

RAPORT ȘTIINȚIFIC

I. Proiectul *Filosofia dreptului: orientări naționale și internaționale, clasice, moderne și contemporane*

Coordonatori: prof. dr. Mihai Bădescu

Cercetător: conf.dr. Diana-Domnica Dănișor

II. Anexa 2

Cercetătorii temei : conf.dr. Diana-Domnica Dănișor; dr. Elena Lazăr.

III. Rezumat

Lupta Secolului luminilor contra ignoranței, prejudecăților și obscurantismului a trebuit să se dezvolte pe măsura contestării sale. Doctrina drepturilor omului este intim legată de o concepție despre natura omului văzut nu ca creatură a lui Dumnezeu, ci ca creatoare a lumii sale, concepție moștenită din filosofia aceluși secol.

De la Rousseau și Montesquieu, trecând prin Auguste Comte, putem vorbi despre o formă civilă a religiei, o religie civilă ce implică o profesiune de credință care seamănă tulburarea în conștiința care a acces la libertatea de gândire, dar o profesiune de credință nu de natură religioasă, ci civilă.

Am demonstrat în această cercetare care a fost influența filosofiei lui Rousseau, Montesquieu și Auguste Comte la înțelegerea modernă și contemporană a drepturilor omului, a separației puterilor în stat și a democrației, prin influența pe care opera lor a avut-o asupra Revoluțiilor secolului al XVIII-lea, asupra instaurării republicilor și asupra democrației.

IV. Fundamentele filosofico-juridice ale teoriei drepturilor omului, ale separației puterilor în stat și ale democrației. Rousseau, Montesquieu, Auguste Comte

- Introducere

Astăzi se pare că nu mai suntem de acord asupra unei imagini comune a omului, populațiile nemalecunoscând instituțiile politice și sociale umaniste considerate de Occident încă din Secolul luminilor ca fiind cele mai capabile să desăvârșească natura omului. Fiecare-și pune în valoare astăzi dreptul său sau cutuma sa, nu doar la nivel național, ci și internațional, inițiind o colonizare ideologică și chiar politică.

Secolul al XVIII-lea a descoperit că Rațiunea trebuie să facă legea, dacă se dorește garantarea libertății fiecăruia și a tuturor. Lupta Secolului luminilor contra ignoranței, prejudecăților și obscurantismului a trebuit să se dezvolte pe măsura contestării sale. Doctrina drepturilor omului este intim legată de o concepție despre natura omului văzut nu ca creatură a lui Dumnezeu, ci ca creatoare a lumii sale, concepție moștenită din filosofia aceluia secol.

De la Rousseau și Montesquieu, trecând prin Auguste Comte, putem vorbi despre o formă civilă a religiosului, o religie civilă ce implică o profesiune de credință care seamănă tulburarea în conștiința care a acces la libertatea de gândire, dar o profesiune de credință nu de natură religioasă, ci civilă. „Există deci o profesiune de credință pur civilă ale cărei articole trebuie să fie fixate de suveran, nu ca dogme ale religiei, ci ca sentimente de sociabilitate fără de care este imposibil să fii bun cetățean, nici supus fidel. Fără a putea obliga pe nimeni să le creadă, suveranul poate să gonească din stat pe oricine nu le crede; el poate să-l gonească, nu ca necredincios, ci ca nesociabil, ca incapabil să iubească sincer legile, justiția, și să-și sacrifice la nevoie viața pe altarul datoriei. Astfel că, dacă cineva, după ce a recunoscut public aceste dogme, se conduce ca și cum nu le-ar crede, să fie pedepsit cu moartea; el a comis cea mai mare dintre crime, a mințit în fața legilor.”¹

Dacă în secolul al XVIII-lea, era de la sine înțeles că suveranitatea poporului și drepturile omului „se condiționează și se garantează reciproc”², în studiul pe care l-am întreprins, ne-am propus să demonstrăm, plecând de la cei trei filosofi analizați, că există chiar „un paradox al

¹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Gallimard, Paris, 1964, p. 112-113.

² H. Arendt (1986 [1951]), *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Munich, Piper. [*Les origines du totalitarisme 2: L'impérialisme*, trad. fr. de M. Leiris, Paris, Fayard, 1984], citat în Hauke Brunkhorst, *Droits de l'homme et souveraineté – un dilemme ?*, in *Trivium*, nr. 3/2009, consultat pe 28 octombrie 2018. <http://journals.openedition.org/>

drepturilor omului care ar deveni manifest de fiecare dată când drepturile omului și democrația ar fi integrate într-o ordine constituțională³.

³ H. Brunkhorst, « Droits de l'homme et souveraineté – un dilemme ? », Trivium, nr. 3/2009, consultat pe 28 octombrie 2018. <http://journals.openedition.org/>

Capitolul 1. J.-J. Rousseau și drepturile omului

De la Rousseau până în zilele noastre lumea s-a schimbat considerabil, idealurile acestuia, în termeni de unitate internă și de independență a statelor, părând astăzi să fie depășite într-o lume globalizată, caracterizată printr-o migrație masivă, cu populații ce formează diaspora și mișcări sociale transnaționale. Secolul al XVIII-lea a fost secolul revoluției constituționale moderne în care au fost proclamate drepturile omului și cetățeanului și dreptul ancorat în democrație. Cea care a făcut din revoluția constituțională un eveniment ireversibil a fost Revoluția franceză de la 1789. Revendicarea constituțiilor a fost elementul dominant al secolului al XIX-lea, pentru ca secolul XX să încerce să țină promisiunea realizării drepturilor omului și a democrației.

În mod tradițional s-a considerat că opera lui Rousseau ar purta iremediabil stigmatul unei schizofrenii metodologice și teoretice. Unii îl califică drept „sentimental vicios”, alții drept „individualist extremist”, pentru a nu mai vorbi de Rawls care face din el un raționalist⁴, de Althusser care spune despre el că este mai hobbsian decât Hobbes⁵ și de John Stuart Mill care-i găsește circumstanțe atenuante atunci când îl judecă drept „paradoxal”⁶. Există voci pentru care problema lui Rousseau ar ține de psihologie. „Jacob Talmon îi atribuie nu doar responsabilitatea totalitarismului, ci și o paranoia extremă. Lester Crocker vede în el modelul paranoicului, agravat de ceea ce Kolakowski numea un «spirit bolnav», în timp ce Edmund Burke se mulțumea să-l numească un «Socrate nebun».”⁷ Insistând pe răutatea sa mai degrabă decât pe nebunia sa, „Nietzsche îl descrie drept o «tarantulă morală», John Chapman consideră că ar purta o responsabilitate particulară în apariția fenomenului totalitar, iar Bertrand Russell spune că Hitler a ieșit direct din opera sa. Napoleon îl judecă în același timp drept nebun și imoral, direct responsabil de anarhia pe care o moștenise de la Revoluția franceză”⁸. Cu toate criticile aduse lui Rousseau, nu putem să nu ținem cont de

⁴ R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1992, p. 168-169.

⁵ L. Althusser, *Sur le Contrat Social*, précédé de « Troublante clarté » par Patrick Hochart, Houilles, Manucius, 2009, p. 69. Pentru analiza detaliată a articolului lui Althusser, a se vedea Giovanni Di Benedetto, *Althusser e l'impensato di Rousseau. Note di Teoria Politica*, in *Décalages*, n° 1, 2012, <http://scholar.oxy.edu/decalages/vol1/iss2/5> consultat pe 28 octombrie 2018.

⁶ K. Nabulsi, *Guerre et inégalité dans la pensée politique de Rousseau*, in *Les Études philosophiques*, 2007/4, n° 83, p. 413-424.

⁷ Idem.

⁸ Ibidem.

opera sa, complexă și impunătoare, de problemele ce nu pot fi ocolite relativ la voința generală, la formula „vor fi forțați să fie liberi”⁹.

Descoperim în Rousseau, prin opera sa, un contemporan, prin regândirea raportului nostru cu natura, prin singularitatea fiecărei subiectivități sau prin legătura necesară dintre libertatea politică și egalitatea socială. Aportul său este fundamental la formarea ideii moderne de democrație. Declarația americană de independență a acționat asupra dreptului american, fiind plasată în preambulul Constituției de la 1787 și nu a dispărut între timp din ea. Declarația franceză a cunoscut o influență intermitentă, nefigurând în constituțiile imperiale și monarhice, nici în cea a celei de-a III-a Republici, ea apărând abia în preambulul Constituției de la 1946. Dar, în timpul său, *Declarația drepturilor omului și cetățeanului* a stârnit doar entuziasm.

