

Olivier Jouanjan

L'État de droit démocratique

I. URGENCE

En Europe, à ses frontières, et bien au-delà encore, ce que l'on appelle « démocratie » ou « démocratie illibérale » paraît connaître de beaux jours. Et ces beaux jours ne semblent pas être derrière elle. La démocratie dite « illibérale » pourrait bien avoir un avenir radieux. Elle séduit, sans distinction de bord, à droite comme à gauche. En Europe, elle attaque tout autant les vieilles et les nouvelles démocraties.

La chose n'est pas récente, bien sûr. Platon et Aristote, comme l'on sait, avaient montré cette pente ou tendance de la démocratie à se livrer en pâture, sans beaucoup résister, aux rhéteurs, flatteurs et autres démagogues. Le piège tient en ce que ceux-ci ne rejettent pas, ne critiquent pas, ne conspuent pas la « démocratie ». Tout au contraire, ils en promettent toujours une meilleure, une plus authentique. Ils promettent la « vraie » démocratie. Promesse impossible à tenir, mais si facile à faire.

II. CARL SCHMITT, THÉORICIEN DU POPULISME

Ce populisme moderne possède son théoricien, son constitutionnaliste de référence. Il s'appelle Carl Schmitt¹. À partir de 1922, avec son livre *La dictature*, puis son essai sur la situation actuelle du parlementarisme, dans sa *Théologie politique*, puis dans sa monumentale *Théorie de la constitution* (1928), celui-ci a développé une véritable philosophie politique et constitutionnelle du populisme « démocratique », de la « démocratie illibérale » : il n'employait pas cette dernière expression, pourtant celle-ci convient parfaitement dans la mesure où Schmitt met en scène l'opposition radicale, inconciliable, entre démocratie et libéralisme, avec les avatars de ce dernier que sont le parlementarisme, la représentation et l'État de droit².

¹ C'est sous le patronage de Carl Schmitt que la revue française d'extrême-droite *Éléments* (octobre-novembre 2018) consacrait récemment un dossier encensant « les nouvelles démocraties illibérales ». À l'extrême-gauche, cela fait une trentaine d'années que Chantal Mouffe recycle Schmitt au profit de son « populisme de gauche » : Ch. MOUFFE, « Penser la démocratie moderne avec et contre Carl Schmitt », *Revue française de science politique*, vol. 42, n° 1, 1992, p. 83-96 ; *Pour un populisme de gauche*, Paris, Albin Michel, 2018. Une inquiétante étrangeté : le nerf de ces discours d'extrême-droite et d'extrême-gauche est le même, l'État de droit « libéral » serait l'ennemi de la démocratie, conçu par Schmitt comme « identité des gouvernants et des gouvernés ».

² Cette opposition radicale est mise en scène dans les deuxième et troisième parties de sa *Théorie de la constitution* (trad. fr., Paris, PUF, 1993), consacrées respectivement à « la composante libérale de la constitution moderne » (l'État de droit bourgeois) puis à sa « composante politique » (la démocratie).

De manière académique, dans sa *Théorie de la constitution* de 1928, ou sous forme pamphlétaire, avec *Légalité et légitimité* de 1932, Schmitt met en scène le conflit qui déchirerait la Constitution de Weimar – et à travers elle tous les systèmes de « démocratie libérale » – entre le principe démocratique et le principe libéral de l'État de droit (bourgeois). La décision du pouvoir constituant en faveur de la démocratie est une décision de nature *politique*, quand l'exigence de l'État de droit manifeste cette propension bourgeoise à la dépolitisation, à la neutralité, la haine craintive du Bourgeois à l'égard du Politique et de la *décision*. Schmitt reprend la formule du catholique espagnol réactionnaire du XIX^e siècle, Donoso Cortés, qui fait de la bourgeoisie la « classe discutante », c'est-à-dire celle qui ajourne sans cesse la décision véritablement décisive. Elle s'arrange par *compromis*, le compromis étant pire que la non-décision, puisqu'il décide de ne pas décider, qu'il est la décision de la non-décision. Il signifie ainsi, pour Schmitt, ce qu'il y a de pire, à savoir une politique apolitique. La Constitution de Weimar serait un tel « compromis dilatoire » : de ce fait, elle ne pouvait être qu'une constitution non véritablement constitutive, puisque reposant sur deux principes contradictoires. Les constitutions libérales d'après 1945 ne sont pas autre chose : leur structure profonde est une contradiction, démocratie d'un côté, État de droit de l'autre.

L'opposition entre démocratie et État de droit est donc proprement *politique* au sens schmittien : l'État de droit (libéral) n'est pas seulement l'autre de la démocratie, il en est l'*ennemi*. Or l'on sait que, pour Schmitt, le Politique n'a pas d'essence, pas de domaine spécifique qui le démarquerait de la culture, de l'économie, etc., mais qu'il ne peut être déterminé que par un critère, applicable à tous les domaines de la vie sociale, le critère ami/ennemi. Ce critère détermine précisément l'opposition démocratie/libéralisme (État de droit) : la « neutralité » libérale-bourgeoise n'est pas neutre en vérité puisqu'elle a elle aussi son ennemie, la démocratie. Elle est une politique de dénégation du Politique, mais elle est politique tout de même.

Si, dans cette vision des choses, la vraie démocratie est politiquement et constitutionnellement l'opposé-même du libéralisme, la vraie démocratie ne peut être qu'« illibérale ».

III. PENSER AVEC SCHMITT CONTRE SCHMITT : ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

Je m'appuierai ici essentiellement sur l'œuvre d'un des constitutionalistes les plus importants de la République fédérale d'Allemagne, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Il ne s'agira pas d'une exégèse de cette œuvre, mais d'une réflexion accompagnée et inspirée par cette œuvre, en même temps que d'un hommage rendu à la mémoire de l'homme et du penseur disparu le 24 février 2019³.

Né en 1930, jeune étudiant encore, Ernst-Wolfgang Böckenförde a lu, dans les années 1950, la *Théorie de la constitution* de Schmitt. Il en fut très impressionné. Il a rencontré Schmitt. Sa relation à Schmitt s'est approfondie avec les années. Nul ne

³ Je me permets de renvoyer aussi à l'hommage que la revue *Der Staat* – qu'Ernst-Wolfgang Böckenförde avait cofondée en 1962 – m'a également permis de rendre à cet auteur et d'en remercier l'actuel rédacteur en chef, le professeur Oliver Lepsius : O. JOUANJAN, « Demokratietheorie als Verfassungslehre », *Der Staat* 2/2019, p. 223 sqq.

le conteste⁴. Il est donc pour l'historiographie intellectuelle de la *Bundesrepublik* un « jeune schmittien ».

Il est avant tout catholique. Mais un catholique compliqué, indiscipliné qui fait irruption sur la scène politique allemande à l'âge de vingt-sept ans en critiquant sévèrement la politique de l'Église catholique pour lui demander de se rallier à l'éthos de la démocratie⁵. Puis, il œuvre à la réconciliation entre le Parti social-démocrate allemand et l'Église. Il adhère au SPD en 1967. Il est donc catholique, schmittien et/mais social-démocrate, c'est-à-dire social-libéral. Le philosophe Hermann Lübke parlera des réceptions libérales de Schmitt⁶, une expression qu'on appliquera spécialement à Böckenförde⁷.

