

Religions, constitution et espace public.

Quelques enseignements de la littérature constitutionnelle allemande du XXème siècle

Le point de départ de notre analyse réside dans le constat assez généralement partagé que le droit constitutionnel moderne n'aurait plus grand-chose à voir avec les enseignements de la théologie chrétienne et du droit canonique¹ et que le débat sur la possibilité d'une théologie politique, que ce soit au sens de Carl Schmitt ou celui de Johann-Baptist Metz, serait aujourd'hui définitivement clos pour les juristes. L'Etat sécularisé aurait réglé le sujet des influences canoniques ou ecclésiologiques sur le droit moderne de l'Etat et relégué les forces religieuses dans la sphère privée. C'est pourtant faire bien peu de cas de l'avertissement de Marcel Gauchet : « *L'un des plus amples rayonnements dont le message chrétien soit susceptible au sein de notre monde tient à l'autorité de son histoire. L'Eglise catholique et ses fidèles gardiens d'une tradition deux fois millénaire qui est à la base de notre monde et avec laquelle les développements de ce dernier ne peuvent pas ne pas garder quelques rapports. C'est une dimension qui a directement à voir avec la question de l'éducation, puisqu'elle engage la transmission de l'inspiration première à laquelle nous nous rattachons. La culture chrétienne est une part*

¹ Voir cependant les actes de l'important colloque sous la direction de Dominique Chagnollaud sur *Les origines canoniques du Droit constitutionnel*, Editions Panthéon Assas, 2009, 118 pages et la thèse du professeur Laurent Fonbaustier sur *Modèles ecclésiologiques et droit constitutionnel : L'institution de la responsabilité des gouvernants*, thèse soutenue sous la direction du professeur Stéphane Rials, Paris 2, 1998.

séminale de notre culture, il est impossible de l'ignorer »². Au regard de ces exigences, Bernard Bourdin, dans son ouvrage magistral sur *le Christianisme et la question du théologico-politique*, relève que « *le concept chrétien de médiation dispose d'une nouvelle pertinence : celle de relier le présent et le passé* »³. Notre propos est de nous interroger sur la signification et la portée susceptibles d'être données en droit constitutionnel à cette auto-compréhension religieuse qui résulte de modèles ecclésiologiques, entendus au sens large de la notion⁴. Si l'influence de tels modèles ecclésiologiques et canoniques en droit constitutionnel a fait l'objet de travaux savants, en revanche, il apparaît, qu'à rebours de la littérature constitutionnelle allemande, on songe en particulier à Carl Schmitt (1888-1985), Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-) ou encore Rudolf Smend (1882-1975), le sujet du « mandat constitutionnel des institutions religieuses et spirituelles » reste un impensé en droit constitutionnel français. Deux raisons principales peuvent expliquer ce constat :

- en premier lieu, l'héritage révolutionnaire français et la construction de la laïcité en droit français conduisent très souvent à considérer que les religions apparaissent davantage comme des « sous-cultures », plutôt que comme des cultures à part entière qui devraient bénéficier d'une réelle « visibilité institutionnelle ». Nous empruntons ici le mot « sous-culture » à l'ouvrage d'entretiens entre le Pape François et Dominique Wolton qui est paru en 2017. Citons le Pape François : « *Je crois que dans certains pays comme en France cette laïcité a une coloration beaucoup trop forte,*

² Marcel Gauchet, *Un monde désenchanté*, Paris, Les Éditions de l'Atelier, 2004, chapitre 15, p 219. Nous avons également travaillé sur M. Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, folio essais, 431 pages.

³ Bernard Bourdin, *Le christianisme et la question du théologico-politique*, préface de Philippe Capelle-Dumont, Les éditions du Cerf, 2015, p 219.

⁴ Laurent Fonbaustier définit les modèles ecclésiologiques « comme l'ensemble des discours, pratiques et formes d'organisation du pouvoir terrestre dans l'Église déployé à l'occasion de la gestion de leurs communautés respectives par les abbés, les évêques et les papes », L. Fonbaustier, « L'influence des modèles ecclésiologiques et des institutions de l'église sur les modèles et institutions étatiques », *Revue Droits*, n°59, p124.

qui construit un imaginaire politique dans lequel les religions sont vues comme une sous-culture. Je crois que la France, c'est mon opinion personnelle (...) devrait élever un peu le niveau de la laïcité, dans le sens où elle devrait dire que les religions font elles aussi partie de la culture »⁵. De manière sous-jacente, le Pape soulève le sujet de l'ouverture à la transcendance de la culture. Dans le cadre d'un Etat sécularisé, la culture, notamment politique, est-elle nécessairement condamnée à l'immanence ? Le sujet est d'importance et soulève des questions singulièrement complexes que Böckenförde s'est efforcé de résoudre.

- en second lieu, le droit français achoppe sur la signification du mot « public », au sens de l'espace public... Dans les études juridiques, l'adjectif « public » renvoie au « droit public », à celui qui régit, pour le dire simplement, les relations entre les personnes publiques et les individus. Cette approche correspond à la notion de « *Staatslichkeit* » en droit allemand. Or, comme l'a montré dans une étude majeure Rudolf Smend⁶, « le public, l'espace public » renvoie également à cet espace en voie de redéfinition permanente : *Die Öffentlichkeit*. En ce sens, il est souligné la mission ou le mandat public des collectivités religieuses qui jouissent du statut de corporation de droit public au sens de l'article 140 de la Loi fondamentale allemande. Sans être assimilées à des établissements publics administratifs, les corporations de droit public religieuses jouent une mission d'intérêt général au service du bien-être social de la population et de la société. La « publicité » renvoie ici à deux qualités fondamentales, mais distinctes : l'étaticité, d'une part, et l'espace

⁵ *Pape François : rencontres avec Dominique Wolton : Politique et société*, Les éditions de l'observatoire, 2017, p 42.

⁶ "Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit. Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht". *Gedächtnisschrift für W. Jellinek, Veröffentlichungen des Institus für Staatslehre und Politik Mainz* 6. Isar, München, 1955, pp 11-20.

public, de l'autre. Dans le fond, c'est la distinction entre le domaine d'intervention directe de l'Etat et la constitution d'un espace démocratique autonome.

