

## Enjeux de la théorie hellérienne de l'État

Je me propose d'examiner deux questions à propos de la théorie de l'État de Hermann Heller (1981-1933)<sup>1</sup> : À qui et à quoi était-elle destinée ? Quel fut l'un de ses meilleurs destins ?

À qui et à quoi était-elle destinée ? J'entends par là : qui et quoi entendait-elle combattre dans le contexte qui l'a vu naître, c'est-à-dire dans le contexte des sciences juridiques et sociales de l'époque de Weimar ? Disant cela j'accorde à tout le moins ceci à Carl Schmitt, qu'un concept politique, sociologique ou même juridique ne peut être pleinement neutre et qu'il a nécessairement une dimension polémique et donc politique, si l'on veut bien entendre par ce dernier adjectif quelque chose de plus que la simple inclination politicienne de l'auteur : un tel concept investit et irrite nécessairement la dimension du politique. Le concept hellérien de l'État est tranchant et, en le déterminant, Heller désigne ses ennemis intellectuels et « politiques<sup>2</sup> ».

Quel fut l'un de ses meilleurs destins ? Cette question vise le moment de la réception de Heller sous la *Bundesrepublik* ou, plus précisément, l'une de ses réceptions dans l'œuvre d'un constitutionnaliste majeur dans l'Allemagne de la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Je veux rappeler ici une anecdote que j'ai déjà racontée ailleurs : lorsque la traduction du recueil d'articles de

---

<sup>1</sup> On trouvera quelques indications bibliographiques dans mon commentaire de Hermann Heller : H. HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, traduction et commentaire d'O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2012. On y trouvera également les principaux éléments bibliographiques notamment en langue allemande. Je me permets de renvoyer également aux autres textes que j'ai publiés dans lesquels Hermann Heller joue un rôle important : 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 et social en situation de crise », *Civitas Europa*, n° 37, 2016, p. 11 *sqq.* ; O JOUANJAN, « Lire Hermann Heller, théoricien de l'État sous Weimar », in B. KARSENTI et D. LINHARDT (dir.), *État et société politique. Approches sociologiques et philosophiques*, Paris, éd. de l'EHESS, 2018, p. 41 *sqq.* (avec une traduction par Dominique Linhardt de l'article « État » de Heller). Deux autres articles de Heller ont été traduits et présentés en français dans le numéro 6 de la revue *Cités* (2001/2) : *Qu'est-ce qu'un chef ?* : H. HELLER, « L'Europe et le fascisme » (1929), trad. Ph. Quesne, p. 179-195 ; H. HELLER, « Démocratie politique et homogénéité sociale » (1928), trad. M. Köller et D. Ségler, p. 199-211. Pour la présentation : J.A. BARASH, « Hermann Heller critique de Carl Schmitt », p. 175-178.

<sup>2</sup> Schmitt évoque expressément le mot « État » qui, comme les mots république, société, État de droit etc., n'est pas « intelligible si l'on ignore qui, concrètement, est censé être atteint, combattu, contesté et réfuté au moyen de ces mots » (C. SCHMITT, *La notion de politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1972 [1932], p. 71).

Böckenförde paru en 2000 et que la préface que j'avais rédigée en vue de sa publication furent achevées<sup>3</sup>, j'eus avec Böckenförde une longue discussion. Lorsque je lui dis que, dans ma présentation, j'avais peut-être trop effacé la figure de Carl Schmitt au profit de celle de Hermann Heller, il me répondit que lorsqu'il lut la *Staatslehre* et découvrit la définition hellérienne de l'État, tout devint alors clair pour lui. Depuis, j'essaye de comprendre ce que Böckenförde avait voulu dire ce matin-là, comment Heller avait trouvé asile dans la pensée de Böckenförde. On s'efforcera d'éclaircir un peu ces questions dans un second temps.

## I. HELLER À WEIMAR

La théorie de l'État de Hermann Heller repose sur une double décision fondamentale : d'une part, une théorie de l'État ne peut être qu'une sociologie de l'État ; d'autre part, la sociologie est une science de la réalité<sup>4</sup>.

Cette double décision démarque le projet hellérien du très prégnant courant qui fonde, dans les années 1920 en Allemagne, les sciences sociales sur et dans une « théorie de l'esprit objectif » :

Nous devons prendre position, écrit Heller, contre un « idéalisme » qui, en théorie comme en pratique, n'est pas moins douteux que le « matérialisme », un idéalisme qui affirme de l'État – et tout autant de l'économie ou de la culture – qu'il serait « une sphère qui ne relève ni du corps ni de l'âme [...]. Elle consiste en conformations de sens (*Sinngebilde*)<sup>5</sup> non psychiques. Elle est esprit »<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ/Bruylant, 2000.

<sup>4</sup> H. HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften*, t. 3, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, p. 130 *sqq.*

<sup>5</sup> Comme l'indiquait Jacques Derrida dans l'introduction à sa traduction de l'*Origine de la géométrie* de Husserl, le mot « *Gebilde* », très présent dans le texte husserlien, a été traditionnellement traduit de diverses façons et porte en lui une certaine indétermination. Derrida recourt à « formation », au sens quasi géologique : c'est la formation en tant que résultat d'un processus, mais non la formation en tant que ce processus-même, à savoir en allemand, « *Bildung* », qui signifie aussi, cependant, un certain résultat qu'on rend généralement en français par « culture ». Dans sa *Theorie des objektiven Geistes* (3<sup>e</sup> éd., 1934, rep. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966, p. 56 *sqq.*), Hans Freyer consacre un paragraphe à la catégorie de *Gebilde* : « J'appelle donc *Gebilde* une forme objective dont le contenu de sens (*Sinngehalt*) ne renvoie pas essentiellement à un autre contenu de sens comme à son corrélat, mais est complet pour lui-même, sans relation vers l'extérieur. Le plus pur exemple d'un tel type de forme, comme il est généralement admis, consiste en l'œuvre d'art. » Il explique que l'œuvre d'art est complètement détachée des actes nécessaires à sa création et, de cette manière, ne renvoie à rien d'autre qu'à elle-même. Si j'ai ailleurs traduit *Gebilde* par « configuration », ayant depuis décidé de réserver ce mot pour traduire un autre mot difficile, à savoir « *Gestaltung* », et dans la mesure où précisément, « configuration » contient aussi l'idée de l'*acte* et du *processus* de la configuration, je me suis pour finir décidé à traduire *Gebilde* par « conformation », et *Sinngebilde*, par « conformation de sens », voire « conformation sémantique ».

<sup>6</sup> H. HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften*, *op. cit.*, p. 130-131. Citation tirée de : W. SOMBART, *Die drei Nationalökonomien. Geschichte und System der Lehre von der Wirtschaft*, Munich, Stephan Geibel, 1930, p. 166. Sauf indication contraire, je traduis.

C'est Werner Sombart que Heller cite ici, en qui il voit l'une des figures de proue – avec Eduard Spranger, Hans Freyer ou Othmar Spann notamment – de la nouvelle « idéologie allemande » qu'il convient de combattre<sup>7</sup>.

Contre cette idéologie allemande, Heller invoque le Marx de *Misère de la philosophie* :

L'organisation sociale et l'État naissent du processus vital d'individus déterminés, mais de ces individus non pas tels qu'ils peuvent apparaître dans leur propre représentation ou dans celle d'autrui, mais bien tels qu'ils sont *réellement*, c'est-à-dire tels qu'ils agissent, produisent matériellement, et donc tels qu'ils exercent leurs activités dans certaines limites, selon certains présupposés et certaines conditions matérielles indépendants de leur arbitre<sup>8</sup>.