Cette formule pose cependant problème : que peut bien signifier, la « réception libérale » d'une pensée fondamentalement illibérale ? On devrait à tout le moins se poser cette question pour saisir une tension, voire une contradiction dans le rapport qu'entretient Böckenförde avec Schmitt. Et c'est précisément cette tension ou contradiction qui rend l'œuvre de Böckenförde particulièrement intéressante. Catholique compliqué et indocile, de même, il fut toujours un schmittien compliqué et fort peu docile. S'il appartient à l'Église, il ne fut l'homme d'aucune chapelle.

En 2000 a paru un recueil d'articles de Böckenförde que j'ai traduits avec l'aide d'Olivier Beaud et Willy Zimmer et présentés⁸. Böckenförde et moi avons alors discuté pendant plusieurs heures de la traduction et de la préface. Je lui ai demandé si j'avais eu raison d'insister non pas tant sur sa filiation schmittienne que sur un autre héritage intellectuel, celui du constitutionnaliste social-démocrate de Weimar Hermann Heller. Je ne pourrai ici présenter davantage l'œuvre de Heller. Celui-ci fut un critique acerbe de Schmitt, mais aussi de Kelsen et d'autres courants importants du droit public de Weimar : un auteur qu'il conviendrait de ramener au premier plan⁹. Böckenförde m'a donné raison : Heller est une source importante de sa

⁴ Il en fait lui-même le récit dans l'entretien autobiographique qu'il a donné en 2008 à Dieter Gosewinkel : E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, Francfort/Main, Suhrkamp, 2011, p. 307 *sqq.* (en part. p. 359 *sqq.*).

⁵ « Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche » (1957), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, 2^e éd., Berlin, Lit Verlag, 2007, p. 9 *sqq.* En 1961, il publie un article qui fit aussi polémique consacré à la position et à l'action de l'Église catholique allemande en 1933 : « Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933. Eine kritische Betrachtung », in *ibid.*, p. 115 *sqq.*

⁶ H. LÜBBE, « Carl Schmitt liberal rezipiert », in H. QUARITSCH (dir.), *Complexio oppositorum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 427 *sqq.*

⁷ R. MEHRING, « Zu den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenfördes », *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 117, 1992, p. 449 *sqq.* (p. 450).

⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2000. La traduction anglaise d'un nombre bien plus considérable d'essais de cet auteur paraît en deux volumes sous la direction de Mirjam Künkler et Tine Stein : E.-W. Böckenförde, *Constitutional and Political Theory*, vol. 1, éd. de M. Künkler et T. Stein, Oxford University Press, 2017. Le second volume est à paraître, chez le même éditeur.

⁹ H. HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, éd. et prés. d'O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2012 ; O. JOUANJAN, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », in O. JOUANJAN et É. ZOLLER (dir.), *Le « moment 1900 »*. Critique sociale, critique sociologique du droit, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 223 *sqq.* ; O. JOUANJAN, « Hermann Heller : penser l'État de droit démocratique social en situation de crise », *Civitas Europa*, n° 37, 2016, p. 11 *sqq.* ; O. JOUANJAN, « Lire Hermann Heller, théoricien de

propre pensée. Il le confirmera, en 2008, dans le long entretien avec l'historien Dieter Gosewinkel¹⁰. Dans cet entretien il précise n'être pas l'hagiographe de Schmitt, et surtout n'avoir jamais adhéré à sa conception de la démocratie¹¹ : sur cette question essentielle Hermann Heller occupe la première place.

On comprendra pourquoi l'on a rapidement rappelé l'opposition schmittienne radicale entre démocratie et État de droit. En effet, l'œuvre du « schmittien libéral » Böckenförde doit se comprendre comme l'une des tentatives les plus profondes et les plus intéressantes pour penser du point de vue de la théorie constitutionnelle l'État de droit démocratique. Il s'agit aussi, à partir d'une théorie informée par l'histoire des idées et des institutions, de penser la combinaison constitutive établie par la Loi fondamentale de 1949, à savoir le lien conceptuel, la cohésion intime entre État de droit, démocratie et État social. Faute de place, l'on n'abordera pas ici cette dernière question, celle de l'État social qui pose, dans son rapport à l'État de droit notamment, certaines difficultés spécifiques auxquelles s'est aussi confronté le social-démocrate Böckenförde. En tout état de cause, penser l'État de droit démocratique, cela veut dire justement : penser *contre* Carl Schmitt.

IV. UN MYTHE DÉMOCRATIQUE ET SON IDÉOLOGIE

En 1983, Böckenförde publie un essai très remarquable : *Démocratie et représentation. Pour une critique du débat contemporain sur la démocratie*¹². La critique qu'il adresse au débat contemporain – qui ne nous est certainement pas moins contemporain aujourd'hui – tient en ceci : dans cette discussion, on postule, souvent de manière implicite, un concept de la démocratie qui est non pas un concept descriptif, mais un concept idéal et donc normatif de la démocratie, le concept de la « vraie » démocratie. Or ce concept d'une pure démocratie n'est pas seulement impraticable – la pure démocratie ne serait pas possible, ou à tout le moins difficile à mettre en œuvre pour des raisons pratiques – ; il est également théoriquement inconstructible et donc inadmissible.

Cet idéal de la pure démocratie, c'est celui que Böckenförde appelle la conception « immédiate-identitaire » de la démocratie. Immédiate : le peuple, immédiatement présent à lui-même, devrait, en pure démocratie, vouloir immédiatement pour lui-même. Identitaire : si le peuple veut immédiatement pour lui-même, alors il y a identité parfaite entre gouvernants et gouvernés, cette identité qui, selon Schmitt, caractérise la politique démocratique.

Or, cet idéal démocratique, dont la réalisation passerait par une pleine et entière démocratie directe, ne peut qu'être toujours déçu par les démocraties réelles. À

l'État sous Weimar », in B. KARSENTI et D. LINHARDT (dir.), *État société politique. Approches sociologiques et philosophiques*, Paris, Éd. de l'EHESS, 2018, p. 41 sqq.

¹⁰ « La clé de ma pensée ne se trouve pas seulement chez Carl Schmitt, mais tout autant chez Hermann Heller » : entretien avec Dieter Gosewinkel, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, op. cit., p. 378.

¹¹ « Dans son œuvre [celle de Carl Schmitt, OJ], j'ai toujours recherché ce que je pouvais reprendre et accepter. Sa critique de la démocratie ou du parlementarisme, vous ne la trouvez pas chez moi. » : entretien avec Gosewinkel, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, op. cit., p. 361.