Cette notion fondamentale d'« espace public », à laquelle de récentes études ont été consacrées, achoppe néanmoins sur l'exigence d'une saisie plus intégrée par le droit constitutionnel. A cet égard, le recours à la théorie de l'intégration développée en 1928 par R. Smend, dans son ouvrage *Verfassung und Verfassungsrecht*⁷, peut fournir des éléments importants de compréhension et de renforcement de la cohérence et de la cohésion de l'Etat dans son rapport à la société. Certes, cette théorie n'est pas toujours parfaitement claire et, M. Stolleis note ainsi : « *que cette théorie était placée dès le début au cœur d'un ensemble d'ambivalences délibérément imprécises. Oscillant en permanence entre des énoncés descriptifs et des énoncés normatifs, elle cherchait une solution dialectique à la tension entre « individu » et « communauté »* »⁸. C'est la capacité à intégrer qui confère à une communauté politique la qualité étatique. Sandrine Baume ajoute : « *la sphère étatique acquiert sa signification dans son rôle très général d'insertion de l'individu dans sa communauté* »⁹.

Cette nécessité de l'intégration de l'individu par l'Etat renvoie à l'aptitude de ce dernier à favoriser l'émergence d'une sphère politique démocratique et à la réception de cette dernière dans le champ du droit constitutionnel.

⁷ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin, 1928, Duncker & Humblot, 178 pages. Pour une analyse de cette théorie, voir Peter Badura, « *Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882 - 5. Juli 1975)* », *Der Staat*, 16 (1977), p 305 et ss.

⁸ Michael Stolleis, « Dans le ventre du Léviathan. La science du droit constitutionnel sous la national-socialisme », *Revue Astéris*, 2006-4, version internet, consultée le 19 octobre 2017.

⁹ Sandrine Baume, « Le Parlement face à ses adversaires : La réplique allemande au désenchantement dans l'entre-deux-guerres », *Revue française de Science politique*, 2006/6, vol.56, pp 985-998, DOI : 103917/rfsp.566.0985. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-science-politique>.

Marcel Gauchet ouvre des perspectives fort intéressantes en la matière, qui ne sont pas sans rappeler certains des travaux d'Ernst-W. Böckenförde sur l'Etat sécularisé et la neutralité de l'Etat¹⁰.

Ces interrogations soulèvent le sujet de la réappropriation par le droit constitutionnel d'un espace public démocratique, là où le droit constitutionnel jurisprudentiel s'en tient à une théorie des conciliations entre la protection des libertés fondamentales et des objectifs d'intérêt général.

C'est la raison pour laquelle nous allons successivement présenter les débats relatifs à la théologie politique dans la littérature constitutionnelle allemande afin de saisir le sujet de l'influence des modèles ecclésiologiques sur la définition d'un sphère publique démocratique, avant de voir comment le droit constitutionnel aurait à gagner d'une réflexion approfondie sur la définition d'un espace public au sein duquel les forces spirituelles et religieuses pourraient contribuer à la définition d'un espace public permettant d'assurer la cohérence de l'« être-ensemble républicain ». La thèse ici défendue est que le nécessaire dépassement d'une théologie politique en droit constitutionnel en contexte sécularisé ne doit pas conduire à occulter le débat sur la responsabilité des religions dans la définition d'un espace public, à la fois pluraliste et intégré, dont la Constitution doit être la garante.

¹⁰ Olivier Jouanjan, "Ernst-W. Böckenförde et la légitimité de l'Etat sécularisé", *Droits*, 2014, n°3, p 117 et ss

I) De la difficile réception d'une théologie politique en droit constitutionnel en contexte sécularisé

Partons d'un double présupposé : l'un historique, l'autre comparatif.

D'un point de vue historique, en premier lieu, il est difficile de contester l'apport de la théologie et du droit canonique à la construction des principaux fondamentaux du droit de l'Etat. Ce constat a été parfaitement formulé, on y reviendra, par Carl Schmitt lorsqu'il écrit : « *Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés* ». C. Schmitt note, dans sa *Théologie politique II*¹¹ : « *Tout ce que j'ai avancé concernant le thème de la Théologie politique, relève des affirmations d'un juriste sur une proximité de structure systématique s'imposant, du point de vue de la théorie et de la pratique du droit, entre concepts théologiques et concepts juridiques* ».

Et Carl Schmitt de noter dans son étude *Théologie politique I* en 1922 : « *La situation exceptionnelle a pour la jurisprudence la même signification que le miracle en théologie (...) car, l'idée de l'Etat de droit moderne s'impose avec le déisme, avec une théologie et une métaphysique qui rejettent le miracle hors du monde et récusent la rupture des lois de la nature, rupture contenue dans la notion de miracle et impliquant une exception due à une intervention directe, exactement comme elles récusent l'intervention directe du souverain dans l'ordre juridique existant* »¹².

D'un point de vue comparatif, en second lieu, il importe de souligner l'apport de la littérature publiciste allemande au sujet de l'influence des modèles

¹¹ *Théologie politique II*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1988 pour la traduction française réalisée par J-L. Schlegel, p 160, note 1.

¹² Ibid, p 46.

ecclésiologiques sur les catégories de droit étatique et des discussions relatives à la signification d'une théologie politique en contexte sécularisé. Outre Carl Schmitt déjà cité, deux auteurs ont particulièrement retenu notre attention, l'un catholique, E-W. Böckenförde, l'autre protestant, R. Smend. Ces auteurs ont en particulier approfondi le sujet du « mandat politique de l'Eglise »¹³ et des interactions entre le « *Staatsordnung* et le *Kirchenrecht* ». C'est ainsi que le volume d'hommages réunis pour le 80^{ème} anniversaire de Rudolf Smend, hommages réunis par Konrad Hesse, Siegfried Reicke et Ulrich Scheuner, s'intitule : « *Staatsverfassung und Kirchenordnung* »¹⁴. Le présent recueil s'ouvre par une contribution du professeur Richard Bäumlín de l'Université de Bern : « *Staatslehre und Kirchenrechtslehre, über gemeinsame Fragen ihrer Grundproblematik* »¹⁵ qui discute, notamment, de l'étude de R. Smend, *Evangelische Kirchenrechtswissenschaft*¹⁶. Témoignage de l'importance de ce sujet dans la pensée juridique de R. Smend, W. Werber, professeur à l'Université de Göttingen, lui offre dans ce même recueil d'articles une étude relative à « *Staat und Kirche im Personenstandswesen* »¹⁷ qui se réfère à la théorie sur la liberté de croyance de R. Smend¹⁸.

