

JOURNAL OF INTERDISCIPLINARY HISTORY OF IDEAS



2018

Volume 7 Issue 14

Item 3

– Section 2 : Articles –

Condorcet, Kelsen et la règle de majorité

par

Pasquale Pasquino



JIHI 2018

Volume 7 Issue 14

Section 1: Editorials

1. *Editorial* (JIHI)

Section 2: Articles

2. *L'Antiquité tardive à l'épreuve du genre* (S. Kerneis)
3. *Condorcet, Kelsen et la règle de majorité* (P. Pasquino)

Section 3: Notes

4. *A Digital Exploration of 16th-Century Heretical Networks in the Italian Medical Context: Methodological Challenges and Research Perspectives* (A. Celati)

Section 4: Reviews

5. *Book Reviews* (R. Soliani, L. Randone, E. Pasini)

.....

Condorcet, Kelsen et la règle de majorité

Pasquale Pasquino *

Il sera question ici – entre histoire de la pensée, droit constitutionnel et théorie politique – de la règle ou du principe de majorité en tant que règle d'arrêt, en entendant par cette expression (que je dois à mon collègue Philippe Urfalino) la règle qui clôt un processus de délibération collective et qui aboutit à une décision laquelle s'impose au groupe concerné par celle-ci. Si l'on discute de règles d'arrêt, on peut commencer par la règle de majorité : 50%+1, celle dont on a le plus souvent discuté. Je vais m'occuper de cette question en proposant le commentaire de deux textes célèbres (l'un de Condorcet, l'autre de Kelsen) qui portent sur la règle de majorité et sur ses propriétés; entre autres car ces deux textes, en même temps importants et difficiles, sont l'objet d'interprétations pas toujours convaincantes.



1. Introduction

Je voudrais commencer par attirer l'attention du lecteur sur l'objet théorique de ces remarques. Il sera question ici de la règle ou du principe de majorité en tant que *règle d'arrêt*, en entendant par cette expression (que je dois à mon collègue Philippe Urfalino) la règle qui clôt un processus de délibération collective

* New York University / CNRS (pp14@nyu.edu).

et qui aboutit à une décision laquelle s'impose au groupe concerné par celle-ci¹. On peut discuter du caractère du groupe en question : stable à travers le temps, *over time*, ou ponctuel et prenant une seule décision avant de se dissoudre – mais je n'ai pas besoin de considérer cette distinction pour mon propos, même si elle est, de manière générale, tout à fait importante. A mon avis, ni l'argumentation, ni la négociation, ni même le vote en tant que tel, je veux dire s'il n'est pas utilisé dans la perspective qui m'intéresse ici, ne représentent des règles d'arrêt ; ils sont plutôt des modalités d'action collective qui peuvent précéder, dans leur forme pure ou mixte, l'arrêt ou, si on préfère, la décision. Il est évident notamment que, avant d'édicter une loi, un Parlement discute, les députés présentent des arguments (même si la plupart du temps ils n'essayent pas de se persuader entre eux, car ils s'adressent à un public qui est à l'extérieur de l'assemblée) ; les partis politiques, en outre, engagent des négociations en s'échangeant des menaces et des promesses, plus ou moins cachées. Mais au bout du compte, pour édicter une loi, les membres du Parlement doivent suivre une règle d'arrêt, ils ne peuvent pas se limiter à discuter et à négocier indéfiniment. Dans certains systèmes politiques, pour ce faire, ils utilisent la règle de majorité (absolue). En d'autres occasions, par exemple pour une réforme constitutionnelle, la règle est souvent celle d'une majorité qualifiée. Dans ce dernier cas aussi, les membres du corps qui devra prendre une décision argumentent, négocient, etc. Mais la règle d'arrêt n'est pas la même, car on utilise celle de la majorité qualifiée, des 2/3 par exemple, plutôt que la majorité absolue ou simple, le 51%. Cela fait, de toute évidence, une différence importante. Même chose pour un jury. Il peut discuter ou non (nos jurys discutent, mais les jurys populaires de la démocratie athénienne se limitaient à écouter les parties et à voter sans qu'aucune discussion ait lieu entre les jurés). Mais à la fin de ce processus, le jury doit arrêter un verdict. Il lui faut une règle d'arrêt : une majorité simple, qualifiée ou dans certains cas l'unanimité.

Il est possible de distinguer de manière provisoire, en tout cas, me semble-t-il, entre différentes règles d'arrêt (mais la liste est loin d'être exhaustive) :

¹ Sur cette question, voir Sabino Cassese, "Les organes collégiaux et leur processus de décision", in Pasquale Pasquino, ed., *How Constitutional Courts Make Decisions* (Milano : Giuffrè, 2009), 160, où il écrit : "il faut, tout d'abord, distinguer *procédure collégiale* et *décision collégiale*".

l'acclamation, le vote à la majorité (public¹ ou secret) et ses variantes (*plurality*, Majority Rule, Super Majority, vote pondéré), puis l'unanimité, qui peut être aussi considérée comme une variante du vote, et le consensus².