Revoluția franceză afirmă principiile indisociabile ale suveranității popoarelor și ale drepturilor omului, făcând din Rousseau unul dintre primii autori ai Revoluției (conform acestuia, revoluția îi permite unui popor să renască din propria-i cenușă¹⁰), căci nu există societate legitimă în afară de cea care-și dă propriile legi, care au drept obiect promovarea și garantarea drepturilor de care fiecare om trebuie să se bucure, ca ființă liberă, idei a căror paternitate este atribuită autorului nostru.

Se întâmplă rar ca un filosof să suscite lecturi atât de divergente, așa cum a făcut J.-J. Rousseau, lecturi care par să se excludă. Opera acestuia a avut un ecou considerabil influențând istoria multor popoare. Ideile rousseauiste au influențat de manieră determinantă Declarația drepturilor omului și cetățeanului de la 1789, au radiat, încă din 1776 asupra Declarației de independență a Statelor Unite ale Americii, au inspirat și legitimat multe lupte coloniale. Simón Bolívar (1783-1830), va urma din plin preceptele lui Rousseau în opera sa constituțională și politică, cu toate că în coloniile spaniole din America de Sud *Contractul social* era interzis, ceea ce nu l-a împiedicat să contribuie decisiv la emanciparea acestor colonii. Și în Indochina franceză *Contractul social* este interzis, dar Nguyen An Ninh traduce în vietnameză un extras din el, în 1926, cartea fiind considerată de indigenii care o devorează drept *Evanghelia lor socială*. Întregul Extrem Orient se va inspira din Rousseau, începând cu Japonia unde este tradusă în chineză clasică și comentată o parte din *Contractul social*, anarhiștii și cei care vor să constituie Japonia după model european făcând din el o parte din mișcarea lor. Și în China cartea este difuzată într-o perspectivă revoluționară în *Jurnalul poporului*, organ al partidului lui Sun Yat-sen care luptă pentru o republică ce va deveni

⁹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, livre I, chap. 7.

¹⁰ J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, livre II, chapitre VIII.

realitate în 1912. Și lista poate continua, numeroase fiind cazurile care se revendică din ideile propovăduite de Rousseau, tradiția umanismului juridic găsind în opera lui o dimensiune nouă, al cărei dublu fundament (antropologic și politic) va servi drept inspirator al ideii de drepturi ale omului și va marca dezvoltarea ideii drepturilor omului de prima generație.

Ideea de drept la Rousseau marchează o cotitură decisivă în istoria modernă și post-modernă a dreptului. Teoria dreptului la Rousseau se construiește plecând de la postulatul egalității și libertății tuturor oamenilor, dar nu poți fi om fără a fi cetățean, concepție ce înscrie omul în politică¹¹.

Art. 12 din Declarația drepturilor omului și cetățeanului ne spune că „Garanția drepturilor omului și cetățeanului necesită o forță publică”, art. 16 făcând din această garanție a drepturilor o exigență constituțională: „Orice societate în care garanția drepturilor nu este asigurată, nici separația puterilor determinată, n-are deloc constituție”, disociind ambiția universalistă a drepturilor și realizarea lor concretă în sânul societăților particulare. Formulele lui Rousseau sunt preluate ca atare în Declarația de la 1789: „drepturi naturale, inalienabile și sacre ale omului”, „oamenii se nasc și rămân liberi și egali în drepturi”, „legea este expresia voinței generale” etc. ... Dacă accentul este pus în primul rând pe drepturile-libertăți, pe importanța dimensiunii de cetățean ce vizează asigurarea salvagădării și efectivității drepturilor, Declarația caută să asigure protecția noii puteri contra celei vechi, contra statului, contra tiraniei și opresiunii prin introducerea referinței la „separația puterilor”. Aceasta este inspirată de Montesquieu (puterea oprește puterea) și în anumite privințe de Rousseau¹², proiectul de Declarație prezentat de Mirabeau la Comitetul celor cinci, pe 17 august 1789, folosind chiar termenii din capitolul 6 al *Contractului social*: „Orice Corp Politic primește existență de la un contract social expres sau tacit, prin care fiecare individ își pune în comun persoana și facultățile sub conducerea supremă a voinței generale și, în același timp, Corpul primește fiecare individ ca porțiune”¹³. Influența lui Rousseau asupra textului Declarației, se poate vedea în faptul că aceasta păstrează pretenția universalității drepturilor confruntată cu exigența cetățeniei, valorifică ideea limitelor legii, precum și pe cea a ordinii publice, a forței publice și a națiunii. Recurgerea la drepturile omului este mijlocul de justificare și de fondare a drepturilor cetățeanului, Declarația transformând dreptul natural în drept civil și societatea

¹¹ G. Lafrance, *L'humanisme juridique de Rousseau et l'idée des droits de l'homme*, in *Jean-Jacques Rousseau et la Revolution*, Actes du Colloque de Montreal (25-28 mai 1989) publiés et présentés par Jean Roy, in *Pensée libre*, n° 3 Association nord-américaine des études Jean-Jacques Rousseau North American Association for the Study of Jean-Jacques Rousseau, Ottawa, 1991, p. 99-105.

¹² J.-J., Rousseau, *Discours sur les sciences et les arts*, in *Œuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, T. III, p. 19.

¹³ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Livre I, Chap. 6.

naturală în societate civilă. Dar Declarația se îndepărtează de gândirea lui Rousseau în art. 2 și 17 care afirmă dreptul de proprietate, făcând din proprietate un „drept inviolabil și sacru”¹⁴. Declarația este plasată în contradicție cu idealul său universalist¹⁵: „S-ar spune că declarația voastră a fost făcută pentru o cireadă de creaturi umane plasate într-un punct al globului, și nu pentru imensa familie căreia natura i-a dat pământul drept domeniu și reședință”¹⁶.

Contractul social al lui Rousseau este considerat de contemporani drept vestibulul templului ridicat dreptului public de *Spiritul legilor* al lui Montesquieu¹⁷. Gândirea lui Rousseau a contribuit la modelarea modernității pe mai multe planuri. Am văzut că în plan politic *Declarația drepturilor omului și cetățeanului* și Revoluția franceză care a dat Republica franceză au un raport direct cu filosofia lui Rousseau, cel care a indexat principiul universalității pe principiul egalității, universalitatea nefiind posibilă fără fundamentul egalității, determinare capitală pentru înțelegerea societăților noastre contemporane.

Rousseau este cel care plasează suveranitatea nu în monarhi sau în vreo altă instanță care guvernează, ci în popor, nimeni neputând fi „mai presus de lege”, suveranitatea poporului însemnând că orice putere trebuie să fie legitimată de aceia care-i sunt supuși.

Raportarea la interioritate influențează dezvoltarea individualismului, alături de compasiune, grație lui Rousseau umanitatea omului măsurându-se în funcție de atitudinea sa de a compătimi nenorocirile semenilor. Pe plan antropologic, Rousseau consideră că omul care trăiește în societate trebuie considerat în raportul său cu natura¹⁸, care face ecou preocupărilor ecologice actuale. Lui Rousseau i se datorează luarea în considerare de către societățile noastre actuale a limitelor raționalității, adevărul fiind pus în inima individului, o rațiune detașată de orice bază afectivă având toate șansele să aducă prejudicii omului și lumii în ansamblul ei.

Doctrina drepturilor omului a cunoscut de-a lungul secolelor partizani dar și opozanți dintre cei mai ostili. Printre partizanii săi îi putem enumera, în Germania, pe Kant, Fichte și Hegel care consideră Revoluția franceză un eveniment de o importanță capitală, care vehiculează Rațiunea universală. Hegel vede în Revoluția franceză evenimentul prin care spiritul particular al poporului francez se transcende și devine un moment al spiritului

¹⁴ Art. 17 din *Declarația drepturilor omului și cetățeanului* de la 1789.

¹⁵ Robespierre, în *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, de Laponneraye, reimprimare Burt Franklin, New York, 1970, t. III. p. 353.

¹⁶ *Ibidem*, p. 354.

¹⁷ C. de Castro, *Curso de derecho constitucional*, Montevideo, «Primera parte, Introducción al curso de derecho constitucional», p. 105, 106 și 108; «Segunda parte, de los poderes constitucionales, división de los poderes públicos», p. 108-113.