¹³ Voir l'importante étude de R. Smend, « *Protestantismus und Demokratie* », in *Krisis, Ein politisches Manifest*. Erich Lichtenstein, Weimar, 1932, pp 182-193. Du même auteur, « *Deutsches evangelisches Kirchenrecht und ökumene. Verantwortung und Zuversicht* ». Festgabe für Otto Dibelius. Gütersloh 1950, 30 pages; « *Zur Verfassung der Bremischen Evangelischen Kirche* ». *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 2, 1952/53, pp 419-422. Nous avons le projet, dans le prolongement de cette étude, et sur les conseils du professeur G. Robbers de l'Université de Trier en Allemagne, de traduire les travaux de R. Smend relatifs aux relations entre le droit canonique évangélique et le droit public.

¹⁴ « *Staatsverfassung und Kirchenordnung* », Festgabe für Rudolf Smend, zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, J.C.B Mohr, Tübingen.

¹⁵ En français, « Théorie de l'Etat et théorie du droit canonique, au sujet de questions communes posées par leur problématique fondamentale » (traduction personnelle).

¹⁶ L'auteur mentionne la référence que nous ne sommes pas parvenus à identifier et à vérifier : RGG III, Sp. 1515.

¹⁷ *Op.cit.*, p 401 et ss.

¹⁸ R. Smend, *Glaubensfreiheit als innerkirchliches Grundrecht*, ZevKR 3 (1953/54), p 113 et ss.

Les travaux de R. Smend sur les interactions entre la science juridique canonique et le droit étatique sont aisément consultables dans deux revues juridiques de première importance : *Archiv des öffentlichen Rechts* et *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*¹⁹.

A contrario, comment, dans ce contexte, justifier les relatifs silences de la littérature juridique française sur ces sujets ? Certes, l'héritage de la philosophie des Lumières et de la Révolution française permet de comprendre bien des choses. D'autres considèrent que la laïcité implique nécessairement la sécularisation des savoirs et des cultures... Il nous semble que cette vision très restrictive a clairement montré ses limites et que la sécularisation de l'Etat et de la société ne peut conduire à l'exclusion de la culture religieuse des champs disciplinaires et académiques, comme de l'action publique et collective. Bien plus, à force de vouloir l'écarter, le fait religieux opère un retour « violent » sur la scène de l'histoire et il ne paraît pas que l'on dispose toujours dans les débats contemporains des outils conceptuels et intellectuels pour penser un tel retour. Des repères fondamentaux existent toutefois : il suffit de se référer aux travaux de Marcel Gauchet. Des thèses universitaires de grande qualité ont renouvelé le sujet de l'articulation du politique et du religieux²⁰.

Quid, néanmoins, de l'approche en droit français d'un tel sujet ? Laïcité, nous répondra-t-on, sécularisation des savoirs et des cultures... Certes, mais n'est ce pas se priver d'une contribution importante que de considérer que le droit

¹⁹ Concernant cette dernière revue, en français *Revue du droit canonique évangélique*, on se reportera notamment à son étude : " *Zur Rechtsgültigkeit der Westfälischen Ordnung für das Verfahren bei Verletzung der Amtspflichten von Geistlichen vom 1.9. 1945. Gutachten*". *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 1(1951), pp 302-306 ou encore " *Wissenschafts-und Gestaltprobleme im evangelischen Kirchenrecht*", *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 6 (1957/58), pp 210-213. Cette revue de très grande qualité est notamment disponible à la bibliothèque de la faculté de théologie de l'Université de Tübingen.

²⁰ Nous songeons ici à la thèse précitée de Bernard Bourdin qui ouvre, selon nous, des champs de réflexion très stimulants, *Le Christianisme et la question du théologico-politique*, préface de Philippe Capelle-Dumont, Les éditions du Cerf, 2015.

constitutionnel n'aurait rien à dire de ce que doivent être les valeurs fondamentales consacrées dans notre constitution ?

L'enjeu réside dans la constitution d'un « droit constitutionnel à la fois intégré et pluraliste », c'est-à-dire ouvert et en interaction avec les puissances de la société civile. En réalité, l'objectif n'est pas de tendre à la synthèse, car la synthèse peut détruire, mais à la conservation d'une unité du texte constitutionnel qui ne conduirait pas à la destruction de toutes les diversités et de toutes les identités. Dans l'ouvrage précité d'entretiens du Pape François avec Dominique Wolton, le Pape utilise à plusieurs reprises le terme de « polyèdre » qu'il emprunte à un théologien catholique Romano Guardini (1885-1968)²¹. Le « polyèdre » permettrait d'intégrer l'ensemble des apports résultant des forces sociales dans un cadre constitutionnel unique qui conserverait sa cohérence. Ne serait-ce pas ici une forme nouvelle de déclinaison de l'exigence de « congruence constitutionnelle » que le professeur Guillaume Drago évoque dans son manuel de *Contentieux constitutionnel* ?²²

Reprenons les étapes de notre raisonnement et envisageons, dans un premier temps, la littérature constitutionnelle allemande relative aux interactions entre « théologie » et « politique » (A), avant, dans un second mouvement, de préciser en quels termes le sujet peut être posé (B) en contexte sécularisé.

A) Les controverses au sujet de la possibilité d'une théologie politique en droit constitutionnel

²¹ Voir, par exemple, à la page 36 de l'ouvrage.

²² Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Paris, 2016, 4^{ème} édition.

Au XXème siècle, la question de la théologie politique a pu se poser à plusieurs reprises en termes certes différents. Bien évidemment, un nom revient avec insistance, celui de Carl Schmitt, bien que les reproches adressés à sa théologie politique soient nombreux.

Quels sont les termes de la discussion ? Revenons à Carl Schmitt auquel il revient d'avoir proposé la thèse la plus construite à ce sujet dans la philosophie politique contemporaine du XXème siècle. Précisons, en outre, que nous avons travaillé sur la version traduite en français par Jean-Louis Schlegel des études de Carl Schmitt relatives à la théologie politique²³.