La « métaphysique de l'esprit objectif qui se développe progressivement en une sorte de religion académique » s'appuierait sur les *Recherches logiques* de Husserl : « Celles-ci ont mis en lumière l'indépendance des vérités à l'égard des données de la conscience, des connaissances objectives par rapport aux expériences psychologiques vécues. » Sur cette base, la théorie sociologique de l'esprit objectif affirme que « le contenu objectif de signification » doit être indépendant des actes psychiques qui le réalisent. Heller cite Spranger : « Comment l'État, par exemple, même si l'on ne pense qu'à ses organes de pouvoir les plus visibles et à l'ordre juridique en vigueur en lui, pourrait-il jamais être ramené à une expérience vécue individuelle ? »

Une telle réduction de la réalité politique et sociale à l'esprit peut être interprétée d'un point de vue psychologique comme

fondée dans cette contemplation de savants étrangère à la réalité, apolitique et, de surcroît, bourgeoisement saturée, qui se perd dans le règne des conformations de sens, des formes advenues qui, de ce fait, ont échappé au vacarme de l'histoire, une contemplation qui fait face au devenir toujours risqué de formes nouvelles avec indifférence, quand ce n'est pas avec répulsion<sup>10</sup>.

Reléguer l'État au domaine de l'esprit (objectif), c'est donc le sortir intellectuellement du « vacarme de l'histoire », l'instituer dans une dimension qui échapperait au petit monde humain des luttes et des querelles pour en faire l'arbitre indépendant de celles-ci, c'est désocialiser l'État pour mieux le dépolitiser. Penser la science de l'État dans la catégorie des « sciences de l'esprit », c'est s'interdire toute science

---

<sup>7</sup> Cette « théorie de l'esprit objectif » est pensée comme la propédeutique à une philosophie de la culture qui est la grande affaire de ce courant, marqué par Hegel et Husserl, mais passé par le développement de l'ethnologie, notamment par le premier grand critique allemand du colonialisme Leo Frobenius (1873-1938). Celui-ci développa la notion de « morphologie culturelle » chaque culture ayant un style propre notamment constitué par les formes élémentaires se sa *Weltanschauung*, sa vision du monde, conformément à ce que Frobenius appelait une « *Pai-deuma* » c'est-à-dire une configuration psychique supra-individuelle qui marque de son empreinte l'âme individuelle. Voir : E. SPRANGER, « Probleme der Kulturmorphologie » (1936), reproduit dans : E. SPRANGER, *Kulturphilosophie und Kulturkritik*, Tübingen, Max Niemeyer, 1969, p. 128 sqq.

<sup>8</sup> Marx, cité par Heller : H. HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften, op. cit.*, p. 163.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 133-134.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 134.

*politique* de l'État, pour construire, au bout du compte, une doctrine du droit public, du droit de l'État (*Staatsrecht*) « sans État et sans droit<sup>11</sup> ».

Or, une telle approche *geisteswissenschaftlich* de la théorie de l'État et du droit public connaît une puissante actualité intellectuelle sous Weimar. Son principal représentant est Rudolf Smend (1882-1975). Celui-ci écrit :

La structure de tout groupe humain contient en elle deux éléments issus de différents mondes et qui en sont les moments. D'un côté celui de la vie personnelle considérée dans ses interactions structurelles résultant des rapports sociaux, en tant que le moment véritablement temporel-réel (*zeitlich-reale*) ; de l'autre la participation au règne du sens idéal-atemporel (*ideell-zeitlose*).

S'il ajoute que ces deux moments doivent être compris dialectiquement, en vérité, en le définissant comme conformation de sens/structure sémantique (*Sinngebilde*), Smend rabat bien l'État en son concept dans le second de ces moments, l'idéal hors du temps, qui est donc bien le moment premier et fondateur de sa théorie de l'État. En effet :

Une autre difficulté repose sur le double caractère de la vie étatique en tant qu'accomplissement d'une fonction imposée tout à la fois par la légalité axiologique (*Wertgesetzlichkeit*) de l'esprit et par le droit positif de l'État. Ces deux moments sont eux aussi inséparables au regard d'une théorie de l'État. Le droit public n'est qu'une positivisation des possibilités et tâches imposées par les lois de l'esprit et, de ce fait, ne saurait être compris qu'à partir de celles-ci, quand, inversement, celles-ci ont besoin d'une positivisation juridique afin de s'accomplir de manière durable et satisfaisante<sup>12</sup>.

Le droit est ainsi *ancilla spiritus*. La prétendue dialectique est moins une démarche hégélienne que le masque d'un platonisme inavoué : le droit positif n'est pas entendu comme le moment de la négativité du monde des valeurs ; son rapport avec ce dernier est bien plutôt dans l'ordre de la *metexis*, de la participation du réel-historique au monde anhistorique des valeurs. Le monde social participe d'un arrière-monde transcendant, celui des valeurs.

On comprend alors ce que la célèbre théorie smendienne de l'intégration signifie que la fonction première du droit constitutionnel est d'intégrer l'individu à l'État en le faisant *participar* (prendre part) à la vie commune à travers des symboles, des procédures et surtout l'ordre des valeurs objectives que forment les droits fondamentaux, c'est-à-dire en le faisant *participar* (avoir part à) d'une transcendance axiologique objective et commune. De cette manière est alors pensée la nécessaire *unité de l'État*.

Mais on voit comment une telle intégration dépolitise ce faisant le monde étatique et social en même temps qu'elle radicalise la séparation entre État et société, puisque la vérité intrinsèque de l'État est installée dans une sphère transcendante par rapport à la prosaïque vie sociale, aux pratiques sociales. La décision hellérienne sur la théorie de l'État comme sociologie et sur la sociologie comme science de la réalité est donc premièrement dirigée contre cette spiritualisation de l'État et d'un politique dépolitisé. L'État est et reste toujours dans le « vacarme de l'his-

---

<sup>11</sup> H. HELLER, *Die Souveränität, Gesammelte Schriften*, t. 2, *op. cit.*, p. 33.

<sup>12</sup> Pour ces deux citations : R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 21.

toire », c'est-à-dire pris dans les conflits et tensions des hommes réels formant société. L'échappatoire transcendantale de l'axiologie objective n'est qu'une voie théorique sans issue.

Il faut, dès lors, bien entendre ce que dit la définition hellérienne de l'État et son premier enjeu est de lutter contre ce syndrome de déréalisation qui lui semble avoir largement colonisé les sciences sociales et juridiques de son époque. Considéré dans son monde véritable, c'est-à-dire le monde humain réel, l'État ne peut être défini autrement que comme « une unité organisée d'action/de décision et d'effectuation ».

Une unité organisée, tout d'abord. Heller rappelle sans cesse que le problème fondamental de la politique consiste à faire d'une pluralité une certaine unité : *e pluribus unum*. C'est une évidence, mais cette unité doit être réelle, forme d'intégration *dans une vie collective* et non pas l'échappée belle dans une transcendance imaginaire. Cette réalité de l'unité politique n'est pas celle d'un organisme, qui n'est qu'un mythe et une idéologie irénistes, mais ne peut qu'être celle d'une *organisation*. En fixant les règles d'investiture des organes, en encadrant leur pouvoir au sein d'un système de compétences, en déterminant les formes et procédures d'édiction des normes, le droit public organise un système d'action qui permet à une pluralité d'individus d'agir de façon non pas uniforme, mais suffisamment unitaire. La démocratie est une certaine forme de cette organisation politique.

Unité d'action et d'effectuation, ensuite : parce que « l'homme est toujours produit et producteur de son histoire<sup>13</sup> », l'État participe, dit Heller citant la célèbre lettre d'Engels à Joseph Bloch du 21 septembre 1890, à la « production et la reproduction de la vie réelle<sup>14</sup> ». Il agit et effectue : l'État ne se contente pas d'interpréter le monde (à l'aune de ses valeurs), mais il le transforme. Or si l'État est une force productrice de la société réelle, il est (aussi) dans l'ordre de la causalité. C'est ce que négligent les tenants de la sociologie compréhensive et la faute initiale en revient à Dilthey, à sa célèbre et malheureuse opposition entre expliquer et comprendre, « une erreur hautement caractéristique de la déréalisation de la réalité sociale et de la confusion entre conformations sémantiques et conformations sociales<sup>15</sup> », écrit Heller. Les puissances conformatrices, configuratrices du social sont des forces agissantes dans le monde réel et idéaliser le social a pour effet de les occulter en tant que puissances réelles et donc de produire un discours strictement idéologique sur la société réelle.