¹² E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 294 sqq.

l'aune d'un tel idéal on ne peut jamais que constater partout des « déficits démocratiques ». À l'aune d'un tel idéal impossible, on ne peut conduire une critique *rationnelle* des démocraties existantes, de leurs institutions, de leurs procédures ou de leurs réalisations. À l'aune d'un tel idéal, on ne peut qu'adopter une *posture idéologique* à l'égard des systèmes démocratique réels. À l'aune de ce mythe de la démocratie, si puissant par ailleurs, on ne peut davantage participer à un *débat public rationnel à l'intérieur des démocraties effectives*, d'une part parce que celles-ci sont récusées d'emblée comme insuffisamment démocratiques voire antidémocratiques et, d'autre part, pour cette raison simple que l'idée même de discussion (et donc de pluralisme) se heurte à l'identité postulée et fantasmée¹³.

Cet idéal démocratique, qui est d'abord un mythe, est aussi et plus dangereusement une idéologie. Comme toute idéologie, elle masque les réalités essentielles. La première des réalités que masque cette idéologie, c'est qu'il n'existe pas de volonté du peuple parfaite en elle-même et par elle-même, une volonté qui, d'elle-même, s'exprimerait pour dire ce qu'il en est de la loi ou de la décision politique. Il peut bien y avoir des sentiments, des tendances, des désirs plus ou moins partagés, mais toujours pluriels et au moins passablement divergents : il n'y a aucune volonté immédiate du peuple. Transformer cette agrégation disparate d'aspirations qui ne sont d'ailleurs jamais pleinement conscientes d'elles-mêmes en une volonté politique, cela suppose toujours une « mise en forme » (*Formung*)¹⁴.

J'ajoute les considérations suivantes. Tout d'abord, cette mise en forme, qui suppose une procédure juridique, aboutira nécessairement à ce que la volonté dominante, agrégeant en elle les sentiments, tendances et désirs prépondérants au sein d'une communauté politique, domine bel et bien les sentiments, tendances et désirs minoritaires. Or, cela veut bien dire que, pour ces derniers il n'y aura pas, certainement pas, d'identité entre gouvernants et gouvernés. En vérité, la démocratie, aussi « directe » qu'elle puisse être, n'évacuera jamais la domination, la *Herrschaft*. Elle est seulement une certaine forme de domination (*Herrschaftsform*). Et l'important tient ici dans la *forme*.

Identité des gouvernants et des gouvernés ? Une telle identité supposerait, à tout le moins, une volonté unanime. Un peuple démocratique, ou plus sobrement, une société démocratique peut-elle être unanime ? Sûrement pas. Ce serait une société *totale*, autrement dit une société unanimesée, *totalisée* par des puissances non démocratiques, qu'on peut appeler totalitaires. La démocratie comme identité des gouvernants et des gouvernés n'est qu'un mythe idéologique, même dans une démocratie qui serait intégralement *directe*. Mais c'est un mythe dont la tendance, infiniment dangereuse, nourrie par l'illusoire idée d'identité, est précisément de nier la condition même de la démocratie, à savoir le désaccord, le débat, l'opposition minorité/majorité et de susciter le désir du peuple unanime, du peuple total : en démocratie, la question n'est pas seulement de savoir comment d'une pluralité

¹³ Ce que souligne à juste titre J.-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ?*, Paris, Folio-Essais, 2017, p. 23 *sqq.*

¹⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation », *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 297.

faire l'unité politique – question hobbesienne par excellence – mais aussi de savoir comment cette unité même peut garantir la pluralité et donc le pluralisme¹⁵.

L'identité démocratique fantasmée de Schmitt et des autres idéologues de la démocratie autoritaire (pour l'appeler de son vrai nom positif plutôt que par la litote de l'illibéralisme) supposerait « à tout le moins » la volonté unanime du « peuple ». « À tout le moins », car l'unanimité, même si elle pouvait être une fois donnée, ne suffirait pas : il faut encore qu'elle dure un certain temps pour faire une politique. La question du temps politique est évacuée du concept schmittito-populiste de la démocratie *immédiate*, alors qu'elle est essentielle pour la philosophie politique moderne. Il faut prendre très au sérieux cette remarque de Hobbes : dans l'état de nature, il n'y a aucune mesure du temps¹⁶. Le temps des hommes doit être *institué*¹⁷, il suppose une forme politique et, dans le monde moderne, la forme de l'État et donc le droit de l'État. Même les mouvements révolutionnaires inventent leurs institutions transitoires, passé le moment de l'émeute. La conception immédiate-identitaire de la démocratie, imposée contre le droit de l'État de droit, fuyant la question de l'institutionnalisation, ne peut imaginer de volonté populaire qu'en fusion n'imprimant à la vie humaine que le rythme syncopé de l'insécurité. Prise au pied de la lettre, en toute rigueur, une politique démocratico-populiste ne peut s'échapper de ce que Schmitt appelle « la forme naturelle de la manifestation directe de la volonté d'un peuple » qui est « le cri d'approbation ou de refus de la foule rassemblée¹⁸ ». Il convient de la souligner : le *demos* ici devient *foule*.

Dès qu'elle adopte une autre manière que celle de la foule, la volonté populaire a besoin de cette « mise en forme », cette *Formung* sur laquelle insiste Böckenförde, qui n'est possible que par et dans le droit de l'État. Les populistes – et Schmitt le premier – le savent bien. Mais leur pseudo théorie de la démocratie ne vise aucunement à dire quelque vérité que ce soit de la démocratie, seulement à masquer les vrais pouvoirs des chefs qui, une fois acclamés, n'auront de cesse que de garantir leur propre position de chef par un « droit », qui certes ne sera pas celui de l'État de droit. De sorte que l'on peut naïvement poser une question simple mais logiquement déduite de cette conception immédiate-identitaire : le droit de l'État autoritaire (totalitaire, peut-être) du chef serait-il, pour sa part, l'ami de la démocratie dont le droit de l'État de droit serait l'ennemi ?

Ce qui frappe et effraie, c'est de constater combien ce mythe, aussi indigent quant à ses fondements rationnels que dangereux dans ses conséquences politiques, travaille en profondeur nos sociétés modernes, techniques, froides, rationnelles. Il ne faut jamais oublier que, dans la structure de la pensée totalitaire moderne, l'État total présuppose le peuple total, et que ce peuple total est le peuple fantasmé d'une représentation perverse. Or la conception identitaire-immédiate de la démocratie opère avec la même représentation pour laquelle la soi-disant « vraie » démocratie ne saurait être que la « démocratie » totale du peuple total.

¹⁵ Jan-Werner Müller rappelle un puissant propos de Claude Lefort : « En démocratie, le nombre décompose l'unité de la substance » (cité dans *Qu'est-ce que le populisme*, op. cit., p. 24).

¹⁶ Th. HOBBS, *Léviathan*, chap. 13.

¹⁷ Voir les fortes réflexions de François Ost dans *Le temps du droit* (Paris, Odile Jacob, 1999).

¹⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 219.

*
**

Les mécanismes dits de démocratie directe ne peuvent donc pas être la garantie d'une démocratie *identitaire*. Ils ne sont pas davantage la garantie d'une démocratie *immédiate*. Tous les mécanismes de démocratie directe, même l'initiative populaire, le *recall*, et bien sûr davantage encore le référendum reposent sur des normes qui déterminent les conditions de participation à la votation – le corps électoral est-il purement et simplement le peuple ou n'est-il pas déjà une sorte de *représentation* de celui-ci ? – et un pouvoir déclencheur de la procédure qui doit lui-même être *institué*, même dans les formes possibles de l'initiative citoyenne.

