

Oliver Lepsius

LA SCIENCE DU DROIT PUBLIC  
ET LA DÉMOCRATIE

Quelles sont les tâches de la science  
du droit dans un ordre juridique  
démocratiquement élaboré ?<sup>1</sup>

La forme étatique dans laquelle nous vivons a-t-elle un effet sur la science du droit que nous pratiquons ? Il ne fait aucun doute que la démocratie influe sur le droit positif, ne serait-ce que par l'existence d'une législation produite et légitimée démocratiquement. Mais qu'en est-il de la science ? On pourrait aller plus loin et s'interroger : existe-t-il une forme d'État démocratique qui aurait un effet sur la science du droit ?

Il faut commencer par rappeler que la science du droit est née dans des périodes non démocratiques. Elle développa ses méthodes et ses objets de recherche sous des régimes politiques bien différents. Les formes du droit, comme les lois, jugements, actes du pouvoir exécutif, contrats ne sont, de toute façon, pas reliées constitutivement à la démocratie. On pourrait même montrer que, précisément, la science du droit a particulièrement prospéré lorsqu'elle se tenait éloignée de la politique et de la forme de l'État, et qu'elle affirmait une validité scientifique propre et véritable, indépendamment du système de pouvoir politique. En somme, c'est la distance de la science du droit vis-à-vis des différents systèmes politiques qui lui a fourni la plupart de ses idées et de ses méthodes. Est-il alors encore pertinent de s'interroger sur la place de la science du droit en démocratie ou devrait-on souligner plutôt son caractère indifférent à la forme de l'État et prendre ses distances avec l'utilisation du droit à des fins instrumentales comme cela a lieu quotidiennement en démocratie ? Au surplus, cette distance ne repose-t-elle pas sur une raison plus profonde encore ? La science du droit trouve essentiellement ses sources dans le droit civil qui est, comme on le sait, la mère de tous les droits, or la démocratie est étrangère au droit civil. C'est

---

1. Ce texte est issu d'une conférence donnée à l'Institut Michel Villey le 13 avril 2010. Le style oral a été largement conservé.

pourquoi, je parlerai d'abord seulement de la science du droit public – et non point de la science du droit dans son ensemble – et de la démocratie seulement en ce qu'elle se réfère à la science du droit public. Je terminerai par quelques éléments sur la science du droit dans son ensemble.

La thèse que je voudrais présenter est la suivante : dans la démocratie la science du droit a des missions spécifiques à remplir. Elle doit, d'une part, se livrer à un examen descriptif du droit positif et, d'autre part, façonner la mission autonome de la science à la critique et à l'organisation du droit. Cette thèse sera développée en trois parties. Dans un premier temps, je procéderai brièvement à la délimitation des conceptions traditionnelles : la pensée de l'État et la pensée de la constitution. Dans un deuxième temps, je vais tenter de cerner de plus près la grande notion de démocratie dans sa force marquante pour l'examen du droit. Enfin, j'essaierai de montrer ce qui change quand on observe la perspective démocratique dans la science du droit et jusqu'où s'étend l'importance, en terme de résultat, d'un changement de perspective.

## I. Les concepts de référence traditionnels : État et constitution

En Allemagne, la science du droit public ne s'est guère intéressée jusqu'à présent à la démocratie<sup>2</sup>. Deux autres notions étaient au centre de ses réflexions : l'État et la constitution.

---

2. On a commencé à s'occuper de la démocratie seulement dans les années 1990. En 1990, la Cour constitutionnelle fédérale allemande inaugurerait une jurisprudence importante sur la légitimation démocratique. Cf. BVerfGE 83, 37 (50-58) [1990] ; 83, 60 (71-75) [1990] ; 93, 37 (66-74) [1995] ; 107, 59 (86-101) [2002] ; 111, 191 (216-217) [2004] ; 119, 331 (366-367) [2007]. Cette jurisprudence a été profondément influencée par les principales idées défendues par Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Demokratie als Verfassungsprinzip », in J. Isensee/P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, t. 1, 1987, § 22 (traduction française partielle par O. Jouanjan, in E.-R. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000). Sur le débat voir notamment B. Pieroth, « Structures plurales et unitaires de la légitimité démocratique : un point de vue allemand », *RUDH* 16 (2004), p. 322-330. Les principales monographies sont : H. Dreier, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991 ; M. Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, A. Hanebeck, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004 ; S. Bredt, *Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006 ; S. Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008. Critique chez B.-O. Bryde, « Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie », dans *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, t. 5 (1994), p. 305 ss. ; Redaktion Kritische Justiz (dir.), *Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung*, 2000.

## 1. L'orientation vers l'État (Staatsrechtslehre)

En tant que discipline scientifique, le droit public est né, du moins en Allemagne, comme un droit exorbitant de l'État<sup>3</sup>. Cette source historique se prolonge dans la notion de droit d'État (*Staatsrecht*), qui révèle sa singularité dès lors que l'on tente de la traduire dans une autre langue. Le *Staatsrecht*, cela n'existe qu'en Allemagne. Le français ne connaît pas une notion de « droit d'État », pas plus que l'italien n'utilise celle de « diritto statale », et quand on parle de « state law », l'Anglais ne comprend rien du tout et un Américain n'y voit qu'un droit d'un État fédéré distinct d'un droit fédéral.

La référence étatique du droit public en Allemagne (*Staatsrecht*) ne résulte pas d'un choix d'opportunité scientifique mais est liée à l'histoire. Comme chacun sait, pendant longtemps l'Allemagne n'a pas connu d'unité étatique comme la France, l'Angleterre ou les États-Unis. L'Allemagne était composée de nombreux territoires et après 1806 de plusieurs États. Les Allemands jouissent d'une unité étatique seulement depuis 1990. Avant, il existait toujours une « question allemande », même après la solution de la petite Allemagne de 1871 ou sous la Constitution de Weimar, qui contenait encore des règlements sur l'annexion de l'Autriche à la République allemande<sup>4</sup>.

---

3. E.-W. Böckenförde, « Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft », in Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 11 ss. ; voir aussi l'œuvre monumentale de J. Isensee/P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts* (note 2), 10 tomes, 1987-1997. Une vue constitutionnelle avec une perspective étatique y est présentée par exemple par J. Isensee, « Staat und Verfassung », t. 1, § 13, ou, du même « Rechtsstaat – Vorgabe und Aufgabe der Einung », t. 9, § 202. Sur cette œuvre : H. Schulze-Fielitz, « Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz », *Die Verwaltung* 32 (1999), p. 241 ss. Analyse critique et profonde chez C. Möllers, *Staat als Argument*, München, C.H. Beck Verlag, 2000 ; du même, *Der vermifste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2008. Pour une analyse des débats scientifiques dans les années 1950 et 1960 cf. F. Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, München, Oldenbourg Verlag, 2004.

4. Art. 2 § 2 al. 2 de la Constitution de Weimar : « D'autres territoires peuvent être annexés si leurs populations le souhaitent en vertu de leur droit de libre auto-détermination. »

Art. 61 § 2 de la Constitution de Weimar : « L'Autriche allemande conserve après son annexion à l'Empire allemand le droit de participer au Conseil de l'empire avec un nombre de voix correspondant à sa population. Jusque là, les représentants autrichiens-allemands n'ont qu'une voix consultative ». Sur les problèmes juridiques d'une annexion de l'Autriche, en rapport notamment avec le Traité de Versailles, v. Rudolf Laun, « Volk und Nation ; Selbstbestimmung ; nationale Minderheiten », in G. Anschütz/R. Thoma (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr, t. 1, 1930, § 21, p. 248-252.