Il ne s'agit donc pas d'évacuer la question du sens et des significations sociales, mais de raccrocher la couche sémantique au mouvement des forces qui produisent ou reproduisent la réalité et ses significations. Ce faisant, il ne me semble pas que Heller, qui rejetait explicitement le matérialisme historique tout en trouvant chez Marx et Engels certains appuis théoriques, on l'a vu, s'en tienne à l'explication donnée par ce dernier à Joseph Bloch en 1890, selon laquelle la base économique n'est pas la seule force agissante dans l'histoire et que la superstructure idéologique possède aussi une certaine puissance d'effectuation, même si, « en dernière instance », la base économique est le facteur décisif. Le facteur « réel », « effectif », même « en dernière instance », n'est pas, chez Heller, réduit au système des rapports de production : la « réalité sociale » repose chez lui tout à la fois sur des

---

<sup>13</sup> H. HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften, op. cit.*, p. 101.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 139.

« conditions naturelles » et des « conditions culturelles<sup>16</sup> », et ces dernières ne « doivent jamais apparaître comme des “facteurs” de la réalité sociale<sup>17</sup> », le mot « facteur » étant précisément choisi puisqu'il était devenu un terme de la vulgate marxiste distinguant le « facteur objectif » (la base économique) et le « facteur subjectif » (la superstructure idéologique)<sup>18</sup>.

La « réalité sociale » est donc plus vaste et compréhensive que ce qu'en dit le marxisme. Il faut, par ailleurs, la rétablir en ses droits contre le nouvel idéalisme allemand des sciences sociales. Ma thèse est que le principe décisif, stratégique dans la démarche de Heller pour échapper à ces deux réductions contraires du social, tient en l'exigence qu'il formule, afin de comprendre le social, celle de penser « l'unité du sens et de l'acte<sup>19</sup> ». Il s'agit là, à mon sens, d'une clé essentielle de lecture de la *Staatslehre*. Ce principe de l'unité dialectique de l'acte et de la signification apparaît en effet décisif à plusieurs égards.

Tout d'abord, c'est bien lui qui arrime la dimension sémantique des sciences sociales à sa base réelle, celle de l'action et de la fonction sociales de l'État. La signification sociale d'un acte ne peut se déterminer *in abstracto* dans le monde de l'esprit, mais toujours aussi *in concreto*, en fonction des conditions effectives de production de l'acte, de la position ou fonction sociale de l'actant, de sa puissance d'effectuation, de l'intentionnalité, des effets de l'acte, éventuellement contre-intuitifs, etc. Il n'en va pas autrement de l'*acte* juridique, qui est aussi un acte social, et donc de la mécanique de production des normes socio-juridiques.

En outre, l'acte, en tant qu'acte social, ne saurait être compris dans le système complexe des chaînes de causalité sociales indépendamment de la signification qui lui est attribuée, car, à défaut, il ne serait pas plus qu'une simple force naturelle provoquant un mouvement naturel mais insusceptible de produire ou reproduire la vie commune d'êtres humains, ce que Heller appelle la « culture<sup>20</sup> ». La causalité conditionne la signification, mais la signification amplifie la causalité et la détermine comme causalité *sociale/culturelle*.

On comprend pourquoi cette unité dialectique de l'acte et de la signification explique la définition hellérienne de l'État en tant qu'une unité organisée de décision (*Entscheidung*) et de *Wirkung*, d'action, mais surtout d'*effectuation* ou de *réalisation*, une unité organisée qui fait quelque chose au social, qui transforme plus ou moins profondément, plus ou moins partiellement les rapports sociaux. Il s'agit donc d'un concept sociologique et *réaliste* de l'État. C'est aussi un concept modeste

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 166-194.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>18</sup> Que Heller ne soit pas « marxiste », on en trouve une autre illustration dans sa critique de l'horizon de la pleine libération de l'homme individuel enfin devenu « être générique » (*Gattungswesen*). Au contraire : « Nous voulons, avec Scheler, séparer dialectiquement la “personne intime” de la “personne sociale” et ne reconnaître dans l'effectivité sociale qu'un moment de l'être humain total. » (H. HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften, op. cit.*, p. 163.) Ce qui signifie qu'il n'y a pas pour Heller un horizon communiste dans lequel l'« homme total » et sa division entre l'intime et le social seraient surmontés dans l'unité réconciliée de l'« homme générique ». La référence renvoie à M. SCHELER, *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*, trad. fr. M. de Gandillac, Paris, Gallimard, 1955, p. 560 *sqq.*

<sup>19</sup> H. HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften, op. cit.*, p. 137.

<sup>20</sup> Et c'est pourquoi, en ce sens modeste, la théorie de l'État est une science de la culture et non pas une science de la nature : *ibid.*, p. 124 *sqq.*

et dépourvu de toute idéologie, raison pour laquelle, bien que sociologique et réaliste, il est cependant possible de parler, en un certain sens qui s'éclaircira progressivement, d'un concept « formel » de l'État. On n'y trouve surtout pas ce qu'il devrait en être des devoirs et buts de l'État. ce que doit faire l'État. Ce qu'il décide et ce qu'il réalise ne peuvent être entendus que dans l'unité de l'acte et de la signification, car à défaut ce qu'il décide et ce qu'il fait ne pourraient être compris comme l'exercice d'une fonction sociale et rien ne le distinguerait d'une bande de voleurs. Ce qui distingue l'État de la bande de voleurs, ce ne sont ni les modes opératoires – la violence est aussi un moyen d'action de l'État –, ni les buts spécifiques, mais le seul fait que l'État, pour durer, ce qui est dans son concept, doit produire de l'unité sociale conformément à sa fonction, ce qui n'est pas la signification de l'acte commis par une bande de voleurs. Du point de vue unilatéral de l'acte, on ne les distinguerait pas : il faut, pour le comprendre, prendre en compte cette unité dialectique de l'acte et de la signification.

J'ai dit en quoi ce concept était clairement et puissamment dirigé contre le courant « *geisteswissenschaftlich* » des sciences juridiques et sociales de Weimar, ainsi que contre la tradition marxienne. Mais il a également d'autres vertus polémiques : il est antikelsénien ; il est antischnmittien.

Il suffit ici d'ajouter quelques mots sur ces deux aspects<sup>21</sup>.

Antikelsénien d'abord, parce que la réduction de l'État à « un ordre juridique relativement centralisé » apparaît à Heller n'être qu'une autre manière de l'idéologie allemande, une fuite hors de la réalité. Au fond, il peut bien partager la critique faite par Kelsen à Jellinek, la critique d'une théorie de l'État qui en distingue deux concepts, sociologique et juridique, pour les laisser apparemment coexister l'un à côté de l'autre sans établir entre eux de liens, la critique de cette doctrine dite des « deux-faces » (*Zwei-Seiten-Lehre*)<sup>22</sup>. mais c'est précisément pour unifier le concept d'État dans son seul concept sociologique.

Un autre point s'agissant de Kelsen : On sait que celui-ci définit la norme comme « la signification objective d'un acte de volonté ». C'est un point essentiel de la théorie kelsénienne depuis ses débuts que d'avoir signalé l'erreur de la doctrine classique consistant à confondre l'acte de volonté et sa signification. Il en résulte que ce qui donne signification « objective » à l'acte ne peut évidemment pas être la volonté subjective de l'auteur ou des auteurs de l'acte. Je ne peux ici qu'indiquer sans approfondir que la thèse hellérienne de l'« unité dialectique de l'acte et de la signification » ouvre une voie critique à l'égard de la thèse kelsénienne sans en revenir à la confusion que celle-ci entendait critiquer.

Enfin, la définition hellérienne de l'État est aussi un concept polémique contre le concept schnmittien d'État. Ce dernier se formule, comme l'on sait, comme « l'unité politique d'un peuple ». Chez Heller, le « sujet » de l'unité, le « peuple » disparaît de la définition de l'État. Ce qui disparaît, c'est le mythe politique du « peuple » : l'État n'incarne pas le peuple fantasmé, mais exerce une fonction sociale dans une société complexe, plurielle, tendue, traversée par les contradictions économiques, sociales et culturelles. Un peuple est une société réelle.