¹⁸ J.-J. Rousseau, *Discours sur les sciences et les arts*, 1750.

universal: „Era în aceasta un superb răsărit. Toate ființele gânditoare au celebrat această epocă. O emoție sublimă a domnit în aceste timpuri, entuziasmul spiritului a făcut lumea să freacă, ca și cum numai în acest moment am ajuns la veritabila împăcare a divinului cu lumea”¹⁹, întreaga violență a Revoluției concurând la fondarea și înscăunarea domniei libertății. Pentru Hegel, libertatea este pe cale să se desăvârșească de-a lungul istoriei particulare a popoarelor, dar statul este „Dumnezeu pe pământ”, „realitate în act a libertății concrete”, „raționalul în sine și pentru sine”, indivizii având ca datorie supremă „să fie membri ai statului”²⁰. Această tendință este în contradicție cu teoria contractualistă a lui Rousseau care face din stat instrumentul de protecție a drepturilor omului.

Jean Rivero consideră că nu trebuie criticată distincția făcută între drepturile omului și drepturile cetățeanului, în Declarația de la 1789 cele două categorii fiind indisociabile: „numai recunoașterea drepturilor cetățeanului poate, în societatea politică, să asigure conservarea Drepturilor Omului. Astfel, este foarte puternic marcată, încă de la origine, legătura între o anumită formă de organizare a puterii - democrația - și respectarea drepturilor indivizilor”²¹, Declarația fiind concepută ca structură fundamentală a oricărei societăți ce pretinde să asigure libertatea cetățenilor și să le garanteze drepturile în calitate de oameni.

Omul este văzut de către Claude Lefort ca un om trans-istoric, concept care-i permite să ia apărarea dimensiunii sale universaliste din Declarația de la 1789, meritul acesteia constând în a fi reușit să constituie un fel de *transcendental al dreptului* care fixează a priori regulile esențiale și fundamentale oricărei jurisdicții sau legislații posibile.²²

Ostilitatea conservatorilor față de doctrina drepturilor omului va fi exprimată de Emond Burke în *Reflections on the revolution in France*²³ care nu admite demersul revoluționarilor francezi care pretind că fondează drepturile civile pe legea naturală, considerând că cele două concepte sunt eterogene și că raționalismul și individualismul au distrus credința în tradiție, singura care putea să asigure soliditatea edificiului social. El respinge deci drepturile omului, declarând că acestea nu sunt deloc înrădăcinate în natură, pusă ca principiu de filosofii școlii naturale (Grotius, Locke, Hobbes și Rousseau), ci în tradiție, ca lung proces cumulativ al obiceiurilor și experiențelor, produs al Istoriei. Hume

¹⁹ F. Hegel, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, Paris, Vrin, 1946, p. 340.

²⁰ F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Vrin, 1975, p. 258.

²¹ J. Rivero, *Les libertés publiques*, PUF, Paris, 1974, p. 69.

²² C. Lefort, *Droits de l'homme et politique*, in *Libre*, n° 7, collection Payot, 1980, p. 24.

²³ E. Burke, *Reflexions sur la révolution de la France*, Slatkine Reprints, Genève, 1980, traducerea în franceză de M. Dupont a cărții apărute în 1790 la ed. Works, în Londra.

consideră și el că simțul justiției nu are drept origine Rațiunea, ci practica și convențiile sale.²⁴ Opoziția față de Rousseau și teoria legii naturale și a dreptului natural este una totală aici, Burke declarând-o pe față: „Nu suntem adepții lui Rousseau, nici discipolii lui Voltaire ; nici Helvétius nu a fost acceptat de noi; predicatorii nu sunt ateii, și nici nebunii legiuitori. Știm că n-am făcut nicio descoperire și că nu există vreo descoperire de făcut în moralitate.”²⁵ Ostilitatea lui Burke față de principiile Declarației va fi exacerbată de Joseph de Maistre²⁶ și De Bonald²⁷ pentru care revoluția nu este altceva decât expresia răutății oamenilor, puterea fiind o instituție divină în care drepturile omului nu-și au locul, filosofia lor politică fiind fondată pe concepția ierarhică și tradiționalistă a unei societăți fondată religios.

Există o altă ostilitate față de doctrina drepturilor omului, una paradoxală, aceea a liberalilor. Jeremy Bentham²⁸ consideră că omul se definește prin nevoi, înainte de a fi definit prin drepturi și că înainte de a fi fondată pe *contractul social*, societatea este fondată pe principiul schimbului și al identității naturale a intereselor: „Fericirea publică trebuie să fie obiectul legiuitorului: utilitatea generală trebuie să fie principiul raționamentului în legislație. A cunoaște binele comunității ale cărei interese sunt în chestiune, iată ce anume constituie știința; a găsi mijloacele de a o realiza, asta-i artă.”²⁹

După criticile dreptului natural ce fondează drepturile omului, opoziția față de acestea a fost mulți ani extrem de redusă și, după cel de-al doilea război mondial, numeroase texte au venit să întărească Declarația de la 1789. Acest triumf marcant dovedește ascendentul pe care l-avut doctrina drepturilor omului asupra majorității proiectelor care au vizat să transforme radical instituțiile. Dar acest consens în considerarea aproape unanimă a drepturilor omului ca expresie a principiilor umaniste incontestabile, este minată de doctrinele fundamentaliste și religioase ce afirmă preeminența absolută a legii divine asupra legii umane. Vedem reapărând în termeni moderni antica dezbatere care-l opunea pe Platon sofștilor și care fusese odinioară depășită și rezolvată de Rousseau: „dacă legea este convențională și umană, dacă, nefiind absolută, ea poate fi schimbată, atunci s-o modificăm în funcție de interesele noastre particulare, în așa fel încât cel puternic să câștige lupta cu cel slab. (...) politica autentică trebuie, conform lui Platon și, mai târziu, conform lui Rousseau, să fie virtuoaasă, să edicteze

²⁴ D.Hume, *Traité de la nature humaine*, Aubier Montaigne, Paris, 1973.

²⁵ E. Burke, *Reflexions sur la revolution de France*, op. cit., p. 155.

²⁶ J. de Maistre, *Considérations sur la France*, J.J Pauvert, Paris, 1957.

²⁷ L. de Bonald, *La législation primitive considérée dar les derniers temps par les seules lumières de la Raison*, Paris, Le Clere, 1802.

²⁸ J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, trad. fr. 1830.

²⁹ Idem, p. 11.

legile nu în interesul câtorva, ci al Cetății întregi, în vederea a ceea ce Platon numește Binele, Agathon, a cărui posesie procură fericirea, Eudaimonia.”³⁰

³⁰ F. Farrugia, *La politique des Droits de l'Homme : une religion civile universelle. Retour sur une histoire ancienne pour éclairer un problème actuel*, in *Les cahiers psychologie politique*, numéro 27, Juillet 2015, <http://lodel.irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique/index.php?id=3128> consultat pe 28 octombrie 2018.

- Capitolul 2 Montesquieu și separația puterilor în stat

Cel care a provocat și continuă să provoace multiple interpretări, fructuoase și bogate puncte de vedere politice și doctrinare, este capitolul 6 din cartea 11 a *Spiritului legilor*, lucrare de căpetenie a lui Montesquieu, spirit care a variat în funcție de schimbările ideologice ale generațiilor care i-au urmat³¹. Acest capitol a fost și rămâne un pasaj obligatoriu în ceea ce privește libertatea politică, guvernământul moderat, relativismul democratic, căci principiul separației puterilor este un principiu politic, un criteriu obligatoriu pentru ca guvernământul să se organizeze în așa fel încât să fie imposibil arbitrariul care rezultă întotdeauna din concentrarea puterii și inexistența unui sistem de frâne și contraputeri. Obiectivul atribuit de Montesquieu acestei teorii este de a ajunge la echilibrul diferitelor puteri: „Pentru a nu putea abuza de putere, trebuie ca, prin dispoziția lucrurilor, puterea să oprească puterea”³². Acest principiu nu este însă o axiomă juridică, impusă cu necesitate organizării oricărui sistem guvernamental, ci un criteriu, printre altele posibile, de structurare a sistemelor guvernamentale. Dar, pentru organizarea guvernământului unui stat de drept care să garanteze coexistența liberă și pacifică a persoanelor, acest criteriu se transformă în principiu de neocolit.