Selon Carl Schmitt, il « *existe une isomorphie entre la structure sociale d'une époque et son image métaphysique du monde* »²⁴. Il en est ainsi des liens entre le catholicisme et la construction de l'Etat moderne. En effet, le catholicisme est au fondement de l'Etat moderne, dans la mesure où, selon sa célèbre formule, « *tous les concepts de la doctrine moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés* »²⁵. Dans ces conditions, la théologie s'avère par nature politique et l'Eglise représente un corps politique, car elle produit nécessairement des conséquences sur la structuration de la société et de l'Etat dans lesquels elle est insérée. Dans sa thèse d'habilitation précitée, B. Bourdin note : « *En raison d'un rapport homologique entre l'Eglise et l'Etat, la théorie de la visibilité de l'Eglise a pour enjeu de justifier par les catégories théologiques fondamentales du christianisme, l'intégration de l'individu dans la communauté politique et l'Etat* ». B. Bourdin ajoute, à la page 245 de l'ouvrage précité, « *Transposé en termes ecclésiologiques, l'individu devient le « fidèle » et la communauté politique, l'Eglise à la tête de laquelle se trouvent le sacerdoce et le pontificat romain* ». A cet égard, Schmitt prend le contre-pied de

²³ C. Schmitt, *Théologie politique 2*, Paris, Gallimard, 1988, traduction par J-L. Schlegel.

²⁴ J. Milbank, "Politique", Dictionnaire critique de théologie, PUF, sous la direction de Jean-Yves Lacoste.

²⁵ C. Schmitt, *Théologie politique I*, Ibid, p 46.

tout un courant qui, de Hobbes à Hegel, a disqualifié le catholicisme pour, au contraire, « *souligner la fécondité heuristique de la visibilité de l'Eglise dans la compréhension d'une modernité séculière et politique* ». Bernard Bourdin note avec justesse qu'il raisonne alors tant en juriste qu'en catholique. Au cœur de cette fécondité heuristique, un élément prend une place particulière, celui « *de la médiation ecclésiale, corollaire de la médiation du Christ* ». En effet, cette dernière a rendu possible « *la capacité de l'Eglise à transformer une multitude d'individus en une communauté unifiée* ». Carl Schmitt y voit la dimension profondément politique du catholicisme qu'il expose dans son étude de 1917, *La Visibilité de l'Eglise* qui sera prolongée dans son article *Catholicisme romain et forme politique*²⁶.

C'est dans cette aptitude commune à produire une communauté politique homogène que l'Eglise et l'Etat se répondent. B. Bourdin, à la page 263, de son ouvrage relève : « *La perspective positive pour l'Eglise visible est de ré-unir les individus en vue de la destination eschatologique de leur salut (remise de l'homme à sa bonté originelle)* ». Elle dispose de tous les attributs de la « visibilité » que sont les dogmes, les sacrements, et le droit. « *Pour l'Etat, poursuit Bernard Bourdin, la perspective positive réside dans la capacité de réunir aussi les individus, de les extraire de leur solitude par l'intégration rédemptrice dans la communauté politique* ». Cette intégration, dans l'Eglise comme dans l'Etat, représente une réponse nécessaire au « péché de l'homme » qui fonde en partie l'anthropologie pessimiste de C. Schmitt. Elle apparaît également comme une manifestation de l'hostilité schmittienne à l'individualisme libéral et au pluralisme en faveur d'une conception unitaire et intégrée de l'Etat. A cet effet, on suivra volontiers Bernard Bourdin lorsqu'il écrit : « *une authentique pensée du politique requiert chez Schmitt un ancrage*

²⁶ Carl Schmitt, *La visibilité de l'Eglise ; Catholicisme romain et forme politique ; Doniso Cortés*, quatre essais, présentation de B. Bourdin, Cerf, La nuit surveillée, 2011, 276 pages.

dans les catégories théologiques du christianisme »²⁷, dans la mesure où « pour exhumer les « lois » inhérentes de la rationalité politique, il faut en appeler à des catégories théologiques : « l'idée », « l'autorité », l'« ethos de conviction ». La politique ne saurait alors se penser indépendamment d'une théologie politique... La thèse de C. Schmitt fut sévèrement critiquée par le théologien Erik Peterson (1890-1960). Ce dernier défend l'idée d'une impossibilité de toute théologie politique en raison de l'élaboration du monothéisme trinitaire et du développement de l'eschatologie chrétienne chez Saint Augustin. Dans sa *Théologie politique II* précitée, Carl Schmitt formule une double critique à l'encontre de la thèse d'E. Peterson :

- il lui reproche « *de ramener la dé-légitimation d'une théologie politique chrétienne en s'en tenant à la problématique augustinienne des deux Cités* » ;
- le second reproche est de ne considérer « *la possibilité d'une théologie politique que dans le cadre d'une correspondance métaphysique entre les monothéismes hellénistique et juif et au sein de l'Empire romain, avec la monarchie* »²⁸.

Si la pensée de Carl Schmitt relativement à l'admission d'une possibilité d'une théologie politique afin de comprendre les conditions d'apparition de l'Etat et de sa continuité, y compris en contexte sécularisé, est assurément originale, il ne fait guère de doute que, au-delà des objections légitimes qui peuvent lui être adressées, cette théorie a souffert du parcours politique et idéologique de son auteur²⁹. Il ne saurait évidemment être question de faire l'impasse sur l'épisode nazi de la vie de l'auteur et sur son ralliement à un régime politique qui allait

²⁷ *Ibid*, p 275.

²⁸ C. Schmitt, *Théologie politique II*, p 118 et ss; p 148.

²⁹ A ce sujet, voir la remarquable préface du professeur Olivier Beaud à la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt, PUF, Quadrige, Paris, 2013.

somber dans les affres du totalitarisme. Sans revenir sur les étapes de cette compromission fautive, il convient de souligner que les analyses schmittiennes en ont incontestablement souffert. Il en va également ainsi de sa théologie politique, bien que ce ne saurait être la seule cause permettant de comprendre le relatif discrédit dans lequel celle-ci est tombée. Si celle-ci est encore discutée en philosophie politique et la remarquable thèse de Bernard Bourdin permet de comprendre comment celle-ci prend place dans une histoire du concept d'une théologie du politique et se relie aux travaux d'Hannah Arendt ou de Léo Strauss, il n'en va pas de même en droit constitutionnel où très rares sont les écrits relatifs à la théologie politique de Schmitt. Une place est à cet égard à réserver à Ernest-Wolfgang Böckenförde (1930-), professeur de droit public à l'Université de Fribourg et juge à la Cour constitutionnelle fédérale allemande de 1983 à 1996.

