

Olivier Jouanjan
Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris-2

L'ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE

UDK: 342

Primljeno: 1. rujna 2018

Izvorni znanstveni rad

En Europe, la démocratie a un avenir radieux. Aucun mécanisme démocratique, même direct, ne peut garantir la démocratie directe. Par conséquent, la théorie du populisme du théoricien Carl Schmitt est analysée «Réflexions sur Schmitt contre Schmitt: Ernst-Wolfgang Böckenförde». En outre, le mythe démocratique est discuté et son idéologie. L'état de droit de la démocratie moderne et les deux visages de la démocratie moderne sont analysés. La nécessité de participer à la société civile au contrôle administratif est soulignée. La relation de tension entre démocratie et Etat de droit est observée. La nécessité de considérer le concept de démocratie moderne en relation avec la notion d'état de droit, les démocraties dans les conditions de la politique moderne sur la base desquelles Böckenförde, se référant à Hegel, appelle le problème "division" sont soulignés. C'est précisément à partir de ce problème que Böckenförde montre que la démocratie moderne ne peut être que représentative. La représentation est un principe fondamental de l'état de droit, tandis que la représentation signifie un système de formation nécessaire pour exprimer la volonté politique du peuple. Chaque formation du processus collectif implique l'introduction de normes de procédure, de garanties importantes et de conditions de forme de ce processus.

Mots clés: *état de droit, démocratie, normes de procédure*

1. 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. Leur piège tient en ce qu'ils 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.

2. CARL SCHMITT, THÉORICIEN DU POPULISME

Ce populisme moderne possède son théoricien, son constitutionnaliste de référence. Il s'appelle Carl Schmitt.¹ 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, mais 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 droit.²

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 XIXe 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

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 » : « Penser la démocratie moderne avec et contre Carl Schmitt », *Revue française de science politique*, 42-1, 1992, p. 83 et s. ; *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).

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) : c'est pourquoi 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 ».

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

Je m'appuierai ici, de fait, beaucoup sur l'œuvre d'un des constitutionnalistes 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.

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 le conteste³. 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 démocratie⁴. 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 Lübbe parlera des réceptions libérales de Schmitt⁵, une expression qu'on appliquera spécialement à Böckenförde⁶.

Cette formule pose cependant problème : qu'est-ce que cela peut bien signifier, la « réception libérale » d'une pensée fondamentalement illibérale ? On devrait à

³ Il en fait lui-même le récit dans l'entretien autobiographique qu'il a donné en 2008 à Dieter Gosewinkel : Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, Francfort/Main, Suhrkamp, 2011, p. 307 et s. (spé. p. 359 et s.).

⁴ « Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche » (1957), rep. dans : Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, 2^e éd., Berlin, Lit Verlag, 2007, p. 9 et s. 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 », rep. dans *ibid.*, p. 115 et s.

⁵ Hermann Lübbe, « Carl Schmitt liberal rezipiert », Helmut Quaritsch (dir.), *Complexio oppositorum* Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 427 et s.

⁶ Reinhard Mehring, « Zu den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenfördes », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 117, 1992, p. 449 et s. (p. 450).

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. De même qu'il a toujours été un catholique compliqué et indocile, de même, il a toujours été 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 et présentés⁷. 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 un autre héritage intellectuel, celui du constitutionnaliste social-démocrate de Weimar Hermann Heller. Je ne pourrai ici présenter davantage l'œuvre de Heller. Il 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 plan⁸. Böckenförde m'a donné raison : Heller est une source importante de sa propre pensée. Il le confirmera, en 2008, dans le long entretien avec l'historien Dieter Gosewinkel. Dans cet entretien il précise n'être pas l'hagiographe de Schmitt, et surtout de n'avoir jamais adhéré à sa conception de la démocratie : sur cette question essentielle Hermann Heller occupe la première place.

