



THE 6TH EDITION OF THE INTERNATIONAL CONFERENCE
**EUROPEAN INTEGRATION
 REALITIES AND PERSPECTIVES**

The Right, the Liberty and Democracy

Ioan Alexandru

National School of Political Studies and Public Administration, ialexandru05@yahoo.com

Abstract: I have asked myself many times, next to other colleague professors from the law or administrative sciences faculties if it is sufficient for students, in the profession they have chosen, to know only the matters of practical immediate use as some officials vested with the destiny of the high education allege. The answer I am trying to argue in this intervention is NO. It is not enough. For example the legal bone structure of the conception regarding the modern democracy finds its fundament in the social contract which is the meta-juridical principle, philosophically, so to speak. Apart from this permanent appeal to philosophy in general, I personally had a permanent concern studying the administrative phenomenon to underline the intrinsic link between juridical and political. I am trying also through this summary intervention to provoke the preferment of a critical spirit, much absent from our academic environment, which could question the too neat roads of the science of the current law and the creation of an intellectual emulation so necessary for the ones who research the legal phenomenon as well as the administrative one. Without philosophy, any research of law or of the administrative phenomenon is lacked of grounds. Or, without fundaments any intellectual attempt is destined to superficiality and, finally, to failure.

Keywords: democracy; liberty; administrative phenomenon

Je me suis demandé plus d'une fois, avec mes Collègues des facultés de Droit ou de Sciences administratives, s'il est suffisant, pour les étudiants, dans le cadre de leur profession, de connaître seulement les disciplines d'utilité pratique immédiate, selon l'opinion de certains officiels investis des destinées de l'enseignement supérieur roumain. C'est une question justifiée, parce qu'elle tire son origine du besoin intellectuel de regarder au-delà de l'horizon strictement professionnel, pratique et immédiat. En d'autres mots, l'intellectuel, qui se fait une profession de l'application du droit, soit dans les structures des autorités judiciaires soit dans celles de l'administration publique, ressent le besoin aigu de porter son attention sur les fondements. Or, parler des fondements signifie interroger les bien-fondés profonds du domaine étudié et puis l'appliquer dans la vie de tous les jours. Autrement, comment fonder un discours sur un domaine dont on ignore les ressorts profonds d'où il tire son essence ? J'entends par là que tout cours magistral devrait s'originer dans les principes fondateurs du Droit en général, et non seulement une branche ou autre.

Par l'affirmation de ces choses-là, nous voilà dans le domaine de la philosophie, car qu'est-ce que la philosophie sinon une science des principes ? A partir de la nécessité de la philosophie, l'on peut dire que toute démarche juridique se fonde, en, y allant aux fondements, métajuridiques. Ce qui fait que, par exemple, l'ossature juridique de la conception concernant la démocratie moderne trouve son bien-fondé dans le contrat social qui est un principe métajuridique. Autrement dit, philosophique.

En plus de cet appel permanent à la philosophie en général, j'ai toujours pris soin, pour ma part, en étudiant le phénomène administratif, de souligner le rapport intrinsèque entre le juridique et le

politique. Les deux domaines appartiennent au domaine universel de la morale selon la conception d'Aristote et de Kant, qui ont englobé le politique et le juridique dans la vaste sphère de la morale. On sait qu'Aristote considère ces domaines comme des parts de la morale, aussi ont-ils été inclus dans un traité de morale tel que l'*Ethique à Nicomaque*. Kant, à son tour, traite du droit comme d'une part de la *Métaphysique des mœurs*.

La relation entre philosophie, politique, droit et morale doit toujours être mise en évidence comme une relation chargée de significations surtout pour le présent vécu, où un positivisme exacerbé a tenté désespérément de les séparer.

J'essaie par cette sommaire intervention de provoquer la promotion d'un esprit critique, absent pour une large part de notre milieu académique, qui remette en question les chemins trop battus de la science du droit actuel et la création d'une émulation intellectuelle particulièrement nécessaire pour ceux qui s'occupent de la recherche tant du phénomène juridique que de celui administratif. En l'absence de la philosophie, toute recherche du droit ou du phénomène administratif manque de fondement. Or, sans bien-fondé, toute tentative intellectuelle est vouée à la superficialité et, finalement, à l'échec.