Par *consensus*, j'entends une règle d'arrêt qui exclut le vote (ce qui fait la différence avec la règle de l'unanimité, même si concrètement il peut être difficile de distinguer les deux). Or la *décision sans vote* peut prendre plusieurs formes qui dans une étude approfondie il serait souhaitable de distinguer ; en voilà deux :

a) premièrement, l'absence d'opposition (exemple, dans certaines cours constitutionnelles, les arrêts que le doyen Louis Favoreu appelait de "micro-constitutionnalité" : le juge rapporteur présente son projet d'arrêt et aucun de ses collègues ne soulève d'objections, ou des petits amendements sont proposés et acceptés tout court ; voir aussi les panels de trois juges dans le *Bundesverfassungsgericht* : le juge X dit que le cas est "inacceptable" et les deux autres n'objectent pas. On est très proches ici de l'unanimité). Remarquons, comme me l'a fait observer un ami africainiste, que dans les tribus africaines (de même que dans certains débats universitaires, on peut ajouter) le consensus est aussi le produit de *l'intimidation*. Le possible opposant est conduit à ne pas manifester publiquement son désaccord, car celui-ci pourrait avoir des conséquences désagréables pour lui. Remarquons que dans les deux cas il n'y a pas de vote secret et que le dissident doit s'exposer publiquement et en présentant des arguments et ceci devant un public ou une autorité qui peut lui être hostile et avec lesquels il devra continuer à cohabiter après la décision !

b) deuxième cas de figure : ce que j'appelle consensus en tant que règle d'arrêt peut être aussi le résultat d'un *compromis*. J'entends par là que sans voter, le groupe (dans ce cas certainement un petit groupe de décideurs) obtient un arrêt

¹ La forme originare de cette règle d'arrêt est sans doute la "division de l'assemblée".

² Mais il faudrait aussi considérer la *itio in partem* : celui ou ceux qui n'étaient pas d'accord abandonnaient le groupe des décideurs.

par l'intégration de positions différentes. C'est la thèse que les juges de la Cour Constitutionnelle italienne exposent, en parlant de leur modalité de décision collective, dans la présentation de cette institution sur le *website* de la Cour elle-même. La raison du non-vote à la faveur du compromis est ici assez évidente : des juges non élus et non responsables devant le suffrage ne peuvent pas imposer aux citoyens leurs décisions en utilisant la même règle d'arrêt qu'un Parlement au sein duquel le vote est public (la plupart du temps) et les membres politiquement responsables devant les électeurs. Seulement le consensus basé sur un compromis entre les différents arguments devrait pouvoir produire un arrêt. Dans ce cas le meilleur argument coïncide avec celui qui satisfait l'ensemble des juges et non pas une majorité dépourvue en tant que telle de toute légitimité.



2. Condorcet

Je laisse ici ces remarques d'ordre général et introductif, pour en venir à mon sujet. Si l'on discute de règles d'arrêt, on peut commencer par la *règle de majorité* : 50%+1, celle dont on a le plus souvent discuté – peut-être car il est difficile de lui donner une justification claire et persuasive, en se limitant la plupart du temps à une justification par défaut¹. Je vais m'occuper de cette question en proposant le commentaire de deux textes célèbres qui portent sur la règle de majorité et sur ses propriétés ; entre autres car ces deux textes, en même

¹ "Unanimity is impossible ; the rule of a minority, as a permanent arrangement, is wholly inadmissible ; so that, rejecting the majority principle, anarchy or despotism in some form is all that is left" (Abraham Lincoln, cité dans Mathias Risse, "Arguing for Majority Rule", *The Journal of Political Philosophy* 12, n° 1 (2004) : 41-64, à p. 61).

temps importants et difficiles, sont l'objet d'interprétations pas toujours convaincantes.¹

J'ai à peine besoin de rappeler que la règle de majorité a été discutée par des théoriciens importants de la politique tels qu'Aristote, Hobbes, Locke et Pufendorf, pour ne parler que des classiques (R. Dahl est à ma connaissance le seul théoricien de la politique contemporain qui consacre à notre question des développements importants dans son livre *Democracy and Its Critics*²). Si l'on considère les deux derniers classiques cités, on verra qu'on attribue d'habitude à Locke la thèse que les individus étant (ou devant être considéré) de force égale, il est normal que le groupe aille vers où le conduit la plus grande somme/ le vecteur des forces en présence – ce qui est en fait parfaitement contre-intuitif (du point de vue descriptif), si on y réfléchit un instant, car les individus n'étant pas égaux, des minorités sont très souvent plus fortes ou puissantes que les majorités ! Pufendorf défend, en revanche, l'idée que la règle de majorité vaut en tant que règle d'arrêt dans les groupes de décideurs qui, à la différence de ceux des monastères et des ordres mendiants du Moyen Age, ne connaissent pas une *senior pars*, mais où, en revanche, tous les membres du corps décideur se voient attribué (par eux même ou par une autorité supérieure) une égale dignité et donc un poids égal, une voix de même valeur, ou impact décisionnel de poids égal au moment de l'arrêt (final).

Pour Condorcet, mon premier héros, la règle de majorité – sous certaines conditions auxquelles je ferai allusion – possède une autre qualité, que Pufendorf, lui, récusait explicitement ; cette règle possède une qualité épistémique : elle produit une bonne décision, ou une réponse vraie à une question (que quelqu'un, d'ailleurs, doit avoir posé !). C'est, en tout cas, ce qu'on dit en général lorsqu'on présente le *théorème du jury* de Condorcet. Par exemple à l'entrée *Condorcet's jury theorem* de Wikipedia³ on lit, et c'est déjà un peu plus précis, qu'il s'agit d'"un théorème de science politique concernant la *probabilité rela-*

¹ J'aimerais aussi parler des raisons pour lesquelles je m'intéresse à cette question des règles d'arrêt, mais il est clair qu'il s'agit aussi d'une question normative ; or, si on veut répondre à celle-ci : quelle règle d'arrêt pour quel type de décision, il faut qu'on connaisse au préalable les propriétés des différentes règles de décision !