Aplicarea sau chiar înțelegerea diferită a principiului separației puterilor ori negarea acestui principiu ca fundament al statului conduce la clasificarea regimurilor politice: regimuri bazate pe separația puterilor în stat (separația poate fi rigidă sau strictă ori separație suplă, bazată pe colaborarea puterilor) și regimuri bazate pe confuziunea puterilor în stat, deci prin infirmarea principiului separației (confuziunea este fie în favoarea executivului - monocrația³³, monarhia absolută, teocrația³⁴ și tirania³⁵, alături de formele contemporane numite generic dictaturi³⁶; fie în favoarea legislativului – regimul convențional de intenție sau

³¹ R. Blanco Valdes, *El valor de la Constitución, separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994; A. Renzi Segura, *Montesquieu: el profeta de la Libertad*, Revista de Derecho, jurisprudencia y administración, t. 58, p. 29-33, Montevideo, 1962; J.A. Cagnoni, *Sentido y valor actual de la división de poderes*, Revista del Centro Latinoamericano de Economía humana, n°15, Montevideo, iulie-septembrie 1980.

³² Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Livre 11, chap. 4.

³³ M. Prélôt, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1961.

³⁴ Ch. Debbasch, J.-M. Pontier, J. Bourdon, J.-C. Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, Paris, 2001.

³⁵ M. Prélôt, J. Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1990, p. 126-127.

³⁶ M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1973, p. 482; M. Prélôt, J. Boulouis, *op. cit.*, 1990, p. 129.

de fapt)³⁷. Regimul prezidențial (prezidențialismul și regimul prezidențial propriu-zis), este forma pe care o poate îmbrăca separația strictă a puterilor, în timp ce separația suplă ia forma regimului parlamentar (monist sau dualist ori parlamentarismul raționalizat). Regimul semiprezidențial este o formă hibridă între regimul parlamentar și cel prezidențial.³⁸

Este motivul pentru care criticile filosofice, juridice și terminologice care s-au succedat în acest subiect, oricât de interesante și de savante ar fi ele, rămân nepertinente din punct de vedere politic și nu afectează adevărul istoric, pragmatic și real al acestui principiu politic, dacă se dorește să se țină cont de ce trebuie să fie statul de drept, democrația și apărarea libertății. În statul de drept, fie că este vorba despre monarhia constituțională modernă sau de o republică democratică, ca și în regimurile parlamentare sau cele prezidențiale, principiul separației puterilor este întotdeauna valid. Ceea ce este important, indiferent că este vorba de formele sale rigide sau suple, este înțelegerea faptului că separația puterilor presupune doar acordarea preferențială, și niciodată exclusivă, a uneia dintre funcțiile juridice ale statului fiecăreia dintre puteri. De asemenea, trebuie să înțelegem că există o coordonare și un control reciproc al puterilor, oricare ar fi forma de guvernământ.

Separația puterilor a suscitat multe controverse în timp, fapt ce a făcut să se constate că este limitată, ea nemaifiind în zilele noastre aceeași ca odinioară. Expansiunea universală a conceptului de stat de drept democratic poartă cu sine acceptarea principiului separației puterilor, reelaborat și gândit în funcție de noile realități politice, de exigențele și tradițiile proprii ale statelor, progresul, democrația și libertatea fiind strâns legate de acest principiu pe care Montesquieu l-a expus și l-a favorizat pe la mijlocul secolului al XVIII-lea³⁹. Deja din acel secol, doctrina nu admitea, după modelul lui J.-J. Rousseau⁴⁰, că suveranitatea ar fi dezmembrată între puteri independente, separația puterilor devenind „esențialmente un

³⁷ Vezi D.C. Dănișor, *Statul. Drept constituțional și instituții politice*. Volumul II, ed. a doua revăzută, Editura Simbol, Craiova, 2018, p. 615 și urm.

³⁸ Idem, p. 615-631.

³⁹ H. Fix Zamudio, *Valor actual del Principio de la División de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917*, Boletín del Instituto de derecho comparado de México, Año XX, n° 58-59, México, 1967; L. Sanchez Agesta, *Poder ejecutivo y división de poderes*, Revista española de derecho constitucional, n° 3, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1981, și *División de poderes y poder de autoridad del derecho*, Revista española de derecho constitucional, n° 25, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1989; C.R. del Castillo, *La Doctrina de Montesquieu, Valor actual*, Madrid, Academia de ciencias morales et políticas, 1948; J. Cagnoni, *Sentido y valor actual de la división de poderes*, Revista del Centro latinoamericano de Economía humana, n°15, Montevideo, 1980; T. Cavalcanti, *O Principio de separação de poderes e sus modernas applicacoes*, in *Cinco Estudos*, Rio de Janeiro, Fundacao Getulio Vargas, 1980.

⁴⁰ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, 1762.

simbol al libertăților noastre ce face parte din mitologia politică”⁴¹. Acest lucru se explică prin faptul că se constată că fiecare dintre cele trei funcții nu mai aparține cu necesitate exclusiv unui organ determinat: funcția legislativă este exersată concurrent de Parlament (legi) și de Guvern (ordonanțe)⁴²; funcția de a judeca nu mai este apanajul exclusiv al puterii judiciare, veritabila problemă constând mai puțin în „a face să se respecte o separație a puterilor devenită imposibilă, cât în a salvarda dificilul echilibru între diferitele funcții ale statului”⁴³.

Începând cu secolul al XIX-lea, există tendința să se adauge noi puteri la cele trei pe care le-a consacrat Montesquieu. După ce s-a făcut distincția între puterea executivă și cea regală, s-a început să se vorbească despre puterea neutră a monarhului constituțional sau a majorității președinților Republicii. Apoi a venit la rând separația verticală între statul federal și părțile sale, vorbindu-se despre puterea municipală a statelor federate, a Länder-urilor sau a regiunilor autonome⁴⁴, nemaivorbind despre participarea la guvernanța administrativă, comunitară sau internațională a întregii constelații de puteri publice și private.⁴⁵ La lista puterilor au început să fie adăugate tot felul de puteri: după cea de-a patra putere în stat, presa, au început să fie adăugate la listă toate puterile sociale (economice, financiare, științifice, culturale), căci „pluralismul social devine atunci orizontul inevitabil al viitorului separației puterilor, așa cum particularismul corpurilor intermediare era în trecutul său”⁴⁶.

După cel de-al doilea război mondial, odată cu difuzarea planetară a controlului de constituționalitate a legilor, puterea judecătorească devine incontestabilă, spre deosebire de ceea ce preconiza Montesquieu când făcea din ea o putere nulă, pe care o atribuia juraților. S-a vorbit chiar de guvernământul judecătorilor, căci judecătorii au continuat să facă ceea ce au făcut întotdeauna, să interpreteze dreptul și, prin intermediul interpretării, să participe la producerea dreptului, fiind o sursă a dreptului prin intermediul jurisprudenței.⁴⁷ Dacă separația puterilor ar fi incompatibilă cu guvernământul judecătorilor, nu același lucru putem spune despre participarea judecătorilor la producerea dreptului și la garantarea drepturilor.

⁴¹ P. Roger, *Institutions judiciaires*, Paris, Montcherstien, 7e édition, 1995, p. 26.

⁴² Cu titlu de exemplu, a se vedea articolul 25 din legea franceză nr. 96/06 din 18 ianuarie 1996 de revizuire a Constituției din 2 iunie 1972.

⁴³ R. Perrot, *op.cit.*, p. 27.

⁴⁴ Vezi C. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* [1937], Boston (UK), Ginn, 1949, p. 173; și, pentru zilele noastre, G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milan, Giuffrè, 2001, p. 11-12.

⁴⁵ M. Barberis, *Le futur passé de la séparation des pouvoirs*, *Pouvoirs*, 2012/4 (n° 143), p. 5-15.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, p. 1 și urm., și *Séparation des pouvoirs*, in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 705 și urm.

Teama de acest guvernământ se explică istoric, textele dorind să evite ca judecătorul să devină legiuitor⁴⁸, neputându-se opune aplicării legii, chiar dacă aceasta i s-ar părea inoportună, nefastă sau prost făcută, cu toată puterea care îi este recunoscută în aprecierea ilegalității unui text de lege sau puterea de interpretare a legilor.

Faptul că nerespectarea principiului separației puterilor nu este lovită de nicio sancțiune, face ca acesta să nu aibă forță obligatorie, suveranitatea legiuitorului fiind mai puternică decât principiul⁴⁹.

Dreptul constituțional francez este influențat de Montesquieu prin incidența sa ideologică în ceea ce privește puterea și limitarea sa⁵⁰ (politica Revoluției franceze). Declarația drepturilor omului și cetățeanului și Constituția de la 1791 sunt marcate în mod clar și decisiv de gândirea acestui filosof, influență ce rezultă din teoria necesarei divizări a puterilor, exigență indispensabilă existenței formelor politice moderate în care *puterea oprește puterea* pentru domnia unei libertăți efective a individului. Aceasta este partea „cea mai durabilă și cea mai importantă a operei lui Montesquieu”⁵¹.