On comprendra pourquoi j'ai pris un peu de temps pour rappeler la position schmittienne quant à l'opposition radicale entre démocratie et État de droit, si j'ajoute maintenant que, précisément, l'œuvre de Böckenförde doit se comprendre comme l'une des tentatives les plus profondes et les plus intéressantes pour penser l'État de droit démocratique. Plus précisément encore pour penser la combinaison constitutive de la Loi fondamentale de 1949, à savoir le lien conceptuel, la cohésion intime entre État de droit, démocratie et État social. Faute de temps, l'on n'abordera pas ce dernier aspect, celui de l'État social. En tout état de cause, penser l'État de droit démocratique, cela veut dire justement : penser *contre* Carl Schmitt.

⁷ Ernst-Wolfgang 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 : Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Constitutional and Political Theory*, Oxford University Press, 2017. Le second volume est à paraître, chez le même éditeur.

⁸ Hermann Heller/Olivier Jouanjan, *La crise de la théorie de l'État et Hermann Heller : Crise de l'État, crise de la théorie*, Paris, Dalloz, 2012 ; Olivier Jouanjan, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la querelle des méthodes et des approches », O. Jouanjan/É. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 »*. Critique sociale, critique sociologique du droit, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 223 et s. ; du même, « Hermann Heller : penser l'État de droit démocratique et social en situation de crise », *Civitas Europa* 2016/2 (n° 37), p. 11 et s. ; du même, « Lire Hermann Heller, théoricien de l'État sous Weimar », Bruno Karsenti, Dominique Linhardt (dir.), *État et société politique. Approches sociologiques et philosophiques*, Paris, éd. de l'EHESS, 2018, p. 41 et s.

4. 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*⁹. La critique qu'il adresse au débat contemporain – et qui nous est encore et peut-être davantage même contemporain – 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'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 démocratiques 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 existantes* 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 fantasmée.

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 réalité que cette idéologie démocratique masque, c'est qu'il n'y a pas une 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 pas toujours pleinement conscientes d'elles-mêmes en une volonté politique, cela suppose toujours une « mise en forme » (*Formung*).

J'ajoute les considérations suivantes. Tout d'abord, cette mise en forme, qui suppose une procédure juridique, aboutira toujours à ce que la volonté dominante,

⁹ Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 294 et s.

agrégeant en elle les sentiments, tendances et désirs prépondérants au sein d'une communauté politique, dominera bel et bien les sentiments, tendances et désirs minoritaires. Ce qui veut 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.

J'ai écrit : 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 une fois donnée ne suffit pas, il faut encore qu'elle dure un certain temps pour faire une politique. La question du temps politique est évacuée du concept schmitto-populiste de la démocratie 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 temps¹⁰. Ce qui signifie que le temps des hommes doit être *institué*¹¹, qu'il suppose 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 qui n'est pas du temps véritable. 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 rassemblée »¹². Dès qu'elle prend une autre forme, elle 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

¹⁰ Thomas Hobbes, *Léviathan*, chap. 13.

¹¹ Voir les fortes réflexions de François Ost dans *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999.

¹² Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 219.

de garantir leur propre position de chef par un « droit », qui certes ne sera pas celui de l'État de droit. Mais alors, 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 lui 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.

Aucun mécanisme démocratique, aussi direct soit-il, et certainement pas l'acclamation ne saurait assurer ni garantir une impossible autant qu'impensable identité démocratique. 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 peut-il être dit, sans autre forme de procès, le « peuple » ?), un pouvoir déclencheur de la procédure, une procédure et une manière de décompter les votes. Autant de normes qui encadrent et conditionnent l'expression de la volonté populaire.

Le pouvoir déclencheur, même lorsque l'initiative est dite « populaire », 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 cachée de représentation »¹³.

De multiples et puissantes *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 et fantasmes auxquelles on nous demande de croire les concernant. On a bien le droit de n'être pas naïf.

¹³ Böckenförde, « Démocratie et représentation », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 299.