² Robert A. Dahl, *Democracy and its Critics* (New Haven : Yale University Press, 1989).

³ "Condorcet's Jury Theorem", consulté le 4-12-2018, https://en.wikipedia.org/wiki/Condorcet%27s_jury_theorem.

tive pour un groupe donné d'individu d'arriver à une décision correcte". Ceci suppose que le groupe soit confronté à un choix binaire – dans un jury criminel, il s'agit de savoir si la personne accusée d'un crime est coupable ou innocente. (Remarquons, entre parenthèse, que le jury est ici l'équivalent du *iudex* de la *procédure formulaire* romaine : il faut au préalable qu'un spécialiste du droit – sous la République à Rome le *praetor* – ait qualifiée la question : le *crime* qu'il faut juger ; le jury juge, comme on le sait, du fait et non du droit, et il ne peut pas juger, en principe, en l'absence de la question de droit qui est posée auparavant).

Condorcet est supposé dire – et c'est le contenu de la démonstration de son théorème – que si l'une des deux options qui sont devant le jury est correcte et si chaque membre du jury a une probabilité plus grande que 50% de faire le choix correct, plus grand est le groupe de décideurs plus grande la probabilité que le groupe arrête une décision correcte¹.

Je n'ai ni les compétences mathématiques ni l'intérêt pour discuter les aspects formels du théorème. Il faut tenir compte simplement de la circonstance que Condorcet a à l'esprit un jury qui, à l'instar du *dikaŝterion* athénien, ne discute pas, mais se limite à voter, après avoir écouté des arguments, ou s'être procuré des informations, chaque membre indépendamment. Remarquons aussi, qu'on répète souvent² que ce théorème “offre une base théorique pour la démocratie”, à la différence d'une autre découverte de Condorcet, celle des *majorités cycliques*. Ce que je voudrais faire pour ma part maintenant, c'est de replacer ce théorème dans le contexte du “Discours préliminaire” à l'*Essai sur l'application*

¹ Dans Larissa Conrard and Christian List, “Group decision making in humans and animals”, *Philosophical Transactions of the Royal Society B* 364 (2009) : 719-42, les auteurs écrivent : “Condorcet's jury theorem' [...] can be summarized as follows. Suppose a group has to make a choice between two options. Each individual has some independent information about which option is better (the 'independence' condition), and each individual's information is correct with an equal probability greater than 1/2 but below 1 (the 'competence' condition). Assuming that such independent and equally competent individuals vote according to their own information, Condorcet's jury theorem states that the probability that majority voting yields the correct outcome (i) is greater than the probability that each group member is individually correct [ceci est un argument contre la monarchie, ou, comme on le dit aujourd'hui, contre la décision d'un dictateur], and (ii) converges to 1 (certainty) as the group size increases. This result is a consequence of the law of large numbers. Condorcet's jury theorem suggests that shared decisions are better than unshared ones. The more the group members participate in a group decision, the more accurate the outcome is likely to be” (p. 727).

² Aussi dans l'entrée de Wikipédia !

de l'analyse à la probabilité des décisions redues à la pluralité des voix de 1785¹. Je procéderai en huit points (0-7).

0 LE théorème du jury de Condorcet semble donner une réponse à une question à première vue quelque peu étrange : de combien de membres doit être constitué un jury ou une assemblée si elle veut produire des décisions qui ont une probabilité importante d'être "correctes" – je vais revenir sur ce mot. Nous savons, ou du moins nous croyons savoir, sur la base du théorème, je viens de le rappeler, que si chaque membre de cette assemblée a une probabilité plus grande que 50% de faire le bon choix, il y aura une certaine taille de l'assemblée, notamment lorsqu'elle est très large et de plus en plus large, où la règle de majorité va produire une décision "correcte".

Que veut dire cela concrètement ? Et pourquoi Condorcet c'est posé cette question du nombre des membres du corps qui doit prendre une décision ? Et, enfin, est-ce qu'il dit exactement cela ? Voilà les points que je vais discuter.

Rappelons, pour commencer, que le Marquis croyait que les sciences sociales (dans son langage les *sciences morales et politiques*, DP, 9) sont en mesure d'atteindre le même degré de certitude que les sciences naturelles. (Je ne puis pas discuter ici cette question, je puis dire simplement que j'ai des doutes très sérieuses à propos de cette approche, et considère plus utile pour la théorie politique l'approche aristotélicienne)².

1 POUR Condorcet une décision est "correcte" ou "juste" si elle est "conforme à la raison" [ou *conforme à la vérité* (est-ce qu'il s'agit de synonymes ? apparemment, oui)]. Mais que faut-il entendre ici par raison ? Dans sa leçon inaugurale, au Collège de France, Jon Elster avait présenté une série de remarques

¹ "Discours préliminaire", dans *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix* (Paris : Imprimerie Royale, 1785) ; je cite dans le texte avec l'abréviation DP, en indiquant le numéro de page de l'édition du *Corpus des œuvres de philosophie en langue française* (Paris : Fayard, 1986). Ce long texte (177 pages dans l'édition Fayard) est d'importance cruciale pour saisir le contexte de la contribution de Condorcet dans le domaine des mathématiques. Je rappelle que *pluralité* veut dire dans le français de l'époque *majorité* et pas la minorité la plus grande comme en anglais.