Ce pouvoir déclencheur est toujours celui d'une minorité. C'est cette minorité qui formule la question, le texte ou détermine l'élu qui sera l'objet de la votation. La volonté populaire est donc médiatisée par un pouvoir minoritaire. Son expression est organisée par une procédure. La décision prise en la forme de la votation n'est donc pas l'expression immédiate, ni directe, de la souveraineté populaire. Il se loge, même dans les procédés considérés comme les plus directs de la démocratie, ce que Böckenförde appelle une « structure représentative cachée¹⁹ ».

De multiples médiations travaillent en vérité la démocratie dite « directe ».

Il ne s'agit pas ici d'une critique de ces procédés ou de leur légitimité. Il s'agit d'une critique du concept, de la conception de la démocratie qui en rend compte comme procédés de « démocratie directe », de la conception immédiate-identitaire de la démocratie. Il n'y a pas de démocratie sans certaines formes de représentation, sans médiations représentatives. Le dire, ce n'est pas rejeter les mécanismes de votation populaire, c'est seulement rejeter les illusions auxquelles on nous demande de croire les concernant. On a bien le droit de n'être pas naïf.

V. CE QU'ÉTAT DE DROIT VEUT DIRE

Le concept d'État de droit souffre au fond d'un problème similaire. On le rattache à une certaine idée qui, précisément, n'est pas seulement pratiquement impossible, mais tout autant théoriquement biaisée et fautive. À partir de là se construit aussi un mythe idéologique de l'État de droit.

Conformément à ce mythe, l'État de droit serait « un gouvernement de lois et non pas d'hommes²⁰ ». Il serait soumission au droit, règne du droit, « *rule of law* ». Partant, avec l'avènement de la justice constitutionnelle, on voit « la politique saisie par le droit²¹ ». La constitution serait devenue « normative », normative par

¹⁹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation », *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 299.

²⁰ Selon la définition célèbre de la *rule of law* proposée par le président des États-Unis John Adams, reprenant en fait une formule de James Harrington – « *empire of laws, not of men* » –, empruntée au début du célèbre *Commonwealth of Oceana*, Harrington qui renvoie lui-même à Aristote et Tite-Live. Il s'agit d'un idéal grec ancien dont on trouve déjà trace chez Hérodote : J. KRYNEN, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, 2018, p. 117.

²¹ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988.

elle-même, d'elle-même²². Autant de naïvetés qui ne voient pas que tout droit pré-suppose une politique et que toute politique présuppose un droit, si, comme l'écrit Hermann Heller, « au caractère créateur de pouvoir du droit correspond le caractère créateur de droit du pouvoir²³ ».

Le problème commun à toutes ces manières habituelles de parler, même chez les juristes, est que l'on fait du droit une instance séparée, autonome et comme située au-dessus du monde politique des hommes. Comme si le droit fonctionnait par lui-même. Comme si le droit avait une essence propre et apolitique. On s' imagine un droit qui serait pure idéalité qui pourrait ramener la politique à la raison pure. On ne s'aperçoit pas que ce qu'on appelle « le droit » est une *fiction*.

L'État de droit, pensé selon un tel mythe du droit, serait alors effectivement l'État de droit « neutre » (et bourgeois) au sens de Schmitt. Et l'on devrait donner raison à Schmitt, État de droit et démocratie s'opposent radicalement.

Mais Schmitt lui-même – et l'on peut lui accorder ce point – avertissait : une norme ne s'applique pas elle-même. Il n'y a pas de « constitution normative » *en tant que telle*, car un texte constitutionnel ne s'applique pas de lui-même, par lui-même. Comme l'écrit le théoricien du droit Friedrich Müller, aucun texte ne *contient* de norme²⁴. Ce qui norme juridiquement un comportement humain, c'est la décision d'hommes, institutionnellement organisés, interprétant et concrétisant pour le cas d'espèce un texte en lui-même privé de force normative. La norme, qui règle un cas, une situation, présuppose un processus institutionnel et donc humain de normativisation. Le gouvernement des lois reste toujours un gouvernement des hommes.

Cela ne veut pas dire que la notion d'État de droit serait privée de sens. Mais il faut la comprendre comme État de justice – une autre expression schmittienne – non pas au sens où la justice serait une instance au-dessus de la politique ou du politique, mais un véritable pouvoir qui doit être ramené au sein d'un système constitutionnel d'équilibre ou, comme l'on dit, de séparation ou division du pouvoir.

Dans son livre, *La Révolution des pouvoirs*, Marcel Gauchet montre bien l'intense débat qui s'est déroulé en France autour de la nécessité d'établir, pour modérer l'affrontement toujours possible entre l'exécutif et le législatif, un « pouvoir équilibrateur » ou « équipondérateur »²⁵. Au XIX^e siècle, la pensée libérale a de plus en plus désigné le juge comme devant assumer cette fonction et ce pouvoir, notamment en Allemagne, chez les auteurs qui ont précisément mis en avant l'expression et la notion d'État de droit²⁶.

L'incompréhensible coquetterie, privée de toute justification conceptuelle véritable, et qu'on rencontre en France, qui entend parler de la justice comme d'une *autorité* et non comme d'un *pouvoir*, ne peut rien entendre de la logique propre de l'État de droit. L'État de droit est lui aussi une certaine forme de domination des

²² É. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, PUF, 1999.

²³ H. HELLER, *Staatslehre, id., Gesammelte Schriften*, 2^e éd., t. 3, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, p. 300.

²⁴ Fr. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. fr., Paris, PUF, 1996, not. p. 168 *sqq.*

²⁵ M. GAUCHET, *La révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995, p. 137 *sqq.*

²⁶ O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

hommes par les hommes. Et de ce point de vue, à nouveau, les questions de forme sont premières. On comprend pourquoi l'État de droit impose qu'il existe un certain système d'équilibre des pouvoirs, une « séparation des pouvoirs » qui en est la condition, c'est-à-dire une certaine répartition des fonctions et compétences entre les autorités instituées comportant aussi des mécanismes et attributions de contrôle. On comprend également pourquoi certaines libertés fondamentales doivent être constitutionnellement garanties si c'est l'État en tant que tel et dans son ensemble qui doit être *de droit*, c'est-à-dire considéré, non pas seulement comme État exécutif et administratif, mais aussi en tant qu'État législatif. On comprend que cette garantie doit pouvoir être exercée devant un juge selon des procédures effectives, soumettant au droit, c'est-à-dire à la justice, les actes législatifs, exécutifs et administratifs. Mais on comprend enfin et surtout qu'il s'agit de ne pas s'illusionner : l'État de droit ne supprime pas la domination, le « gouvernement des hommes », ni d'avantage ni mieux que la démocratie. La querelle, théoriquement si faible et médiocre, sur le « gouvernement des juges », qui ne peut reposer que sur l'idéologie d'un droit pur masque le fait que les juges – les juges constitutionnels au premier chef, mais pas seulement eux – participent nécessairement, par leur fonction, au « gouvernement » des hommes, le génitif étant ici tout autant subjectif (gouvernement par des hommes) qu'objectif (gouvernement sur des hommes). Parce que cette justice est une justice de l'État et dans l'État.