Une partie de la pensée constitutionnelle d'E-W. Böckenförde est dorénavant accessible en langue française³⁰. De surcroît, les travaux d'Olivier Jouanjan³¹, de Sylvie Le Grand³² et de C. Nicolletti³³ permettent de bien appréhender la pensée du maître allemand sur le sujet de la légitimation de l'Etat sécularisé et de sa réfutation d'un « Etat chrétien ». S'il a toujours condamné ce dernier, Böckenförde a travaillé sur l'importance de la question théologico-politique de la fondation d'un Etat libéral sécularisé. Il y a notamment souligné le rôle majeur tenu par la liberté de pensée, de conscience et de religion qui rend

³⁰ E-W. Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle. Réunis, traduits et présentés par Olivier Jouanjan, Bruylant, LGDJ, 2000.

³¹ Olivier Jouanjan, « Ernst-Wolfgang Böckenförde et la légitimité de l'état sécularisé », *Droits*, 2014/2 (60), pp 117-136.

³² ³² Sylvie Le Grand, *E-W. Böckenförde et les enjeux d'une théologie politique*, *Société droit et religion*, 2016, n°6, pp 105-119.

³³ Voir, en langue française, par exemple : Michele Nicoletti, "Sur la théologie politique d'Ernst-Wolfgang Böckenförde", *Société, droit et religion*, n°6, p 1 et ss.

possible cet Etat sécularisé. Cette analyse le conduit à utiliser avec parcimonie le concept de « théologie politique ».

B) La remise en perspective de la théologie politique de Carl Schmitt dans la littérature constitutionnelle allemande

E-W. Böckenförde utilise donc avec beaucoup de prudence ce « concept de théologie politique ». S'interrogeant sur les raisons d'une telle hésitation, Sylvie Le Grand rappelle les trois études principales de Böckenförde sur le sujet³⁴. Il s'agit du *mandat politique de l'Eglise* (1969), de la *théologie politique de Jean-Paul II* (1980) et d'une *typologie des différentes théologies politiques* (1981/1983). Elle y relève « qu'il est réservé principalement à deux articles, l'un qui établit une précieuse typologie de trois grands types de théologie politique : juridique, institutionnel et « appellatif », l'autre qui analyse tout un pan de la pensée de Jean-Paul II en termes de « théologie politique »³⁵. Revenons sur ces trois sens.

Le premier sens définit la « théologie politique » comme un « processus de transposition conceptuelle ». Sylvie Le Grand, dans son étude précitée, apporte les utiles précisions suivantes : « Böckenförde qualifie cette analyse de *sociologie conceptuelle ou de sociologie des notions juridiques de l'Etat et rappelle que les trois premiers chapitres de la théologie politique de Schmitt sont d'abord parus dans un recueil en l'honneur de Max Weber sous le titre « sociologie du concept de souveraineté et théologie politique »*³⁶. C'est le sens de la formule de Carl Schmitt : « tous les concepts de la doctrine moderne de

³⁴ Sylvie Le Grand, *E-W. Böckenförde et les enjeux d'une théologie politique*, *Société droit et religion*, 2016, n°6, pp 105-119.

³⁵ Ibid. Sur l'analyse de ces textes, se reporter également à l'importante étude précitée du professeur Olivier Jouanjan.

³⁶ Ibid, p 113.

l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés ». C'est également en ce sens que s'orientent les travaux relatifs aux origines canoniques ou ecclésiologiques des modèles constitutionnels ou de droit public.

Le deuxième sens est « institutionnel » et renvoie au modèle institutionnel qu'est susceptible de fournir le christianisme. Une telle conception a, comme on l'a vu, été contestée. Dans son célèbre texte sur « *Le monothéisme comme problème politique* » (1935), Erik Peterson signale que la « *réflexion chrétienne sur le politique court toujours un double écueil. D'une part, comme ce fut le cas pour Eusèbe de Césarée et l'Empire romain, ou Carl Schmitt et le IIIème Reich, le discours théologique peut servir d'infrastructure idéologique à la justification d'un régime politique établi...* »³⁷. L'argument théologique est ici instrumentalisé, détourné de sa fonction première d'ordre eschatologique.

Le troisième sens renvoie « à la théologie de l'engagement chrétien » et s'avère donc directement tourné vers l'action politique du chrétien. On songe évidemment à la « théologie de l'engagement » de Johann-Baptist Metz. Le théologien catholique de Münster définit la théologie politique comme « une théologie fondamentale pratique ». Il considère en conséquence que « *l'Eglise comme institution sociale a nécessairement une influence efficace sur la vie collective et qu'il lui incombe donc d'en répondre* ». Il revient à l'Eglise d'agir en « fonction de son outillage propre » en évaluant les forces qu'elle peut mobiliser, comme la tradition de la foi, les sacrements... Comme le notent Henri-Jérôme Gagey et Jean-Louis Souletie, dans leur étude *Sur la théologie politique*, « *la théologie de Metz se veut effectivement politique en ce sens que son apport essentiel est de montrer qu'il n'y a pas de théologie politiquement*

³⁷ Cité par Frédéric Louzeau, « Réflexions sur les conditions d'une théologie chrétienne du politique à partir d'une lecture de pax Nostra (1936) du Père Gaston Fessard, *Revue Société, droit et religion*, n°6, p 121 et ss.

*innocente : le sujet de la théologie est toujours un être politique par son enracinement dans l'histoire et dans la société »*³⁸.

Telle est la troisième acception de la notion de « théologie politique ». S'il apporte ces précisions sémantiques et terminologiques, il n'en reste pas moins qu'E-W. Böckenförde se révèle désireux de circonscrire la notion de « théologie politique ». Quelles en sont les raisons ? Suivons l'explication de Sylvie Le Grand à ce sujet.

