

Leçon 36

Ce qui est légal est-il toujours juste ?

B. Bernardi

La présente correction comprendra deux parties. La première proposera une analyse du sujet qui en dégage les enjeux et montre les directions que la réflexion pouvait prendre. La seconde, sous forme d'un lexique, examine un certain nombre de concepts et de distinctions conceptuelles qui permettent de structurer la réflexion. Enfin, on proposera comme particulièrement éclairant un extrait du *Contrat social* de J-J Rousseau.

I. Analyse du sujet

1. La légalité, c'est la conformité à la loi ; est légal ce qui est conforme à la loi. En posant cette question : *ce qui est légal est-il toujours juste ?*, on fait quelque chose qui est à la fois tout naturel et profondément choquant.

Choquant pour commencer : le rôle de la loi n'est-il pas, par définition, de faire régner la justice ? Penser une loi injuste, n'est-ce pas penser quelque chose de tout à fait contradictoire ? L'institution judiciaire a pour fonction de faire respecter les lois, donc de discriminer le légal de l'illégal. Supposer que ce qui est légal puisse être injuste, n'est-ce pas supposer que la justice comme institution puisse être indifférente à la valeur de justice ?

Pourtant, on est facilement conduit à discerner ces contradictions dans la réalité.

La malhonnêteté, nous le savons bien, peut se donner l'apparence du respect de la loi. Bien souvent, ce que l'on appelle escroquerie consiste à respecter formellement la loi pour commettre impunément des injustices. Il existe donc bien des injustices légales, en ce sens que la loi peut être « tournée » ou même utilisée contre elle-même. On sera alors conduit à distinguer la lettre de la loi et son esprit, et on se demandera si la légalité ne doit pas être redéfinie comme conformité à l'esprit de la loi, qui serait la justice.

Mais une difficulté plus grande apparaît alors. La loi elle-même est-elle toujours juste ? Des exemples souvent cités peuvent ici être rappelés. Bien des exécutants, voire des acteurs majeurs du nazisme (ce fut le cas d'Eichmann lors du procès de Jérusalem) ont affirmé n'avoir fait qu'appliquer les lois que le peuple allemand s'était données. Le système de l'apartheid en Afrique du sud était bien un système légalement institué. On sera alors conduit à distinguer la légalité, qui serait la conformité aux lois, de la justice qui serait la conformité de ses lois à des valeurs supérieures au nom desquelles on les jugerait.

S'interroger sur les rapports entre légalité et justice, c'est donc être amené à opérer une double remontée vers les principes : d'abord de la lettre de la loi à son esprit, ensuite de la loi même à la valeur au nom de laquelle on doit l'évaluer. On remarquera que l'on passe de la sorte de questions juridiques à des questions essentiellement éthiques, de l'administration de la justice à la valeur de justice.

2. Aussi défendable que soit l'analyse que nous venons d'esquisser, permet-elle de penser de façon satisfaisante les rapports entre justice et légalité ? Rien n'est moins sûr. Il peut sembler au contraire que nous avons plus soulevé de difficultés que nous n'en avons résolu.

