buts personnels de l'un empêche très souvent la libre réalisation des buts personnels de l'autre. La loi positive ne peut donc en aucun cas éviter de restreindre la liberté des individus. Il s'agit alors de déterminer les conditions sous lesquelles un homme doit accepter cette restriction de sa liberté. Evidemment on ne peut exiger cette acceptation qu'à la condition que la restriction de la liberté soit égale pour tous et qu'elle se borne au minimum absolument indispensable. La deuxième norme transpositive oblige donc le législateur à protéger la liberté de tous et à trouver pour sa restriction nécessaire une mesure équitable.

Ainsi nous avons montré la fécondité de la norme suprême qui exige la rationalité de l'ensemble des décisions prises dans une société. Même si cette norme ne concerne pas immédiatement la législation il n'en reste pas moins qu'on peut en déduire des normes secondaires qui, elles, la réglementent concrètement. Nous pouvons alors dire qu'un système juridique est légitime si et seulement s'il n'offense aucune de ces normes.

Pour déterminer la portée du critère de légitimité dans la protection de la liberté, il est capital de constater tout d'abord que la revendication d'une liberté égale pour tous constitue le contenu même des normes transpositives propres à ce critère. Certes, la liberté n'est pas elle-même, comme on le prétend souvent, la norme pratique suprême, mais sa revendication, comme nous l'avons montré, découle logiquement de celle-ci. C'est sur ce point que repose la supériorité incontestable du critère de la légitimité sur celui de légalité en matière de protection de la liberté.

Il importe de remarquer encore dans ce contexte que la légitimité du système juridique doit être définie, comme nous l'avons fait, par la conformité aux deux normes secondaires ensemble. On a pu soutenir, en effet, que le respect d'une seule des deux normes suffit à garantir la liberté. Cependant une analyse des deux cas possibles – liberté matérielle sans liberté formelle et vice versa – nous convaincra du contraire.

Considérons d'abord le cas où le système juridique comporte des lois qui garantissent matériellement l'égale liberté de chacun sans que la procédure de législation elle-même soit démocratique. Peut-on dire que dans un tel système la liberté est garantie à long terme? Les arguments suivants nous forcent à répondre par la négative. Nul n'est vraiment libre sur le plan juridique et politique, s'il n'est pas en même temps le créateur et le garant de cette liberté. De plus, un système de lois est soumis – comme tout dans ce monde – à une transformation continue. S'il est juste et équitable aujourd'hui, rien ne garantit qu'il le sera encore demain. La meilleure sauvegarde de la liberté est donc la libre participation de tous à la mise en vigueur du système juridique.

Cette conclusion, évidemment, nous amène à considérer le second des deux cas mentionnés tout à l'heure, car ne revient-elle pas à dire que la seule conformité à la première norme garantit pleinement la liberté? Rousseau par exemple est résolument de cet avis[8]. Il tient pour impossible que le souverain veuille nuire à ses membres ou les priver de leur liberté. Et comme chacun, selon la conception rousseauiste, fait partie du législateur, les sujets n'ont pas besoin de garant vis-à-vis de celui-ci.

Cependant, même dans une démocratie directe, comme l'envisageait Rousseau, la majorité peut imposer à la minorité une restriction excessive de la liberté ou une génération peut restreindre la liberté de la génération suivante par exemple en consommant les réserves naturelles ou en détruisant l'environnement. Si l'on veut protéger la liberté des minorités et des générations à venir, on ne peut donc pas définir la légitimité d'un système juridique par la seule conformité à la norme de la législation démocratique; il faut explicitement obliger le législateur à protéger à long terme la liberté de tous les membres de la société.

Les analyses précédentes ont montré que le critère de légitimité est le seul à être nécessairement basé sur des normes qui revendiquent la liberté. Nous avons vu, en effet, que la raison exige catégoriquement qu'un système de lois positives soit mis en vigueur, que chacun participe à cette législation et que le contenu des lois vise concrètement la garantie de la liberté de tous. Le fait que ces normes doivent être suivies précède donc toute législation positive et ne dépend aucunement de celle-ci. C'est précisément cette dernière particularité qui fait que, selon notre définition n° 7, une norme est transpositive. Or nous avons constaté au début qu'un système juridique est légitime si la validité de ses lois est fondée, en dernière analyse, sur une norme suprême de validité transpositive. La norme qui exige la protection de la liberté est donc celle-là même qui fonde la légitimité d'un système juridique.

La dignité des normes qui visent la protection de la liberté repose sans aucun doute sur le fait que leur validité ne dépend d'aucun acte législatif. C'est de cette façon qu'elles se distinguent de toute norme purement positive. Cependant cette excellence morale revêt une faiblesse pratique. Car si les normes positives s'appuient de par leur nature sur un pouvoir politique qui les fait respecter, les normes transpositives, elles, ne sont que de purs appels moraux sans force de contrainte.

Pour protéger la liberté de façon efficace, la validité transpositive de ces normes ne suffit donc pas. Il faut qu'elles fassent elles-mêmes l'objet d'une législation positive et acquièrent ainsi une validité positive. En d'autres termes, les normes transpositives doivent, sous forme de droit constitutionnel,

[8] Cf. ibidem ch. VII.

remplir la fonction de normes positives suprêmes de telle sorte que les normes qui fondent la légalité du système juridique garantissent en même temps sa légitimité.

Résumons nous.

1. Pour garantir et maintenir un maximum de liberté dans une société donnée, il ne suffit pas que les normes en vigueur dans cette société soient conformes au critère de légalité, il faut en outre qu'elles soient légitimes.

2. La légitimité se fonde sur une norme suprême dont la validité ne dépend pas d'une législation. Cette norme oblige les hommes à se décider et à agir rationnellement. En ce qui concerne la législation, on peut déduire de la norme suprême que le but et la finalité de tout acte de législation doit être la protection de la liberté.

3. Pour atteindre ce but, il est nécessaire que les droits garants de la liberté fassent eux-mêmes l'objet d'une législation positive, donc qu'ils figurent dans la constitution en tant que droits fondamentaux ou droits de l'homme. De cette façon la légalité et la légitimité du système de droit ne se trouvent point opposées l'une à l'autre.