La première raison en tiendrait « *à la grande rigueur et la précision de la langue böckenfördienne* »³⁹. Ces dernières ne conviendraient guère au langage spécifique de la théologie, ni d'ailleurs à la dimension davantage eschatologique de la théologie politique. Ce premier argument n'est guère contestable, dans la mesure où il ne fait guère de doute que le juriste de droit constitutionnel positiviste ne peut, de prime abord, qu'être surpris par les questionnements rendus possibles par une théologie politique.

L'auteure soulève une autre question fondamentale : « *La réserve böckenfördienne par rapport au terme de théologie politique pourrait-elle être liée au souci de ne pas être assimilé à Carl Schmitt sur ce point ?* »⁴⁰ Cette hypothèse s'avère pertinente. Elle est, notamment, rappelle l'auteur, soutenue par Christoph Möllers et Reinhard Mehring qui « *soulignent en effet que contrairement à ses textes juridiques, les essais de Böckenförde sont pensables sans Schmitt* ». Richard Mehring note « *que la théologie politique schmittienne verse dans l'apocalyptique excentrique, non dogmatique et hérétique, tandis que la position böckenfördienne relève d'un réformisme critique interne à l'Église, d'un catholicisme engagé et ancré dans l'institution, reposant sur*

³⁸ Henri-Jérôme Gagey, Jean-Louis Souletie, « Sur la théologie politique », *Raisons politiques*, 2001/4 (n° 4), p. 168-187. DOI : 10.3917/rai.004.0168. URL : <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2001-4-page-168.htm>.

³⁹ *Ibid*, p 115.

⁴⁰ *Ibid*, pp 116-117.

l'harmonie thomiste entre foi et savoir»⁴¹. Cette dernière dimension a également été très bien soulignée dans l'étude précitée d'O. Jouanjan.

En réalité, le catholique « engagé et ancré dans l'institution » qu'est Böckenförde oriente sa pensée autour de deux sujets fondamentaux : l'Etat moderne et la liberté de conscience. Ces deux éléments se complètent et se renforcent en effet l'un l'autre. Si la naissance de l'Etat moderne a permis la réalisation de la liberté de conscience, de pensée et de religion, en retour, c'est celle-ci, reconnue par la déclaration *Dignitatis humanae* de 1965, qui permet à son tour la réalisation de l'Etat sécularisé en garantissant, de la même manière que l'Etat, la pleine liberté de religion à la personne humaine⁴². O. Jouanjan relève alors qu'il s'agit « *d'une sorte de théologie politique paradoxale* ». Citant E-W. Böckenförde, il précise : « *avec la Déclaration Dignitatis humanae adoptée le 7 décembre 1965, « la reconnaissance de la liberté religieuse n'est plus seulement une concession mais devient une exigence, une exigence qui trouve son fondement dans la foi chrétienne et son image de l'homme. Mais si elle est une exigence qui découle de la foi chrétienne et de sa vérité, il s'agit alors (...) d'une question de théologie politique au sens précis et éclairant que lui donne la définition d'Heinrich Meier* », à savoir « *une théorie ou une doctrine politique pour laquelle, du point de vue de la compréhension du théologien politique, la révélation divine est l'autorité la plus haute et le fondement ultime* »⁴³. L'auteur catholique qu'est E-W/ Böckenförde insiste sur le rapprochement d'idées entre l'Etat et l'Eglise catholique. Ils promeuvent tous

⁴¹ Reinhard Mehring, « *Politische Theologie oder Staatskirchenrecht ? Das engagierte Laie in der Nähe und Differenz zu Carl Schmitt* », in Reinhard Mehring, Martin Otto (dir.), *Voraussetzungen und Garantien des Staates*. E-W. Böckenförde Staatsverständnis, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, pp 90-107, cite par Sylvie Le Grand, *ibid*, p 117.

⁴² Voir l'ouvrage , E-W. Böckenförde, *Kirche und christliche Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, 2ème édition, Berlin, 2007.

⁴³ Article précité, p 131.

les deux une conception extensive de la liberté de pensée, de conscience et de religion.

II) Quelle visibilité institutionnelle pour les religions dans l'espace public ?

Dans la littérature constitutionnelle française, le thème de la religion relève, pour l'essentiel, de l'étude des libertés fondamentales. Si quelques développements sont consacrés à la laïcité de l'Etat dans les ouvrages de Droit constitutionnel, il n'en reste pas moins que le « fait religieux comme problème public » n'intéresse pas directement le publiciste. En l'absence de religion d'Etat, de service public des cultes, de disparition des établissements publics à objet cultuel, la religion serait dorénavant reléguée dans la sphère privée, celle des droits-autonomie de la personne humaine qui, bien entendu, conserve la jouissance de ces libertés, de pensée, de conscience et de religion, considérées comme fondamentales.

Cette opinion est néanmoins à interroger, car elle soulève de sérieux obstacles théoriques sources de critiques d'importance (A). Ces dernières invitent à s'interroger sur le mandat constitutionnel des religions en contexte sécularisé (B).

A) L'impossibilité d'une approche du « fait religieux » par la seule théorie des droits fondamentaux

La première critique est reprise de Marcel Gauchet. Dans un texte essentiel paru en 1980, ce dernier expose que « *les droits de l'Homme ne sont pas une politique* ». Dans ce texte repris dans le recueil *La démocratie contre elle-même* paru en 2002 chez Gallimard (pp 1-26), M. Gauchet expose que la crise de l'humanisme contemporain repose sur sa réduction à la philosophie

des droits de l'Homme. En cette dernière, Marcel Gauchet perçoit un « *naturalisme d'un nouveau genre* ». La pensée de Gauchet y est particulièrement stimulante, car elle permet de saisir comment les droits de l'Homme ne peuvent en aucun cas fonder une politique, car ils conduisent à se passer « de la médiation de la culture ». Ils s'inscrivent dans un processus d'auto-fondation ne reposant que sur l'autodétermination de la personne humaine.

Comme le relève B. Bourdin, dans son ouvrage précité, « *sans cette médiation, celle de la culture, il ne saurait y avoir un humanisme effectif. C'est sur cette illusion constituée par la trilogie, naturalisme, individu, immédiateté, que la médiation chrétienne conserve toute sa pertinence* »⁴⁴. Celle-ci implique une série de médiations, notamment celles « *de la culture, de l'éthique, du savoir et de l'esthétique* »⁴⁵. De telles médiations sont impossibles sans celle de l'Eglise et B. Bourdin note ainsi : « *Aussi autoritaire a-t-elle pu être, elle n'en a pas moins toujours laissé ouverte l'interprétation de la doctrine chrétienne, jusque dans ces retombées concrètes* ».