- Affirmer que les lois ne sont pas justes parce qu'elles sont les lois, mais doivent être jugées elles-mêmes au nom de principes de justice, c'est vouloir arracher la justice aux contingences historiques ou politiques qui président à l'édiction de la loi. Tel était bien le sens des exemples que nous avons évoqués. Mais la difficulté disparaît-elle pour être déplacée sur le terrain éthique ? Cette valeur de justice, ces principes au nom desquels nous entendons juger les lois, ne sont-ils pas eux-mêmes contingents ? La pluralité des civilisations, leurs histoires respectives ne montrent-elles pas combien changeantes sont les normes de justice ? Et n'est-ce pas précisément pour apporter un peu de stabilité que les lois sont instituées, qu'un système judiciaire est établi ?
- Un autre aspect apparaît alors : remonter du juridique à l'éthique, c'est aussi se déplacer du collectif à l'individuel. Récuser celui qui se réfugie derrière le respect dû aux lois pour couvrir ses actes injustes, c'est le renvoyer à sa responsabilité morale. N'est-ce pas aussi le délier de toute obligation sociale ? À quoi bon les lois, si chacun se fait juge de celles qu'il accepte et de celles qu'il récuse ? L'institution de la justice n'a-t-elle pas eu précisément pour fonction de poser des règles communes qui soient impératives pour tous ? Si chacun est juge du juste et de l'injuste, quelle obligation pourra-t-elle être communément reconnue ? N'est-ce pas l'idée même de loi qui se trouve alors dissoute ?
- Mais ce n'est pas seulement la dimension sociale de la question de la justice qui est ainsi mise en cause, mais aussi la garantie pour l'individu que représente l'institution de la justice. Il est facile en effet de ne voir que le caractère formel de la technique juridique, de la procédure. Mais n'est-ce pas passer à côté de cette chose essentielle : c'est la procédure qui garantit contre l'arbitraire et assure l'équité ? L'institution juridique est une condition essentielle de la liberté. C'est ce que l'on appelle *état de droit*. La légalité alors revêt un caractère proprement substantiel : il y va, jusque dans les détails les plus techniques de la procédure, de la justice elle-même.

3. En se demandant si tout ce qui est légal est juste, on est donc conduit à mettre à jour toute la complexité de la notion de justice.

La justice est une valeur. C'est dire qu'elle considère les actions humaines d'un point de vue normatif : elle ne doit pas consister à simplement régulariser (codifier) ce qui est, mais déterminer ce qui doit être. Il n'y a pas de justice sans dimension déontique (c'est-à-dire sans définition d'un devoir-être). En ce sens la question de la justice est de nature fondamentalement éthique. La justice, dit un texte des plus anciens du Droit Romain, c'est « rendre à chacun son droit ». La question fondamentale de la justice est alors de savoir quels sont ces droits que l'on doit reconnaître à chacun. C'est à cette question que répondent à leur manière ce que l'on appelle à l'époque moderne les « Droits de l'homme ». Au premier rang de ceux-ci, l'autonomie de la personne, c'est-à-dire le droit de conduire son existence selon ses propres valeurs. Les droits de l'homme font alors exactement fonction de *normes de justice*, c'est-à-dire de critères au nom desquels les règles de justice (les lois) doivent être édictées et évaluées.

Mais la justice édicte des normes qui doivent valoir comme normes communes, valables pour une communauté donnée. Ces normes communes ne peuvent donc procéder du jugement individuel de chacun statuant pour lui-même, mais bien d'une décision collective. C'est très exactement la fonction de la législation. Entre l'éthique et le droit, la justice comme valeur et la justice comme institution, la médiation du politique est donc essentielle. « La justice est une institution d'une communauté politique », dit Aristote (*Les politiques*, Livre I, chap. 2). La législation est l'acte politique par excellence. Ici une tension apparaît nécessairement entre la nécessité de normes communes, sans laquelle la communauté politique serait vide de sens et l'institution de la justice sans objet, et le principe de l'autonomie de la

personne qui exige que le droit soit reconnu et assuré à chacun de vivre selon ses propres normes morales. Cette question est au centre de toute réflexion sur la démocratie.

La notion de légalité pourrait bien à cet égard avoir un rôle décisif à jouer. Il ne faudrait plus, dans ce contexte, seulement l'appréhender comme concernant la mise en œuvre des lois, mais aussi la formation de la loi. La légalité ce serait alors le caractère d'une loi en tant qu'elle satisfait cette triple exigence de procéder d'une décision commune, de constituer une norme commune, et de permettre à chacun de se voir reconnue son autonomie comme personne.

II. Quelques notions et distinctions essentielles

Droit naturel et droit positif

Dans le terme droit positif, l'adjectif positif évoque le caractère *posé*, c'est-à-dire institué du droit. Il y a là une triple dimension.