C'est dans ce contexte que la science fut stimulée par l'orientation vers la notion d'État<sup>5</sup>. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, la notion d'État a permis d'éviter l'éclatement du droit et de combler des lacunes juridiques. Les constitutions écrites, qui étaient encore fragmentaires à l'époque, se sont laissées interpréter comme parties de quelque chose de plus grand, qui était précisément le droit d'État, et furent mises en relation avec des éléments à vocation englobante (unité de l'ordre juridique, État de droit). Finalement, une limitation matérielle du pouvoir souverain fut obtenue grâce à la définition des missions de l'État, bien plus que par les droits fondamentaux qui, au XIX<sup>e</sup> siècle, étaient plutôt considérés comme un moyen pour contrôler le pouvoir par l'obtention d'un droit de participation<sup>6</sup>. La fixation sur la notion d'État facilita, par la suite, l'ouverture du champ d'action de la science au-delà des pures questions juridiques. Nous dirions aujourd'hui : le *Staatsrecht* se justifiait comme objet de recherche pour des études interdisciplinaires. Il se procura une légitimation pour s'occuper des conditions sociales et philosophiques du droit. Et finalement, le *Staatsrecht* constitua directement aussi le droit civil. Car avec la séparation de l'État et la société, on avait attribué au droit civil justement un rôle non-étatique, il pouvait et devait même demeurer apolitique et neutre.

L'orientation scientifique vers l'État était une innovation, pour l'Allemagne, dans le contexte du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle stimula considérablement la science du droit. Jusqu'à aujourd'hui encore, le droit public allemand doit ses deux notions principales à cette période<sup>7</sup>. Mais le droit civil en profita lui aussi, car il a pu

---

5. O. Lepsius, « L'influence du droit public français sur la doctrine juridique allemande de la République fédérale », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, t. 24, 2004, p. 205 (212-219); O. Lepsius, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? », *RUDH*, 2003, p. 86 (87 ss); C. Schönberger, « Der « Staat » der Allgemeinen Staatslehre : Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich », in O. Beaud/E. V. Heyen (dir.), *Une science juridique franco-allemande ?*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 111 ss.; O. Beaud, « La théorie générale de l'État (Allgemeine Staatslehre) en France », in *ibid.*, p. 83 ss.; H. Quaritsch, « La situation actuelle de la théorie générale de l'État en Allemagne », *Droits*, n°15 (L'État/1), 1992, p. 69 ss.

6. J.-D. Kühne, « Von der bürgerlichen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg », in D. Merten/H.-J. Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, t. 1, 2004, § 3; D. Grimm, « Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts », in D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, p. 308 ss.; aussi in G. Birtsch (dir.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen, 1987, p. 234 ss.; R. Wahl, « Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus », in E.-W. Böckenförde (dir.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 1815-1914*, 2<sup>e</sup> éd., Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1981, p. 346 ss.; D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, p. 74 ss.

7. Voir par exemple T. Vesting, « Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes », *VVDStRL* 63 (2004), 41 (43-47, 59); N. Achterberg, « Deutschland nach 30 Jahren Grundge-

laisser au droit public toutes les questions directement politiques, de répartition du pouvoir, et occuper de son côté le champ de l'épanouissement de la liberté individuelle. Les droits fondamentaux ont marqué la séparation entre, d'une part, une sphère sociale de la liberté et de l'autorégulation et, d'autre part, une sphère étatique avec des fins, des interventions et des contraintes politiques.

## 2. L'orientation vers la constitution (Verfassungsrechtswissenschaft)

Dès la République de Weimar puis, plus nettement encore, sous l'empire de la jeune République fédérale, l'orientation étatique de la science du droit public a été concurrencée par l'orientation du droit public vers la constitution.

Dans les années cinquante et soixante, une ligne de démarcation s'est créée dans la doctrine allemande du droit public entre ceux qui s'appuyaient sur le concept de l'État et ceux qui mettaient la notion de constitution au centre de leurs réflexions<sup>8</sup>. Les partisans d'une orientation constitutionnelle avaient de bons arguments. Ils disposaient avec la Loi fondamentale d'une « vraie » constitution satisfaisant à toutes les attentes d'un État de droit<sup>9</sup>. L'interprétation des droits fondamentaux et le développement d'une théorie des droits fondamentaux ont rendu inutile le recours à un résidu prenant sa source dans l'État<sup>10</sup>. Des problèmes qu'on aurait pu aussi surmonter en se référant à l'État, ont été réglés, de façon plus précise et valable, grâce à une interprétation de la constitution.

---

setz », *VVDStRL* 38 (1980), 55.

8. Cf. Günther (note 3), p. 93 ss. ; Möllers, *Leviathan* (note 3), p. 31 ss.

9. Quelques contributions importantes : E. Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 7<sup>e</sup> éd., Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1964 ; H. Ehmke, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königstein, 1981 ; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20<sup>e</sup> éd., Heidelberg, C.F. Müller, 1995 ; P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, 1980 ; P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

10. Cf. W. Schmidt, « Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland », in D. Simon (dir.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, p. 188 ss. ; D. Grimm, « Multikulturalität und Grundrechte », in R. Wahl/J. Wieland (dir.), *Das Recht des Menschen in der Welt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 135 ss. ; du même, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 372 ss. ; E.-W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Siemens, 1990 ; du même, « Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation », in *Staat, Verfassung, Demokratie* (note 3), 115 ss. ; voir aussi l'éminente théorie de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, qui ne se réfère pas à l'État.

Mentionnons ici la doctrine des droits fondamentaux, qui a permis de réinterpréter des missions étatiques en droits de protection constitutionnels, ou encore l'interprétation du catalogue des droits fondamentaux au sens d'un système de valeur objectif que la cour constitutionnelle allemande reprit dans son arrêt Lüth en 1958<sup>11</sup>. Cette décision remet en question la différence traditionnelle entre État et société car elle voyait dans les droits fondamentaux des critères matériels pour l'ensemble du droit, y compris le droit civil. Les juristes parlent ici de la force de rayonnement (*Ausstrahlungswirkung*) des droits fondamentaux sur le droit privé ou simplement de son effet envers l'État mais aussi envers les particuliers. Au cours du temps, en tout cas, on se demandait de plus en plus quelles problématiques supposaient encore une orientation étatique et si, elles ne se laissaient pas mieux régler par une perspective constitutionnelle<sup>12</sup>.

Deux autres aspects ont aussi permis à la perspective constitutionnelle de prendre l'avantage scientifique sur la perspective étatique.

(1) La question de la validité se laissa plus facilement résoudre avec la notion de constitution qu'en se référant à l'existence d'un État. Le potentiel créatif de la science obtint alors une chance plus prometteuse de s'imposer. Car, sur le chemin de l'interprétation constitutionnelle, la science pouvait prendre part à la primauté de la constitution et sa force de direction normative. L'interprétation constitutionnelle lui ouvrait la possibilité de présenter ses propositions scientifiques en tant que solutions constitutionnelles potentielles à un problème juridique donné. Une dimension prescriptive était ainsi ouverte, alors que les avantages d'une argumentation fondée sur l'État se trouvent au contraire dans l'éclairage des règles normatives par des éléments factuels.

---

11. BVerfGE 7, 198 [1958], aussi in P. Bon/D. Maus (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, n. 24. avec commentaire de M. Fromont, p. 117-121. Voir aussi R. Wahl, « Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung », in T. Henne/A. Riedlinger (dir.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 371 ss. ; H. D. Jarass, « Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts* 110 (1985), p. 363 ss. ; E.-W. Böckenförde, « Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik », *Der Staat* 29 (1990), p. 1 (7 ss.); H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 1993, p. 21 ss., 41 ss.

12. Surtout en comparant la doctrine allemande avec celle de la Suisse, de l'Autriche ou des États-Unis, cf. G. Biaggini, « Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand : Wechselseitige Bedingtheiten am Beispiel der Schweiz », in H. Schulze-Fielitz (dir.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 267 ss. ; E. Wiederin, « Denken vom Recht her. Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre », in *ibid.*, p. 293 ss. ; (295), O. Lepsius, « Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen ? », in *ibid.*, p. 319 ss.