5. 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 fausse. 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'hommes »¹⁴. Il serait soumission au droit, règne du droit, « *rule of law* ». Partant, avec l'avènement de la justice constitutionnelle, l'on devrait voir « la politique saisie par le droit »¹⁵. La constitution serait devenue « normative » comme par enchantement¹⁶. Autant de naïvetés qui ne voient pas que tout droit présuppose une politique et que toute politique présuppose un droit, comme y insistait Hermann Heller.

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 mais dotée d'existence et de puissance propres et qui pourrait ramener la politique à la raison pure de ses normes. On ne s'aperçoit donc pas que ce qu'on appelle « le droit » est une *fiction* et que comme tous les autres « universaux », il n'a pas d'existence réelle.

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 à tout le moins 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, ni le texte d'une constitution, ni celui d'une loi générale et abstraite ne *contiennent* de normes.¹⁷ 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 de lois reste toujours un gouvernement des hommes.

¹⁴ 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* » – 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 (Jacques Krynen, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, 2018, p. 117).

¹⁵ Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Économica, 1988.

¹⁶ Élisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, 2^e éd. Paris, PUF, 1999, p. 59 et s.

¹⁷ Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique*, trad. fr., Paris, PUF, 1996, not. p. 168 et s.

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 pouvoir véritable ramené au sein d'un système constitutionnel d'équilibre ou, comme l'on dit, de séparation ou division des pouvoirs. Dans son livre, *La Révolution des pouvoirs*, Marcel Gauchet montre bien l'intense débat qui s'est déroulé durant la période thermidorienne de la Révolution française, à partir de 1794-1795, autour de la nécessité d'établir, pour modérer l'affrontement toujours possible entre l'exécutif et le législatif, un pouvoir équilibrateur ou « équi pondérateur »¹⁸. 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 droit¹⁹. L'incompréhensible coquetterie, privée de toute justification conceptuelle véritable, et qu'on rencontre si fréquemment en France, qui entend parler de la justice comme d'une *autorité* et non comme d'un *pouvoir*, ne peut rien comprendre à la logique propre de l'État de droit.

L'État de droit est lui aussi une certaine forme de domination des hommes sur les hommes. Et une fois encore c'est la question de la forme qui est première. À partir de là, l'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. 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 dans sa dimension exécutive ou administrative, mais aussi en tant qu'État législatif. On comprend de plus 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 », pas davantage 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 et séparé du politique, 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 – en tant que ces rapports dépendent au premier chef de l'action de l'exécutif et du législatif, de leur entente comme de leurs possibles conflits, si

¹⁸ Marcel Gauchet, *La révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995, p. 137 et s.

¹⁹ Olivier Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

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 pas, 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'idéologie²⁰ : auteur d'une *théorie pure*, Kelsen n'est pas l'idéologue du *droit pur*. Il insiste sans cesse, dans « La garantie juridictionnelle de la constitution »²¹, sur la « forme juridictionnelle » de l'organe chargé des fonctions de justice constitutionnelle. C'est l'indépendance et les garanties d'impartialité qui donnent à cette justice sa signification dans l'équilibre général des pouvoirs.

C'est la « forme juridictionnelle » qui donne sa signification et sa valeur à la cour constitutionnelle, mais elle ne garantit pas la vérité du droit dit par cette cour, elle ne garantit pas même que l'interprétation faite par cette cour soit « meilleure », « plus proche de la vérité » que l'interprétation constitutionnelle d'un organe exécutif ou législatif. Tout simplement parce qu'il n'y a pas de vérité substantielle du droit ni de possibilité de *vérifier* la qualité d'une interprétation.

Pour en terminer provisoirement avec la justice constitutionnelle et Kelsen, ce dernier insiste à la fin de son essai de 1928 sur le fait qu'une juridiction constitutionnelle est particulièrement souhaitable pour préserver les équilibres fédéraux lorsqu'ils existent – mais cet aspect ne nous retiendra pas davantage ici – ainsi que les constitutions démocratiques modernes²² On reviendra plus loin sur ce dernier point.