Par malheur, comme nous l'avons soutenu tant de fois, l'enseignement juridique et administratif, mises à part certaines exceptions mentionnées dans mes ouvrages, n'accorde pas une attention suffisante à la philosophie du droit, de même que les philosophes ne se penchent pas suffisamment sur ce domaine. (Alexandru, 2010) Les deux camps font preuve d'une inexplicable réticence, car on oublie que, par le passé, il n'y a eu aucun philosophe ou juriste qui ne médite profondément sur le thème étudié, en imprimant à chaque fois l'orientation humaniste qui a dominé des siècles durant la science du droit.

La question soulevée concernait la personne qui du philosophe ou du spécialiste en droit, devrait s'occuper d'une philosophie régionale comme la philosophie du droit? Mais le fait même de poser cette question, équivaut à décliner sa responsabilité. Dans ce cas, ni l'un ni l'autre ne s'engage dans une telle démarche. La question souffre elle-même, apparemment, d'une certaine ambiguïté, parce que peu importe qui fait de la philosophie, si on le fait comme il faut. L'exemple le plus éloquent dans ce sens, sont les livres que j'ai cités appartenant à des juristes ayant une remarquable ouverture à la philosophie. L'on peut se demander si l'on peut parler d'un juriste au sens authentique du mot en l'absence de cette ouverture aux principes qui fondent le droit, sans méditer, plus ou moins, sur son bien-fondé métajuridique.

Réaliser cela, signifie philosopher sur le concept de bien-fondé. La simple question concernant ce bien-fondé équivaut à passer outre le donné immédiat et considérer le fondement. Nous espérons pouvoir réaliser la même chose en nous arrêtant, autant que possible, sur la conception de Hans Kelsen concernant la démocratie et le droit, mais aussi la liberté et la politique.

La démocratie et l'histoire pure du droit

Si Hans Kelsen est considéré comme l'un des plus célèbres philosophes du droit du XX^e siècle, sa contribution en ce qui concerne la théorie politique reste, dans l'opinion de certains auteurs, assez peu appréciée soit par les juristes, philosophes ou politologues, bien qu'elle soit, en même temps, extrêmement originale et contraire à des préjugés, très intimement liée à sa conception du droit. (Raynaud, 2004) Afin de comprendre l'importance de l'œuvre fondamentale de Hans Kelsen, il faut commencer par se débarrasser des préjugés, qui, même aujourd'hui, atteignent « au positivisme juridique » en général et le positivisme kelsien en particulier.

Le premier préjugé provient du courant traditionnel opposé au « positivisme juridique », à savoir le « droit naturel » - qui prétend voir une contradiction entre l'orientation implicitement normative, qui serait celle de l'ouverture sur « la démocratie » et « la neutralité » proclamée par « la théorie pure du droit ». (Kelsen, 1962) Il est dit, d'une part, que le refus du droit naturel entraînerait quelque chose comme un « nihilisme » interdisant toute critique juridique des lois ou des normes juridiques évidemment injustes et, d'autre part, que la théorie kelsienne de la démocratie manifesterait l'adhésion « naïve » de son auteur à des valeurs auxquelles il serait prohibé d'avoir recours, selon sa théorie du droit.

Le second préjugé s'origine dans le marxisme et on le retrouve de nos jours chez certains sociologues dont le plus célèbre est, sans doute, Pierre Bourdieu, qui interprète « la théorie pure du droit » comme une entreprise « idéaliste » fondée sur l'oubli et l'ignorance des conditions de production du droit. Il soutient aussi que la théorie concernant la démocratie, présentée dans « la Démocratie » de Hans Kelsen est, sans doute, le couple naturel de la théorie du droit, car elle a l'air de défendre le caractère démocratique des institutions politiques ou des normes juridiques comme le parlementarisme, la liberté de la presse ou le suffrage universel dont « la sociologie critique » dévoile le caractère fondamentalement illusoire et qui, en outre, affirme ouvertement son option pour la démocratie « formelle ». (Raynaud, 2004, pp. 108 – 115) Néanmoins, une lecture attentive de Kelsen démontre, sans nous demander un trop grand effort, la vanité de ces critiques ; d'abord, comme l'a montré si bien Michel Troper, (Troper, 1988) la thèse centrale, fondamentale du livre « La Démocratie », l'opinion de Kelsen concernant le régime démocratique, est finalement dévoilé, à savoir le scepticisme ; thèse qui consonne évidemment avec le refus « positiviste » de « fonder » le droit et le choix d'une théorie purement descriptive. En outre, la doctrine de Kelsen suppose elle-même une critique assez profonde de certains postulats du libéralisme, ce qui est dû, selon nous, aux convictions démocratiques et socialisante de l'auteur, dont la théorie est en fait trop réaliste, bien que, souvent, cela n'ait pas toujours été bien saisi.