(2) La seconde raison du succès (sinon de la victoire) de la pensée constitutionnelle réside dans l'institution de la juridiction constitutionnelle. Sa réussite est légendaire et n'a pas besoin d'être rappelée ici<sup>13</sup>. Naturellement, la Cour constitutionnelle allemande doit se référer à la constitution dans ses décisions et non pas à une compréhension de l'État, préalable ou fondatrice. Et, en conséquence, le tribunal utilisa rarement des catégories explicites de la théorie de l'État<sup>14</sup>. Le discours des publicistes fut de plus en plus influencé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. Dans le sillage de la jurisprudence constitutionnelle, la science du droit ne fut pas la dernière aussi à profiter d'une montée de son importance. D'autres, à l'inverse, se sont plaints d'une désacralisation de la science de l'État par un positivisme de la juridiction constitutionnelle<sup>15</sup>. Ce qu'il y a de sûr dans tout cela, c'est que les constructions autonomes de la science ne se retrouvaient plus, à première vue, car elles se présentaient comme interprétation constitutionnelle et ne pouvaient plus s'afficher comme de pures créations scientifiques si elles voulaient avoir une chance de validité constitutionnelle.

### 3. Conséquences

Ces deux approches ont eu chacune leur légitimité. Tandis que la force de la pensée étatique réside dans le discours sur les prémices, la pensée constitutionnelle, elle, convainc grâce à son orientation sur les effets juridiques. Mais ces forces influent, en même temps, aussi sur leurs faiblesses spécifiques<sup>16</sup> : le discours sur les prémices est rarement efficace en terme de résultat (en tout cas, c'est ce qui ressort de la jurisprudence de Karlsruhe). Et, en ce qui concerne

---

13. Voir par exemple P. Badura/H. Dreier (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2 tomes, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001 ; R. C. van Ooyen/M. Möllers, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, eBook, 2006 ; R. Smend, « Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Vestehens des BverfG », in R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1968, p. 581 ss. ; P. Lerche, « Die Verfassung in der Hand der Verfassungsgerichtsbarkeit », in P. Lerche, *Ausgewählte Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 522 ss. ; du même, « Rechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit », in *ibid.*, p. 529 ss. ; K. Schlaich/S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 7<sup>e</sup> éd., München, 2007 ; O. Lepsius, « Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen », in R. Scholz et al., *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 103 ss.

14. V. surtout l'analyse de C. Möllers, *Staat als Argument* (note 3).

15. V. notamment l'article célèbre de Bernhard Schlink, « Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit », *Der Staat*, vol. 28, 1989, p. 161-172.

16. Cf. aussi M. Morlok, « Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre », in H. Schulze-Fielitz (dir.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft* (note 12), p. 49 ss.

l'orientation sur les effets juridiques de la pensée constitutionnelle, la contribution véritable de la science menace justement de s'effacer dans le discours général sur la pratique constitutionnelle<sup>17</sup>.

Je propose une troisième voie, celle de l'orientation à la démocratie, c'est parce que je suis persuadé que les deux approches concurrentes ont montré leurs limites à notre époque dans leur capacité à résoudre des problèmes.

La plus-value interdisciplinaire promise par la théorie de l'État ne s'est pas produite<sup>18</sup>. On n'a pas enregistré de succès de réception notable de la théorie juridique de l'État dans des disciplines voisines. De plus, ce discours est encore beaucoup marqué par des spécificités allemandes et trouve donc peu d'échos au niveau international. Dans des temps d'euphémisation et de mondialisation, elle menace de tomber dans les oubliettes de l'Histoire (thème classique de la perte d'étatisme) avec lesquelles aucune offre positive de description scientifique ne convient réellement. Une science du droit public qui se définit explicitement comme science de l'État tend à perdre son contact avec les discours internationaux.

Les principales catégories de la théorie du droit comme la souveraineté n'ont pas d'effet sur des constructions comme l'Union européenne et se compriment dans des dichotomies radicales de l'alternative entre noir et blanc.

L'approche constitutionnelle atteint également ses limites scientifiques dans l'examen des problèmes actuels : le cent vingtième tome de décisions de la cour constitutionnelle allemande vient juste de paraître. Déjà, d'un point de vue quantitatif, il est difficile de comprendre l'interprétation de la constitution par la juridiction constitutionnelle comme un tout sans contradiction. Les efforts scientifiques de notre esprit de système se trouvent devant un problème délicat : ils sont obligés de venir à bout du flux ininterrompu de la jurisprudence et ils ne peuvent jamais parvenir à de vraies césures. De plus, le statut d'une interprétation constitutionnelle fonctionnant en continu n'est pas clair. Est-ce que l'arrêt Lüth, aujourd'hui, cinquante-deux ans après son prononcé, appartient encore au droit constitutionnel ou fait déjà partie de l'histoire constitution-

---

17. Analyse et proposition d'une nouvelle théorie chez M. Jestaedt, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Schöningh, 2009, surtout p. 14 ss., 73 ss.

18. Cf. par exemple M. Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 26 s. ; O. Lepsius, « Themen einer Rechtswissenschaftstheorie », in M. Jestaedt/O. Lepsius (dir.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 1 (12-14) ; C. Möllers/A. Voßkuhle, « Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften », *Die Verwaltung* 36 (2003), 321 (330 sq.) ; J. A. Frowein, « Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht », *DÖV* 1998, 806 (811).



nelle<sup>19</sup> ? Pouvons-nous aussi nous libérer des interprétations constitutionnelles ou allons-nous être bientôt écrasés par la masse de phrases constitutionnelles, de sorte que le domaine dans lequel la politique peut encore agir librement, s'évanouit de plus en plus ? La vie politique ne souffre-t-elle pas de plus en plus des contraintes constitutionnelles prédéterminées si bien que, en conséquence, l'agir politique se réduit constamment sous la pression de la masse des règles de droit constitutionnel ? Pouvons-nous regagner des champs libres d'action, que ce soit pour la politique ou pour la science ? Ou devons-nous nous faire une raison et admettre que chaque question ne puisse être désormais être traitée que dans le cadre d'une « monture » préalablement fixée par le droit constitutionnel ?

J'en arrive à la deuxième partie de mon exposé. Que veux dire : l'orientation de la science juridique vers la démocratie ? Cela ne veut pas dire une orientation au principe de démocratie dans le droit constitutionnel ou encore à la maxime de la souveraineté populaire dans la théorie de l'État. Sinon, l'orientation vers la démocratie reviendrait à hisser simplement un nouveau drapeau terminologique. Et je n'ai pas l'intention de « changer le drapeau » de notre question mais plutôt de lui donner une nouvelle boussole.

## II. L'orientation vers la démocratie

Lorsqu'il observe le système juridique dans la perspective de la démocratie, le chercheur peut identifier au moins quatre éléments structurels essentiels à l'examen scientifique du droit.

### 1. Majorité et minorité

La démocratie suppose une majorité et une minorité. Le principe suivant s'applique : la majorité décide et la minorité « en est pour ses frais ». Mais pourquoi la majorité a-t-elle le droit de décider ? Est-ce pour des raisons uniquement

---

19. Pour l'historisation de cet arrêt : M. Jestaedt, « Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen – Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung », in B. Rill (Hrsg.), *Grundrechte-Grundpflichten: Eine untrennbare Verbindung*, München, 2001, p. 67 ss. ; U. Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, München, Karle Blessing Verlag, 2004; T. Henne/A. Riedlinger (dir.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin Wissenschafts Verlag, 2005; K.-J. Grigoleit, « BVerfG und sozialliberale Koalition unter Willy Brandt : Der Streit um den Grundlagenvertrag », in R. C. van Ooyen/M. Möllers (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* (cité n. 13), p. 163 ss. ; O. Lepsius, *Lernen* (n. 12), p. 355-361.

arithmétiques ? Est-elle détentrice du bien-fondé seulement parce qu'une majorité s'est réunie derrière elle ? Dans ce cas, une tyrannie de la majorité menacerait, une tyrannie qui pourrait imposer ses convictions avec l'aide du principe de majorité et opprimer la minorité. Une société libérale ne serait garantie que pour une grande partie seulement mais pas pour tous. Situation inacceptable ! On peut poser que le fondement du principe majoritaire ne réside ni dans sa supériorité quantitative, ni dans le bien-fondé qualitatif en découlant. Derrière le principe de majorité se cache un principe d'organisation et non une garantie d'exactitude matérielle.