À partir de là, la clé de tout État de droit tient dans le statut de la justice. Celle-ci ne saurait équilibrer les rapports entre l'État et les citoyens – tout en participant elle-même à et de l'État – qui dépendent au premier chef de l'action de l'exécutif et du législatif, de leur entente comme de leurs possibles conflits, si cette justice se trouvait sous la dépendance de ces pouvoirs ou de l'un d'entre eux. L'indépendance de la justice est donc la condition première de tout État de droit.

On peut faire ici une remarque. Kelsen n'aimait guère l'expression État de droit. Mais lorsque, entre les deux guerres mondiales, il propose et conseille aux pays d'Europe continentale l'établissement d'une juridiction constitutionnelle, il le fait non pas afin d'assurer la garantie des droits fondamentaux, mais pour sauvegarder la logique institutionnelle décrite ci-dessus. Il ne dit certainement pas que la sentence du juge serait comme l'oracle révélant la vérité d'un droit supérieur. Il faut rappeler que l'entreprise de la *Théorie pure du droit* s'est d'abord affichée expressément, dans la première édition de 1934 de l'ouvrage, comme *Ideologiekritik*, critique de l'idéologie²⁷ : auteur d'une *théorie pure*, Kelsen n'est pas l'idéologue du *droit pur*. Aussi son « modèle de justice constitutionnelle » n'a pas pour objet ni même ne saurait avoir pour effet certain de garantir l'impossible vérité des droits de l'homme mais bien plutôt les *formes* fédérales – lorsqu'elles existent – et démocratiques de l'État. Dans son essai célèbre de 1928, « La garantie juridictionnelle de la constitution », cette garantie tient non pas dans une idéologie du juge « bouche de la constitution », mais seulement dans la forme juridictionnelle qui doit être donnée à l'organe chargé des fonctions de justice constitutionnelle²⁸. C'est l'indépendance et les garanties d'impartialité qui donnent à cette justice sa signification dans l'équilibre général des pouvoirs.

²⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1^{re} éd., 1934), rééd. par Mathias Jestaedt, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

²⁸ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *Revue du droit public*, 1928, p. 197 sqq., not. p. 223 sqq., p. 252 sqq.

C'est donc la forme juridictionnelle qui donne sa signification et sa valeur à la cour constitutionnelle, et il est certain qu'une forme ne saurait garantir la vérité ni la qualité *substantielle* du droit dit par cette cour, elle ne garantit pas que l'interprétation faite par cette cour soit « meilleure », « plus proche de la vérité » que l'interprétation constitutionnelle d'un organe exécutif ou législatif. Il ne s'agit pas d'un défaut dans le montage institutionnel de l'organe. La raison est plus simple et plus radicale : il n'y a pas de vérité substantielle du droit²⁹.

VI. L'ÉTAT DE DROIT CONDITION DE LA DÉMOCRATIE MODERNE

Démocratie et État de droit sont deux concepts distincts. Ils ne signifient pas la même chose. La notion de démocratie se rapporte à la question du sujet de légitimation du pouvoir politique. La notion d'État de droit concerne les limites procédurales et substantielles à l'exercice du pouvoir.

Parce que ces concepts ont des objets différents, ils ne peuvent certainement pas s'opposer logiquement terme à terme. C'est la faute logique de Carl Schmitt. Mais pour la même raison, ils ne se confondent pas davantage. Si l'on considère l'histoire du concept d'État de droit, telle qu'elle s'est d'abord développée dans l'Allemagne du XIX^e siècle, celui-ci était précisément censé pouvoir et devoir s'appliquer à des régimes qu'on ne pouvait en rien considérer comme étant démocratiques, puisqu'il s'agissait de monarchies constitutionnelles, simplement limitées, aristocratiques et censitaires³⁰. La démocratie n'est donc pas une condition de l'État de droit.

Je souhaite cependant montrer que, à l'inverse, l'État de droit, bien compris, est une condition de la démocratie moderne.

Une importante remarque préalable doit être faite : on parle ici de la démocratie *moderne*. On fausse complètement l'analyse lorsque l'on entend opérer avec un concept anhistorique, universellement valable de la démocratie. Si l'on prenait vraiment au sérieux un tel concept universel et anhistorique de la démocratie, on se rendrait alors enfin compte que la cité athénienne classique ne peut en aucun cas être qualifiée de « démocratie » en ce sens : elle était mais bien plutôt l'aristocratie des *citoyens*, les citoyens désignant une minorité privilégiée de la population, celle qui bénéficie des droits de cité.

La démocratie moderne, c'est la démocratie de l'État moderne. Il n'est évidemment pas question ici d'esquisser une généalogie de l'État moderne en Europe. Il y a sur le sujet une littérature immense. Il suffira d'insister, avec Böckenförde, sur ce que l'on peut appeler le problème structurant de l'État moderne.

La théorie pratique et juridique de l'État est fixée avec la Révolution française et, de la façon la plus claire, par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les « idées ordonnatrices » (*Ordnungsideen*) de la politique moderne, telles qu'elles s'expriment dans la Déclaration – les principes d'égalité devant la loi, de liberté individuelle et de propriété privée pris dans leur cohérence d'ensemble – circonscrivent une sphère d'autonomie individuelle et libère ainsi les individus et

²⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e éd par Ch. Eisenmann, rééd. Paris, Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1999, p. 338 sqq.

³⁰ *Figures de l'État de droit*, op. cit. ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 127 sqq.

leurs énergies des liens communautaires traditionnels³¹. Ces principes établissent ce que Georg Jellinek appellera une sphère « *staatsfrei* », libre à l'égard de l'État³².

Ce faisant ils instituent une distinction, et une séparation du moins relative, entre l'État et ce que l'on appelle désormais la « société civile », entre la sphère politique et ce que Hegel désignera comme étant la « sphère des besoins ». La « société », comme le dira le jeune Marx de la *Question juive*³³, n'est plus « *immédiatement* politique » (je souligne) : sa dimension la plus immédiate est économique au sens large.

Il y a un dédoublement, une division, une « scission », ce que Hegel nomme *Entzweiung*. Pour Böckenförde, qui a participé à Münster dans sa jeunesse au *Collegium philosophicum* de Joachim Ritter, le pape des études hégéliennes à l'époque³⁴, qui a longuement médité l'œuvre du jeune hégélien Lorenz von Stein et notamment son *Histoire du mouvement social en France depuis la Révolution française*³⁵, la scission, l'*Entzweiung* est le problème structurant de la politique et donc de l'État modernes.

C'est un *problème*, car cette scission ne peut être purement et simplement effacée ou « réduite » comme on le dit d'une fracture. Au XX^e siècle, les tentatives politiques pour supprimer cette scission ont caractérisé les totalitarismes, qu'ils soient d'obédience fasciste ou communiste. Ainsi, le concept de « communauté » (totale) des nazis visait à supprimer toutes les « séparations » et, avant tout, celle qui mettait face à face depuis la Révolution l'État et la société³⁶. Non seulement le concept de « société » (opposé à « communauté ») avait perdu toute valeur, mais il en allait de même du concept d'État³⁷. C'est la structure politique de la modernité en tant que telle qui était ainsi remise radicalement en question.