Puternic influențat de gândirea lui Montesquieu, articolul 16 din Declarația drepturilor omului și cetățeanului afirmă: „Orice societate în care garanția drepturilor omului nu este asigurată, și nici separația puterilor determinată, nu are deloc constituție”. Conform acestui articol, separația puterilor este calificată drept „principiu”⁵², arătând influența ideologică a lui Montesquieu asupra chestiunii organizării constituționale a puterilor, a duratei lor, a echilibrului și protecției drepturilor omului. Fără constituție, această protecție pare imposibilă, dar asigurarea acestei protecții trebuie asigurată și prin separația puterilor⁵³. În Franța, acest principiu este asimilat plecând de la art. 16 al Declarației drepturilor omului și cetățeanului, declarație care constituie Preambulul Constituției franceze de la 1791⁵⁴. Aceasta

⁴⁸ R. Perrot, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁹ Ch. Lemieux, *Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste*, in , n° 29, 1998-1999, p. 229.

⁵⁰ A. Verdross, *La Filosofía del Derecho del Mundo occidental*, México, Unam, 1983, p. 234 și 238.

⁵¹ G. Mosca, *Histoire des idées politiques*, Paris, Payot, 1965.

⁵² Textul discuției relative la proiectul a ceea ce trebuia să devină mai apoi art. 16 din Declarație în lucrarea lui S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, «Pluriel», 1998 p. 252-253.

⁵³ G. Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Revue de droit public et de la science politique, Paris, 1902; É. Boutmy, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, Annales des sciences politiques, Paris, 1902, reluat în *Études politiques*, Paris, Armand Colin, 1907; S. Rials, *op. cit.*, p. 355-364, L., *La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, Paris, Larose, 1983.

⁵⁴ M. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, t. I, Paris, Armand Colin, Recueil Sirey, 1932, p.76; L. Duguit, *La séparation des pouvoirs dans la constitution de 1791*, *Manuel de droit constitutionnel*, 3e édition, Paris, De Boccard, 1918.

se referă expres la cele trei puteri în Titlul său III *Despre puterile publice*, în art. 3 referindu-se la „puterea legislativă”, în art. 4 la „puterea executivă” și în art. 5 la „puterea judiciară”.⁵⁵

Influența lui Montesquieu depășește limitele dreptului constituțional francez, cunoscând o largă difuzare în dreptul constituțional al Statelor Unite ale Americii, din care se inspiră dreptul constituțional al Spaniei și, prin ricoșeu, al Americii latine (spaniole)⁵⁶. Receptarea normativă a principiului enunțat de Montesquieu în țările Americii latine s-a făcut în mare parte prin intermediul modelului primelor constituții americane și al constituției federale de la 1787, constituții care pun în evidență importanța determinantă a acestui principiu pentru dreptul constituțional al Statelor Unite ale Americii.

În Spania, la sfârșitul secolului al XVIII-lea și începutul secolului al XIX-lea, penetrează gândirea lui Montesquieu asupra guvernământului moderat - limitarea puterii statului, separația și echilibrul puterilor, filozofie ce va influența decisiv procesul constituțional care a culminat, în 1812, cu Constituția de la Cadiz⁵⁷. Comisia care a redactat constituția menționează în mod special și în repetate rânduri separația și echilibrul puterii, fără a-l cita pe Montesquieu, dar uzând de o frază pe care a luat-o textual din *Spiritul legilor*, după cum reiese din *Discursul preliminar* redactat de Argueyes⁵⁸. Principiul separației puterilor este prezent, alături de gândirea Enciclopediștilor francezi, în gândirea politică a Revoluției ibero-americane. Intențiile, inițiativele și proiectele constituționale ale epocii, pentru împiedicarea despotismului și arbitrariului, sunt impregnate de ideile lui Montesquieu despre libertatea politică, guvernământul moderat, separația și echilibrul puterilor. Pentru statele noi care și-au câștigat independența în America latină, referința la Montesquieu este incontornabilă în procesul formării lor constituționale⁵⁹, întregul constituționalism latino-american reclamându-se din principiul separației puterilor⁶⁰. Citat sau nu, din Rio Grande în Rio de la Plata, din Mexic până în Chile, Montesquieu este cel din care se reclamă organizarea puterilor în guvernământul constituțiilor ieșite din Revoluțiile și Independența

⁵⁵ F. Furet, R. Halévi, *La Monarchie républicaine, «La constitution de 1791»*, Paris, Fayard, 1996, p. 189, 232, 236.

⁵⁶ P.M. Spurlin, *Montesquieu in America (1760-1801)*, Louisiana State University, 1940; și, de același autor, *L'influence de Montesquieu sur la constitution américaine*, in *Actes du Congrès Montesquieu* (1955), Bordeaux, Delmas, 1956.

⁵⁷ M. Fernandez Almagro, *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona, Labor, 1928, p. 29, 89-90, 97-99.

⁵⁸ M. Fernandez Almagro, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁹ A. Gonzalez, *Las Primeras Fórmulas constitucionales en los países del Plata (1810-1814)*, 2e éd., Montevideo, Barreiro y Ramos, 1962.

⁶⁰ M. Fraga Iribarne, *La evolución de las ideas de Bolívar sobre los poderes del Estado y sus relaciones*, in *El pensamiento constitucional de Latinoamérica, 1810-1830*, Caracas, Academia nacional de la Historia, MCMLXII, t.IV, p. 65 și urm.

țării Americii latine, al căror principiu este cel al separației puterilor simbolizat de Montesquieu.

Din exemplele pe care le-am prezentat mai sus vedem că plecând de la principiul separației puterilor al lui Montesquieu, ultimele secole au schimbat totul, ultimii cincizeci de ani trăind metamorfoza statului, de la statul legislativ, național, democratic și legicentric trecându-se la statul constituțional, din ce în ce mai integrat în comunitatea europeană, internațională și globală.⁶¹Judecătorii au participat întotdeauna la producerea dreptului, ca interpreți ai legii⁶², separația puterii judiciare pe care o propovăduiește Montesquieu nefiind decât o excepție mai degrabă aparentă decât reală.

Dogmă politică și instituțională, principiul separației puterilor, a fost acceptat, venerat și aplicat de întreaga gândire constituțională a secolului al XIX-lea în Europa liberală, în Statele Unite ale Americii și în America latină. Începând cu secolul XX, principiul este pus în discuție și asistăm la revizuirea sa critică în materie de constituție și de doctrină democratică, prin accentuarea elementelor de cooperare și de echilibru între puteri și prin distincția tehnică între conceptele de separație, de divizare, de coordonare și de conținut juridic. Dar fiind asimilat garanției supreme a libertății, principiul continuă să fie acceptat în practica constituțională democratică europeană, nord-americană și latino-americană.

Departate de a fi o „noțiune elastică” cu „caracter pur retoric”⁶³, o „concepție mitică care, de mult timp nu mai are niciun fel de raport cu realitatea”⁶⁴, sau „altarul viu al unui cult dispărut”, separația puterilor a devenit o normă constituțională care mai are multe zile de trăit. Astăzi puține țări îndrăznesc să nu se reclame ca democratice, căci trilogia seculară a regimurilor politice a făcut ca democrațiile occidentale moderne să aibă ca cheie de boltă teoria separației puterilor a lui Montesquieu.

⁶¹Vezi B. Ackermann, *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, n° 113, 2000, p. 633 și urm.

⁶²Vezi G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.

⁶³ P. Avril, *La séparation des pouvoirs est-elle un concept opératoire?*, contribution au VIIème Congrès français de Droit constitutionnel organisé à Paris du 25 au 27 sept. 2028 octobre 2018 la adresa <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/Avril.html>.

⁶⁴ P.-H. Teitgen *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, La Documentation française, 1987, p.148, în care estimează, în legătură cu proiectul de Constituție pentru cea de-a V-a Republică, că este vorba despre o „reîntoarcere la vechea doctrină a lui Montesquieu despre separația strictă a puterilor”.