Dans une démocratie libérale, chaque opinion compte et chacun doit accepter au moins l'opinion adverse<sup>20</sup>. Il se crée alors un concours d'opinions nominales ayant les mêmes droits qui sera tranché par un vote à la majorité à un certain moment pour des raisons sociales et techniques. Les acteurs n'acceptent pas cette décision en vertu de leurs propres convictions. Les vaincus ne doivent pas approuver l'opinion de la majorité. La minorité ne s'incline devant la décision majoritaire uniquement si elle aura une chance d'appartenir une fois à la majorité. Si elle n'a pas cette chance, alors elle n'est plus prête à se soumettre aux décisions de la majorité. C'est pourquoi, le principe de majorité suppose, en démocratie, un concours d'opinions en continu<sup>21</sup>. Cela préserve la majorité d'arrogance et d'abus de pouvoir. Tout comme la minorité peut, un jour, appartenir à la majorité, et la majorité peut aussi devenir une minorité. Chacun peut se retrouver un jour dans une position minoritaire. C'est pourquoi la majorité a aussi un intérêt à respecter les positions de la minorité, au moins, en ce qui concerne les formes et la procédure.

Si on justifie le principe majoritaire par l'argument de la position de la minorité (et non pas celui d'une supériorité quantitative ou qualitative de la majorité), cela entraîne des conséquences sur la signification des décisions majoritaires. Elles ne sont plus l'expression de la vérité mais du relativisme. La décision majoritaire se transforme en condition du pluralisme car la multiplicité de chacune des opinions, ayant les mêmes droits, ne peut se transformer et s'articuler qu'autour d'un constant pour ou contre. Le pluralisme a donc besoin de décisions majoritaires comme césures, comme résultat intermédiaire

---

20. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925, p. 322-325 ; du même, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2<sup>e</sup> éd., Tübingen, 1929, p. 53-59. Cf. O. Lepsius, « Zwischen Volkssouveränität und Selbstbestimmung. Zu Kelsens demokratietheoretischer Begründung einer sozialen Ordnung aus der individuellen Freiheit », in H. Brunkhorst/R. Voigt (dir.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 15 ss.

21. Cf. G. Simmel, *Soziologie*, Berlin, 1923, p. 186 ss. ; L. Brandeis, concurring opinion, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) : « public deliberation is a political duty ».

d'un développement constant des idées et d'un accord continu des intérêts de chacun. Le caractère principalement relativiste de la démocratie qui pointe ici son nez, n'affaiblit pas la crédibilité de la formation démocratique d'opinions politiques, comme on pourrait le supposer. Nous pouvons accepter la décision majoritaire, justement parce que nous ne devons pas la considérer comme bonne mais plutôt parce que nous savons que nous pouvons un jour la modifier. Mais, simultanément, cela signifie qu'en démocratie, on ne peut attendre ni exactitude, ni motif ultime. Comme la formation d'une opinion politique est constamment en marche, chacun peut aussi s'épanouir pleinement. Même si chacun peut faire une fois partie de la minorité, sa conviction ne s'en trouve pas affectée. Il peut partager un autre avis.

Ainsi, la démocratie ne repose pas seulement sur le pluralisme des idées, elle le produit aussi. On ne peut pas attendre d'elle plus que des réponses relativistes et cela ne doit pas être interprétée de façon négative mais plutôt de façon positive : c'est à cause du relativisme que nous pouvons faire confiance à la démocratie.

## 2. *Le compromis*

En démocratie, il n'est pas facile de former une majorité. Au contraire, il est plus facile de dire non parce qu'on veut rester fidèle à soi-même. Rien ne doit unir le groupe des « Non » au sens positif. Et il est indifférent de savoir quels sont les motifs individuels des partisans du « Non ». Pour le groupe des « Oui » par contre, cela n'est pas la même chose. Il doit s'unir sur quelque chose en commun ; un minimum d'accord est nécessaire et souvent, en pratique, un tel minimum n'existe même pas. C'est pourquoi, on dit souvent « Oui, mais » et non pas seulement « Oui ». On connaît ce sentiment de doute et la difficulté de le surmonter lors d'un vote, au moins on le connaît dans l'isolement. Celui qui vote, fait preuve de sens du compromis en général, et c'est pourquoi il ressent parfois un sentiment désagréable.

Que des majorités reposent sur des compromis confirme, d'ailleurs, ce que nous venons de dire sur le caractère relativiste du principe de la majorité<sup>22</sup>. Les votants ressentent leur décision comme un compromis, c'est-à-dire comme une déclaration relative, qui ne peut revêtir aucun caractère de vérité objective. Des personnes qui doivent prendre des compromis se trouvent en fait également dans des positions minoritaires, même s'ils appartiennent arithmétiquement à la majorité finale. Seulement, ils sont prêts, à la différence de la minorité

---

22. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, éd. 1925 cit., p. 358-361 et *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, éd. 1929 cit., p. 56-58.

arithmétique, à modifier partiellement leur position dans l'espoir de gagner une influence sur la décision majoritaire en cédant partiellement. Pour le dire autrement : en étant prêt à un compromis, on renonce certes à sa position de départ mais on gagne quelque chose que l'on n'avait pas auparavant, grâce à l'accord ainsi obtenu avec d'autres : une majorité.

Ainsi, en démocratie, on ne peut pas attendre plus qu'un compromis d'un point de vue positif<sup>23</sup>. Mais, au moins en Allemagne, ce phénomène est estimé, la plupart du temps, négativement. Il n'est pas rare que l'on décrive le compromis comme étant « boiteux » et cette évaluation négative des compromis est presque normale dans la rhétorique politique. Cette connotation négative est cependant complètement inadéquate, car les compromis sont un gain et non pas une perte. Ils sont salutaires et non pas boiteux. Au début, on a seulement des opinions ; à la fin on obtient des majorités. Au début, il existe des intérêts, à la fin des décisions sont prises.

### *3. Différenciation institutionnelle*

Ainsi que nous l'avons vu, ce n'est que lorsque la minorité a la chance potentielle de devenir une majorité qu'elle se pliera aux décisions de la majorité. Cependant, il existe beaucoup de thèmes sur lesquels la minorité n'a aucune chance de devenir majoritaire et sur lesquels on ne peut pas attendre d'elle qu'elle conclue des compromis. En démocratie, il est souhaitable que ces thèmes restent peu nombreux parce qu'ils produisent des conflits qui ne peuvent pas être résolus seulement par des moyens démocratiques. Quand un groupe d'intérêt se retrouve, par principe, dans une position de minorité et qu'il ne voit aucune chance d'obtenir une majorité, alors sa disposition à se soumettre à la décision de la majorité va être réduite (c'est le cas des minorités ethniques par exemple). Le problème se renforce quand il s'agit de thèmes sur lesquels aucune disposition au compromis ne peut être attendue. C'est le cas pour les questions de foi ou de liberté de conscience, par exemple. Ici, attendre des compromis pourrait être contraire à la conscience ou à la foi. Pour le formuler autrement : la confiance démocratique envers le relativisme et la formation du compromis est, la plupart du temps mais pas toujours, justifiée. Que faut-il faire dans de telles situations, lorsque non seulement le principe de majorité mais aussi la formation d'un compromis ne marchent pas, parce que les minorités se durcissent

---

23. G. Simmel, *Soziologie* (note 21), p. 250, appelle le compromis une des inventions les plus importantes de l'homme. Selon H. Lasswell, « Compromise », in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New Yor, MacMillan, t. 4, 1931, p. 147-149 : Un système constitutionnel ne peut fonctionner qu'utilisant des compromis.

structurellement, parce qu'elles n'ont aucune chance de parvenir à une majorité ou ne sont pas prêtes à un compromis ? Sur ce point, les démocraties répondent avec trois stratégies pour augmenter leur capacité de compromis.