² Pour une discussion contemporaine, voir Jon Elster, "Excessive Ambitions", *Capitalism and Society* 4 (2009) : 1-30 (http://www.dsp.unibo.it/seminari/paper_elster.pdf). Sur Condorcet voir en outre : Gilles-Gaston Granger, *La mathématique sociale du marquis de Condorcet* (Paris : Presses Universitaires de France, 1989 [1955]) ; Catherine Kintzler, *Condorcet. L'instruction publique et la naissance du citoyen* (Paris : Minerve, 1987).

sur “raison et raisons”¹. Je vais reprendre librement à mon compte certaines idées de ce texte pour commenter cet aspect essentiel de la théorie politique de Condorcet. Raisons, au pluriel, fait référence à la rationalité individuelle, à savoir le moyen le plus “économique” pour un individu quelconque d’atteindre un but donné. Dans notre langage continental, il s’agit de ce que Max Weber appelait *Zweckrationalität*. Raison, au singulier, se réfère, en revanche, à un état du monde objectif ou juste qui préexiste aux décisions humaines, à une “vérité”² que l’on peut découvrir ou réaliser – ou même dans un contexte plus modeste et plus précis à une *vérité de fait* ; par exemple : est-il le cas que Mr. X est l’auteur du crime dont il est accusé ou ce n’est pas le cas ? Remarquons que ces deux contextes sont assez différents. Pour accepter l’idée qu’un accusé est coupable ou non (ce qui est la plupart du temps le cas, malgré *Rashomon*, le chef d’œuvre cinématographique de Akira Kurosawa³), nous n’avons besoin d’accepter ni d’épouser aucune philosophie particulière. Néanmoins dans les deux cas, nous faisons l’hypothèse que notre choix ou notre décision doit/devrait être conforme à quelque chose (réalité ou état du monde) qui est indépendante de notre décision. Quelque chose qui existe mais est cachée à première vue et que nous devons découvrir (par la décision) (est Mr. X coupable ou non ?), ou alors qu’il s’agit d’un impératif que nous devons réaliser par cette décision (la justice). Mais nous pouvons laisser là ses considérations philosophiques un peu techniques car il ne faut pas trop mélanger les genres.

2 REVENONS au texte de Condorcet. Au tout début de son “Discours préliminaire” – l’introduction théorique et philosophique de son livre on peut lire :

¹ Jon Elster, *Raison et raisons* (Paris : Fayard, 2006).

² Ce mot très vague semble être lié ici à la nature “objective” de ce que nous devons découvrir ou réaliser. “Objectif” est un autre terme peu clair, mais cela peut vouloir dire que x (un fait) est x (le même fait) pour a et pour b (étant a et b deux personnes différentes). Un ordre juste d’ailleurs ne semble pas être un fait dans le sens que je viens de préciser, je ne sais donc pas quel sens donner à cette expression.

³ Un membre de l’Ecole de Palo Alto a écrit : “De la réalité chacun se fait une idée. Dans les discours scientifique et politique, dans les conversations de tous les jours, nous renvoyons en dernière instance au référent suprême : le réel. Mais où est donc ce réel ? Et surtout, existe-t-il réellement ? De toutes les illusions, la plus périlleuse consiste à penser qu’il n’existe qu’une seule réalité. En fait, ce qui existe, ce sont différentes versions de la réalité, dont certaines peuvent être contradictoires, et qui sont toutes l’effet de la communication et non le reflet de vérités objectives et éternelles” (Paul Watzlawick, *How Real is Real ?* (New York : Random House, 1976), xi ; tr. fr., *La réalité de la réalité* (Seuil : Paris, 1976), 7).

Cet Essai [sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix] ne serait que d'une utilité très bornée s'il ne pouvait servir qu'à des Géomètres¹ [...] Ainsi j'ai cru devoir y joindre un Discours, où, après avoir exposé les principes fondamentaux du Calcul des probabilités, je me propose de développer *les principales questions que j'ai essayé de résoudre et les résultats auxquels le calcul m'a conduit*. (DP, 10 ; c'est moi qui souligne)

Condorcet écrit en outre – ce qui est fort intéressant – et cette fois-ci à propos de la règle de majorité en tant que règle d'arrêt, qu'elle fut introduite dans les sociétés humaines pour ce qui lui semble une mauvaise raison – je cite – non “comme un moyen d'éviter l'erreur et de se conduire d'après des décisions fondées sur la vérité ; mais [...] pour le bien de la paix et l'utilité générale”. Or, il ajoute, puisque “il était nécessaire de se laisser guider par une volonté unique [commune au groupe ou à la société en question]” ; “*il fallait placer l'autorité où était la force*” (DP, 11) où l'on retrouve l'écho d'une pensée de Pascal et le même argument peut persuasif de Locke² – car, comme je l'ai dit, très souvent la force est plutôt du côté du petit nombre que du plus grand !

Quoiqu'il en soit, Condorcet veut opposer à cette approche classique à la règle de majorité une approche tout à fait différente : à savoir, quelle est la règle d'arrêt, comme on a convenue de l'appeler, qui possède la qualité d'être en mesure d'atteindre la vérité ou du moins de minimiser l'erreur (la probabilité de l'erreur) et d'aboutir à des décisions “*conformes à la raison*” ?³.

¹ C'est-à-dire, des mathématiciens.

² Voir Willmoore Kendall, *John Locke and the Doctrine of Majority-Rule* (Urbana : University of Illinois Press, 1965).