6. 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 de 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 précisément en cela que consiste la faute logique de Carl Schmitt. Mais pour la même raison, ils ne se confondent pas

²⁰ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1^{re} éd., 1934), rééd. par Mathias Jestaedt, Tübingen, Mohr Siebeck, 208.

²¹ *Revue du droit public*, 1928, p. 197 et s.

²² *Ibid.*, p. 252 et s.

d'avantage, et il ne s'agit donc pas de rabattre le concept de démocratie ans celui de l'État de droit et de la garantie des droits fondamentaux. Si l'on considère l'histoire du concept d'État de droit, telle qu'elle s'est d'abord développée dans l'Allemagne du XIXe siècle, celui-ci était précisément censé pouvoir et devoir s'appliquer à des régimes qu'on ne pouvait en rien considéré comme étant démocratiques, puisqu'il s'agissait de monarchies constitutionnelles, simplement limitées, aristocratiques et censitaires²³. 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.

La première remarque importante à faire, à ce sujet, c'est que l'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 « démocratie » en ce sens, mais plutôt aristocratie des *citoyens*, les citoyens désignant une minorité privilégiée au sein de l'ensemble des habitants de la cité, 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 j'appellerai le problème structurant de l'État moderne, pour être plus précis, le problème fondamental de l'État moderne *européen*.

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 leurs énergie des liens communautaires traditionnels²⁴. Ces principes établissent ce que Georg Jellinek appellera une sphère « *staatsfrei* », libre à l'égard de l'État²⁵.

Ce faisant ils établissent une distinction, et même une séparation mais 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 »²⁶. La « société », comme le dira le jeune Marx de la *Question juive*, n'est plus

²³ *Figures de l'État de droit*, op. cit. ; Böckenförde, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 127 et s.

²⁴ Böckenförde, « Die sozialen und politischen Ordnungsideen der Französischen Revolution », du même, *Staat Nation Europa*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1999, p. 11 et s.

²⁵ Parmi de nombreuses autres références: Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg-en-Br., Mohr (Siebeck), 1892, p. 80.

²⁶ Böckenförde, « La distinction entre l'État et la société pour l'État démocratique et social contemporain », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 176 et s.

« *immédiatement* politique » (je souligne)²⁷ : sa dimension la plus immédiate est économique au sens large.

Il y a un dédoublement, une division, une « scission », ce que Hegel nomme *Entzweiung*, une dissociation entre l'homme en tant qu'homme et l'homme en tant que citoyen. Pour Böckenförde, qui a participé à Münster dans sa jeunesse au *Collegium philosophicum* de Joachim Ritter, le pape des études hégéliennes à l'époque, 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*, la scission, l'*Entzweiung* est le problème structurant de la politique et donc de l'État modernes.

Pour Marx, cette scission entre l'homme et le citoyen doit être surmontée par une nouvelle politique de l'« homme générique », c'est-à-dire de l'homme non biparti, de l'homme à part entière. Il en appelle à la grande figure moderne de la démocratie immédiate, Rousseau²⁸. Mais il ne voit pas que, tout aussi « immédiate » que soit la démocratie rousseauiste, celle-ci présuppose comme une donnée indépassable cette même scission entre le citoyen qui participe à la loi et le sujet soumis à la loi²⁹ et que c'est précisément dans l'acte délibératif au sujet de la loi, par lequel tous statuent sur tous³⁰ que s'effectue l'indispensable médiation et réconciliation relative (l'homme et ses intérêts particuliers reste homme distinct du citoyen, ou plutôt il est le même en même temps qu'un autre³¹).

Donc même chez celui en qui l'on voit le chantre de la démocratie immédiate-identitaire, la scission reste un problème. 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'obédiences 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 société³². Non seulement le concept de « société » (opposé à « communauté ») avait perdu toute valeur, mais il en allait de même du concept d'État³³. C'est la structure politique même de la modernité qui était ainsi remise radicalement en question.