#### **a. Politiser les thèmes**

Premièrement, les thèmes sur lesquels les positions minoritaires se durcissent, sont limités. C'est pourquoi, il est utile d'examiner les conflits d'intérêts sous des aspects qui rendent possible la formation d'un compromis et de ne surtout pas les transformer en questions de principe sur lesquelles des accords deviennent plus difficiles. Il est conseillé de résoudre de tels conflits d'intérêts hors d'un domaine existentiel de la formation de l'identité individuelle et de les transformer à la place en objet de la politique. Ainsi, par exemple, si l'on considère le foulard ou le voile comme expression d'une pratique religieuse, la formation d'un compromis est rendue plus difficile, parce que, justement, on ne peut pas attendre de compromis sur des questions de foi. Il est alors plus judicieux d'examiner cette question sous l'angle de la liberté d'opinion et d'expression et de la « politiser » de telle sorte qu'elle se laisse alors régler par la voie d'un compromis. En effet, on est, en démocratie, en droit d'attendre de chacun une volonté de compromis sur des questions politiques, ce qui n'est, en revanche, pas le cas sur des questions touchant à l'identité. Quand un thème se laisse traiter selon un schéma droite/gauche, cela simplifie dans beaucoup de cas la formation de compromis parce qu'on lui enlève une composante existentielle. Autrement dit : lorsqu'un thème est discuté selon la dichotomie droite/gauche, un compromis est possible, s'il est discuté selon une dichotomie identitaire, par exemple, femme/homme ou chrétien/musulman, cela rend plus difficile les compromis. Quand des oppositions d'intérêts se politisent entre les partis, cela accroît aussi la capacité de compromis. On voit ici l'utilité de l'institution des partis politiques : lorsque les partis s'emparent d'un thème, ils rendent finalement possible la formation d'un compromis. La formulation de la Loi fondamentale allemande est ici sans égal : elle énonce (art. 21, al. 1<sup>er</sup>) que « les partis concourent à la formation de la volonté politique du peuple » et je complèterais en ajoutant qu'en les politisant, les partis politiques rendent les oppositions d'intérêts aptes au compromis et, de ce fait, remplissent une prestation qu'un simple individu ne peut pas remplir.

## **b. Créer des publics alternatifs**

La deuxième stratégie pour venir à bout du problème des minorités non aptes au compromis, est la suivante : créer des publics alternatifs. Pour augmenter la capacité de compromis, la prise de décision peut être transférée à des instances locales ou spécialisées par thème au sein desquelles la question de la majorité et de la minorité se pose de nouveau. Ainsi, l'autogestion d'intérêts locaux ou professionnels ouvre une chance de majorité qui n'existerait pas dans de plus grandes collectivités. Une importante mission revient ici au fédéralisme : la majorité dans la Fédération n'est pas nécessairement identique à la majorité dans un Land. Il en résulte que la multiplication des autorités compétentes est aussi une stratégie pour accroître la capacité de compromis.

## **c. Droits fondamentaux pour la minorité structurelle**

Enfin, la troisième option reste l'octroi de droits minoritaires pouvant s'imposer à la majorité. De tels droits peuvent s'appliquer à la procédure de décision, comme les droits de consultation et de participation, ou bien créer des limites matérielles (un exemple classique est celui des droits fondamentaux dans leur fonction de droits de défense individuels). Les droits fondamentaux, en somme, empêchent une tyrannie menaçante de la majorité parce qu'ils interdisent à la majorité d'intervenir dans les domaines de liberté de la minorité. Ici, la fonction des droits fondamentaux va plus loin que celle, purement négative, des droits de défense individuels. Dans le cadre d'un débat politique, le droit de défense est invoqué de telle sorte qu'il soutient la formation d'un compromis. Parfois, la majorité ne peut pas faire autrement que de respecter la position des droits constitutionnels de la minorité. Dans ce cas, le droit fondamental oblige la majorité à aller vers les intérêts de la minorité ou – autrement dit – il compense la faiblesse arithmétique de la minorité. Les droits fondamentaux comme les droits de défense augmentent le droit de participation de la minorité et ils forcent l'ouverture au compromis de la majorité.

Quel est le point commun de ces trois stratégies pour augmenter la formation d'un compromis ? Et comment les réduire en un mot-clef, comme nous l'avons fait pour nos deux premiers points, le relativisme et le compromis ? En démocratie, il existe un développement vers une différenciation institutionnelle, que ce soit dans des organisations intermédiaires (les partis politiques, au premier chef), que ce soit à des niveaux de compétences différents (le fédéralisme, l'autogestion), que ce soit enfin dans des positions juridiques qui sont retirées à la majorité (droits de procédure et droits fondamentaux).

#### 4. Temporalité

Le quatrième et dernier point concerne la dimension temporelle de la démocratie. La démocratie, c'est le pouvoir pour une durée déterminée. Les organes sont régulièrement renouvelés en ce sens qu'ils changent régulièrement de titulaires. Cela signifie aussi que la formation d'une opinion politique recommence sans cesse, le jeu d'alternance entre la majorité et la minorité ne s'arrête jamais. La temporalité renforce les caractères précédemment évoqués de la démocratie. Elle accompagne, d'une part, le relativisme parce qu'aucun résultat exact ou aucun objectif définitif n'est à attendre en démocratie ; la périodisation permet un contrôle, une révision constante des résultats. En démocratie, il est normal de corriger des décisions antérieures. C'est pourquoi, elle peut, d'un côté, se satisfaire d'un compromis et n'est pas en attente d'objectivité ou de bien fondé<sup>24</sup>. Imaginons, au contraire, la situation inverse, où des décisions justes et objectives pourraient exister. Quel serait alors le sens de l'expiration temporelle du mandat décisionnel ? Cela reviendrait à remettre en question la « vérité » (*i.e.* la décision juste et objective). En d'autres termes : la temporalité de la démocratie apporte une composante humaine supplémentaire dans la justification des décisions. Les intérêts changent, les idées se développent, les jugements de valeur et les conclusions se transforment. La temporalité permet de corriger les erreurs et d'ajuster les réponses<sup>25</sup>. On attend des institutions démocratiques qu'elles forment de nouveaux compromis et parviennent à de nouvelles décisions. Quand l'opinion de la majorité change au Bundestag, c'est le signe d'une institution qui fonctionne. L'institution ne compromet pas sa réputation lors d'un changement d'une opinion politique. Cela serait bien différent si ce n'étaient pas des institutions mais des experts qui décidaient. L'expert n'a pas droit à l'erreur. Il ne peut pas se corriger sinon, son prestige, le pouvoir de décider en vertu de sa compétence souveraine, tombe ipso facto. Les institutions démocratiques ont cette supériorité sur les experts qu'elles peuvent parvenir à un meilleur jugement.

La temporalité de la démocratie présente encore un autre avantage : elle aide à résoudre le problème de se lier à un compromis. Nous avons vu que dans la bataille des idées, les vaincus s'inclinent devant la décision de la majorité s'il existe une chance de modifier celle-ci. La périodisation augmente la capacité de changement et ainsi l'acceptation du compromis. Mais le problème de l'en-

---

24. Cf. O. Lepsius, « Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus », in M. Bertschi et al. (dir.), *Demokratie und Freiheit*, München, Richard Boorberg Verlag, 1999, p. 123, 149 ss.

25. Cf. O. Lepsius, « Nachhaltigkeit und Parlament », in W. Kahl (dir.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008, p. 326, 333-335, 342-346.

gagement se pose encore d'un autre point de vue : Pourquoi des plus jeunes devraient-ils se sentir liés par un compromis auquel ils n'ont pas participé ? Ici aussi la réponse est celle-ci : la régularité de l'élection permet d'associer les plus jeunes à la formation d'un compromis, de leur donner une chance de modifier un jour les engagements imposés par les plus âgés. C'est pourquoi, la démocratie livre aussi la procédure de décision la plus adéquate pour tenir compte des intérêts des plus jeunes.

On pourrait certainement examiner d'autres critères structurels de la démocratie<sup>26</sup>. Cela supposerait des développements plus longs. On pourrait, en particulier, traiter de la fonction de légitimation de la démocratie, mais ce sujet exigerait une étude autonome. De même devrait-on revenir sur la fonction de la démocratie qui sert la théorie de la connaissance<sup>27</sup>, sur laquelle je me suis déjà exprimé ailleurs<sup>28</sup>.