³ J'estime utile de prendre au sérieux la remarque suivante de l'auteur de l'étude la plus exhaustive consacrée à Nicolas de Caritat : “Il y a dans la théorie de Condorcet un curieux mélange de dogmatisme et de scepticisme, l'un qui a la foi en la rectitude naturelle des esprits, l'autre qui n'ose affirmer l'existence d'une vérité absolue et immuable et qui se contente, en matière de politique, d'approximations, de probabilités exprimées par le vœu d'une majorité”. Franck Alengry, *Condorcet. Théoricien du droit constitutionnel et précurseur de la science sociale* (Paris : Giard & E. Brière, 1904), 424. En effet, s'il existait une vérité intelligible, le vote serait une procédure étrange pour la découvrir. Si x (par exemple : la terre est sphérique et non plate) est vrai, cela reste vrai même si les gens prétendent unanimement le contraire. S'il n'y a pas de vérité, ou si nous ne pouvons pas la connaître avec certitude, cette probabilité peut aider, du moins à éviter les erreurs. De toute évidence, l'erreur n'est pas évidente si nous ne connaissons pas la vérité ($2+2$, par définition, n'est pas $= 5$!) Mais dans la vie politique, notamment si nous suivons Montesquieu, nous pourrions peut-être

3 CONDORCET avance dans son texte l'idée que le calcul des probabilités peut aider à atteindre ce but. Il faut rappeler que parmi les hypothèses de son théorème du jury, le marquis suppose que les membres du groupe chargé de la décision ont la même *justesse d'esprit* et des *lumières égales* (DP, 27)¹ ; donc, une probabilité, indépendante de toute discussion entre eux², de voter pour la décision correcte, ou, en d'autres termes, que les membres du groupe ont tout un chacun une probabilité plus grande de 50% d'avoir une opinion juste. Ce sont ces individus, qui sont qualifiés d'*éclairés* par Condorcet. Donc, le théorème est intéressant politiquement si les hypothèses sur lesquelles il s'appuie sont vraies ou vérifiés !

4 MAINTENANT, quelques pages après, nous pouvons lire celle que Condorcet qualifie comme *une remarque assez importante* :

Une assemblée très nombreuse [donc une qui inclut un grand nombre de décideurs] ne peut pas être composée d'hommes très-éclairés [ceux qui ont une probabilité plus grande de 50% d'avoir une opinion juste]; il est même vraisemblable que ceux qui la forment joindront sur bien des objets beaucoup d'ignorance à beaucoup de préjugés. Il y aura donc un grand nombre de questions sur lesquelles la probabilité de la vérité de

savoir et éventuellement éviter ce qui ne va pas (le despotisme) sans savoir exactement quelle est la meilleure forme de gouvernement. Par ailleurs, "faux" en politique implique inévitablement une dimension normative absente des sciences naturelles.

¹ On suppose aussi l'existence d'un "gouvernement représentatif", comme l'on verra ensuite. Condorcet (DP, 11-12) oppose ici les Anciens aux Modernes. Les premiers parvenaient à leurs délibérations (et il pense à la démocratie à Athènes) au sein de l'Assemblée du Peuple, ce qui aurait rendu impossible d'après le Marquis d'imposer les effets contraignants de la raison à l'autorité du peuple souverain ("proposer des moyens d'assujettir leurs volontés à la raison"). En revanche dans un gouvernement représentatif moderne, la puissance souveraine peut obliger les représentants à suivre les règles qui produisent des décisions vraies. L'argument est plutôt paradoxal. Il avance l'idée que dans la démocratie athénienne volonté et force étaient contenues dans le corps du peuple (ce qui peut être considéré correct, puisque le *demos* contrôlait l'armée et les institutions politiques les plus importantes, l'*ekklesia* et la *dikasteria*), tandis que dans la société moderne le pouvoir coercitif n'appartient pas aux représentants mais à la Nation, cette dernière ayant donc le pouvoir d'imposer des règles aux fonctionnaires publics. De quelle manière ? Sa réponse était : en utilisant le calcul des probabilités. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (2^e éd. Tübingen : Mohr, 1929 [1920]) exprime à peu près la même position dans le ch. 6.

² Il ajoute en outre : "nous supposerons qu'aucun des votants n'a d'influence sur les voix des autres, et que tous opinent de bonne foi". Il est clair que la première de ces hypothèses est hautement irréaliste et exclut tout échange d'arguments.

la voix de chaque votant sera au-dessous de $1/2$; alors plus l'assemblée sera nombreuse, plus elle sera exposée à rendre des décisions fausses. (DP, 30)

– pas besoin de commentaires !

La conséquence de ce qu'on vient de lire est explicitée clairement :

Or, comme ces préjugés, cette ignorance, peuvent exister sur des objets très importants, on voit qu'il peut être dangereux de donner une constitution démocratique à un peuple sans lumières : une démocratie pure ne pourrait même convenir qu'à un peuple beaucoup plus éclairé, beaucoup plus exempt de préjugés qu'aucun de ceux que nous connaissons par l'Histoire. (DP, 30).

Même donc celui de la France à la fin du 18^e siècle. Bien entendu, par *démocratie* (ou démocratie *pure* – le terme se trouve aussi chez Sieyès), Condorcet fait référence à la forme de gouvernement caractérisée par une législation populaire, donc à la version ancienne, athénienne, de la démocratie, où le pouvoir législatif n'est pas exercé par des représentants élus et responsables devant le suffrage, mais par des cours de justice tirée au sort (les *nomothetai*).