Il faut ici un mot rapide sur Rousseau. Tout aussi « immédiate » que soit la démocratie rousseauiste, celle-ci présuppose tout autant, comme une donnée indépassable, la scission entre le citoyen qui participe à la loi et le sujet soumis à la loi³⁸. Or, c'est précisément dans l'acte délibératif au sujet de la loi, par lequel tous statuent sur tous³⁹, que s'effectue l'indispensable médiation et réconciliation relative : l'homme et ses intérêts particuliers reste un homme distinct, scindé du citoyen qu'il est par ailleurs, c'est-à-dire dans la délibération démocratique, il est le même en même temps qu'un autre⁴⁰. Donc même chez celui en qui l'on voit le chantre de la

³¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Die sozialen und politischen Ordnungsideen der Französischen Revolution », du même, *Staat Nation Europa*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1999, p. 11 *sqq.*

³² Parmi de nombreuses autres références : G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg-en-Br., Mohr (Siebeck), 1892, p. 80.

³³ K. MARX, *La question juive*, Paris, 10/18, 1968, p. 41.

³⁴ J. RITTER, v° « Entzweiung, entzweien », *Historisches Wörterbuch der Philosophie online*.

³⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Lorenz von Stein, théoricien du mouvement de l'État et de la société vers l'État social », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 148 *sqq.*

³⁶ O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 174 *sqq.*

³⁷ *Ibid.*, p. 164 *sqq.*

³⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre I, chap. 6.

³⁹ *Ibid.*, Livre II, chap. 6.

⁴⁰ « En effet, chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen » (*ibid.*, livre I, chap. 7).

démocratie immédiate-identitaire, la scission reste un problème qu'on ne peut ici qu'esquisser.

Si la société civile moderne n'est plus *immédiatement* politique, elle doit cependant l'être *médiatement*. La séparation entre État et société civile ne peut être que *relative*, car l'État est l'État d'une certaine société et une société civile, une société assujettie à un certain État. Le problème de la scission devient donc le problème fondamental de la *médiation*.

VII. SUR LA NOTION DE REPRÉSENTATION

Cette question de la médiation fut absolument centrale pour les doctrines politiques et constitutionnelles libérales du XIX^e siècle. Elle gouvernait toute la discussion sur la notion de *représentation*.

J'ai montré dans plusieurs essais que la notion classique de représentation ne pouvait en aucune manière être réduite à la question des assemblées représentatives, de leur existence, de leur élection (sur une base plus ou moins large), de leurs compétences et de leur fonctionnement⁴¹. Certes, il n'y a pas de *gouvernement représentatif* sans assemblées représentatives. Mais des assemblées, quel que soit le mode de leur élection, ne peuvent être représentatives si certaines conditions plus générales, des conditions non pas seulement relatives à l'organisation de l'État, mais aussi et surtout relatives à la société civile, ne sont pas réunies. Parce que, précisément, la représentation doit être le mode effectif assurant et assumant la médiation entre l'État et la société civile.

La notion classique de représentation désignait un système global de libre discussion publique. Système global, car il imposait la libre discussion publique de la loi étatique au sein d'assemblées (la publicité des débats en est une condition *sine qua non*) et la possibilité de la critique sociale et publique de cette même loi, de ses motifs et, plus généralement, des débats parlementaires. L'*Öffentlichkeit*, l'espace public, est constitué par cette relation circulaire entre société civile et assemblées représentatives et le *feed-back* (David Easton) qu'autorise cette relation.

La représentation était donc conçue – et c'est très clair chez les penseurs libéraux allemands du XIX^e siècle – comme le système permettant d'accrocher, par l'existence d'un espace public, la société civile à l'État en rendant possible, à chacun selon ses capacités, un usage public et donc commun de la raison individuelle. C'est par cette voie que peut et doit être assurée et assumée la médiation nécessaire entre l'État et la société civile sans pour autant *réduire* la scission, l'*Entzweiung*.

On doit noter que du point de vue d'une telle conception classique de la représentation, ce qui est aujourd'hui présenté comme une alternative à la démocratie représentative et à sa « crise », la « démocratie participative » ne fait en vérité pas rupture : la participation au débat public est inscrite dans le concept même de représentation. Celui-ci, en tant que tel, ne détermine pas quelles sont les formes et les modalités de cette participation – au-delà de l'élection – quels en sont les forums, mais impose seulement que cette participation soit ouverte et libre.

⁴¹ Voir surtout : « État de droit, forme de gouvernement et représentation. À partir d'un passage de Kant », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série n° 2, 1998, pp. 279 *sqq.*

Ce qui circule sous le nom de « démocratie participative » n'est tout au plus qu'une réflexion sur les formes contemporaines que devrait adopter la représentation, ou bien un effet de mode qui masque mal une insuffisance de la pensée, ce dont l'exemple le plus frappant tient dans le pauvre article I-47 de la « Constitution européenne » mort-née consacré à la « démocratie participative »...

Sur cette question de la représentation en son sens constitutionnel classique, une remarque complémentaire nous ramène à la notion d'État de droit. Les premières doctrines libérales de l'État de droit, dans l'Allemagne du début du XIX^e siècle⁴², utilisaient plusieurs synonymes pour désigner la même chose : *Vernunfts-* ou *Verstandesstaat*, État rationnel, mais aussi, dans le cercle des auteurs du *Staatslexikon*, la bible du libéralisme allemand classique, « *Repräsentationsstaat* », État représentatif⁴³.

L'État de droit est donc, pour eux, un autre mot pour dire le principe de représentation au sens large tel qu'il vient d'être décrit. En effet, la médiation nécessaire entre la société civile et l'État, si elle suppose comme sa condition environnementale la représentation, trouve son instrument, son dispositif pratique dans le droit que l'État édicte à destination de la société des individus. C'est par le droit que l'État agit sur et dans la société civile. Il fait lien entre les deux.

Or, au sommet du droit, on trouve la loi. Puisque c'est l'État qui édicte la loi de la société civile, le principe fondamental de l'État de droit tient essentiellement en ceci que la loi doit être produite sous le contrôle de la société. C'est pourquoi la loi est alors définie comme l'acte du monarque, mais pris avec la participation des assemblées représentatives, c'est-à-dire aussi à l'issue d'une discussion publique et ouverte à la critique sociale, comme on a dit plus haut.

La représentation est ainsi la garantie même de l'État de droit et lui est pratiquement consubstantielle. En effet, tout acte de la puissance publique exécutive, administrative ou judiciaire doit trouver sa base juridique dans une loi formelle dès lors que cet acte touche aux principes structurants de la nouvelle société civile moderne : égalité, liberté et propriété. Dès qu'elle est concernée, la société doit pouvoir contrôler l'action de l'État.