Les quatre points cités suffisent pour construire ma thèse. En effet, la science du droit remplit des missions spécifiques en démocratie qui concernent, d'une part, un examen descriptif du droit applicable et donne forme, d'autre part, au mandat autonome de la science à la critique et à la création du droit. Et c'est pour ces raisons que la science du droit public devrait, à mon sens, s'orienter résolument vers la perspective de la démocratie et non pas vers l'État ou la constitution. Il reste maintenant à exposer les conséquences de cette approche et préciser ses atouts.

### III. Conséquences

Rappelons encore la principale différence entre les deux perspectives existant jusqu'à présent : l'orientation sur l'État ou l'orientation sur la constitution. Parmi tous leurs incontestables mérites, ils ont prescrit à la science une orientation essentiellement substantielle et l'ont contrainte à l'élaboration d'une unité et d'un ordre systématique. En ce qui concerne le centrage sur l'État, cela s'est produit, au premier chef, grâce à la pertinence juridique de prémisses extra-

---

26. Voir notamment C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin, K. Wagenbach Verlag, 2008.

27. Établi par J. Madison, *Federalist Papers* No. 10, 37, 51, 57 (1787/88). Cf. M. White, *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, New York, Oxford Uni. Press, 1987 ; C. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale Uni. Press, 1996, p. 92 ss., 117 ss. ; H. Dreier, « Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille – Die Theorie der amerikanischen Federalists im Vergleich zur Staatstheorie Kants », *Archiv des öffentlichen Rechts* 113 (1988), p. 450, 459 ss.

28. Cf. n. 24.



juridiques et, pour l'orientation constitutionnelle, grâce à la relation entre la primauté de la constitution et une interprétation matérielle de celle-ci. Si, au contraire, on décide de privilégier une orientation autour de critères de structure de la démocratie, on accèdera à de nouveaux intérêts de recherche et l'on proposera d'autres solutions. On peut les résumer comme suit : d'une part, à la place d'une orientation matérielle ou substantielle prend place une orientation vers les procédures et les compétences. D'autre part, l'idée de formation d'une unité et la prétention à édifier un système laisse place à une différenciation méthodique et intradisciplinaire. La première préoccupation concerne plus spécifiquement la science du droit public, la seconde, la science du droit dans sa totalité.

## *1. Conséquences pour la science du droit public*

### **a. Transformation du contrôle de la constitutionnalité**

Une science du droit orientée démocratiquement serait sceptique face à des décisions matérielles préalables, du moins dans la mesure où celles-ci revendiquent pour elles-mêmes un caractère de justesse objective ou une flexibilité réduite. Concrètement, cela signifie que, pour la perspective démocratique, les décisions matérielles devraient relever plutôt de la loi ordinaire et non pas de la constitution formelle et rigide. Sous ce rapport, on doit considérer de façon critique l'interprétation constitutionnelle telle que nous la connaissons ces dernières années en Allemagne, en ce qu'elle est excessivement substantielle. Au contraire, il est à souhaiter que la liberté d'action du Parlement soit conservée et même élargie. Le contrôle matériel de constitutionnalité des lois devait, lui, être réduit. Chaque constitutionnalisation matérielle limite le domaine laissé à la disposition du pluralisme et du relativisme, au sein duquel le compromis peut régner. Celui qui réduit constamment ce domaine réduit, en même temps, la liberté individuelle : ce que la constitution a « décidé » sur le plan matériel, est soustrait au débat politique. L'opinion des citoyens ou électeurs ne joue alors plus aucun rôle. À l'inverse, le contrôle de constitutionnalité doit s'intensifier s'il porte sur des questions de compétences ou de droits constitutionnels. En effet, de ces questions dépend le fonctionnement du processus politique. Elles garantissent un concours des opinions politiques, la capacité d'action de la prise de décision et, en particulier, le contrôle et la possibilité de modification conditionnés par le temps. Je ne plaide pas pour une suppression de la primauté de la constitution mais pour sa transformation dans le sens d'un renforcement des contrôles de procédures.

Ce n'est cependant pas la voie suivie par la Cour constitutionnelle allemande. Cette dernière procède en général de façon inverse et accorde aux institutions une assez large liberté de décision en ce qui concerne les compé-

tences, les procédures et les formes, tandis que le contrôle matériel des droits fondamentaux reste strict<sup>29</sup>.

Pensons ici à la générosité avec laquelle la Cour constitutionnelle fédérale allemande admit la dissolution du Bundestag, après une question de confiance maquillée, à deux reprises en 1983 et 2005<sup>30</sup>. Elle justifia le recul de son contrôle avec le respect du processus politique et non pas, justement, avec des décisions matérielles vérifiables des organes constitutionnels.

Pensons, d'autre part, à l'absence de contrôle de la « clause de besoin » dans le cadre de la compétence législative concurrente de la Fédération (Art. 72, § 2 de la Loi fondamentale)<sup>31</sup>.

Encore un autre exemple issu de la jurisprudence récente : la Cour constitutionnelle fédérale a admis, sans contestation, que le Bundestag s'arrogé le droit de modifier des règlements, et s'empare ainsi d'une compétence normative à laquelle il n'a pas droit constitutionnellement<sup>32</sup>. Cependant, lors des modifications du droit réglementaire, le Bundestag est tenu de respecter la procédure législative. Si on reste au niveau de la conceptualisation, notre pratique de l'État connaît le droit réglementaire comme résultat d'une procédure législative. Ici, les formes s'embrouillent. Le tribunal de Karlsruhe ne s'est pas sérieusement opposé au nivellement des formes de la fonction législative. Cette réserve a été faussement justifiée par le respect du processus politique, la pratique étatique ou par le contrôle réciproque des institutions<sup>33</sup>. La Cour procède différemment lors du contrôle matériel de la loi formelle sur la base des droits fondamentaux.

---

29. Voir aussi : W. Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, Bielefeld, Gieseking, 1980 ; J. Isensee, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik », in M. Piazzolo (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, Mainz, v. Hase und Koehler, 1995, p. 49 ss. ; H. Schulze-Fielitz, « Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeistes. Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation », *Archiv des öffentlichen Rechts* 122 (1997), p. 1 ss.

30. BVerfGE 62, 1 (34 ss.) [1983], avec trois opinions dissidentes, p. 64 ss. ; BVerfGE 114, 121 (149-161) avec deux opinions dissidentes p. 170 ss. La littérature sur cette question est vaste, cf. par exemple : C. Schönberger, « Parlamentarische Autonomie unter Kanzlervorbehalt ? », *Juristenzeitung*, 2002, p. 211 ; J. Ipsen, « Die Auflösung des 15. Deutschen Bundestages », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2005, p. 1147 ; M. Hartwig, « Die Auflösung des Bundestages im Verfahren des Art. 68 », *Der Staat* 45 (2006), p. 409-425.

31. Cf. la jurisprudence concernant l'ancienne version de l'Art. 72 § 2 LF : BVerfGE 13, 230 (233-234) [1961] ; 34, 9 (27-29) [1972] ; 77, 308 (330) [1987] ; un peu plus stricte est la jurisprudence après la version nouvelle de l'Art. 72 § 2 : BVerfGE 106, 62 (142-155) [2002].

32. BVerfGE 114, 196 (234-242) [2005]. Cf. J. Saurer, *Die Funktionen der Rechtsverordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 371 ss.

33. BVerfGE 114, 196 (234) : « Eine über fünfzigjährige Staatspraxis zeigt, dass ein Bedürfnis für die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber besteht. »

La liberté du législateur est toujours soulignée ; néanmoins, celle-ci est restreinte par un contrôle strict des droits fondamentaux.