1. Dire que le droit est institué, c'est dire qu'il procède d'une décision et donc d'un pouvoir de décider : une loi procède toujours d'une autorité qui est de nature politique, celle du législateur. La définition de la démocratie, c'est que le pouvoir de légiférer appartient au peuple tout entier et donc pour une part à chacun en tant que citoyen.
2. Le droit positif se dit comme loi : une loi, c'est une règle établie, connue par tous, et dans le respect de laquelle toute décision de justice doit être prise. Le caractère positif de la loi assure donc chacun de l'égalité devant la loi et le protège de l'arbitraire.
3. La loi étant connue, publique, inscrite dans un code (ce en quoi le droit positif se développe logiquement comme droit écrit), elle prévoit également les conditions de son application (la procédure), permettant ainsi à chacun de faire valoir ses droits dans un *procès* équitable.

L'expression également très ancienne de *droit naturel* (présente chez Aristote, elle est importante chez les Stoïciens) a pour fonction de faire signe vers cette idée que les hommes, avant d'être obligés par les règles instituées du droit positif, le sont par des principes découlant de la nature et de leur nature. Ces principes, antérieurs et supérieurs à ceux du droit positif seraient communs non seulement à tous les hommes mais à tous les êtres vivants. On peut dire qu'à l'époque moderne les droits de l'homme jouent le rôle de droit naturel.

Équité

L'équité (la racine est la même que celle de la notion d'égalité) c'est le fait de reconnaître également à chacun son dû. C'est la qualité majeure du juge qui traite équitablement ceux qui comparaissent devant lui. Appliquée à la loi elle-même, l'équité signifie que la loi traite également tous ceux à qui elle s'applique. Dans le droit moderne l'équité a pris une toute nouvelle importance par son couplage avec l'affirmation du principe d'égalité des hommes entre eux. En droit romain mais plus largement jusqu'à la Révolution, les différences de statut (hommes libres ou esclaves...) ou d'états (seigneurs, clercs, bourgeois...) faisaient que les mêmes lois ne s'appliquaient pas à tous. Dès lors que tous les hommes sont réputés « libres et égaux en droit » (les femmes plus tard), l'équité devient un caractère essentiel de la loi. Elle signifie que le même droit s'applique à tous et s'applique de façon égale à chacun. De nouvelles questions surgissent alors : l'équité comme égalité de droit est-elle compatible avec les inégalités de fait (de puissance, de fortune...) ? C'est une question par laquelle Marx a interrogé la notion de « droits de l'homme ». La

reconnaissance du droit égal de chacun à faire valoir ses propres valeurs implique-t-il que la loi considère ces valeurs comme ayant une valeur égale ? Cette question là est actuellement très présente.

État de droit

D'un usage assez récent, la notion d'état de droit a des racines très anciennes. Elle est décisive pour comprendre l'articulation de la politique et du droit. Aristote dans *Les Politiques* distingue les formes d'organisation politique (il les appelle *politéia*, on traduit par *constitution*) selon trois critères. Qui exerce le pouvoir ? Tous, quelques-uns, un seul : démocratie, oligarchie, monarchie ? En faveur de qui : gouvernants ou gouvernés ? Enfin, « sans les lois » ou « sous des lois » ? Le pire des gouvernements est celui dans lequel un seul gouverne dans son seul intérêt par l'arbitraire de ses décisions ; c'est la tyrannie (qui ne mérite pas même le nom de constitution). Le gouvernement « par excellence » est celui dans lequel tous gouvernent sous des lois dans l'intérêt du peuple entier. Le troisième critère peut être considéré comme le principe de l'état de droit. L'état de droit est celui dans lequel la loi seule impose une obligation : la prescription, la coercition et la sanction y sont strictement encadrées par les lois. La légalité apparaît alors dans sa dimension proprement politique comme inséparable du concept même de la démocratie. C'est l'expérience du totalitarisme, et le fait que celui-ci ait pu prétendre se donner pour d'essence démocratique, qui a donné une place décisive à la notion d'état de droit.