5 Le raisonnement de Condorcet est rendu opaque par le mélange systématique et la référence indiscriminée à deux types de groupes qui prennent des décisions et qui peuvent, l'un comme l'autre utiliser la même règle d'arrêt : d'un côté, les jurys (criminels) et, de l'autre, les assemblées législatives. Il n'est pas difficile de se rendre compte du fait qu'il existe une différence essentielle entre les deux institutions. Un jury doit prononcer un *verdict* et éviter de condamner un innocent et acquitter un coupable. La question est posée, en principe, en termes claires et binaires avant même le début du processus qui aboutira à l'arrêt/décision. Une assemblée législative, en revanche, doit procéder à un nombre et à des types de décisions bien plus complexes. En tout cas, pour ne considérer qu'un seul aspect, sa tâche, pour Condorcet (comme c'est le cas pour le *Léviathan* de Hobbes) est celle de "positiviser" le droit naturel. C'est en tout cas ce qui semble pouvoir se déduire d'un texte tout à fait intéressant :

Je suppose, par exemple que l'on propose à une assemblée de décider s'il est à propos de faire une loi nouvelle, on peut croire qu'une loi n'étant utile que lorsqu'elle est *conforme à la raison*, il faut exiger une pluralité [= majorité] telle qu'elle donne une très grande probabilité de la justesse de la décision, et qu'il vaut mieux ne faire aucune loi qu'en faire une mauvaise.

On pourrait même alors, et la justice semble l'exiger, distinguer entre *les lois qui rétablissent les hommes dans la jouissance de leurs droit naturels* [et] *celles qui mettent des entraves à ces droits* [...] Dans le premier cas, la simple pluralité [= la majorité des suffrages] doit suffire [pour édicter la loi]; une plus grande pluralité [une majorité qualifiée] paraît devoir être exigée pour celles qui mettent des bornes à l'exercice des droits naturels de l'homme, parce qu'il ne peut jamais être ni juste ni légitime d'attenter à ces droits. (DP, 22 ; les italiques sont miens)

Ce texte est remarquable du moins pour deux raisons : 1) Condorcet demande de toute évidence une majorité plus large que 50% +1 pour les arrêts relatifs à la limitation/restriction des droits naturels – on dirait aujourd'hui les droits constitutionnels ; 2) si nous faisons l'hypothèse (lourde) qu'ils existent de droits ou des lois naturels, quel qu'il soit le sens de ces expressions, l'idée qu'une décision collective doive atteindre la vérité commence à devenir intelligible – ce qui ne veut pas dire acceptable – car celle-ci, la vérité, s'identifie avec le droit et/ou les lois naturelles.

6 LA dernière hypothèse – l'existence de droits naturels – est de tout évidence très *lourde* et je ne sais pas combien de admirateurs du *Jury Theorem* dans la théorie démocratique sont prêts à faire propre cette supposition. Mais peut être ils ne sont pas conscients de cette pré-condition conceptuelle qui donne une signification cohérente à l'entreprise conceptuelle de Condorcet.

7 IL me semble, en conclusion, que l'on peut donner l'interprétation suivante à ce que je viens de lire et de dire :

a) Premièrement, Condorcet propose – du moins en 1785 – une théorie du gouvernement représentatif (une théorie que l'on retrouve de manière générale dans tous ses écrits). Un pouvoir législatif populaire/démocratique n'est pas compatible avec une société dont tous les membres ne sont pas "éclairés". Si cela est une bonne interprétation de son texte, si donc Condorcet est favorable à un pouvoir législatif exercé par des élites éclairées (de même que James Madison et Emmanuel Sieyes), il reste à comprendre quelle est la fonction des élections des représentants et de leur responsabilité politique devant les citoyens électeurs – il faut supposer que comme le disaient Aristote et tant d'autres après lui, que leur fonction est de sélectionner une élite éclairée ! Hypothèse douteuse.

b) Deuxièmement, Condorcet¹ semble en outre clairement favorable à l'idée de distinguer deux règles d'arrêt, comme on a stipulé de les appeler : la règle de majorité simple et celle de la majorité qualifiée. L'usage de l'une ou de l'autre dépend du type de décision (loi) à prendre, de la substance de celle-ci (*ratione materiae*). Les droits naturels ne peuvent pas être mis en question ou écourté par la simple majorité des décideurs, *même* s'il s'agit de la majorité absolue d'une élite éclairée. Le marquis parlait, comme les hommes du 18^e siècle, de droits naturels. Nous parlons aujourd'hui de droits protégés par la constitution. Mais la distinction des règles d'arrêt est la même.



3. Hans Kelsen

Dans son ouvrage sur la nature et la valeur de la démocratie², Hans Kelsen consacre au principe de majorité deux développements. Le premier dans le chapitre 1, qui s'appelle la *Liberté (Freiheit)*, le deuxième dans le chapitre 6 qui porte le titre *Das Majoritätsprinzip*. Il faudrait considérer aussi le dernier chapitre, 10, sur le relativisme et le procès à Jésus, mais je ne le ferai pas ici, car il pose encore une fois des questions philosophiques que l'on peut, je pense, laisser de côté.

Dans le chapitre sur la liberté et ses métamorphoses, qui considère, en fait, l'*idée* ou l'idéologie de démocratie, Kelsen distingue, un peu comme le fera plus tard Berlin, mais en permutant la succession temporelle entre les deux, une conception *négative* et une conception *positive* de la liberté ; celle-ci coïncide avec la participation à la formation de la volonté de la communauté politique,

¹ Voir aussi Condorcet, *Discours XXXI* et sgg.