La loi doit être générale pour assurer l'égalité juridique des individus. Quant à son domaine matériel, il est défini par la célèbre formule « *Freiheit und Eigentum* », liberté et propriété. Autrement dit : toute restriction à l'exercice de ce que l'on appellera à partir de 1848 les « droits fondamentaux » présuppose que tout le système de la représentation politique ait été activé. Ainsi la société est médiatement (par l'intermédiaire de la loi de l'État) politique.

La boucle logique se referme alors : l'État de droit est celui dans lequel la société, par le principe de représentation, participe, contrôle et limite l'action de l'État à l'égard de la société.

⁴² On comprend mal pourquoi, alors que sont disponibles depuis près de vingt ans, en langue française, des études un peu documentées sur l'histoire allemande de la notion d'État de droit (citées plus haut à la note 30), l'on continue en France à propager l'erreur selon laquelle cette notion serait née en Prusse durant la seconde moitié du XIX^e siècle, dans la Prusse réactionnaire donc. La notion possède une histoire complexe, mais *son origine se trouve dans le libéralisme de l'Allemagne du Sud*, Bade, Wurtemberg, et Bavière, au début du XIX^e siècle.

⁴³ Pour les références, je renvoie à ma présentation de *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, p. 15 *sqq.*

VIII. LES DEUX VISAGES DE LA LIBERTÉ MODERNE

Ce qui vient d'être dit met l'accent sur l'idée de participation de la société civile au contrôle de l'État. Cette participation, la liberté *positive* donc, est ainsi entendue comme une condition de la liberté même de la société civile et des membres de cette société et, plus précisément, comme la garantie même de cette liberté, de la liberté *négative* donc. L'État de droit n'est ainsi pas entendu comme celui dans lequel les individus se retireraient dans la sphère purement civile et privée de leurs libertés particulières. Dans l'État de droit, tel qu'il fut pensé par la doctrine libérale classique, le Bourgeois doit aussi être *Bürger*, citoyen. L'État de droit n'est pas entendu comme un État « apolitique », contrairement à ce que dit Schmitt.

En termes passablement hégéliens, l'individu particulier doit participer à l'universel – c'est-à-dire à la loi générale de l'État – pour garantir à travers l'institution politique son droit particulier, la satisfaction de sa subjectivité au sein du « système des besoins » que constitue la société civile.

C'est pourquoi, la pure et simple opposition entre la « liberté des Modernes » et la « liberté des Anciens » ne dit pas la vérité de la liberté dans l'État de droit moderne. « Liberté négative » et « liberté positive », dans la dichotomie d'Isaiah Berlin, ne parvient pas même à rendre compte de la pensée de Benjamin Constant et du célèbre discours de 1819, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*. Stephen Holmes l'a parfaitement montré : si Constant « a distingué si nettement les deux, c'est pour insister sur l'interdépendance étroite entre le droit de participer à la vie publique et la sécurité privée⁴⁴ ». Cette remarque vaut aussi pour les doctrinaires du « républicanisme », tels Quentin Skinner ou Philip Pettit : le libéralisme de Constant, mais aussi celui de Kant ou des libéraux allemands classiques (kantien ou non), ne s'épuise pas dans cette opposition binaire et intellectuellement faible entre ces deux libertés. Il n'y a pas, conceptuellement, une pure et simple opposition entre la liberté comme participation à la vie de la Cité (liberté des Anciens) et la liberté comme « jouissance de l'indépendance privée » (liberté des Modernes).

Rappelons que la fin du discours de Constant insiste spécialement sur la mission éducative de l'État, dont l'objectif est non seulement de former l'ensemble des citoyens, actifs et passifs, mais aussi, par ce moyen, d'élargir la classe des citoyens actifs afin de dépasser les conditions contemporaines de capacité censitaire.

Il y a ici le principe d'une ouverture démocratique dans la doctrine libérale du gouvernement représentatif et de l'État de droit qu'on ne doit pas négliger.

Cela ne veut pas dire que les auteurs libéraux du XIX^e siècle aient été, même seulement en puissance, démocrates, mais seulement que la logique interne du concept classique d'État de droit, pensée jusqu'au bout, tend au plus grand élargissement possible de l'ensemble des droits de participation, vise à ce que l'écart entre les citoyens « passifs » les citoyens « actifs » diminue tendanciellement.

Prenons au sérieux cette réflexion. Elle signifie que liberté-participation (liberté positive) et liberté-indépendance (liberté négative) *ne s'opposent pas mais se distinguent seulement*. Il faut poser que liberté négative et liberté positive ne sont pas

⁴⁴ St. HOLMES, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, Paris, PUF, 1994, p. 102 sq. (p. 103 pour la citation). Voir aussi les remarquables développements de L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 82 sqq.

deux *essences* de la liberté, mais deux *modes* de celle-ci. L'on prend ainsi le contre-pied de la vulgate, largement inspirée d'Isaiah Berlin et qui contamine jusqu'au discours des « Républicains », qui, de manière unilatérale, oppose selon la logique du « ou bien/ou bien » liberté négative et liberté positive.

La critique qu'adresse Böckenförde à l'égard de ces doctrines consiste à dire que celles-ci, libérales ou républicaines, ne prennent pas en charge le problème moderne fondamental de la scission, tel qu'il a été mis en évidence par Hegel.

S'il y a scission, « désassociation » entre État et société civile, et si cette scission est constitutive de la politique moderne, la question fondamentale est celle de la médiation, celle de la manière dont la société civile démocratique, comme l'écrit aussi Marcel Gauchet, peut « fabriquer » le citoyen dont la « politique démocratique aurait besoin »⁴⁵.

Mais, prenant le problème de l'autre côté, dans l'État et la société modernes, peut-on imaginer qu'un individu puisse exercer librement sa fonction de citoyen sans être, dans sa vie individuelle et privée, libre ? Est-il un citoyen qu'on puisse dire libre, celui qui dans sa vie privée, économique et sociale n'est pas libre ?

Si l'on admet ce point, alors il faut aller plus loin même que ce que l'on concède ordinairement et facilement : il ne suffit pas pour un État moderne démocratique de garantir et, ainsi, assurer l'effectivité des droits dits politiques (droit de suffrage, accès à la fonction publique, liberté d'expression, de réunion et de manifestation). C'est l'ensemble des droits, même les droits les moins politiques apparemment – liberté de circulation, liberté du mariage, liberté contractuelle, propriété même – qu'il s'agit de garantir. C'est précisément le reproche qu'adresse Böckenförde à certains courants allemands de l'interprétation des droits fondamentaux, qu'il réunit sous l'étiquette « théorie démocratique et fonctionnelle des droits fondamentaux » et qui dans la protection de ces droits, entend établir un privilège au profit de leur exercice démocratique, par rapport à leur exercice privé ou économique. On peut comprendre cette critique comme une expression particulière de ce problème de la scission qui sous-tend l'ensemble de son œuvre constitutionnelle.