- Capitolul 3. **Auguste Comte, pozitivismul juridic și reflecția asupra drepturilor omului**

De ce merită pozitivismul să fie apărat? Unii autori, precum Herbert L.A. Hart, „văd în pozitivism condiția posibilității de a nu te supune unor legi inacceptabile, deoarece, într-o perspectivă pozitivistă, legile nu au nicio validitate eternă și independentă de intervenția omului”⁶⁵, pe când alții, precum Bentham, văd în pozitivism teoria ce permite conceperea reformelor sau consideră, ca Waldron, că acesta ajută la înțelegerea importanței dreptului. Dar cum anume gândește pozitivismul drepturile omului? Constatând că drepturile omului sunt instrumente politice care pot uneori să meargă în contra dreptului, pozitivismul preconizează că ceea ce trebuie să fie omul, natura sa, „trebuie să se actualizeze într-un bun regim politic, democrația, și în dreptul pozitiv ce trebuie să respecte un drept fundamental anterior lui, un drept al omului *de la natură*”⁶⁶. În Declarația drepturilor omului și cetățeanului religiosul nu este încă evacuat din politic, ci este consolidat: „Ideea unei Ființe supreme este un rapel continuu la justiție, ea este deci socială și republicană”⁶⁷. Funcția acestui recurs la un Absolut, oricum s-ar numi el, este de a fonda dreptul și a legitima politica înfăptuită. Această sacralizare va fi regăsită în sociologia și religia pozitivistă a lui Auguste Comte care, după ce a inventa-o s-a făcut papă. Spiritul pozitiv al lui Comte este puternic încărcat de această teologie și de această metafizică pe care pretinde că le-a depășit.

De mai bine de două secole teoria drepturilor este traversată de dezbaterea care-i opune pe cei care cred că drepturile sunt expresia voinței individului (obiectivul este de a-l proteja contra statului sau contra celorlalți⁶⁸) și cei care cred că drepturile fac parte din țesătura juridică pozitivă, existând pentru a proteja interesele celor care nu pot să se exprime pentru a cere ceea ce le este datorat.

⁶⁵ A. Zielinska, *Les droits de l'homme : un cas limite pour le positivisme juridique*, in Tracés. Revue de Sciences humaines, nr. 27/2014, consultat pe 28 octombrie 2018. <http://journals.openedition.org/traces/6105>

⁶⁶ F. Farrugia, *La politique des Droits de l'Homme : une religion civile universelle. Retour sur une histoire ancienne pour éclairer un problème actuel*, in Les cahiers psychologie politique, numéro 27, Juillet 2015. <http://lodel.irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique/index.php?id=3128> consultat pe 28 octombrie 2018.

⁶⁷ Robespierre este la originea cultului Ființei supreme prin care pretinde că dă virtuții, principiu și resort al guvernământului Popular, un fundament metafizic, Esențialul ideilor sale este conținut în discursul său 7 mai 1794.

⁶⁸ H. Steiner, *An Essay on Rights*, Oxford, Wiley, 1994.

Doctrina pozitivistă interzice, de la început, orice interogație fundamentală, ceea ce face ca asupra legii să apese o grea suspiciune: aceea că aceasta ar ajunge să sfideze, „prin ariditatea contradictorie și mortală a voinței sale scientiste, idealitatea și valorile umanismului”⁶⁹. Deoarece pozitivismul juridic ar fi singurul care ar vorbi despre adevăratul drept, apărându-se de orice impuritate ideologică și metafizică⁷⁰, juristul ar trebuie să rămână neutru⁷¹.

Pozitivismul desemnează fie o postură ideologică ce preconizează supunerea la dreptul pozitiv, indiferent de conținutul acestuia, fie o teorie conform căreia dreptul este produsul singurei voințe a statului, fie un angajament metodologic și epistemologic ce structurează activitatea științifică în jurul principiilor neutralității axiologice și a lipsei judecăților de valoare, prin descrierea dreptului așa cum este, și nu așa cum ne-ar plăcea nouă să fie. De aici tensiunile repetate între pozitivism și drepturile omului, ale căror raporturi apar la prima vedere conflictuale, dacă nu chiar antagoniste.

După cum a arătat Michel Troper, dacă „expresia «drepturile Omului» desemnează drepturile pe care oamenii le-ar poseda și le-ar exersa independent de stat [...], atunci, din punct de vedere strict pozitivist, problema este foarte repede rezolvată: nu există deloc drepturi ale Omului”⁷². Apoi, drepturile omului își află sursa în gândirea iusnaturalistă, scopul oricărei asocieri politice fiind „conservarea drepturilor naturale și imprescriptibile ale omului”⁷³, în timp ce pozitivismul s-a interesat de structura și forma sistemului juridic mai degrabă decât de conținutul exprimat de normele care-l compun, indiferență ce a fost interpretată ca „o veritabilă ostilitate față de drepturile Omului”⁷⁴.

Drepturile omului sunt fructul paradoxal al raționalismului modern. Destinate să limiteze puterea legislativă (în Declarațiile americană și engleză), acestea s-au dezvoltat (începând cu Declarația drepturilor omului și cetățeanului de la 1789) într-un context normativ care, reducând dreptul la lege, îl face dependent de aceasta, legea fiind redusă la legea pozitivă ce emană de la pura voință a legiuitorului. Într-un astfel de sistem, niciun drept nu există care să nu decurgă din legea unui stat, iar drepturile fundamentale nu scapă nici ele

⁶⁹ S. Goyard-Fabre, *L'illusion positiviste*, in Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 374.

⁷⁰ C. Atias, *Fonder le droit ? (Simples propos extra petita et obiterdictum sur les contradictions du positivisme juridique)*, in Mélanges Paul Amselek, op. cit., p. 31.

⁷¹ M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit* (t. 1), *Les moyens du droit* (t. 2), Dalloz, Réédition, 2001, p. 137.

⁷² M. Troper, *Le positivisme et les droits de l'Homme*, in B. Binoche, J.-P. Cléro (dir.), *Bentham contre les droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2007, p. 233.

⁷³ Declarația drepturilor omului și cetățeanului de la 1789, art. 2.

⁷⁴ M. Troper, *Le positivisme et les droits de l'Homme*, op. cit., p. 232.

acestei dependențe. În calitate de drepturi subiective, ele nu sunt altceva decât puteri recunoscute de o normă juridică unui subiect de drept, el însuși definit doar prin dreptul obiectiv a cărui existență ar fi recunoscută și care constituie legea pozitivă a unui stat. Dar cum să fondezi o normă juridică „ce poate constitui o ordonanță a libertății, a demnității umane și a drepturilor omului?”⁷⁵ Pe ce să fondezi o astfel de normă dacă drepturile omului nu au existență decât în raport cu un sistem juridic pe care au vocația să-l tranșează? Chiar dacă drepturile omului preexistă normei care le declară, „această preexistență nu are efect juridic în măsura în care, în calitate de drepturi subiective, drepturile omului nu sunt opozabile decât în cadrul unei ordini juridice”⁷⁶. Ordinea juridică, ce le asigură și le garantează efectivitatea, primează întotdeauna, numai într-o ordine juridică declarațiile dreptului putând să figureze. Kelsen este cel care concepe ierarhia normelor ca pe o piramidă, care pretinde să fondeze legitimitatea drepturilor pe juridicitatea normei care le declară, drepturile fundamentale fiind absorbite în realitate de o lege care nu cunoaște altă limită în afară de ea însăși, ceea ce-l face să fie calificat drept pozitivist normativist. La Kelsen, referința la drepturile omului se înscrie într-o problematică mult mai generală. Abordarea formală a dreptului de către acesta și definiția sa procedurală a democrației îl face să nu aibă nicio considerație pentru drepturile Omului, acestea nefiind decât niște elemente contingente. Norberto Bobbio reia și prelungește critica fundamentelor iusnaturaliste ale dreptului inițiată de Kelsen, erijând drepturile Omului într-un element central al teoriei sale politice, în special a teoriei sale asupra democrației. Cu toate că ambii critică fundamentelor iusnaturaliste ale drepturilor omului, oferă o reintegrare a acestor drepturi în construcțiile lor teoretice⁷⁷, legându-le de contingența istorică. Astfel, afirmarea lor variază de-a lungul istoriei și în funcție de statele luate în considerație. Drepturi care în secolul al XVIII-lea erau declarate ca sacre și inviolabile (proprietatea, de exemplu) sunt supuse ulterior unor limitări substanțiale. În plus, drepturi pe care declarațiile secolului al XVIII-lea nu le menționau (drepturile sociale, de exemplu), sunt mai apoi proclamate în numeroase declarații. Concluzia care se trage de aici este că niciun drept nu este prin natura sa fundamental, căci ceea ce este considerat fundamental într-o anumită perioadă istorică și de o anumită civilizație, nu este fundamental într-o altă epocă și într-o altă cultură, fiind îndoielnic că s-ar putea „da un

⁷⁵ Papa Benedict al XVI-lea în Discursul pe care trebuia să-l pronunțe Sapienza pe 17 ianuarie 2008.