Légal et légitime

On distingue le légal du légitime de façon différente suivant la signification accordée à la notion de légitimité. Soit on entend par légitime ce qui est fondé en droit, c'est-à-dire sur la justice comme valeur : alors la légitimité sera la conformité aux principes du droit (droit naturel, droits de l'homme...) et la légalité sera la conformité aux règles du droit positif. Soit on définit la légitimité comme la conformité à l'esprit de la loi, alors la légalité sera la simple conformité formelle à sa lettre. Soit encore on entend par légitimité le caractère de la loi qui procède d'une décision démocratique et on parlera de légalité pour tout droit positif et de légitimité pour le seul droit démocratiquement institué. On pourrait dire que la justice est la réunion de la légalité et de la légitimité prises à la fois dans ces trois acceptions.

Dans tous les cas, cette distinction a pour fonction de rappeler que toute loi, par son caractère normatif, renvoie aux valeurs qui la fondent.

La loi et le décret

C'est Rousseau qui a cherché à distinguer de la façon la plus stricte la loi et le décret. L'une et l'autre résultent de décisions prises par un pouvoir qui se présente comme légitime (c'est ce qu'on appelle une autorité). Mais pour Rousseau ces deux autorités sont bien différentes par leur nature et leurs objets sont bien distincts. La loi est et ne peut être que la décision de l'autorité souveraine, c'est-à-dire le peuple, qui légifère. Elle est une décision de ce que Rousseau appelle la volonté générale. Elle concerne également tous ceux à qui elle s'applique (les sujets qui sont aussi les citoyens en tant qu'ils font partie de l'autorité souveraine). Elle ne saurait être une décision concernant un sujet en particulier. Dans son objet aussi elle doit être générale : elle édicte des prescriptions globales qu'il s'agit ensuite d'appliquer. Cette application de la loi est une tâche d'administration. Elle relève du gouvernement, que Rousseau appelle autorité politique. Celui-ci prend des décrets, c'est-à-dire des mesures particulières d'application de la prescription à tel cas, tel objet, telle personne.

Prescription, coercition, sanction

La loi a une triple dimension. Elle est d'abord prescriptive, c'est-à-dire qu'elle prescrit ce qui doit être. Elle constitue une norme pour l'action et le jugement. C'est une dimension que la loi juridique partage avec la loi morale. Mais précisément parce qu'elle est instituée, la loi juridique ne se borne pas à déterminer une obligation, elle assure aussi les conditions de son respect effectif. Elle est coercitive en ce sens qu'elle implique que des mesures soient prises pour la faire appliquer : c'est la fonction de l'administration et de la police. Enfin, la loi ne reste pas indifférente aux violations qui peuvent se produire : elle les sanctionne. C'est la dimension proprement judiciaire de l'administration de la justice (procès, condamnation, application des sanctions). Elle débouche ainsi sur l'administration pénitentiaire qui ne se borne pas, (même si à l'époque moderne c'en est une forme essentielle) à des peines de privation de liberté (prison).

Texte à l'appui

Le texte que l'on propose ici ne traite pas directement le sujet proposé. Il aborde en revanche nombre des notions dont on a vu qu'elles étaient essentielles pour le traiter. En particulier, il permet d'aborder la question essentielle des rapports entre politique, éthique et droit. Il pourra ainsi être utile pour traiter plus d'un sujet susceptible d'être proposé au baccalauréat. Il peut aussi servir utilement de préparation pour aborder l'ouvrage de Rousseau dans son ensemble. Il n'en sera pas donné d'explication, mais quelques notes faciliteront sa compréhension.

Jean-Jacques Rousseau

Du contrat social, Livre II, chapitre VI. De la loi. (extrait).

[...] Mais qu'est-ce donc enfin qu'une loi ? Tant qu'on se contentera de n'attacher à ce mot que des idées métaphysiques, on continuera de raisonner sans s'entendre, et quand on aura dit ce que c'est qu'une loi de la nature on n'en saura pas mieux ce que c'est qu'une loi de l'État¹.