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,

²⁷ Karl Marx, *La question juive*, trad. fr., Paris, 10/18, 1968, p. 41.

²⁸ *Ibid.*, p. 44.

²⁹ Rousseau, *Du contrat social*, Livre I, chap. 6.

³⁰ *Ibid.*, Livre II, chap. 6.

³¹ « 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.

³² Olivier Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 174 et s.

³³ *Ibid.*, p. 164 et s.

une société assujettie à un certain État. Le problème de la scission devient donc le problème fondamental de la *médiation* ou pour le dire autrement, de la *représentation*.

7. 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 fonctionnement³⁴. 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 civiles, 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. J'ai également montré ailleurs que, dans le débat allemand du XIX^e siècle, les libéraux entendaient, au nom d'un « droit populaire » opposé au « droit des juristes » replacer la justice-même au cœur du système politique de la représentation que ce soit autour de la question de la publicité des débats, de la motivation et de la publication des décisions, mais aussi par l'introduction des jurys ou, mieux, des juridictions échevinales³⁵.

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 individuelle³⁶.

³⁴ 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 et s.

³⁵ Olivier Jouanjan, « Justice et espace public : convergences, tensions, contradictions ? », in : H. Yamamoto, O. Jouanjan (dir.), *Action publique et globalisation*, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 8, 2006, p. 169 et s. À la différence du jury qui ne statue que sur la question de fait (les preuves), le système de l'échevinage introduit, à côté des juges professionnels, des juges « populaires » qui statuent non seulement sur la question de fait mais aussi sur les questions de droit. Jurys et échevins étaient alors considérés comme de représentants du peuple.

³⁶ On n'a pas oublié Kant et ce qu'il considère être « la plus inoffensive parmi tout ce qu'on nomme liberté », à savoir « celle de faire un *usage public* de sa raison sous tous les rapports ». Or, ajoutait-

C'est ainsi qu'elle doit faire la médiation nécessaire entre l'État et la société civile sans réduire la scission, l'*Entzweigung*.

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. Le concept de représentation en tant que tel ne détermine pas quelles sont les formes ni les modalités de cette participation, quels en sont les forums, mais impose seulement que cette participation soit ouverte et libre.

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 pour s'améliorer et une telle réflexion est légitime. Mais elle n'a pas besoin de s'opposer et, de la sorte, discréditer la représentation qui est en vérité son principe. Ou bien il s'agit d'un pur effet de mode qui masque mal l'absence totale de pensée, ce dont l'exemple le plus frappant tient dans les deux pauvres articles de la « Constitution européenne » mort-née consacrés à la « démocratie participative », dont le premier se bornait à rappeler le principe de la liberté d'expression de tous, ce qui est le principe même de la démocratie représentative, et le second à garantir l'accès privilégié des lobbys aux institutions européennes et notamment la commission, qui sont déjà partout, qu'on le veuille ou non, dans la démocratie représentative...

Sur cette question de la représentation en son sens constitutionnel classique, il me reste une remarque à faire qui nous ramène à la notion d'État de droit. J'ai étudié de manière assez attentive l'histoire des doctrines allemandes de l'État de droit, une notion qui est née en Allemagne, comme l'on sait. Or, les doctrines libérales de l'État de droit utilisent plusieurs synonymes pour désigner la même chose : *Vernunfts-* ou *Verstandesstaat*, État rationnel ou État de l'entendement, mais aussi, dans le cercle des auteurs du *Staatslexikon*, la bible du libéralisme allemand classique, « *Repräsentationsstaat* », État représentatif.

L'État de droit est donc, pour eux, un autre mot pour dire le principe de représentation au sens large que je viens de décrire. Car 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 et premier 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, à l'époque, définie comme l'acte du monarque,

il, « j'entends de tout côté cet appel : *ne raisonnez pas !* » C'était pour lui l'appel de l'officier et du fonctionnaire. C'est aujourd'hui celui du populisme : dans l'espace public suis ton instinct, tes inclinations, tes passions et, à cette condition, tu seras le « peuple ». Kant, *Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. fr. (avec *Que signifie s'orienter dans la pensée ?* et *Vers la paix perpétuelle*), Paris, GF, 1991, p. 45.