<sup>21</sup> Je les ai développés dans « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? », *op. cit.*

<sup>22</sup> J'ai essayé de montrer ailleurs que cette interprétation si répandue de la théorie de l'État de Jellinek ne rendait pas compte de la sophistication néo-kantienne de la pensée de cet auteur : O. JOUANJAN, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », préface à G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, Éd. Panthéon-Assas, 2005, not. p. 59 *sqq.*

Mais je n'insiste pas sur la critique hellérienne de Schmitt ici, car elle sera au cœur de la seconde partie de cet exposé, grâce à l'intermédiation entre Schmitt et Heller qu'offre Böckenförde.

## II. HELLER EN SON ASILE BÖCKENFÖRDIEN

Ernst-Wolfgang Böckenförde est ordinairement présenté comme un disciple de Carl Schmitt. Sans doute le catholicisme les rapproche-t-il, sous réserve qu'ils aient partagé un même catholicisme, ce qui pourrait être discuté, mais à un autre endroit. Toutefois, Böckenförde est aussi un social-démocrate et, politiquement, un libéral, ce que nul ne met en question. Le philosophe Hermann Lübke a évoqué la question des réceptions libérales de Schmitt<sup>23</sup>, une expression qu'on a spécialement appliquée à Böckenförde<sup>24</sup>. Mais l'interrogation reste entière de savoir de ce que peut bien signifier la réception libérale d'une pensée illibérale...

Dans un long entretien biographique avec Dieter Gosewinkel, Böckenförde déclarait, à propos de Schmitt :

Je ne fais pas partie de ses hagiographes. J'ai beaucoup appris de lui. Dans son œuvre, j'ai toujours sélectionné ce que je pouvais reprendre à mon compte et accepter. Sa critique de la démocratie ou du parlementarisme, vous ne la trouverez pas chez moi<sup>25</sup>.

Il ajoutait d'ailleurs :

La clé de ma pensée ne se trouve pas seulement chez Carl Schmitt, mais tout autant chez Hermann Heller<sup>26</sup>.

L'idée répandue parmi les critiques de Böckenförde selon laquelle cette profession de foi hellérienne ne serait, en quelque sorte, qu'une instrumentalisation défensive mais substantiellement sans fondement destinée à se dédouaner d'apparence d'un plus profond schmittisme, cette idée me semble elle-même instrumentaliser Schmitt pour mieux rejeter un Böckenförde qu'on a plus ou moins bien lu. Je rapporte ici quelques conversations informelles. Mais on trouve un exemple magnifiquement caricatural d'une lecture de Böckenförde que l'on qualifiera, par bienveillance, de peu attentive, sous la plume du politologue Robert van Ooyen qui, bien sûr, passe complètement sous silence l'incidence de Heller et assimile purement et simplement la parole de Böckenförde au discours de Schmitt sur la démocratie et rend ainsi le premier entièrement responsable du propos radical tenu par le second. Évidemment, il s'agit d'insister sur la question de l'« homogénéité » démocratique, question – nul ne le contestera – dont le terrain est piégé<sup>27</sup>. Toutefois, manifestement, ce politologue ignore que le thème de l'homogénéité démocratique,

---

<sup>23</sup> H. LÜBBE, « Carl Schmitt liberal rezipiert », in H. QUARITSCH (dir.), *Complexio oppositorum* Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 427 sqq.

<sup>24</sup> R. MEHRING, « Zu den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenfördes », *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 117, 1992, p. 449 sqq. (p. 450).

<sup>25</sup> Dans E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Francfort/Main, Suhrkamp, 2011, p. 361.

<sup>26</sup> *Ibid.*, respectivement p. 361 et 378.

<sup>27</sup> R. VAN Ooyen, « "Staatliche Volksdemokratie": Implikationen der Schmitt-Rezeption bei Ernst-Wolfgang Böckenförde », in R. VAN Ooyen, *Politik und Verfassung*, Berlin, Springer, 2006, p. 64 sqq.



n'apparaît pas seulement chez Schmitt, mais est aussi présent chez Heller<sup>28</sup>, qu'on soupçonnera difficilement d'une conception ethnique ou raciale de la démocratie, de même qu'il ne prête aucune attention au fait que Böckenförde, comme il le rappellera, ne parle jamais que d'une « homogénéité relative<sup>29</sup> ».

Je soutiendrai donc la thèse selon laquelle Heller est bel est bien un contrepoint, ou plus puissamment, un antidote à Carl Schmitt dans l'œuvre de Böckenförde et que nous devons prendre les déclarations de ce dernier quant à son rapport à ces deux auteurs au sérieux.

J'ajoute que l'on ne saurait assimiler Böckenförde aux nombreux schmittiens de Panurge : le suivisme n'a jamais été son fort<sup>30</sup>. Tout catholique pratiquant qu'il fut depuis toujours, c'est en attaquant durement, au nom de la démocratie, la doctrine de l'État chrétien héritée de Léon XIII qu'il est entré de façon retentissante sur la scène intellectuelle allemande à l'âge de 27 ans<sup>31</sup>. Le penser plus bêtement fidèle à Schmitt qu'à l'Église en laquelle il a confié sa foi, c'est lui faire injure. Son rapport à Schmitt fut au moins aussi critique que son rapport à l'Église.

Pour déterminer l'incidence et l'importance de Heller dans la pensée böckenfördienne, je me limiterai ici à la théorie de la démocratie et au texte de Böckenförde à mon sens le plus important sur cette question : « Démocratie et représentation. Pour une critique de la discussion actuelle de la démocratie<sup>32</sup> ».

Ce texte est une critique de la conception « identitaire-immédiate » de la démocratie. On dirait aujourd'hui : du populisme démocratique ou de la démocratie illibérale qui jouent sur le mythe et l'idéologie d'une démocratie sans médiations :

La thèse de cette critique, écrit Böckenförde, est que dans l'idée de la démocratie directe prise comme forme authentique de la démocratie, on conçoit un concept qui est irréel, mais non pas seulement irréel en un sens pragmatique parce que cette idée ne pourrait pas se réaliser dans la pratique politique, mais tout autant irréel en un sens théorique<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> H. HELLER, « Démocratie politique et homogénéité sociale », *op. cit.*

<sup>29</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie als Verfassungsprinzip », in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Francfort/Main, Surkamp, 1991, p. 348 *sqq.* Böckenförde insiste d'ailleurs sur ce point dans son entretien avec Dieter Gosewinkel : E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, *op. cit.*, p. 477.

<sup>30</sup> « Je ne me suis jamais considéré comme un suiveur inconditionnel de Carl Schmitt », explique-t-il dans l'entretien avec Gosewinkel (*ibid.*, p. 378).

<sup>31</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche » (1957), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Lit Verlag, 2007, p. 9 *sqq.* En 1961, il publie un article très critique quant à la position et à l'action de l'Église catholique allemande en 1933, article qui fit lui aussi l'objet d'une puissante polémique : E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933. Eine kritische Betrachtung » (1961), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, *op. cit.*, p. 115 *sqq.*

<sup>32</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion » (1983), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, *op. cit.*, p. 379 *sqq.* Trad. fr. : E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2000, p. 294 *sqq.* J'ai pris quelques libertés avec ma traduction de l'époque qui a reparu, légèrement modifiée comme : E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation : pour une critique du débat contemporain » (1983), *Trivium*, n° 16, 2014 [<https://journals.openedition.org/trivium/4805>].

<sup>33</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, *op. cit.*, p. 382.

La conception identitaire-immédiate de la démocratie est un mythe et une idéologie.

Un mythe parce que la volonté populaire ainsi idéalisée a « son caractère spécifique » qui consiste en ce que, « à partir d'elle-même, non formalisée, elle est diffuse et a encore besoin d'une mise en forme (*Formung*) » :

La volonté du peuple n'existe pas comme quelque chose de déjà déterminé en soi et qui n'aurait besoin que d'être convoqué à s'exprimer. Au contraire, elle est provoquée et actualisée dans sa détermination concrète sur la base d'une question et d'une interrogation qui contiennent en elles-mêmes une préfiguration (*Vorformung*)<sup>34</sup>.