J'ai déjà dit qu'il n'y avait point de volonté générale sur un objet particulier. En effet cet objet particulier est dans l'État ou hors de l'État. S'il est hors de l'État, une volonté qui lui est étrangère n'est point générale par rapport à lui² ; et si cet objet est dans l'État, il en fait partie. Alors il se forme entre le tout et sa partie une relation qui en fait deux êtres séparés, dont la partie est l'un, et le tout moins cette même partie est l'autre. Mais le tout moins une partie n'est point le tout, et tant que ce rapport subsiste il n'y a plus de tout mais deux parties inégales ; d'où il suit que la volonté de l'une n'est point non plus générale par rapport à l'autre³.

Mais quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi.

1. C'est à Montesquieu (*Esprit des Loix*, Livre I) que Rousseau s'oppose ici : le modèle des lois de la nature exprimant les « rapports nécessaires découlant de la nature des choses », lui paraît totalement impropre à penser les lois politiques qui sont de nature prescriptive et ne disent pas ce qui est mais ce qui doit être.
2. Il s'agit des étrangers. Pour Rousseau, la volonté générale est toujours celle d'un peuple donné, elle n'est valable que pour ses membres qui, parce qu'ils sont membres du souverain et donc auteurs des lois, y sont soumis comme sujets. Ceux qui ne sont pas membres d'un État ne sont en aucune façon liés par une telle obligation.
3. Dans ce second cas, les lois ne concerneraient qu'une partie du peuple. Or, si un peuple faisait des lois valables pour une partie seulement de ses membres, c'est comme s'il en faisait des étrangers. On ne peut décider que pour soi-même, c'est vrai pour un peuple comme pour un individu.

Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière⁴. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne ; la loi peut faire plusieurs Classes de Citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis ; elle peut établir un Gouvernement royal et une succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi, ni nommer une famille royale ; en un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative.

Sur cette idée on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois⁵, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale ; ni si le Prince⁶ est au-dessus des lois, puisqu'il est membre de l'État ; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même ; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés.

On voit encore que la loi réunissant l'universalité de la volonté et celle de l'objet, ce qu'un homme, quel qu'il puisse être, ordonne de son chef n'est point une loi ; ce qu'ordonne même le Souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi mais un décret⁷, ni un acte de souveraineté mais de magistrature.

J'appelle donc République tout État régi par des lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être : car alors seulement l'intérêt public gouverne, et la chose publique est quelque chose. Tout Gouvernement légitime est républicain : j'expliquerai ci-après ce que c'est que Gouvernement.*

** Je n'entends pas seulement par ce mot une ARISTOCRATIE ou une DÉMOCRATIE, mais en général tout gouvernement guidé par la volonté générale, qui est la loi. Pour être légitime, il ne faut pas que le Gouvernement se confonde avec le Souverain, mais qu'il en soit le ministre : alors la monarchie elle-même est république. Ceci s'éclaircira dans le livre suivant⁸. (Note de Rousseau).*

4. *En corps* : pris comme une unité. Les actions sont considérées comme *abstraites* lorsqu'on les envisage du point de vue de la règle, pas d'un cas particulier. Par exemple la loi sur la succession édicte une règle générale pour tous les héritages.

5. C'est au peuple souverain bien entendu.

6. Dans le vocabulaire de Rousseau « le prince » ou « magistrat » (voir plus loin *l'acte de magistrature*, qui est un décret) est celui ou ceux (ce peut-être un conseil) qui ont en charge le gouvernement, c'est-à-dire l'application des lois.

7. Il peut se faire que le souverain (le peuple) prenne un décret, lorsque le peuple est à la fois souverain et gouvernant (c'est la définition de la démocratie, au sens strict, pour Rousseau).

8. Pour Rousseau, il n'y a qu'une forme légitime de société politique, celle dans laquelle le peuple est souverain et fait les lois. C'est la république. Le gouvernement par contre (qui les applique) peut prendre une multitude de formes. Pour s'en tenir à ce vocabulaire nous ne sommes pas dans une démocratie mais dans une constitution mixte mi-monarchique (un président) mi-aristocratique (un gouvernement issu de l'élection, et encore de façon indirecte !).