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 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 alors 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 à la décision politique, contrôle et limite l'action de l'État à l'égard de la société.

8. 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 *negative* 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. Sans y insister, les commentateurs récents (Stephen Holmes, Lucien Jaume) ont d'ailleurs montré que le célèbre discours en 1819 de Benjamin constant lui-même, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, n'opérait pas 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). La fin du discours insiste spécialement, en effet, 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 ni ignorer, ni 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 deux *essences* séparées de la liberté, mais deux *modes* distincts de celle-ci. L'on prend ainsi le contrepied de la vulgate, largement inspirée d'Isaiah Berlin, qui, de manière unilatérale, oppose selon la logique du « ou bien/ou bien » liberté négative et liberté positive.

Cette logique binaire détermine, particulièrement dans le monde intellectuel anglo-saxon, deux théories politiques opposées, selon que l'on prenne le parti de la liberté négative – et l'on rejoint alors le libéralisme de type anglo-saxon – ou, au contraire, celui de la liberté positive – et l'on adhère au « républicanisme » d'un Quentin Skinner ou d'un Philip Pettit.

Mais dans l'État et la société modernes, ainsi scindées, peut-on imaginer qu'un individu puisse exercer librement sa fonction de citoyen sans être, dans sa vie individuelle, privée et publique, libre ? Est-il un citoyen démocratique qu'on puisse dire libre et participant librement à la délibération démocratique, 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 aussi de garantir.

La critique qu'adresse Böckenförde à l'égard de ces doctrines, radicalement libérales et « républicaines » consiste à dire que celles-ci 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 peut (encore) produire le citoyen dont l'État démocratique a besoin. On tient ici que la représentation, qui ne va pas sans domination, est la condition nécessaire d'un État démocratique *moderne*. Mais elle n'est certainement pas suffisante.

On peut bien admettre, avec Hobbes, que c'est l'unité du représentant qui fait celle des représentés³⁷, mais celle-ci présuppose un accord minimal sur le *pour quoi*

³⁷ *Léviathan*, chap. 16.

nous acceptons d'être représentés. Ce « pour quoi » ne peut être seulement l'État et ses procédures démocratiques. Il y faut quelque chose de substantiel. Il faut le redire : le mythe de la démocratie immédiate-identitaire ne résout certainement pas mieux cette question que la démocratie représentative. Car, par-delà l'impossible présence immédiate du peuple à lui-même, elle renvoie l'individu tout autant à son impossible mais si facilement et désirablement fantasmée présence immédiate à lui-même. Postulant l'unité, elle désunit nécessairement. « Le droit, écrivait Georg Jellinek, pourtant positiviste, n'est rien d'autre que le *minimum éthique* » d'une société³⁸.

On peut à partir de là poser les trois problèmes fondamentaux de la démocratie moderne. D'abord, quel peut être cet au-delà commun de la société démocratique auquel pourrait aspirer une société des individus qui ne sont, pris en eux-mêmes, que multitude ? Ensuite, s'il y faut une éthique minimale, quel est le niveau de « minimalité » exigée dès lors que la démocratie présuppose la différence et la divergence de principe des conceptions éthiques ? Enfin, si cette éthique minimale substantielle doit faire socle à la démocratie, qui doit la produire et la garantir, l'État ou la société ?

Après la sortie de la religion, après l'éclatement progressif de l'unité théologico-politique du monde médiéval qui préside à l'avènement de l'État moderne³⁹, cette question du « minimum éthique » semble devoir rester en jachère. Si l'État l'imposait il instituerait une *religion civile* qui contredit son principe libéral et démocratique⁴⁰. Mais comment la société, libre et plurielle, peut-elle produire une éthique démocratique ? Comment la démocratie peut-elle ne pas se retourner contre elle-même⁴¹ ?