⁷⁶ V. Champeil-Desplats, *Kelsen et Bobbio, deux regards positivistes sur les droits de l'Homme*, http://www.droitphilosophie.com/app/webroot/upload/files/pdf/DP8-T08_Champeil_Desplats.pdf

⁷⁷ Vezi în acest sens O. Jouanjan, *Une alternative à l'opposition positivisme/jusnaturalisme. Sur l'École historique du droit*, D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le Droit, de quelle Nature ?*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 3.

fundament absolut unor drepturi relative istoric”⁷⁸. Un alt motiv pentru respingerea posibilității unui fundament absolut al drepturilor omului provine din eterogenitatea ideologică a acestora și din faptul că fiecare drept al omului poate exprima valori antinomice și antagoniste cu alte drepturi, valori ce sunt susceptibile de a fi invocate, rând pe rând sau concomitent de același individ. De exemplu, fiecare poate să apere drepturi sociale și colective și să afirme atașamentul său față de proprietatea privată și libertățile individuale.⁷⁹

Drepturile omului sunt, pentru pozitivismul metodologic, unul dintre obiectele științei dreptului, în măsura în care ele nu sunt drepturi ale omului decât dacă sunt drepturi. De altfel, pozitivității pot afirma „toate formele de judecăți politice și de evaluare asupra fiecărui sistem juridic, inclusiv asupra protecției unui sistem pozitiv de valori pe care-l apără filosofia drepturilor omului”⁸⁰.

Filosofia drepturilor omului vizează, în calitate de filozofie politică, consacrarea de către sistemul de drept pozitiv a acestor drepturi, făcând din ele drepturi în sensul pozitivistilor, fără de care discursul asupra drepturilor omului n-ar fi decât un demers estetic: „chiar atunci când aceste pretinse drepturi ar fi juste sau evidente, ele nu sunt, lipsite de efectivitate, nimic altceva decât cuvinte, cu întreaga forță politică și simbolică, totuși, a discursului”⁸¹. Pozitivismul metodologic este cel care permite conceperea efectivității drepturilor omului în primul rând prin căutarea consacrării lor în textele de drept pozitiv, consacrare ce se realizează odată cu emergența concepției moderne a democrației procedurale fondate pe structura ierarhizată a normelor juridice. Aceasta a permis înscrierea drepturilor omului în documente normative ierarhic mai înalte și instituirea unor sisteme jurisdicționale de control al respectării normelor de către autorități (publice, administrative și legislative), deoarece marile declarații ale epocii moderne (Bill of Rights, declarațiile americane revoluționare și cele franceze) avuseseră inițial o forță limitată și contestată care nu garanta efectivitatea drepturilor afirmate în ele. Se înregistrează astfel o mutație în concepția filosofică a drepturilor omului, statul fiind invitat să le protejeze efectiv și să le promoveze activ prin instituirea unor tehnici juridice care să ia în considerație efectul orizontal al

⁷⁸ N. Bobbio, *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 5.

⁷⁹ L. Thévenot, *L'action au pluriel. Sociologie des régimes d'engagement*, Paris, La Découverte, 2006.

⁸⁰ E. Millard, *Le positivisme et les droits de l'Homme. Jurisprudence*, in *Revue critique*, Université de Savoie, 2010, 1, p. 47.

⁸¹ Idem, p. 48; vezi și, de același autor, *L'effectivité des droits de l'homme (V°)*, in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, St. Rials, F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

drepturilor omului în relațiile între particulari prin instituirea unor politici de educație în privința problematicilor drepturilor omului.

În această viziune, drepturile omului întrețin o relație dialectică cu conceptul de democrație, putând face obiectul unei protecții juridice pozitive. Democrația este cea mai bună formă de garantare a drepturilor și libertăților, nu din cauza esenței sale ontologice⁸², ci a regulilor procedurale care o configurează, ceea ce face ca democrația să poată fi cel mai bun regim care rezultă din configurarea specifică a normelor juridice, formă de „guvernământ justă” în măsura în care apără libertatea individuală și este sinonimă cu toleranța.⁸³ Sistemele democratice atașate drepturilor omului înregistrează, ca element de efectivitate, dreptul la recurs care să permită un proces echitabil, în fața unui tribunal independent și imparțial instituit prin lege, care să le permită victimelor să li se constate încălcarea acestor drepturi și să scoată consecințe din această încălcare prin posibilitatea accesului la o jurisdicție supranațională (Convenția de la Roma din 4 noiembrie 1950), ca sistem de control al respectării drepturilor omului. Din acest punct de vedere, „nu există drepturi ale omului care să nu fie drepturi pozitive”⁸⁴.

Pozitivismul metodologic nu este deci un pericol pentru drepturile omului, permițând o mai bună protecție a acestora prin analiza condițiilor tehnice necesare consacrării lor reale, neputând exista vreo teorie politică a drepturilor omului care să nu fie una a efectivității acestora. „Drepturile Omului, democrația și pacea sunt trei momente necesare ale aceleiași mișcări istorice: fără drepturi ale omului recunoscute și efectiv protejate nu există democrație; fără democrație, nu există condițiile minimale pentru rezolvarea pașnică a conflictelor care survin între indivizi, între grupuri și între aceste mari grupuri care sunt statele”⁸⁵, recunoașterea și protecția drepturilor omului fiind baza constituțiilor democratice moderne⁸⁶.

⁸² H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, [1929], Paris, Dalloz, 2004, p. 64 și urm.

⁸³ H. Kelsen, *What is justice?*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 10 și p. 23.

⁸⁴ Eric Millard, *Le positivisme et les droits de l'Homme. Jurisprudence. Revue critique, op. cit.*, p. 51.

⁸⁵ N. Bobbio, *L'Età dei diritti, op. cit.*, p. IX-X.

⁸⁶ *Ibid.*, p. VII.

Concluzie

Din toate cele prezentate concluzionăm că nu se poate ține un discurs unitar asupra drepturilor omului, deoarece culturile juridice ale timpului nostru, ca de altfel ale tuturor timpurilor, nu sunt omogene. Proclamată cu forță la sfârșitul secolului al XVIII-lea, ideologia drepturilor omului a devenit astăzi un fel de religie civilă, care inspiră revendicări de orice natură, cântărind asupra vieții statelor și impunându-se în relațiile internaționale.

Astăzi, ca și în trecut, „nu trebuie să subestimăm opoziția, reticențele, reaua voință pe care le-ar întâlni noile principii ale libertății și ale drepturilor omului. Regimurile drepturilor omului nu s-au implementat dintr-o dată. Au trebuit ani, uneori chiar decenii pentru a realiza principiile enunțate în texte. Chiar și atunci când drepturile omului sunt proclamate și afirmate în Constituții, ele nu sunt, din acest motiv, respectate.”⁸⁷

Am considerat că pentru a gândi drepturile omului astăzi a trebuit să revenim asupra modernității care a fost locul de emergență al acestora⁸⁸, înrădăcinarea discursului drepturilor omului în această epocă istorică care, teoretic și practic, a operat cele mai radicale negări ale drepturilor omului (a se vedea istoricismul, cu negarea oricărei transcendențe a dreptului, dar și totalitarismul), făcând contemporaneitatea să înceapă să le elibereze de modernitate pentru a le garanta mai bine vocația spre universalitate și a le apăra. Dacă modernitatea este caracterizată pe de o parte drept individualistă, constând în eliberarea individului de sub tutela și dependențele sociale multiple, ea este caracterizată și drept universalistă, prin eliberarea individului de propria sa condiționare idiosincrazică. „Individualismul și universalismul sunt cele două caracteristici fundamentale ale modernității, ca operațiune istorică de eliberare socială și individuală.”⁸⁹

⁸⁷ A. Leventis, *À la recherche des droits de l'homme*, in *Courrier de l'UNESCO*, novembre 1952, <https://fr.unesco.org/courier/novembre-1952/recherche-droits-homme> consultat pe 28 octombrie 2018.

⁸⁸ L. Ferry, A. Renaut, *Le fondement universel des droits de l'homme*, in *Communications*, 43, 1986. *Le croisement des cultures*, p. 27.

⁸⁹ V. Citot, *Le processus historique de la Modernité et la possibilité de la liberté (universalisme et individualisme)*, in *Le Philosophoire* 2005/2 (n° 25), p. 35-76.