Citons encore l'inconstitutionnalité de la loi sur la protection des non-fumeurs<sup>34</sup> ou la nouvelle réglementation sur le forfait fiscal dont bénéficient les travailleurs pour se rendre sur leur lieu de travail<sup>35</sup>. Il me semble que si l'on avait interprété la Constitution dans une perspective démocratique, on aurait dû décider le contraire<sup>36</sup>. Nous avons besoin, ici, d'une redéfinition des missions des organes constitutionnels. Voilà encore une nouvelle mission pour la science du droit public.

## b. Constitutionnalisation de la loi

Le contrôle de constitutionnalité matériel des dernières décennies a conduit à une constitutionnalisation croissante du droit. Il n'est pas certain que cette évolution soit positive. Constitutionnalisation signifie, en effet, que le droit ordinaire perd son autonomie car les lois sont interprétées comme expression d'une obligation constitutionnelle matérielle (« *verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes* »)<sup>37</sup> ou d'un effet vis-à-vis des tiers (« *Drittwirkung* »)<sup>38</sup>. La constitutionnalisation continue de progresser par des impératifs pour le moins curieux soulevés de façon prétorienne par les juges. Ainsi, le législateur devrait être lié à l'ordre de logique (« *Gebot der Folgerichtigkeit* »<sup>39</sup>) quand il élabore les lois. La

---

34. BVerfGE 121, 317 [2008] avec deux opinions dissidentes, p. 378 ss.

35. BVerfGE 122, 210 [2008].

36. Cf. en critiquant BVerfGE 122, 210 : O. Lepsius, « Anmerkung », *Juristenzeitung* 2009, p. 260 ss.

37. Pratiqué depuis BVerfGE 2, 266 (282) [1953] ; cf. K. Schlaich/S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 7<sup>e</sup> éd., München, Beck, 2007, p. 245 ss. ; P. Lerche, « Stil und Methode verfassungsgerichtlicher Entscheidungspraxis », in P. Badura/H. Dreier (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* (note 13), t. 1, 2001, p. 333, 358 ; A. Voßkuhle, « Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch fachgerichte », *Archiv des öffentlichen Rechts* 125 (2000), p. 177 ; K. Stern, *Staatsrecht*, t. 3/1, 1994, p. 1706 ss. ; R. Zippelius, « Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen », in C. Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, Mohr, 1976, t. 2, p. 108 ss. ; rapport critique chez M. Jestaedt, « Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive », in W. Erbguth/J. Masing (dir.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen : Europarecht und nationales Recht*, Stuttgart, Boorberg, 2005, p. 25 ss. ; du même, *Das mag in der Theorie richtig sein...*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 46-52.

38. Cf. O. Jouanjan, « Allemagne », in J. Andriantsimbazovina et al. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 18 ss. ; D. Spielmann, « Drittwirkung », *ibid.*, p. 301-303.

39. BVerfGE 84, 239 (271) [1991] ; 105, 73 (125) [2002] ; 107, 27 (46 s.) [2002] ; 117, 1 (30)

Cour de Karlsruhe utilise aussi un principe de non-contradiction interne dans l'ordre juridique (« *Widerspruchsfreiheit* »)<sup>40</sup> ou parle d'une obligation d'être soumis à une conception déjà choisie (« *Konzeptbefolgungspflicht* »)<sup>41</sup>.

De telles figures d'argumentation nous ont offert au cours des dernières décennies un tas de décisions matérielles préalables. Si on suit une perspective orientée vers la démocratie, la question posée doit être la suivante : comment faire pour nous libérer de décisions préalables appartenant au passé ? Est-ce que le *dictum* des droits fondamentaux comme ordre de valeur objectif (« *objektive Wertordnung* »)<sup>42</sup> – qui, en 1958, a été formulé dans un contexte bien déterminé et en vue d'un problème bien particulier – est devenu partie éternelle de l'interprétation constitutionnelle ? S'il existe déjà des dispositions matérielles préalables résultant de l'interprétation constitutionnelle qui limitent la liberté d'action du Parlement, alors on doit aussi s'interroger sur la façon de les supprimer. Dans un processus démocratique, cela ne pose pas aucun problème. Les majorités changent et les nouvelles majorités peuvent prendre de nouvelles décisions. Une nouvelle décision est loin d'être nécessairement la correction d'une erreur mais bien plus le signe d'une institution qui fonctionne. Pour les tribunaux, le problème se pose différemment. Ils ne peuvent pas procéder à une auto-correction car leur pouvoir de décision dépend d'un litige. Même si un nouveau litige conduit à une nouvelle décision, celle-ci n'aura pas pour effet de corriger la décision antérieure. La nouvelle décision n'a aucun effet sur son autorité de chose jugée. À la différence d'un Parlement, un tribunal ne peut pas corriger ou modifier des décisions antérieures. S'il avouait une erreur de droit, il perdrait alors son autorité institutionnelle.

Il ne lui reste alors que l'interprétation des faits et l'affirmation suivante : ce cas est différent et c'est pourquoi, nous le tranchons différemment<sup>43</sup>. De cette manière, non seulement toutes les interprétations constitutionnelles antérieures continuent d'être applicables en principe mais elles s'enrichissent aussi constamment par de nouvelles interprétations. Que le tribunal le veuille ou non : sa pratique de jugement réduit la liberté d'action du politique.

La science peut agir contre cela : nous avons besoin de techniques, d'instruments pour « effacer » de vieilles interprétations constitutionnelles, par la voie

---

[2006] ; 122, 210 (231) [2008].

40. BVerfGE 98, 37 (97) [1998] ; 98, 265 (301) [1998].

41. BVerfGE 121, 317 (356 s., 359-368) ; fortement critiqué par le juge J. Masing dans son opinion dissidente (BVerfGE 121, 381 ss.) : « unzulässiger Übergriff in die Gesetzgebungspolitik, Gefahr partenalistischer Bevormundung ».

42. BVerfGE 7, 198 (205) [1958] – Lüth.

43. Cf. O. Lepsius, Bindungswirkung (note 13), p. 116 s.; du même, Lernen (note 12), p. 354-361.

notamment du *distinguishing*, en se basant sur les références aux faits respectifs ou par une mise en contexte et une « historisation » des décisions de la cour constitutionnelle<sup>44</sup>. C'est aussi une nouvelle mission très importante de la science du droit : le développement d'une théorie des précédents, en particulier de bonnes règles pour la casuistique.

### c. Droits fondamentaux et protection des minorités

La fonction des droits fondamentaux doit être repensée sous un nouvel aspect : celui de leur influence sur la démocratie. Cela veut dire que les droits spécifiques de la minorité doivent être renforcés afin d'interdire une tyrannie de la majorité et d'accroître l'esprit de compromis de la majorité. En revanche, les domaines dans lesquels les minorités sont seulement l'expression de l'opinion politique générale, ne devraient pas être trop préformatés par les droits fondamentaux. Cela veut dire en gros que les droits fondamentaux politiques (comme la liberté d'opinion, de réunion, d'association) doivent être protégés de manière plus intensive que des droits fondamentaux économiques (garantie de propriété ou liberté professionnelle)<sup>45</sup>. En effet, les uns concernent le processus politique tandis que les autres, son résultat. Une gradation du niveau de protection entre ces deux types de droits fondamentaux, existe déjà de facto dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Au moins les droits politiques sont-ils garantis à un niveau plus élevé que les droits économiques quand on compare la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe concernant la liberté d'expression (Art. 5 LF) d'un côté, avec la protection de la propriété (Art. 14 LF) ou la liberté professionnelle (Art. 12 LF) de l'autre côté. Cette gradation ne se reflète cependant pas dans leur importance en terme de sens. Si on approuve une telle gradation, cela veut dire aussi qu'une doctrine homogène, cohérente des droits fondamentaux est remplacée par des doctrines spécifiques avec lesquelles on peut expliquer pourquoi des droits fondamentaux procurent une protection à intensité variable et pourquoi, même au sein d'un droit fondamental, certains faits méritent une protection plus intense.

Ces trois domaines, théorie des institutions, théorie des règles jurisprudentielles, théorie des droits fondamentaux peuvent suffire comme exemple pour illustrer l'étendue avec laquelle la perspective démocratique modifie les problématiques et les solutions pour la science du droit. Ces domaines ne concernent pas évidemment la science du droit en elle-même – ils restent plutôt ancrés dans le droit public.