IX. DÉMOCRATIE ET ÉTAT DE DROIT : UNE RELATION DE TENSION

À partir de là, on comprend un caractère fondamental inhérent à la logique même de la démocratie dans l'État moderne : les garanties de l'État de droit y forment bien des *limites* à la volonté populaire, mais elles sont en même temps les *conditions de formation* de cette volonté. C'est ainsi que l'on peut traduire le fait que le rapport entre démocratie et État de droit n'est pas seulement négatif, mais aussi positif. Ce rapport est sans doute un rapport de *tension*, mais pas un rapport de pure et simple *opposition*, à quoi le réduit Schmitt. On pourrait d'ailleurs montrer que, chez ce dernier auteur, cette relation d'opposition est affine à celle qu'une certaine vulgate, très éloignée de Schmitt, établit entre liberté négative et liberté positive.

Or, ce rapport de tension – et ici l'on touche à la pointe du problème démocratique moderne – n'est pas une difficulté pour la démocratie qu'il s'agirait de surmonter ou d'éliminer. Ce rapport de tension entre État de droit et démocratie est le problème fondamental d'une politique moderne de la liberté. Tout le propos qui

⁴⁵ M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. xx.

précède entend montrer qu'il s'agit là, tout à l'inverse, du rapport *constitutif* de cette démocratie et que, partant, l'éliminer, le surmonter signifierait détruire la démocratie, ses conditions, son cadre, la « *constitution* » démocratique.

Le populisme qui nourrit les visions et les réalités des « démocraties illibérales » est très précisément l'idéologie qui fait croire que cette tension pourrait être résolue, supprimée. Comme le dit Böckenförde dans son langage hégélien : La conception immédiate-identitaire de la démocratie « laisse supposer que la scission est d'emblée résolue par la décision du peuple immédiatement présent ». Au contraire, la conception représentative de la démocratie maintient ouverte la question de la scission dans la mesure où « la représentation démocratique se conçoit comme un processus dialectique du groupe avec lui-même⁴⁶ ».

Le populisme et la « démocratie illibérale » partent du principe selon lequel le groupe, la collectivité politique serait toujours déjà réconciliée avec elle-même. Sa tendance est donc à mépriser les processus, les procédures, les formes : elle masque cela que Böckenförde appelle la *Formung*, la mise en forme de la volonté populaire, c'est-à-dire le fait que l'expression d'une volonté démocratique présuppose l'existence d'un cadre normatif, juridique, autrement dit que l'État démocratique a pour condition l'État de droit.

C'est pourquoi lorsqu'ils parviennent à prendre le pouvoir les démocrates illibéraux tendent fâcheusement à museler leurs opposants, à contrôler les médias et à transformer le processus de leur propre élection en l'événement rituel par lequel, à intervalles réguliers, le *demos* acclame son chef charismatique. L'on substitue ainsi aux logiques de la représentation la logique, toute différente, de l'incarnation.

Or c'est bien le tableau de la démocratie selon Schmitt, qu'on trouve dans la *Théorie de la constitution* et, de façon, plus crue et plus brutale, dans *Légalité et légitimité*. L'idéal de la démocratie identitaire d'un Schmitt tient en ce moment de l'acclamation publique de son chef charismatique par le peuple. On voit d'ailleurs dans le tableau qu'en fait cet auteur, *avant la prise du pouvoir par Hitler* et son clair engagement nazi, combien la logique hégélienne de l'*Entzweiung* est évacuée : le symbole de la fausse démocratie, du système représentatif bourgeois, c'est l'isoloir et donc le principe du vote secret.

En effet, dans l'isoloir, c'est l'homme privé qui s'exprime, non le citoyen, et c'est ainsi que dans l'isoloir se joue, selon Schmitt, tout le fantasme bourgeois de la dépolitisation : ce qui est proprement politique doit être public⁴⁷. La liberté négative, privée ne peut faire naître la liberté positive, publique. Il est vrai que, dans la scène de l'acclamation publique du chef, la question de la médiation entre le privé et le public, la société et l'État, la question de la scission ne se joue pas.

En vérité le secret du vote n'est pas la garantie mais la condition de possibilité que se réalise ce processus dialectique de médiation entre l'État et la société civile. Certes, l'isoloir tend à ramener le citoyen à l'homme privé. Mais la démonstration de rue, la « foule » assemblée détourne-t-elle mieux que l'isoloir l'individu de ses intérêts particuliers ? Qu'est-ce qui élève démocratiquement le particulier à l'universel, la foule ou l'isoloir ? En vérité : rien. Telle est la condition démocratique des

⁴⁶ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 309 sq.

⁴⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1994, p. 382 sqq.

Modernes. C'est pourquoi « l'État libéral, sécularisé vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir⁴⁸ ».

CONCLUSION

Je me suis efforcé de proposer quelques arguments qui soient, je l'espère un peu pertinents, pour défendre l'idée selon laquelle un concept rationnel ou même seulement raisonnable de la démocratie moderne doit être pensé dans sa relation à l'idée d'État de droit. Il ne s'agit pas ici de penser un concept pur, en soi et pour soi, de la démocratie, mais la démocratie dans les conditions de la politique moderne, de ce que, renvoyant à Hegel, Böckenförde nomme le problème de la « scission ».

À partir de ce problème, Böckenförde montre que la démocratie moderne ne peut qu'être représentative. Or, si l'on reprend la pensée classique de la représentation, on peut et doit lui donner une dimension beaucoup plus large que la simple existence parmi les pouvoirs constitutionnels d'assemblées élues, ce à quoi on la réduit trop vite aujourd'hui. La représentation signifie, ramenée à son principe, l'ensemble du système de médiation en lequel se joue ce que Böckenförde appelle le « processus dialectique du groupe avec lui-même ».

En passant, par d'autres voies intellectuelles, c'est aussi une thèse de Kelsen que de dire que la démocratie moderne ne peut qu'être pensée dans l'ordre de la représentation. J'ai préféré suivre le chemin hégélien de Böckenförde. Mais qu'on choisisse Böckenförde ou Kelsen, on se retrouve nécessairement aux antipodes de la conception « immédiate-identitaire » qu'a défendue, de manière particulièrement puissante, Carl Schmitt : la thèse qui en résulte est celle de l'opposition radicale entre État de droit et démocratie.

La représentation est le principe fondamental de l'État de droit puisque, correctement entendue, représentation signifie le système de mise en forme nécessaire à l'expression de la volonté politique d'un peuple, et que toute mise en forme d'un processus collectif signifie mise en normes de procédures et garanties substantielles et formelles des conditions de ce processus.

Si, contrairement à l'idéologie schmittienne de la démocratie, qui exprime véritablement la pensée populiste la plus contemporaine, la démocratie présuppose du droit, si elle n'émerge pas spontanément d'un pur « néant normatif », alors l'État de droit, qui pose certes des limites à l'expression populaire, est en même temps condition de cette expression. C'est cette relation de tension que Böckenförde nous invite à penser. En le suivant, autant qu'en suivant Kelsen, on en conclut que l'expression « démocratie illibérale » désigne une autocratie qui ne dit pas son nom et qu'il ne s'agit que d'un des nombreux oxymores idéologiques qui encomrent et polluent le débat véritablement démocratique.

Olivier Jouanjan

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), professeur honoraire à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brigau.

⁴⁸ Tel est le fameux « paradoxe de Böckenförde » : « La naissance de l'État, processus de sécularisation », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 117.