A mon avis, il conviendrait de partir de la confrontation entre la théorie politique de Kelsen et sa théorie du droit, avant d'examiner les conséquences, de sa conception de la démocratie.

En analysant le concept historique, il est à observer que « La Démocratie » est un livre engagé de toute évidence, écrit au début de la période de crise ouverte par la Première Guerre Mondiale qui a conduit, d'une part, à la révolution russe, d'autre part, au fascisme italien. Lorsque, dans la période qui précède la Première Guerre Mondiale, la bourgeoisie et le prolétariat paraissaient se concilier sur la forme démocratique de l'Etat, la démocratie a été abandonnée par les deux parties. D'une part, la guerre a déclenché une révolution sociale qui a conduit « le mouvement des masses » socialistes, jusqu'à ce moment-là sociales-démocrates », à la division, le segment le plus radical et actif du mouvement renonçant, en fait, à la moitié démocratique de son héritage et, d'autre part, la bourgeoisie elle-même a adopté, comme réaction, une attitude antidémocratique qui « trouve son expression en même temps théorique et pratique dans le fascisme italien ». Le livre de Kelsen peut ainsi être lu comme le plaidoyer d'un social-démocrate en faveur d'un retour aux mœurs civilisées d'avant la guerre, comme une critique des prétentions des bolchéviques et des fascistes de dépasser la démocratie et donc comme une réponse à ses critiques de plus en plus radicales, mais ce livre engagé, sur « la nature » et « la valeur » de la démocratie, est également, à sa manière, une œuvre « scientifique » sur les rapports entre les concepts de la démocratie et, de la liberté qu'elle décrit d'une manière qui est, comme le dit Michel Troper, « susceptible d'être vraie ou fausse », ce qui montre bien l'accord profond entre les thèses politiques de Kelsen et sa théorie ou métathéorie du droit. (Troper, 1988, p. 13) Inversement, on peut montrer que « La théorie pure du droit » n'est pas dépourvue d'intentions polémiques qui, sans

affecter nécessairement la neutralité scientifique, ne sont pas elles-mêmes absolument indépendantes des options politiques de l'auteur, comme on peut le voir dans la manière dont il repense les questions classiques, comme celle du dualisme du droit public et du droit privé ou même dans la célèbre et parfois mal comprise identification entre « droit » et « Etat », laquelle confère originalité à Kelsen parmi les positivistes. Que signifie, au fond, que l'Etat est identique au droit, sinon dire que le droit est produit par l'Etat ?

Cette thèse doit être considérée d'abord comme une critique des théories allemandes d'autolimitation ou d'auto-obligation de l'Etat qui, tout en faisant du droit un produit de l'activité originaire de l'Etat, revêtaient une certaine fonction apologétique, qui est présente jusque dans les grandes théories de l'Etat de droit. Dans la doctrine de l'autolimitation, l'Etat ne se soumet au droit que par un effet de sa volonté souveraine, et le droit apparaît ainsi comme une faveur que l'Etat, finalement les gouvernants, octroie aux sujets, ce qui est un moyen de réaffirmation de la sacralité de l'Etat.

Dans une autre perspective, au contraire, l'identification entre droit et Etat produit une désacralisation du pouvoir étatique, qui n'est rien d'autre que l'appareil de contrainte nécessaire à l'effectivité du droit, et qui ne peut, un tant que tel, revendiquer une valeur morale. « Cette dissolution du dualisme Etat-droit, fondée sur une analyse de critique méthodologique, signifie en même temps, l'anéantissement radicale et absolue d'une des plus efficaces idéologies de légitimité. Ceci explique, en même temps, la résistance passionnée que la doctrine traditionnelle du droit et de l'Etat oppose à la thèse de l'identité de l'Etat et du droit, que nous a valu la théorie pure du droit ». (Kelsen, 1962, p. 419)

Il en résulte que La Théorie pure du droit représente une théorie du droit opposée à la sacralité du pouvoir de l'Etat, mais qui reste fidèle au programme positiviste, qu'elle a interprétée comme un programme « anti-idéologique ». (Kelsen, 1962, p. 417)