Le mythe est celui de l'immédiateté. Un peuple n'est jamais immédiatement présent à lui-même : il exige une activation et une actualisation, ce qui suppose certaines formes et procédures, afin de pouvoir s'exprimer en tant que « volonté du peuple ». Il n'y a pas de « volonté » du peuple sans une unité organisée d'action et d'effectuation, sans un État minimal capable d'*effectuer* la volonté populaire : même le pouvoir constituant dit « originaire » ne trouve à s'exercer que dans l'unité organisée d'une certaine forme politique, d'un État *préconstitutionnel*, mais suffisamment organisé<sup>35</sup>.

La votation populaire elle-même institue entre le peuple et son « Soi » une distance. Les procédures dites de « démocratie directe » mettent en jeu elles aussi la logique de ce que Böckenförde appelle, après Hegel, la « scission », l'*Entzweiung*, une division du tout, ce que je préférerais traduire par *dissociation* ou même *désassociation*<sup>36</sup>. Selon moi, un principe fondamental gouverne toute l'œuvre de Böckenförde : la démocratie moderne, et avec elle le constitutionnalisme moderne – avec lui l'idée d'État de droit de même que celle, plus récente, d'État social –, ne sauraient être comprise ni analysée sans tenir compte de la condition politique des Modernes, à savoir non pas la *séparation*, mais la *distinction* – et j'ajouterais la *désassociation* – de l'État et de la société<sup>37</sup>. État et société ne peuvent être *séparés* puisque l'État moderne est une puissance *de et dans* la société, en même temps que cette société est société *de et dans* cet État. Cependant, l'« idée d'ordre » moderne, exprimée par la *Déclaration* de 1789, nous oblige à penser la société, en tant que société d'individus, *avant* l'État. La modernité déchire la conception traditionnelle

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>35</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts » (1986), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie, op. cit.*, p. 90 *sqq.* Traduction française : E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique, op. cit.*, p. 205 *sqq.* L'expression « État préconstitutionnel » renvoie à la notion de « préconstitution » développée par Olivier Beaud dans *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 267 *sqq.*

<sup>36</sup> Il faut rappeler que, dans sa jeunesse à Münster, Böckenförde avait été invité à participer au *Collegium Philosophicum* organisé par Joachim Ritter. On sait que pour ce dernier le thème de l'*Entzweiung* constitue une clé d'interprétation de la philosophie politique et juridique de Hegel et l'on se reportera à son essai consacré à *Hegel et la Révolution française* (Paris, Beauchesne, 1997). Voir aussi, du même, « Entzweiung, entzweien », *Historisches Wörterbuch der Philosophie online* [<https://doi.org/10.24894/HWPh.888>].

<sup>37</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart » (1972), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit, op. cit.*, p. 209. Traduction française : E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La signification de la distinction entre État et société pour l'État social et démocratique contemporain » (1972), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique, op. cit.*, p. 176.

et organique de l'État (et de sa société)<sup>38</sup>. Les tentatives les plus radicales pour, non pas seulement surmonter, mais avant tout effacer cette désassociation s'appellent, au xx<sup>e</sup> siècle à juste titre *totalitarismes*<sup>39</sup>. Le problème politique fondamental de la modernité devient donc celui de la *médiation* entre État et société : prise en son juste sens, la « représentation » signifie ce problème global et complexe de la médiation et certainement pas seulement l'existence, parmi les organes de l'État, d'une ou deux assemblées électives.

Mais le discours de la démocratie identitaire-immédiate possède aussi un caractère idéologique au sens de Marx : il masque une réalité, de fait, représentative. Même l'initiative « populaire » – en Suisse, par exemple – est en vérité organisée par des groupes d'intérêts, c'est-à-dire activée et actualisée par des minorités structurées. Cette forme apparemment la plus pure de la démocratie directe ne peut échapper à une « structure élitaire ». C'est pourquoi, écrit Böckenförde, « le manteau de la démocratie directe recouvre une structure représentative cachée qui s'y déploie<sup>40</sup> ». Le problème est que, largement informelle, on tend à ne plus la percevoir : l'initiative est dite « populaire », comme si elle émanait du peuple et, de ce point de vue, l'expression « initiative citoyenne » est un léger progrès.

La démocratie moderne, parce qu'elle dépend de la structure moderne du politique en sa distinction de la société et de l'État, ne peut donc échapper à la représentation, c'est-à-dire aux formes et procédures de la représentation, même lorsqu'elles prennent l'aspect trompeur de l'immédiateté et de l'identité.

Certes Schmitt le reconnaît : il n'y a « pas d'État sans représentation<sup>41</sup> ». Toutefois, identité et représentation sont pour lui « deux principes politiques structurants mais opposés<sup>42</sup> », et il est évident que la démocratie en tant qu'« identité des gouvernants et des gouvernés » repose sur le principe d'identité. Cela explique que, chez lui, démocratie et représentation, démocratie et parlementarisme et, plus généralement, démocratie et État de droit s'opposent et pas seulement d'une manière qu'on pourrait dire banalement conceptuelle, mais avant tout en tant que principes *politiques* au sens schmittien du politique : représentation, parlementarisme et État de droit sont les *ennemis* de la « démocratie » (identitaire-immédiate). Schmitt est ainsi le représentant typique du concept de démocratie que critique radicalement Böckenförde.

Or, une fois la critique de la notion identitaire-immédiate de la démocratie terminée, au moment où, dans ce texte, commence la reconstruction d'un concept

---

<sup>38</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Die sozialen und politischen Ordnungsideen der Französischen Revolution » (1991), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Nation, Europa, op. cit.*, p. 11 sqq.

<sup>39</sup> Böckenförde s'est intéressé de près aux totalitarismes allemands, à la fois nazi et marxiste-léniniste. Sur le droit public national-socialiste, voir E.-W. BÖCKENFÖRDE (dir.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Heidelberg, C.F. Müller, 1985. Sur la conception du droit en RDA, voir E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, Kösel, 1968, qui est, selon moi, l'essai le plus pénétrant sur la question, parce que, précisément, en 1968, le droit de RDA n'est pas un objet d'histoire, mais encore un enjeu philosophico-politique que Böckenförde s'efforce d'analyser depuis une perspective interne, selon la logique propre de ce droit, et de ce que signifie, dans ce cadre, l'effacement de la coupure entre État et société.

<sup>40</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie, op. cit.*, p. 385.

<sup>41</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 206.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 204.

positif, opératoire de la démocratie, Böckenförde en appelle à la définition hellérienne de l'État : grâce à celle-ci, écrit-il, le « problème de la démocratie directe est circonscrit du point de vue des sciences sociales ainsi que de celui d'une théorie de l'organisation et se trouve ramené à son fondement<sup>43</sup> ».

Heller joue bien ici le rôle d'un antidote à la conception schmittienne, identitaire-immédiate de la démocratie. Böckenförde précise que l'importance du concept hellérien de l'État tient en ceci que l'État n'y est conçu « ni comme une unité substantielle propre, ni comme une unité de représentation subjective<sup>44</sup> ». On peut traduire : ni à la manière « substantielle » d'un Schmitt, ni à celle « subjective » d'un Jellinek<sup>45</sup>. Le concept hellérien de l'État en tant que simple « unité organisée d'action et d'effectuation » est radicalement désubstantialisé et s'oppose de ce fait frontalement au concept schmittien d'une « unité politique d'un peuple » qui ne se pose jamais la question de la formation et de l'organisation de cette unité. En même temps il est, comme on l'a vu, le concept d'une sociologie réaliste, tout aussi éloigné du subjectivisme kantien d'un Jellinek. Le plus important, pour Böckenförde, tient en ce que ce concept permet d'échapper au substantialisme schmittien.