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

À partir de là, on comprend cependant, malgré toute la difficulté d'une éthique démocratique substantielle, 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 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.

³⁸ Georg Jellinek, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Vienne, Hölder, 1878, p. 42.

³⁹ Böckenförde, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 101 et s.

⁴⁰ C'est tout le problème enkysté dans la logique du *Contrat social* de Rousseau en son tout dernier chapitre.

⁴¹ Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.

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 précède entend montrer qu'il s'agit là, tout à l'inverse, du rapport *constitutif* de cette démocratie et que donc, l'éliminer, le surmonter, cela signifie 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 ». À l'inverse, 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-même. »

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 démos 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 et 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 devrait être public. En effet, 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 ce réalise ce processus dialectique de médiation entre l'État et la société civile.

10. CONCLUSION

Je me suis efforcé de proposer quelques arguments qui soient, je l'espère, un peu pertinent, 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 ».

C'est à partir de ce problème que 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 représentation⁴². 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 nombreux oxymore idéologique.

Ces considérations n'apportent toutefois aucune solution au problème, sans doute aporétique, de la fondation éthique de la démocratie. C'est ce qu'exprime, on ne peut mieux, le très célèbre paradoxe de Böckenförde, selon lequel l'État démocratique, libéral et sécularisé « vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir »⁴³.

⁴² Hans Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. fr., Paris, Économica, 1988.

⁴³ Böckenförde, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », *op. cit.*, p. 117.

DEMOCRATIC RULE OF LAW

In Europe, democracy has a bright future. Not one democratic mechanism, however direct, cannot guarantee direct democracy. Therefore, the theory of populism by theoretician *Carl Schmitt* is analyzed « thoughts on Schmitt against Schmitt : Ernst-Wolfgang Böckenförde“. Furthermore, the democratic myth is discussed and its ideology. The state of rule of law of modern democracy and the two faces of modern democracy are analyzed. The need to participate in civil society in administrative control is stressed. The relation of the tension between democracy and rule of law is observed. The need to consider the concept of considering modern democracy in relation to the idea of rule of law, democracies under conditions of modern politics on the basis of which Böckenförde, referring to Hegel, calls the problem „division“ are emphasized. It is precisely from this problem that Böckenförde shows that modern democracy can only be representative. Representation is a fundamental principle of the rule of law while representation means a system of formation necessary for expressing the political will of the people. Every formation of the collective process means the introduction of standards of procedure, significant guarantees and formal conditions of this process.

Key words: *rule of law, democracy, standards of procedure*

DEMOKRATSKA VLADAVINA PRAVA

U Europi demokracija ima svijetlu budućnost. Nijedan demokratski mehanizam, koliko god bio izravan, ne može jamčiti izravnu demokraciju. Stoga se teorija populizma teoretičara Carla Schmitta analizira « misli o Schmittu protiv Schmitta: Ernst-Wolfgang Böckenförde». Nadalje, raspravlja se o demokratskom mitu i njegovoj ideologiji. Analizira se stanje vladavine prava moderne demokracije i dva lica suvremene demokracije. Naglašena je potreba sudjelovanja u civilnom društvu u upravnoj kontroli. Promatra se odnos napetosti između demokracije i vladavine prava. Naglašena je potreba razmatranja koncepta promišljanja moderne demokracije u odnosu na ideju vladavine prava, demokracija u uvjetima moderne politike na temelju kojih Böckenförde, pozivajući se na Hegela, naziva problem „podjele“. Upravo iz tog problema Böckenförde pokazuje da moderna demokracija može biti samo reprezentativna. Zastupanje je temeljno načelo vladavine prava, dok reprezentacija znači sustav formiranja potreban za izražavanje političke volje ljudi. Svako formiranje kolektivnog procesa znači uvođenje proceduralnih standarda, značajna jamstva i formalne uvjete tog procesa.

Ključne riječi: *vladavina prava, demokracija, standardi postupka*