Liberté et démocratie

L'ouvrage « La Démocratie » ouvre sur une analyse de la liberté – elle-même rattachée à l'égalité – en tant que racines de la démocratie et finit sur le scepticisme de ces valeurs considérées comme fondamentales et absolues de cette philosophie de la démocratie et, par voie de conséquence de l'option, qui est, quand même, sans aucun doute, celle du régime démocratique. L'on peut donc observer que, si, d'une part, la conclusion de Kelsen nous ramène au scepticisme inhérent du positivisme juridique, d'autre part, ses prémisses s'expriment dans un langage qui apparaît comme naturaliste. Kelsen constate que les deux « postulats de notre jugement pratique » qui se trouvent « à la racine de l'idée démocratique » expriment deux « instincts fondamentaux » de l'existence sociale. Le premier de ces instincts est la réaction contre la contrainte sociale, qui exprime clairement une protestation de la nature : « la nature est celle qui, dans la revendication de la liberté, se révolte contre la société » (Raynaud, 2004, p. 2) ; le second n'est pas moins naturel : il découle du « sentiment inné que l'individu comporte de par sa propre valeur », qui le conduit à refuser la domination de ses pareils. La synthèse de ces deux idées ne se fait pas dans l'anarchie, mais dans la démocratie, qui est, dans le fond, ce qu'une vieille tradition appelle « république » et à laquelle Kelsen confère successivement deux justifications, distincts mais complémentaires, que nous pouvons rattacher, la première à Cicéron, la seconde à Jean-Jacques Rousseau. Kelsen reprend à Cicéron ce que les théories complémentaires du « républicanisme » appellent « la liberté en tant que non-domination ». (Petit, 2004) La liberté n'est possible que si nous ne sommes dominés par le pouvoir autrui, ce qui suppose en même temps, l'égalité et l'existence d'un pouvoir à même de les garantir. Mais Kelsen entend aussi que si l'on admet la priorité naturelle de la liberté, cette absence de domination ne peut être qu'une

transposition des corps politiques ou de la société d'aspiration instinctive, de ne prêter foi qu'à soi-même. Il dit : « S'il faut qu'une société existe, et surtout un Etat, il faut qu'il y ait une réglementation obligatoire des rapports entre les humains, un pouvoir. Mais s'il s'agit d'être commandés, raison de plus de ne vouloir être que nous-mêmes. La liberté naturelle se transforme sociale et politique. Politiquement, n'est libre que celui qui est sujet, sans l'ombre d'un doute, juste à sa propre volonté et non pas à une volonté étrangère ». (Kelsen, 1962, p. 2) Ainsi donc, Kelsen reconferme l'essentiel de la conception de Rousseau du contrat social. Pour lui aussi, le problème résidait à « trouver une forme d'association qui défende et protège, par toute la force commune, la personne et les biens de chaque associé et par quoi, chacun, se réunissant aux autres, n'obéit qu'à lui-même et reste tout aussi libre qu'avant ». (Rousseau, 1762, p. 4) Kelsen décrit la formation de la liberté sociale comme un processus quasi-dialectique, où la liberté « naturelle » est rattachée à « la légalité sociale », mais où cette dernière engendre une nouvelle forme de liberté sociale ou politique¹. Il est tout aussi important d'observer est que l'analyse de la liberté finit apparemment par une inversion complète de son sens, lorsqu'on passe du sujet ou de l'individu isolé au citoyen, « le mot d'ordre n'est plus l'individu libre, mais « l'Etat libre », ce qui paraît justifier l'affirmation de « la plus éminente analyse de la démocratie », selon laquelle « le citoyen n'est libre que par la volonté générale et que, par la suite, sous l'effet de la contrainte, celui-là est forcé à être libre ». (Kelsen, 1962, p. 12)

Scepticisme et démocratie

Si Kelsen défend la démocratie par des arguments assez proches de ceux invoqués par Rousseau en faveur de souveraineté populaire, ce dernier reste totalement étranger à l'idée que, le peuple serait plus capable que d'autres autorités d'atteindre à la vérité ou « quel est l'ordre étatique vraiment juste » (Kelsen, 1962, p. 109) et considère a contrario que le vrai « fondement » de la démocratie consiste en un « scepticisme » qui ne porte pas seulement sur les exigences méthodologiques de la science, à la forme mai au contenu. En démontrant que la démocratie est essentiellement une *forme*, Kelsen doit en effet admettre qu'arrêter son choix sur la démocratie contre l'autocratie, n'offre en soi aucune solution au problème du *contenu* d'ordre étatique, et il va jusqu'à dire qu'il est plus vraisemblable de reconnaître aux individus éminents la capacité de connaître la vérité ou le droit, que d'attribuer « à l'immense nombre de ceux qui composent la masse anonyme, à Monsieur Tout le Monde ». (Kelsen, 1962, p. 109) Loin de la qualifier comme une objection décisive contre la démocratie et sans la considérer une utopie, au contraire, en répétant l'argument, Kelsen fait du relativisme et du scepticisme le véritable fondement de la culture démocratique.