---

44. Cf. O. Lepsius, *Rechtswissenschaftstheorie* (note 18), p. 43-48.

45. Cf. O. Lepsius, « Die Religionsfreiheit als Minderheitenrecht in Deutschland, Frankreich und den USA », *Leviathan*, t. 34, 2006, p. 321, 345 ss.

## *2. Conséquences pour la science du droit en général*

C'est pourquoi, pour terminer, je veux donner trois exemples, étayant la thèse qu'une orientation vers la démocratie produit des résultats scientifiques importants aussi au-delà du droit public.

### **a. Unité de l'ordre juridique et systématique cohérente**

Quand on prend au sérieux les quatre critères structurels de la démocratie (le relativisme, la dimension du compromis, la différenciation institutionnelle et la temporalité), alors la science du droit doit se séparer d'idées qui l'ont longtemps marquée en Allemagne – au premier chef, sa représentation de l'unité ou encore de l'absence de contradiction interne au droit. L'unité du droit ne peut plus faire l'objet d'une recherche scientifique utile parce qu'elle est contraire au relativisme, à la dimension du compromis, à la différenciation institutionnelle et à la temporalité. On ne peut pas attendre d'un ordre juridique démocratique une unité ou une absence de contradiction interne dans la production du droit, en tous les cas, pas au sens d'une unité matérielle, comme cela est compris habituellement en Allemagne. En démocratie, une unité dans l'ordre juridique n'est envisageable que comme un ordre de compétences. Et même si on ne parle pas d'un principe de non-contradiction, la science devrait s'opposer à de telles interprétations ou attentes. Quand la constitution prévoit plusieurs niveaux de compétences (et c'est évidemment particulièrement le cas en Allemagne, du fait de sa forme fédérative), alors une unité de l'ordre juridique ne peut exister seulement qu'au sens des compétences et non pas au sens matériel. La décision constitutionnelle pour de nombreux organes producteurs du droit (en particulier dans la Fédération) ne peut pas être nivelée par une interprétation constitutionnelle matérielle. Et précisément pas dans une perspective qui prend au sérieux les autorités compétentes ainsi que leurs majorités et leurs compromis.

Les buts de la recherche scientifique ne devraient pas être l'harmonisation du droit, l'unité juridique matérielle ou encore l'équité du système mais bien plus une compréhension dynamique du droit positif qui donne de l'importance au pluralisme des organes de production du droit et de leurs interprétations du droit et qui n'attend pas une systématique cohérente<sup>46</sup>.

---

46. Cf. pour la perspective traditionnelle par exemple : K. Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, C. Winter, 1935 ; du même, *Einführung in das juristische Denken*, 8<sup>e</sup> éd. 1983, p. 160 ss. ; C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Dunker & Humblot, 1983 ; E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe*,

## b) Compétences et force obligatoire de la loi (*Gesetzesbindung*)

La nouvelle orientation de la perspective comprend aussi l'obligation de respecter les lois. Il nous faut une nouvelle compréhension de la force obligatoire de la loi, qui sache différencier entre les institutions juridiques<sup>47</sup>. Traditionnellement, cette obligation est interprétée matériellement et donne l'impression que l'activité d'un juge ou d'un fonctionnaire se limite à l'exécution des lois auxquelles ils sont liés matériellement. Sur ce point, on ne peut pas ignorer que chaque application de la loi ouvre une liberté de décision, si bien que l'activité d'exécution et d'interprétation ne peut se définir matériellement. Surtout, l'acte de qualification juridique, la subsomption, et avec lui la dimension factuelle de l'application du droit fait que chaque application du droit produit un nouveau droit<sup>48</sup> – qui n'est précisément pas l'expression d'une obligation matérielle de respecter le droit et qui ne saurait davantage être compris comme un méta-droit matériel prenant ses racines dans la constitution. C'est pourquoi les questions de compétence deviennent importantes car elles déterminent le cadre de l'autorisation, habilitation légale pour produire du droit<sup>49</sup>. Une perspective qui tient compte des libertés d'action des autorités compétentes, a aussi, en réalité, davantage de facilités pour expliquer des phénomènes comme le pouvoir prétorien des juges («*Richterrecht*») ou le pouvoir d'appréciation en les normalisant comme conséquence d'une différenciation institutionnelle et non pas en les problématisant comme exception à l'obligation matérielle de respecter la loi.

---

2<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer, 2004, 1<sup>er</sup> chap. («*System und Systembildung im Verwaltungsrecht*»); K. F. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 2-6, 100 ss. Nouvelles perspectives chez M. Baldus, *Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Strafrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995; C. Engel, «*Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition*», in C. Engel/W. Schön, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 205-240; O. Lepsius, *Rechtswissenschaftstheorie* (n. 18), p. 36-41.

47. Cf. O. Lepsius, *Rechtswissenschaftstheorie* (n. 18), p. 32-36.

48. Voir déjà A. Merkl, «*Gesetzesrecht und Richterrecht (1922)*», in Merkl, *Gesammelte Schriften*, Berlin, Duncker & Humblot, t. 1/1, 1993, p. 317, 319-322; du même, «*Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus (1931)*», *ibid.*, p. 437; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, p. 73-75.

49. Cf. M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein* (note 37), p. 22-24; du même, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, in H.-U. Ehrichsen/D. Ehlers (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13<sup>e</sup> éd., Berlin, 2006, § 10 n. 5-9.

### c. Interdisciplinarité

Le pluralisme des interprétations du droit apporte des solutions thématiques spécifiques et garantit aux domaines juridiques particuliers comme le droit civil, le droit pénal, le droit public, des réponses autonomes aux principales questions juridiques<sup>50</sup>. Par exemple, la question de la force obligatoire de la loi appelle des réponses différentes en droit pénal, en droit civil et en droit public car les organes qui appliquent le droit, sont, soit liés par leurs compétences (fonctionnaires), soit ont une compétence générale (sujets de droit autonomes). Assurer l'autonomie du droit commun et créer des solutions différentes dans les domaines spécifiques du droit n'est sûrement pas le plus mauvais résultat.

Pour résumer la tâche de la science du droit en démocratie, il importe de dire qu'elle ne doit pas nourrir de faux espoirs, qui ne peuvent pas être satisfaits dans un système juridique démocratique. Elle doit défendre le pluralisme de l'interprétation du droit comme forme d'une différenciation institutionnelle et s'éloigner de la chimère d'une « unité synthétique » matérielle. Et elle doit mettre l'accent sur les questions de compétences et de procédure. En ce qui concerne les questions de droit matériel, on peut les laisser sans regret au processus de la recherche d'une majorité démocratique, auquel la science du droit peut certes participer également, du moins aussi longtemps qu'elle ne confond pas la politique du droit et l'interprétation du droit.

(Traduction française : Géraldine Citerne-Hahlweg et A. Le Divellec)

#### Oliver Lepsius

Olivier Lepsius est professeur à l'Université de Bayreuth (Allemagne), titulaire de la Chaire de Droit public, Théorie générale du droit et de l'État, et Droit comparé. Ses recherches sont centrées sur le droit constitutionnel et administratif, le droit constitutionnel comparé, l'histoire du droit public et la philosophie juridique. Il est l'auteur notamment de *Verwaltungsrecht unter dem Common Law : amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1997) et *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus* (Munich, C. H. Beck, 1994).

---

50. Voir sur ce point aussi M. Jestaedt, « Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie ? », in A. Funke/J. Lüdemann (dir.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 17, 37 ss. ; du même, *Das mag in der Theorie richtig sein* (note 37) ; du même, « „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin », in C. Engel/W. Schön (dir.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 241 ss. Du point de vue civiliste : C. Grigoleit, « Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie », in M. Jestaedt/O. Lepsius, *Rechtswissenschaftstheorie* (note 18), p. 51 ss. ; du point de vue criminaliste : M. Jahn, « Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre », in *ibid.*, p. 175 ss.