La deuxième critique porte sur la méconnaissance, en contexte libéral-sécularisé, de la nature spécifique du fait religieux. Celui-ci est « fait politique » pour reprendre le titre du volume d'hommage paru en 2009 en l'honneur de Bruno Etienne, sous la direction de Franck Frégosi⁴⁶. Comme « objet politique », le « fait religieux » constitue un « problème public » au sens de la littérature sur l'analyse des politiques publiques. La notion de « problème public », quoiqu'intuitivement aisée à saisir, n'est en réalité pas simple à définir, dans la mesure où elle renvoie davantage au produit d'un

⁴⁴ *Ibid*, p 220.

⁴⁵ *Ibid*, p 220.

⁴⁶ Bruno Etienne, *Le fait religieux comme fait politique*, ouvrage paru sous la direction de Franck Frégosi, L'Aube, 2009.

processus de problématisation qu'à un fait objectif. En effet, aucun « problème politique » n'existe *a priori*. Selon, Jean-Gustave Padioleau, dans son ouvrage *L'Etat au concret*⁴⁷, le « problème public » renvoie à un sujet qui « appelle un débat public, voire l'intervention des autorités publiques légitimes. C'est ici tout le paradoxe : comment peut-on expliquer que le sujet de la gestion du fait religieux entre dans la sphère publique, alors que l'on pensait, depuis longtemps, qu'il s'agissait d'un acquis de la modernité politique que de considérer que la croyance religieuse relevait avant toute chose de la sphère privée ? Autrement dit pour être publicisé, un problème doit faire appel aux compétences des autorités publiques, ainsi qu'à un débat public. Or, il est devenu incontestable que le fait religieux s'impose dorénavant à ces dernières et que cette irruption se fait malheureusement de manière très souvent inopportune... Le « fait religieux » émerge alors comme « fait politique », susceptible de faire l'objet d'une politique publique. C'est ce que relevait déjà Louis Canet (1883-1958), conseiller du ministère des Affaires étrangères pour les Affaires religieuses de 1920 à 1946, puis conseiller d'État, qui considérait qu'un Etat qui n'a pas de politique ecclésiastique constitue un Etat « faible ». Pour saisir un tel processus, nous sommes partis de l'ouvrage majeur de Pierre Birnbaum et de Bertrand Badie : « *La sociologie de l'Etat* », paru en 1979⁴⁸. Il fait état de la distinction capitale entre les « Etats forts » et les « Etats faibles ». En ce sens, l'on définira l'« Etat fort » comme celui qui se révèle apte, au nom de l'intérêt général, à s'imposer dans une société caractérisée par des tensions sociales et religieuses vives. Pour dire les choses simplement, il doit constituer la référence partagée par tous, car il est la « chose commune » à tous. En aucune manière, il ne saurait être en concurrence avec d'autres forces sociales ou religieuses pour la détermination de loi commune à

⁴⁷ Jean-Gustave Padioleau, *L'Etat au concret*, Paris, PUF, 1982, 25.

⁴⁸ Bertrand Badie, Pierre Birnbaum, *Sociologie de l'Etat*, Paris, Grasset, 1979, 251 pages.

l'ensemble des citoyens. Sa responsabilité est en revanche d'intégrer ces forces sociales dans la sphère publique démocratique.

Seul l'Etat est capable de cette *intégration*. Ceci implique que l'Etat se donne des objectifs clairs en la matière, identifie les acteurs de la mise en œuvre de sa politique et s'en donne les moyens institutionnels et politiques. Un tel schéma ne saurait naturellement rompre avec le principe constitutionnel de laïcité qui doit rester la charte juridique de la République dans le domaine religieux et institutionnel. Quels sont alors les objectifs que doit se fixer un tel Etat laïc ? La problématique en a été parfaitement résumée par Pierre Manent que nous citons un peu longuement : « *La question, c'est l'Etat en tant qu'instrument du politique. Nous avons aujourd'hui des Etats sans tête (...), mais qui ont perdu leur articulation avec un projet politique... Nous sommes dans un interrègne entre l'Etat-nation qui a perdu le mandat du Ciel, mais qui reste à certains égards un instrument indispensable, et une Europe qui ne me paraît pas destinée à proposer réellement un autre instrument politique, une autre communauté politique, susceptible de résoudre nos problèmes* »⁴⁹.

B) La redéfinition d'un mandat constitutionnel pour les religions

En ouverture de ces quelques développements, nous souhaiterions rappeler l'axiome de E-W Böckenförde, selon lequel « *L'Etat libéral, sécularisé vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir* »⁵⁰. Cet axiome permet de comprendre les ressorts, les faiblesses et

⁴⁹ Pierre Manent, "Crise de l'Etat, crise de la politique", *Liberté politique*, 6 octobre 1998, p 99, 101-103.

⁵⁰ In E-W. Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle. Réunis, traduits et présentés par Olivier Jouanjan, Bruylant, LGDJ, 2000, p 101 et ss.

même temps les forces et les leviers d'un Etat de droit libéral et démocratique qui se conçoit comme neutre d'un point de vue confessionnel.

Le professeur Olivier Jouanjan évoque à ce propos le « théorème de Böckenförde », « *Diktum* » qui est énoncé à la fin de l'article sur « *La naissance de l'Etat, processus de sécularisation* ». Ce théorème énonce qu' « *au moment de sa formation, l'Etat constitua une aventure, un pari, celui qu'il pouvait vivre en se sécularisant, c'est-à-dire sans s'affirmer fondé sur la religion ; mais une fois sécularisé, comme il ne peut toujours pas garantir ses présupposés, il est et reste un pari, une aventure. Son histoire n'est donc pas finie, puisque la sécularisation a lancé l'Etat dans une aventure risquée* »⁵¹. Indissociable d'une théorie démocratique et libérale de l'Etat moderne, la **reconnaissance institutionnalisée** de la mission publique et sociale des grandes religions, au premier rang desquelles l'Eglise catholique, paraît une nécessité refondatrice d'un lien social à repenser dans le cadre de la société française qui a tant de mal à déterminer la place du religieux dans la définition des solidarités essentielles (R. Debray).