En effet, ce qui fait l'unité de l'État, ce n'est pas la prétendue unité substantielle d'un peuple, ce n'est pas l'« égalité substantielle » des citoyens, ce n'est pas leur « mêmeté », leur ressemblance, une sorte de solidarité mimétique, ce n'est pas leur « *Gleichartigkeit* » (similitude) dans la version « *soft* » de 1928 qui deviendra « *Artgleichheit* » (égalité d'espèce ou de race) en 1933, ce n'est pas, certainement pas un principe substantiel d'identité : c'est simplement une forme d'organisation. « L'État, écrit Heller, n'est rien d'autre qu'une forme de vie humaine et sociale, une vie dans une forme et une forme tirée de la vie<sup>46</sup>. »

Telle est la leçon de Heller que, je crois, accueille pleinement Böckenförde. L'État est d'abord une *forme*, un système d'organisation avant d'être un système de valeurs, et l'on a rappelé plus haut la lutte engagée par Heller contre les fondations axiologiques de l'État et du droit. C'est ce qui explique que ce dernier voyait dans le rejet socialiste de la forme constitutionnelle de Weimar au nom des valeurs de la classe ouvrière la plus terrible erreur politique, une erreur qui ne pouvait que livrer l'Allemagne au fascisme. Cette question, me semble-t-il n'est pas totalement inactuelle.

Or, l'on retrouve cette préséance de la forme sur la substance dans la doctrine constitutionnelle de Böckenförde et elle pourrait même être une ligne directrice pour l'interprétation de son œuvre. Je ne peux développer ici ce point, mais la dimension formelle précède et conditionne chez lui les questions substantielles. Deux exemples, parmi d'autres contribueront à le montrer.

D'une part, lorsqu'il appelle les Catholiques à assumer l'éthos de la démocratie, le jeune Böckenförde précise que cet éthos, dont le principe séminal est : « Les égaux-libres (*die Gleich-Freien*) ne portent et ne supportent la domination qu'en

---

<sup>43</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, op. cit., p. 386.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> Je ne peux ici développer la conception « subjectiviste » de l'État et du droit chez Jellinek. Je me permets de renvoyer *pars pro toto* à O. JOUANJAN, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », art. cité, p. 5 sqq., en part. p. 43 sqq.

<sup>46</sup> H. HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften*, op. cit., p. 136.

tant qu'égaux-libres<sup>47</sup> », est formé de « petites valeurs », des valeurs formelles et non substantielles, c'est-à-dire des valeurs qui ne préjugent pas du résultat de la délibération démocratique, mais qui *disposent* à la participation à cette délibération. Le droit naturel aristotélo-thomiste de l'État organique chrétien, tel que consacré par Léon XIII et qui est encore, en 1957 la doctrine officielle de l'Église catholique, fixe à titre de préalable certaines valeurs substantielles comme soustraites par principe au débat démocratique. Elles sont précisément l'objet de la critique du catholique démocrate Böckenförde.

Au fond, Böckenförde rencontre le même problème s'agissant des multiples tentatives faites en Allemagne, après la Seconde Guerre mondiale et pour des raisons qu'on peut bien sûr comprendre, et qui entendent fonder axiologiquement le droit<sup>48</sup>. Fonder le droit sur des valeurs objectives, cela attire juristes et politiciens comme des mouches, qui croient trouver un refuge, un abri sûr dans l'ancre des valeurs substantielles alors que pourrait bien y régner, en réalité, la « guerre des dieux » selon le mot célèbre de Weber. Bien sûr le Schmitt de la « tyrannie des valeurs<sup>49</sup> » n'est pas loin lui non plus et fait référence dans ce texte. Mais se rejoue aussi, *mutatis mutandis*, la querelle qu'avait engagée Heller contre l'approche *geisteswissenschaftlich* du droit et l'axiologie smendienne qui en découlait, querelle évoquée plus haut. Or, il faut rappeler que le courant smendien paraissait avoir triomphé jusque dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale et son plus célèbre arrêt, rendu en 1957, l'arrêt *Lüth* : les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale ne constituent pas seulement des droits subjectifs défensifs contre l'État, mais aussi un « ordre objectif de valeurs<sup>50</sup> ». Cette interprétation axiologique des droits fondamentaux fera elle aussi l'objet d'une vive critique de la part de Böckenförde :

La logique de la pensée axiologique conduit [...] à ce que, à chaque fois, la valeur supérieure s'impose inconditionnellement par rapport à toutes les autres valeurs inférieures et que soient ainsi méconnus les rapports de fondation qui font que les valeurs supérieures s'ancrent dans les valeurs inférieures<sup>51</sup>.

Que les valeurs inférieures, formelles, celles de la démocratie et des formes propres à l'État de droit soient le point d'ancrage du développement démocratique des valeurs supérieures, c'est précisément un argument qu'avait déjà défendu Böckenförde en 1957 contre le droit naturel de l'Église catholique<sup>52</sup>. C'est dans le

<sup>47</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche », art. cité, p. 13.

<sup>48</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts » (1990), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit, op. cit.*, p. 67 *sqq.* Traduction française : « Pour une critique de la fondation axiologique du droit », in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique, op. cit.*, p. 77 *sqq.*

<sup>49</sup> C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2011 [1967], avec une belle postface de Christoph Schönberger.

<sup>50</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale], vol. 7, p. 198 (p. 205 pour le passage concerné).

<sup>51</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation » (1974), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie, op. cit.*, p. 115 *sqq.* (p. 132 pour la citation). Traduction française : E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Théorie et interprétation des droits fondamentaux », in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique, op. cit.*, p. 253 *sqq.* (p. 265 pour la citation).

<sup>52</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche », art. cité.

même ordre de raisons qu'il défendra sans relâche l'idée selon laquelle la constitution n'est pas le « fondement (axiologique) » du droit mais un « ordre-cadre » (*Rahmenordnung*), une distinction décisive pour la conception que le juge constitutionnel doit se faire de son office : la conception des droits fondamentaux comme « décisions axiologiques » leur confère un « effet universel » en tant qu'ils ne sont plus seulement « dirigés contre l'État », mais qu'ils se déploient dans l'ensemble du droit ordinaire par « effet de rayonnement », ce qui conduit à ce que pratiquement toute question de droit, dès qu'elle a « un rapport quelconque avec les droits fondamentaux », devient une « question constitutionnelle » et le juge constitutionnel, de la sorte, en vient à se faire un « super juge de cassation » (*Superrevisionsinstanz*) – une position qui ne lui était pas destinée et qui « ne lui fait guère de bien – précisément dans le système de l'organisation des pouvoirs<sup>53</sup> ».

La thèse que je veux soutenir est donc que les divers aspects de la pensée politique et constitutionnelle de Böckenförde prennent pleines consistance et cohérence lorsqu'on les rapporte à ce modeste concept formel de l'État, ce concept hellérien, comme « unité organisée d'action et d'effectuation ».

Cette considération m'amène, pour conclure, à la *quæstio diabolica*, initiée par Schmitt, dans sa *Théorie de la constitution*, celle de l'homogénéité démocratique. Le problème de l'« homogénéité » est intégré dans la théorie böckenfördienne de la démocratie. En apparence, l'on est ramené au schmittisme de Böckenförde. Toutefois avant de conclure trop vite, comme on l'a annoncé plus haut, il faut convenablement examiner la question.

On l'a rappelé, Böckenförde n'a jamais parlé que d'« homogénéité relative ». Cette homogénéité relative, on peut la traduire de la manière suivante : « Il faut qu'existe un certain degré d'homogénéité sociale afin que la formation de l'unité politique soit possible. » Cette phrase n'est pas de Schmitt. Elle n'est pas davantage de Böckenförde. Elle est de Heller dans son essai de 1928, « Démocratie et homogénéité sociale<sup>54</sup> ». C'est une homogénéité relative, une homogénéité de la société et non pas une homogénéité du « peuple » porteur de son « unité politique », de son État. Il faut y insister : cette homogénéité relative n'est pas le *fondement* mais seulement la *condition de possibilité* de l'unité organisée qu'est l'État. Elle ne peut fonder l'État, et certainement pas l'État démocratique, dès lors qu'elle ne précède pas, comme un donné naturel, apolitique et asocial, l'organisation de l'État, dans la mesure où l'État ne donne pas et ne peut donner à ce que l'on imagine être une unité *préconstituée* sa forme politique, mais doit par sa constitution et par son action participer à l'effectuation d'un minimum indispensable d'homogénéité sociale<sup>55</sup>. Par ailleurs, dans l'État démocratique, cette homogénéité ne peut être que

---

<sup>53</sup> Entretien avec Dieter Gosewinkel : E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, op. cit., p. 477 p. 436-437.