² Kelsen, *Wesen und Wert der Demokratie*, dorenavant WW, dont je vais citer aussi – comme NV – l'excellente traduction française *La démocratie : sa nature, sa valeur*, trad. Charles Eisenmann (Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, rééditée plusieurs fois ; Paris : Dalloz, 2004).

la première, en revanche, avec l'absence de toute domination. Il s'agit pour lui du passage de *l'anarchie* (l'absence de chefs et d'hétéronomie, caractérisée par la décision unanime par laquelle personne n'obéit qu'à soi-même) à la *démocratie*. Dans cette forme de gouvernement, les citoyens doivent, d'après l'idéologie qu'il considère, abandonner le rêve de la liberté négative, pour tous et pour chacun, et s'accommoder de la simple participation politique et du principe de majorité. Or, celui-ci a pour Kelsen des qualités et des limites. Et c'est sur ce point que je voudrais m'arrêter, en laissant de côté, pour l'instant, les développements concernant le gouvernement représentatif.

Kelsen fait remarquer que dans la vie étatique (celle d'un groupe d'individus qui vivent sous le même ordonnancement juridique), si on s'intéresse à la démocratie, "Seule se pose la question des compléments et des modifications à apporter à cet ordre [juridique]" (NV, 7-8). Le texte allemand (WW, 9) utilise les deux mots : *Fortbildung* et *Abänderung* ; ceci est important, comme on va le voir, car, à l'instar d'une théorie *Whig* de l'histoire (que l'on trouve déjà chez Condorcet), chez Kelsen le changement semble coïncider avec le *perfectionnement* ou le progrès, et en tout cas semble avoir une valeur positive en lui-même ! Or dans cette perspective la règle de la décision à majorité absolue est la plus grande approximation possible à l'idée de la liberté négative : l'autonomie individuelle (la liberté positive pouvant, elle, être garantie pour tous grâce au suffrage universel). Le raisonnement est à première vue opaque, mais il peut être présenté de la manière suivante en restant proche du texte même de Kelsen. Puisque la liberté négative, l'autonomie pour tous est impossible à réaliser si l'on veut éviter l'anarchie, conséquence du principe d'unanimité, la règle de la majorité absolue [51%] est celle qui *de facto* maximise la possibilité pour chaque membre du groupe de ne pas être dominé. Pourquoi ? Il faut introduire ici deux segments du raisonnement – le premier implicite, le deuxième clairement énoncé par l'auteur. Le raisonnement implicite est l'égal poids/impact des décideurs sur l'arrêt produit par la décision collective.

Arrêtons-nous sur ce premier point. Si les membres du groupe politique ne sont pas égaux, au sens que je viens d'évoquer – l'impact égal sur la règle d'arrêt – un petit groupe peut imposer une décision à un plus grand nombre de membres, ce qui justement casserait la règle d'égal poids sur l'arrêt. Or, Kelsen fait remarquer que si un citoyen X veut être libre (autonome), il a plus de chance de l'être si changer le *status quo* est facile (en respectant le principe d'égalité),

si aucune minorité n'a un droit de veto sur la décision majoritaire – une propriété de la règle de majorité. Si le changement est une valeur positive et si je suis libre en changeant l'ordre juridique existant, il s'en suit, que toute règle de majorité *qualifiée*, par opposition à la majorité absolue, donne à une minorité la possibilité, non certes de choisir un nouveau *status quo* imposé aux autres, mais en tout cas d'empêcher le changement. Ce qui est déplorable non seulement si le changement est toujours un progrès, mais aussi si toutes les options sont neutres, et également bonnes – ou mauvaises ; ou si nous ne savons pas lesquelles sont meilleures.

Je reprends cet argument un peu tordu avec un exemple. Soient A et B deux états du monde et une société de 101 citoyens, A le *status quo* et B un état alternatif. La règle de majorité dit que 50 membres ne peuvent pas empêcher 51 de choisir B. Ce qui veut dire que le moins ne peut pas plus que le plus, les moins nombreux pas plus que les plus nombreux, si l'on veut changer un *status quo*.

Kelsen veut exclure comme justification de la règle de majorité, l'idée purement numérique qui peut être réduite à la simple équivalence du principe de majorité avec celui de la force¹ et il propose de le substituer avec celui qui dit que la règle de majorité satisfait la liberté du plus grand nombre. Mais il est obligé d'ajouter : "Certes, ce raisonnement *suppose* naturellement l'égalité comme postulat de fondamental de la démocratie ; cela apparaît dans le fait qu'on cherche à assurer la liberté non pas de tels ou tels individus en particulier, parce qu'on leur reconnaîtrait une valeur supérieure, mais celle du plus grand nombre possible d'individus" (NV, 8-9) – la démocratie présuppose une société sans qualités !

Je résume : Liberté et égalité ne peuvent pas être séparées ; le respect de ces deux valeurs impose *prima facie* la règle de la majorité absolue, puisqu'elle permet d'éviter *a)* premièrement que la minorité impose son choix (positif) [règle de la minorité qualifiée à prendre des décisions] et *b)* deuxièmement qu'une minorité empêche la majorité d'imposer sa volonté. On pourrait parler ici d'une conception utilitarisme de la maximisation de la liberté – mais ceci serait assez bizarre pour un néo-kantien comme Hans Kelsen. Et on va voir que ce n'est

¹ Faux problème, j'y ai fait allusion, car d'habitude les minorités privilégiées sont plus fortes que les majorités ; mais je comprend que d'un point de vue normatif la question se pose en tout cas.

pas le cas. Kelsen, en fait, à la différence de la plupart de ses lecteurs (ceux qui aiment sa thèse aussi bien que ceux qui ne l'aiment pas), ne s'arrête pas là. Or, de toute évidence, on peut critiquer Kelsen, mais il faut comprendre *humieusement*, si je puis dire, en utilisant le principe de clémence, ce qu'il veut dire.