Si le début de « La Démocratie » évoque irrésistiblement la doctrine de Rousseau, le dernier chapitre peut renvoyer à celle d'un autre philosophe qui a défendu aussi l'idée d'une égalité fondamentale des gens, décelant dans la prétention de détenir la vérité, le masque d'une revendication d'autorité politique des gens – mais qui ne passe pas pour théoricien de la démocratie puisque, au contraire, il est le plus important philosophe de l'absolutisme classique.

Le scepticisme n'est pourtant pas le dernier mot du livre de Kelsen, lequel se clôt par la reconnaissance du caractère tragique de la démocratie. « La Démocratie » se termine sur une paraphrase troublante de l'Evangile selon St Jean (chap. 18.), qui fait de la rencontre entre Jésus et Pilat « le symbole, un tragique symbole – du relativisme ». (Raynaud, 2004, p. IV) Ou, dans l'interprétation de Kelsen, Pilat est celui qui incarne le principe démocratique là où Jésus émet une

¹ Kelsen réduit l'antithèse de la nature et de la société à l'opposition entre deux « ordres de vues » mais, en même temps, sa succession : liberté naturelle/contrainte sociale/contrainte légale, sous la liberté politique, est très proche de la conception de Rousseau. (Kelsen, 1962, pp. 2 – 3)

prétention « absolutiste » d'incarner la vérité. Pilate se demande, dans le fond : « Qu'est-ce que la vérité ? » et « parce qu'il ignore la signification de la vérité et, en tant que Romain, il est habitué à penser démocratiquement, il le confie au jugement du peuple et provoque un plébiscite » - lequel tourne contre Jésus et mène au salut plutôt du bandit Barrabas. Cet exemple, dit Kelsen, est un bon argument contre la démocratie, mais cet argument ne serait vraiment décisif que si les critiques du scepticisme démocratique pouvaient « être aussi sûrs et certains de leur vérité, que l'était le fils de Dieu ». (Kelsen, 1962, p. 115) On peut donc dire que la théorie kelsienne de la démocratie interdit toute critique des décisions démocratiques – de même que l'on peut dire que « le positivisme » empêcherait la critique des lois injustes. Nous pensons que, de même que pour le positiviste, la critique des lois injustes peut être faite d'un point de vue politique ou moral même lorsque ces lois sont valides d'un point de vue juridique, de même, pour un démocrate kelsien, la politique effective des démocraties peut conduire à des erreurs ou à de graves injustices sans que rien ne garantisse que ces erreurs seront corrigées par la seule force des procédures démocratiques. Le citoyen dont la conscience se révolte est celui qui doit voir jusqu'à quel point la lutte contre l'injustice autorise la sortie de la légalité ou la mise en cause de l'accord des citoyens, mais rien ne nous dit qu'il existe toujours un devoir moral de se soumettre à la majorité – ni que la paix soit toujours le premier Bien. La démocratie typiquement moderne conçue par Kelsen avait retrouvé ainsi l'une des thèses fondamentales qui sous-tendent l'expérience de la démocratie grecque : la démocratie est, par excellence, un régime tragique, et la vertu la plus nécessaire devant la tragédie est la *prudence*. (apud Raynaud, 2004, p. IV)

Bibliography

Alexandru, I. (2010). *Interdisciplinaritatea – noua paradigma in cercetarea si reformarea administratiei publice/ Interdisciplinarity - the new paradigm in research and public administration reform*. Bucharest: Academia Româna.

Kelsen, H. (1962). *Théorie pure du droit/Pure law theory*. Paris: Dalloz.

Petit, P. (2004). *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement 1977/Republicanism. A theory of freedom and government 1977*. Paris: Gallimard.

Raynaud, P. P. (2004). *Préface to Hans Kelsen, La Démocratie, sa nature et sa valeur/ The democracy, its nature, its value*. Paris: Dalloz.

Troper, M. (1988). *Presentation of Hans Kelsen, La Démocratie, sa nature et sa valeur/ The democracy, its nature, its value*. Paris: Economica, coll. Classiques.