<sup>54</sup> H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, t. 2, p. 423-433.

<sup>55</sup> Ce qui signifie que l'État démocratique moderne, libéral et sécularisé, pluraliste donc, doit être État de droit en même temps qu'« État social ». Cette conviction rapproche une fois encore Hermann Heller et Böckenförde à travers une référence commune, celle du « hégélien de droite » Lorenz von Stein. Le thème de l'État social irrigue l'œuvre de Heller et je me borne à renvoyer aux développements qui lui sont consacrés par Albrecht Dehnard : A. DEHNHARD, *Dimension des staatlichen Handelns. Staatstheorie in der Tradition Hermann Hellers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, p. 33 sqq. De Böckenförde, en français : E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La signification de la distinction entre État et société pour l'État social et démocratique contemporain », art. cité ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Lorenz von Stein, théoricien du mouvement de l'État et de la société vers

radicalement relative dans la mesure où un tel système politique n'a pas seulement pour difficulté de faire d'une pluralité (sociale) une unité (politique), mais aussi et en même temps de mettre cette unité (politique) au service de la pluralité (sociale). D'où ce que l'on peut appeler la « complication démocratique ».

En 1983, l'essai de Böckenförde « Démocratie et représentation » est une très sévère critique adressée à Schmitt. Le « certain degré d'homogénéité sociale » nécessaire dans l'État démocratique est seulement celui qui conditionne la possibilité de parler avec son adversaire. Il me semble que Böckenförde pourrait traduire cela de la manière suivante : c'est la condition d'une acceptation sociale de l'éthos démocratique, des petites valeurs formelles nécessaires en démocratie. Cette critique rejoint parfaitement celle que Heller adressait à la conception schmittienne du parlementarisme et que je citerai *in extenso* :

Tant que l'on croira en l'existence d'une telle homogénéité, et tant que l'on supposera que la possibilité de parvenir à un accord politique avec l'adversaire par le biais de la discussion existe, on pourra renoncer à l'oppression par la violence physique, et l'on pourra discuter avec l'adversaire. C'est la raison pour laquelle Carl Schmitt, prisonnier de sa fascination irrationnelle du mythe de la violence, est loin de saisir « le noyau intellectuel » du parlementarisme en désignant la foi en la publicité (*Öffentlichkeit*) de la discussion et la foi en la recherche de la vérité par la libre concurrence des opinions comme la *ratio* du parlementarisme. Une telle explication a pu séduire certains apologistes du rationalisme et, plus encore, les adversaires actuels du parlementarisme. En réalité, le fondement historico-intellectuel du parlementarisme n'est pas la foi en la discussion publique comme telle, mais la croyance en l'existence d'un fondement commun pour la discussion et, ainsi, en la possibilité d'un *fair play* à l'égard de l'adversaire politique intérieur, avec lequel on pense pouvoir trouver un accord sans recourir à la violence pure. Ce n'est que lorsque cette conscience de l'homogénéité s'évanouit que les partis qui, jusque-là, discutaient, deviennent des partis qui dictent leur loi<sup>56</sup>.

Tel est le sens de l'homogénéité démocratique chez Hermann Heller : celle qui se tient à l'intérieur de cette fragile frontière qui démarque l'adversaire, celui qui pense autrement, de l'ennemi : dans cette très relative homogénéité démocratique, il s'agit de battre un adversaire et non d'abattre un ennemi. Cette frontière ne s'insitue que dans la « conscience de l'homogénéité », c'est-à-dire dans un *ethos*, celui des petites valeurs démocratiques formelles, de l'*ethos* démocratique selon Böckenförde.

Il y a une raison évidente à ce changement de perspective sur le parlementarisme : la croyance en la capacité de la discussion publique à découvrir une vérité conduit logiquement à placer la discussion dans une sorte d'horizon transcendantal, celui de la vérité à découvrir qui devrait logiquement arrêter définitivement la discussion une fois cette vérité découverte, c'est-à-dire authentifiée comme « vérité » dès la procédure délibérative achevée. On rétablirait ainsi, sans s'en rendre vraiment compte, du substantiel indiscutable dans la démocratie, non pas en amont du processus délibératif mais en aval, à la fin. Or, cela est contraire à l'idée formelle et procédurale de la démocratie : les capacités de la procédure à produire de la norme commune s'épuiseront au fur et à mesure d'une discussion établissant la

---

l'État social », in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 148 *sqq.*

<sup>56</sup> H. HELLER, « Démocratie politique et homogénéité sociale », art. cité, p. 204.

vérité. En démocratie, la norme produite par la délibération n'est pas une « vérité », mais est et demeure une « opinion ».

C'est bien la raison pour laquelle Heller appelle la classe des travailleurs à soutenir coûte que coûte, « les armes à la main s'il le faut », la démocratie de Weimar : parce qu'elle est une « forme politique ouverte », l'unique condition de possibilité du changement social, de l'avènement de l'« État de droit social », ce que n'est pas la dictature.

Si, selon Heller, Schmitt n'a pas saisi l'idée directrice véritable du parlementarisme, c'est précisément à cause de son concept du politique : « Il convient de contester l'opinion de Carl Schmitt selon laquelle la distinction ami-ennemi serait la distinction spécifiquement politique, celle à laquelle l'on pourrait ramener tous les actes et motifs politiques. » En effet :

Si l'on pouvait vraiment ramener toutes les actions politiques à la distinction ami/ennemi, de sorte que l'ennemi en vienne à signifier ici « en un sens particulièrement puissant quelque chose d'existentiellement autre et étranger » qui doit être repoussé ou combattu et, éventuellement, anéanti pour conserver le mode de vie en accord avec notre être propre, alors la naissance et l'existence de l'unité politique seraient quelque chose d'éminemment apolitique. Schmitt ne considère que l'État politique achevé ; or, celui-ci n'est rien de statique, mais quelque chose qu'il faut recréer chaque jour, un plébiscite de tous les jours. Le processus dynamique du devenir et de l'autoaffirmation de l'État en tant qu'unité dans la multiplicité de ses membres est politique, en un sens au moins équivalent à celui de l'autoaffirmation vers l'extérieur. Politique vient de *polis* et non pas de *polemos*<sup>57</sup>.

De la sorte, « Carl Schmitt ne voit même pas la sphère de la formation de l'unité étatique interne comme relevant du politique<sup>58</sup> ». La question de la politique intérieure ordinaire n'est certes pas complètement absente du concept schmittien : « Le sens de cette distinction de l'ami et de l'ennemi est d'exprimer le degré extrême d'une union ou séparation, d'une association ou dissociation<sup>59</sup>. » Toutefois, elle est puissamment relativisée par le pathos du conflit et de la situation d'exception. Schmitt développe un peu plus loin cet aspect en évoquant de « nombreux concepts *secondaires* de ce qui est "politique" » (souligné dans l'original, mais pas dans la traduction) et énumère les politiques « religieuse, scolaire, communale, sociale, etc. ». Ces concepts sont « secondaires », car ils se situent « à côté des décisions politiques primaires » et sont « sous la protection de la décision prise<sup>60</sup> ». On peut reconnaître dans la « décision prise » ce que Schmitt appelle la « notion positive de constitution » qui « détermine par une décision exceptionnelle (*einmalige Entscheidung*) le tout de l'unité politique relativement à sa forme particulière

---

<sup>57</sup> Les deux citations : H. HELLER, « Démocratie politique et homogénéité sociale », *op. cit.*, p. 202 (trad. modifiée). Le passage entre guillemets de la seconde citation renvoie à C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, 7<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2002 [1932], p. 27 (trad. fr. C. SCHMITT, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 67, ici modifiée).

<sup>58</sup> *Ibid.* (trad. modifiée).

<sup>59</sup> C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, *op. cit.*, p. 27 (trad. citée modifiée : C. SCHMITT, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 66). Il faut donc un certain degré d'association, notamment à l'intérieur de l'État, mais l'on devrait s'interroger plus avant sur le sens de l'adjectif « extrême » (*äußerste*) appliqué spécialement à l'association.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 30 (trad. citée modifiée : *ibid.*, p. 70).



d'existence<sup>61</sup> ». La sphère de la politique intérieure est donc « secondaire » au sens où elle est dérivée, sous la dépendance de cette décision initiale et globale, raison pour laquelle elle se tient « sous sa protection ». Si, comme l'annonce la célèbre première phrase de *La notion de politique*, « le concept d'État [et donc aussi de constitution] présuppose le concept de politique », on comprend que la politique intérieure soit « secondaire » puisqu'elle présuppose l'État et sa constitution (positive), c'est-à-dire la décision politique véritable, originaire, première.