Le juriste autrichien est parfaitement conscient de la contradiction qui existe entre l'autonomie et la règle de majorité. Le fait que la majorité soit libre ne peut pas nous faire oublier l'asservissement de la minorité à savoir du 49% des citoyens. Cheney était certainement libre pendant les huit ans de l'administration Bush, mais la moitié et puis un nombre de plus en plus croissant de citoyens américains n'ont pas été libres au sens d'autonomes pendant ces mêmes huit ans. Kelsen écrit pour sa part que cette conception, celle de la maximisation de la liberté individuelle qui va avec la règle de majorité sépare la démocratie du libéralisme. Et comme on va le voir, ceci le conduit à dénoncer la règle de majorité en tant que telle ! Quelques citations illustrent ce propos :

Si on le tient pour satisfait dans la mesure où les sujets de l'ordre étatique participent à sa création¹, l'idéal démocratique n'a plus rien à voir avec la mesure dans laquelle cet ordre étatique saisit [*erfasst*] les actes des individus qui le créent, c'est à dire avec le degré jusqu'auquel il restreint leur 'liberté'. Même un état où la puissance étatique sur l'individu recevrait une extension illimitée, c'est à dire où la 'liberté' individuelle serait totalement anéantie et l'idéal libéral intégralement nié, pourrait encore constituer une démocratie [si celle-ci est identifiée avec la règle de majorité], pourvu que l'ordre étatique fût créé par les individus [la majorité] qui y sont soumis. Et la tendance du pouvoir démocratique à l'expansion, l'histoire le montre, n'est pas moindre que celle du pouvoir autocratique. (NV, 9-10)

Et plus loin : "La liberté de l'individu, qui se révèle en dernière analyse irréalizable, recule peu à peu à l'arrière plan, refoulée par la liberté de la collectivité (*die Freiheit des sozialen Kollektivums*), qui lui succède au premier plan" (NV, 10). La conclusion de ces développements est la suivante :

Le sujet de la liberté va changer en même temps que le sujet du pouvoir [...] le citoyen [par opposition au simple individu] c'est, au contraire, le membre non indépendant,

¹ Par le vote = la liberté positive, ce qui de toute évidence ne peut pas être le cas pour celui qui en 1927 écrivit le texte fondateur du contrôle de constitutionnalité en Europe !

simple élément d'un *tout organique*, de l'être collectif d'une théorie universaliste [holiste] de la société [...] Le mot d'ordre n'est plus l'individu libre, mais l'Etat libre. [...] C'est plus qu'un simple paradoxe, c'est un symbole de la démocratie que, dans la République de Gênes, sur les portes des prisons et sur les chaînes des galériens, fut gravé le mot *Libertas*¹. (NV, 11)

Je m'excuse d'avoir infligé ces longues citations, mais elles viennent de la section de ce premier chapitre du texte de Kelsen que l'on passe très souvent sous silence. Il faut remarquer ici, tout d'abord, que Kelsen – comme il le répète souvent – est en train d'exposer l'idéologie de la démocratie pas sa réalité, qui coïncide pour lui avec le système parlementaire et l'état de partis (avec un système électoral proportionnel). Deuxièmement, que la règle de majorité loin d'être pour lui le dernier mot en ce qui concerne la nature et surtout la valeur de la démocratie, n'est qu'un point de départ auquel Kelsen ne saurait pas adhérer. Non seulement, comme je l'ai rapidement évoqué, Kelsen est à l'origine, déjà en 1919, de la section de la Constitution de la république autrichienne qui établit pour la première fois une Cour Constitutionnelle sur le continent européen – une institution par sa nature et pas sa fonction contre-majoritaire ! – il est aussi l'auteur au congrès des juristes de langue allemande de 1927 du rapport qui théorise cette institution ; mais dans ce même texte sur la démocratie, au chapitre 6, il est question d'un autre type de règle de décision, sur laquelle il me faut dire un mot en conclusion.

Dans le chapitre 6 qui porte explicitement sur le principe ou règle de majorité, dans le gouvernement représentatif-parlementaire, Kelsen se tourne vers le problème de la minorité et de la possibilité de protéger cette dernière vis à vis de la majorité. La démocratie constitutionnelle, celle qui possède une constitution rigide et qui caractérise pour lui l'état parlementaire, a comme but la protection des droits et des libertés individuelles (NV, 63). Dans ce cadre Kelsen parle d'autolimitation (*Selbstbeschränkung*) de l'Etat, et en fait dans la démocratie constitutionnelle, il se trouve que : “les mesures [législatives et exécutives] qui touchent à certains intérêts nationaux, religieux, économiques ou spirituels ne peuvent être décidées contre l'opposition de [la] minorité, supposent donc qu'elle soit d'accord avec la majorité”. D'où la conclusion, sur laquelle je vais

¹ Il s'agit là d'une citation de Rousseau, *Contrat Social*, l. IV, ch. 2, note 2.

arrêter mes remarques :

S'il semblait à l'origine que ce fût le principe de la majorité absolue qui répondit relativement le plus à l'idée démocratique en voie de réalisation, il apparaît maintenant que le principe d'une *majorité renforcée* peut constituer dans certaines circonstances une approximation plus grande encore de l'idée de liberté, parce qu'elle représente une certaine tendance à l'unanimité dans la formation de la volonté générale [= la volonté étatique, la loi, qui est contraignante pour tous les citoyens]. (NV, 64-65)



*A. Montgomery, Disks used in jury voting (Museum of the Ancient Agora), 2008, part.
(<https://www.flickr.com/photos/pamontgo/9145637971>).*