V. Bibliografie

- Ackermann B., *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, n° 113, 2000.
- Althusser L., *Sur le Contrat Social*, précédé de « Troublante clarté » par Patrick Hochart, Houilles, Manucius, 2009.
- Arendt H. (1986 [1951]), *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Munich, Piper. [*Les origines du totalitarisme 2: L'impérialisme*, trad. fr. de M. Leiris, Paris, Fayard, 1984]
- Atias C., *Fonder le droit ? (Simples propos extra petita et obiterdictum sur les contradictions du positivisme juridique)*, in Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005.
- Avril P., *La séparation des pouvoirs est-elle un concept opératoire?*, contribution au VIIème Congrès français de Droit constitutionnel organisé à Paris du 25 au 27 sept. 2018 octobre 2018.
- Barberis M., *Le futur passé de la séparation des pouvoirs*, Pouvoirs, 2012/4 (n° 143).
- Barberis M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, p. 1 și urm., și *Séparation des pouvoirs*, in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012.
- Bentham J., *Traité de législation civile et pénale*, trad. fr. 1830.y
- Bobbio N., *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
- Bognetti G., *La divisione dei poteri*, Milan, Giuffrè, 2001.
- Boutmy É., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, Annales des sciences politiques, Paris, 1902, reluat în *Études politiques*, Paris, Armand Colin, 1907.
- Brunkhorst H., *Droits de l'homme et souveraineté – un dilemme ?*, Trivium, nr. 3/2009, consultat pe 28 octombrie 2018. <http://journals.openedition.org/>
- Burke E., *Reflexions sur la révolution de la France*, Slatkine Reprints, Genève, 1980, traducerea în franceză de M. Dupont a cărții apărute în 1970 la ed. Works, în Londra.
- Cagnoni J.A., *Sentido y valor actual de la división de poderes*, Revista del Centro latinoamericano de Economía humana, n°15, Montevideo, 1980.
- Cavalcanti T., *O Principio de separacao de poderes e sus modernas applicacoes*, in *Cinco Estudos*, Rio de Janeiro, Fundacao Getulio Vargas, 1980.
- Dănișor D.C., *Statul. Drept constituțional și instituții politice*. Volumul II, ed. a doua revăzută, Editura Simbol, Craiova, 2018.
- de Bonald L., *La législation primitive considérée dar les derniers temps par les seules lumières de la Raison*, Paris, Le Clere, 1802.
- de Castro C., *Curso de derecho constitucional*, Montevideo, 1887.
- de Maistre J., *Considérations sur la France*, J.J Pauvert, Paris, 1957.
- Debbasch Ch., Pontier J.-M., Bourdon J., Ricci J.-C., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, Paris, 2001.
- del Castillo C.R., *La Doctrina de Montesquieu, Valor actual*, Madrid, Academia de ciencias morales et políticas, 1948.
- Derathé R., *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1992, p. 168-169.
- Deslandres M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, t. I, Paris, Armand Colin, Recueil Sirey, 1932.
- Di Benedetto G., *Althusser e l'impensato di Rousseau. Note di Teoria Politica*, in *Décalages*, n° 1, 2012.
- Duguit L., *La séparation des pouvoirs dans la constitution de 1791, Manuel de droit constitutionnel*, 3e édition, Paris, De Boccard, 1918.
- Duverger M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1973.

- Farrugia F., *La politique des Droits de l'Homme : une religion civile universelle. Retour sur une histoire ancienne pour éclairer un problème actuel*, in Les cahiers psychologie politique, numéro 27, Juillet 2015.
- Fernandez Almagro M., *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona, Labor, 1928.
- Fix Zamudio H., *Valor actual del Principio de la División de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917*, Boletín del Instituto de derecho comparado de México, Año XX, n° 58-59, México, 1967.
- Fraga Iribarne M., *La evolución de las ideas de Bolívar sobre los poderes del Estado y sus relaciones*, in *El pensamiento constitucional de Latinoamérica, 1810-1830*, Caracas, Academia nacional de la Historia, MCMLXII, t. IV.
- Friedrich C., *Constitutional Government and Democracy* [1937], Boston (UK), Ginn, 1949.
- Furet F., Halévi R., *La Monarchie républicaine, «La constitution de 1791»*, Paris, Fayard, 1996.
- Gonzalez A., *Las Primeras Fórmulas constitucionales en los países del Plata (1810-1814)*, 2e éd., Montevideo, Barreiro y Ramos, 1962.
- Goyard-Fabre S., *L'illusion positiviste*, in *Mélanges Paul Amselek, Bruylant*, 2005.
- H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, [1929], Paris, Dalloz, 2004.
- H. Kelsen, *What is justice?*, Berkeley, University of California Press, 1957.
- Hegel F., *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, Paris, Vrin, 1946, p. 340.
- Hegel F., *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Vrin, 1975, p. 258.
- Hume D., *Traité de la nature humaine*, Aubier Montaigne, Paris, 1973.
- Jellinek G., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Revue de droit public et de la science politique, Paris, 1902.
- Jouanjan O., *Une alternative à l'opposition positivisme/jusnaturalisme. Sur l'École historique du droit*, in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le Droit, de quelle Nature ?*, Paris, Montchrestien, 2010.
- L. Ferry, A. Renaut, *Le fondement universel des droits de l'homme*, in *Communications*, 43, 1986.
- Lafrance G., *L'humanisme juridique de Rousseau et l'idée des droits de l'homme*, in *Jean-Jacques Rousseau et la Révolution*, Actes du Colloque de Montreal (25-28 mai 1989) publiés et présentés par Jean Roy, in *Pensée libre*, n° 3 Association nord-américaine des études Jean-Jacques Rousseau North American Association for the Study of Jean-Jacques Rousseau, Ottawa, 1991, p. 99-105.
- Lefort C., *Droits de l'homme et politique*, in *Libre*, n° 7, collection Payot, 1980, p. 24.
- Lemieux Ch., *Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste*, in , n° 29, 1998-1999.
- Leventis A., *À la recherche des droits de l'homme*, in *Courrier de l'UNESCO*, novembre 1952.
- Millard E., *Le positivisme et les droits de l'Homme. Jurisprudence*, in *Revue critique*, Université de Savoie, 2010.
- Millard E., *L'effectivité des droits de l'homme (V°)*, in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, St. Rials, F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.
- Montesquieu, *L'Esprit des lois*.
- Mosca G., *Histoire des idées politiques*, Paris, Payot, 1965.
- N. Bobbio, *L'Età dei diritti, op. cit.*, p. IX-X.
- Nabulsi K., *Guerre et inégalité dans la pensée politique de Rousseau*, in *Les Études philosophiques*, 2007/4, n° 83.
- Prélot M., Boulouis J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1990.
- Prélot M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1961.
- Renzi Segura A., *Montesquieu: el profeta de la Libertad*, Revista de Derecho, jurisprudencia y administración, t. 58, Montevideo, 1962.
- Rials S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, «Pluriel», 1998.
- Rivero J., *Les libertés publiques*, PUF, Paris, 1974, p. 69.
- Robespierre, in *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, de Laponneraye, reimprimare Burt Franklin, New York, 1970, t. III. p. 353.
- Roger P., *Institutions judiciaires*, Paris, Montcherstien, 7e édition, 1995.
- Rousseau J.-J., *Discours sur les sciences et les arts*, in *Œuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1750.
- Rousseau J.-J., *Du contrat social*, Gallimard, Paris, 1964.
- Sanchez Agesta L., *División de poderes y poder de autoridad del derecho*, Revista española de derecho constitucional, n° 25, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1989.

- Sanchez Agesta L., *Poder ejecutivo y división de poderes*, Revista española de derecho constitucional, n° 3, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1981.
- Spurlin P.M., *L'influence de Montesquieu sur la constitution américaine*, in Actes du Congrès Montesquieu (1955), Bordeaux, Delmas, 1956.
- Spurlin P.M., *Montesquieu in America (1760-1801)*, Louisiana State University, 1940.
- Steiner H., *An Essay on Rights*, Oxford, Wiley, 1994.
- Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne, Il Mulino, 1976.
- Teitgen P.-H., *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol I, La Documentation française, 1987.
- Thévenot L., *L'action au pluriel. Sociologie des régimes d'engagement*, Paris, La Découverte, 2006.
- Troper M., *Le positivisme et les droits de l'Homme*, in B. Binoche, J.-P. Cléro (dir.), *Bentham contre les droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2007.
- V. Citot, *Le processus historique de la Modernité et la possibilité de la liberté (universalisme et individualisme)*, in *Le Philosophoire* 2005/2 (n° 25).
- Verdross A., *La Filosofía del Derecho del Mundo occidental*, México, Unam, 1983.
- Villey M., *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit* (t. 1), *Les moyens du droit* (t. 2), Dalloz, Réédition, 2001.
- Zielinska A., *Les droits de l'homme : un cas limite pour le positivisme juridique*, in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, nr. 27/2014.