La critique de Heller vise cette *seconдарisation* de la politique intérieure, qui signifie aussi sa dévalorisation, non seulement parce que le maintien de la constitution, même « positive », suppose une certaine politique intérieure, mais aussi parce que la constitution n'est pas donnée « *einmalig* », une fois pour toutes, elle est une création continuée et nécessairement continuée par la politique intérieure qui n'est donc pas unilatéralement déterminée par la constitution dans la mesure où, à tout le moins relativement, celle-ci est en retour déterminée par la politique intérieure qui, sans rejouer le moment constituant, l'*actualise* sans cesse, par ses pratiques juridictionnelles, mais aussi parlementaires et exécutive, ce qu'une théorie sociologique et réaliste de l'État permet de saisir pleinement. On reconnaît dans cette objection le principe intellectuel général sur lequel Heller fonde son opposition fondamentale à celui qu'il appelle « l'avocat influent du fascisme allemand<sup>62</sup> » : l'absence complète de compréhension dialectique des phénomènes politiques et juridiques, le mythe de l'État et du politique faisant barrage à toutes considérations plus sobrement sociologiques.

Il suffit ici d'indiquer que, dans un texte important pour comprendre sa relation à Schmitt, Böckenförde adresse à la relativisation schmittienne de la politique intérieure ordinaire une critique du même ordre<sup>63</sup>. Certes, cette critique n'est pas frontale comme chez Heller. En apparence, Böckenförde expose la conception de Schmitt en reprenant le lexique de ce dernier. Cependant, on lit dans ces pages une interprétation personnelle du politique qui, tout en maintenant son caractère « secondaire », en revalorise la dimension intérieure :

La prestation de l'État en tant qu'unité politique est précisément de relativiser tout ce qui, à l'intérieur, survient de contradictions, tensions et conflits et de les maintenir dans cette relativisation de telle sorte que, dans le cadre de l'ordre pacifié de l'État, la confrontation fasse l'objet d'une discussion publique selon une procédure organisée, qu'il soit débattu des solutions et que, en fin de compte, une décision puisse être adoptée<sup>64</sup>.

Le *principe de discussion* comme le *principe de publicité*, c'est-à-dire précisément les deux principes constitutifs du parlementarisme et de la représentation, sont pour Schmitt les signes de la neutralité propres à la haine bourgeoise du politique. Cela explique aussi pourquoi, chez ce dernier, la politique intérieure ne peut être que « secondaire » au sens où elle serait une sorte de sous-politique. Or, pour Böckenförde, ces deux principes sont centraux : la discussion et la publicité sont les conditions nécessaires de la pacification intérieure relative, autrement dit de

<sup>61</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 7<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1989 [1928], p. 21 ; traduction française (ici modifiée) : C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, PUF, 1993, p. 152.

<sup>62</sup> H. HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften, op. cit.*, p. 314.

<sup>63</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts », in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit, op. cit.*, p. 346 sqq.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 347.

l'homogénéité relative dans l'État moderne libéral (et démocratique). Mais elles présupposent un principe plus profond encore, celui qui fonde « la croyance en l'existence d'un fondement commun pour la discussion et, ainsi, en la possibilité d'un *fair play* à l'égard de l'adversaire politique intérieur, avec lequel on pense pouvoir trouver un accord sans recourir à la violence pure », pour reprendre la formulation de Heller citée plus haut. Cela, comme on l'a précédemment dit, correspond à l'acquiescement aux petites valeurs formelles de la démocratie moderne selon Böckenförde. Pour ce dernier, comme pour Heller, l'homogénéité démocratique ne saurait être le pur et simple présupposé de la politique démocratique, de l'État démocratique et de sa constitution : elle doit être, comme doit l'être la constitution, sans cesse réactualisée, reproduite et sauvegardée, ce qui est précisément l'office de la politique intérieure, qui maintient le cercle des « amis » (les citoyens) – « amis » en un sens lui aussi très relatif, le cercle de ceux qui, même adversaires, peuvent encore discuter publiquement ensemble.

Ce n'est pas un jugement de valeur que de constater que les radicalisations de toutes sortes, dans l'État démocratique, tendent à faire basculer leur adversité dans l'hostilité, ne contestant pas seulement l'élite gouvernante en place, mais le *système* qui l'a produite dont on nie alors, lorsque l'on se réfère encore à un idéal de la démocratie, le caractère démocratique, ouvrant ainsi la porte à l'affrontement violent<sup>65</sup>. C'est précisément pourquoi la politique intérieure n'est pas une *petite* politique, « secondaire » peut-être, mais certainement pas de « seconde zone » : pour avoir des ennemis, encore faut-il avoir des amis, parmi lesquels, en démocratie, il faudra bien compter sur des adversaires.

L'homogénéité sociale (relative) n'est pas une identité assignée d'avance, mais une identité toujours relative, évolutive qui doit être préservée dans sa relativité même : une politique démocratique ne doit pas seulement faire de la pluralité une unité, mais doit faire aussi cette unité *pour la diversité*, pour le pluralisme des consciences et des opinions.

L'État démocratique moderne doit donc être un État de droit, s'il doit garantir les libertés individuelles et sociales et, tout particulièrement, la liberté d'opinion. Mais il doit être aussi un État social, sans quoi, laissant le plus libre cours aux discriminations économiques, il laisse aussi se détruire, de l'intérieur, la nécessaire

---

<sup>65</sup> Certains mouvements radicaux y tendent, d'autres sont déjà dans l'hostilité violente. Parmi les premiers, en France, on peut citer la très grande majorité de ceux qui ont participé au mouvement récent des « gilets jaunes », malgré son caractère disparate et déstructuré. Parmi les seconds, on pense à la mouvance du « Black Bloc » qui se situe elle-même au-delà de toute discussion et *de toute publicité* (cagoules, casques intégraux, pseudonymes sur les réseaux sociaux), pour agir d'emblée par l'action violente. On peut faire l'hypothèse raisonnable que, se mêlant aux « gilets jaunes », les militants du « Black Bloc » ont fait à ceux-ci une *offre de violence* qui, au sein des « gilets jaunes », du fait de leur tendance à l'hostilité à l'égard du système, a rencontré une certaine *demande*. Une faible minorité des « gilets jaunes » a accepté cette offre et basculé dans la violence, la majorité restant dans l'adversité radicale non violente, il faut le rappeler. Par ailleurs, on ne peut pas dire que la réponse de l'élite gouvernementale fut à la hauteur des événements, en répondant pendant des semaines à la violence par la violence. Durant des mois et jusqu'à l'annonce du « grand débat national », cette élite gouvernementale n'a pas compris ce qu'étaient les exigences qui s'imposaient à une véritable et bonne politique intérieure. Il est remarquable que le trop tardif « grand débat national », ramenant les questions des « gilets jaunes » (légitimes pour certaines d'entre elles) dans la sphère de la discussion et de la publicité, ait calmé la situation. Encore faut-il espérer que ce grand débat ne reste pas demain lettre morte, car la politique intérieure est aussi une *grande politique* et ne se joue pas sur un « coup de communication ».

homogénéité démocratique relative : l'adversaire économique devient un « ennemi de classe ».

C'est pourquoi, en démocratie, nous sommes convoqués à penser la liberté et l'égalité comme n'étant pas conceptuellement antagonistes, et ce pour des raisons qui ne sont pas seulement politiques, mais aussi et avant tout théoriques. Penser l'État de droit démocratique et social, telle fut la grande affaire de Hermann Heller. Ce fut aussi celle de son meilleur interprète et continuateur dans l'Allemagne contemporaine, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Mais c'est encore, toujours actuelle, *notre affaire*.

**Olivier Jouanjan**

| Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Institut Michel Villey