Cette problématique a été parfaitement soulignée par Marcel Gauchet qui pose la question suivante : « *Quel rôle pour les institutions religieuses dans une société sortie de la religion ? La question peut être évidemment envisagée de deux façons. Elle est, très normalement, la question des responsables des institutions religieuses... Mais la question peut également être abordée de l'extérieur par un observateur qui s'interroge, de manière neutre et impartiale, sur le rôle possible que les sociétés sorties de la religion laissent aux institutions religieuses* »⁵². Cette interrogation intéresse tant le croyant que l'agnostique, « *dès l'instant où l'un et l'autre s'accordent sur l'ethos civique commun de la*

⁵¹ Olivier Jouanjan, « Ernst-Wolfgang Böckenförde et la légitimité de l'état sécularisé », *Droits*, 2014/2 (60), pp 117-136.

⁵² Marcel Gauchet, *Ibid*, p 235.

démocratie ». Les Eglises agissent alors comme des acteurs de la société civile, comparables « à des associations constituées de membres adhérant librement à leur projet, au contraire de l'appartenance à une communauté politique » (B. Bourdin). A ce titre, elles agissent en qualité d' « acteurs publics » au sein de l'espace démocratique. La séparation des cultes et de l'Etat ne les a pas expulsées de la sphère publique, ni définitivement reléguées dans l'espace privé. Elles remplissent une mission publique et sociale que les juristes allemands soulignent en recourant à la notion d'*Öffentlichkeit*. C'est au nom de cette mission que les principales religions peuvent bénéficier du statut constitutionnel de corporation de droit public dont résulte le recours à l'impôt ecclésiastique prévu par l'article 140 de la Loi fondamentale allemande. Elles remplissent également de très importantes missions dans le champ social (bienfaisance, activités de soin, d'éducation, d'aide aux déshérités...).

En droit public allemand, la technique juridique souligne de manière adéquate la prise en considération de cette mission publique et sociale des principales collectivités religieuses. Il n'est évidemment pas question de transposer le droit public des cultes allemand en France, mais de réfléchir à la condition d'émergence d'un espace public où les principaux courants religieux et spirituels apporteraient une contribution importante à la consolidation d'un « être-ensemble » national et républicain. A cet effet, il apparaît important que la Constitution réserve une place plus importante aux principales forces sociales, au premier rang desquelles les institutions religieuses et spirituelles, qui animent la société civile. Leur mission devrait être soulignée dans le texte constitutionnel. Deux possibilités s'avèrent, selon nous, envisageables :

-soit une modification de l'article 4 de la Constitution de 1958 ;

-soit une réécriture du titre XI bis de la Constitution de 1958 pour prévoir un statut constitutionnel d'ensemble pour les institutions non juridictionnelles

oeuvrant dans le champ de la protection des droits et des libertés à caractère fondamental.

Première hypothèse : une modification de l'article 4 de la Constitution. Celui-ci dispose actuellement :

« Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils concourent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

Le statut des partis politiques contient plusieurs indications importantes. « *S'ils se forment et exercent leur activité librement* », ils « *doivent toutefois respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie* » ». Ils concourent aux « *expression pluralistes des opinions* ». Ces garanties constitutionnelles de libre association, de respect des règles de la démocratie et de la souveraineté nationale et de participation au pluralisme constituent le socle d'un statut des partis politiques qui pourrait s'étendre, sans dommage majeur, aux « *institutions religieuses et spirituelles* ». De constitution libre, elle participent au pluralisme qui fonde, avec la « *tolérance* » et l'« *ouverture d'esprit* » une « *société démocratique* » au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Nous proposons en ce sens une réécriture de l'article 4 de la Constitution de 1958 dans le sens ci-après :

« Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Au même titre que les syndicats, associations professionnelles et principales

institutions religieuses et spirituelles, ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils concourent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions, ainsi que la participation équitable des partis et groupements politiques, des syndicats, des associations professionnelles et des principales institutions religieuses et spirituelles à la vie démocratique de la Nation. Ces mouvements contribuent à la constitution d'une authentique société démocratique qui repose sur l'émergence d'une sphère publique à la fois intégrée et ouverte ».

A cette proposition peut néanmoins être soulevée une objection d'importance qui tient à ce que l'article 4 de la Constitution figure dans un titre 1^{er} intitulé « *de la souveraineté* ». Si cela se comprend aisément s'agissant des partis politiques, il n'en va pas de même concernant les institutions religieuses et spirituelles⁵³. Deux possibilités s'ouvrent alors : soit, ajouter à la « souveraineté » la mention de « l'espace public » (*De la souveraineté et de l'espace public*), soit prévoir qu'une telle modification relève du titre XI bis de la Constitution de 1958 relatif au « Défenseur des droits ». Une modification de ce dernier permettrait d'élargir son objet au statut constitutionnel de l'ensemble des institutions non juridictionnelles chargées de veiller à la protection des libertés fondamentales. Il est en effet peu satisfaisant que, parmi l'ensemble des institutions non juridictionnelles dont la mission est de veiller à la protection des droits fondamentaux, seul le défenseur des droits bénéficie ainsi d'un statut particulier à la suite de l'article reconnaissant les missions du Conseil économique, social et environnemental.

⁵³ Nous remercions très sincèrement le docteur Jean-Rémi Lanavère pour sa relecture précieuse et son observation très juste relative à la modification de l'article 4 de la Constitution.

Une telle intégration constitutionnelle permettrait de donner consistance juridique aux propos de Marcel Gauchet⁵⁴ : « *La puissance publique, l'Etat démocratique désormais complètement neutres, puisqu'ils ne consacrent et n'officialisent aucune doctrine religieuse ou métaphysique, ont besoin, néanmoins, de ces doctrines et de ces philosophies dont ils se sont séparés. Ils sont contraints d'aller chercher le sens de ce qu'ils font où il se trouve, dans la société, du côté des traditions religieuses et philosophiques constituées. Car cet Etat neutre n'en est pas moins le lieu où s'opèrent les arbitrages entre les diverses fins suprêmes que les membres de la communauté politique sont susceptibles de se proposer. Il est l'instrument grâce auquel elles s'incarnent. Il ne peut pas s'en désintéresser, à ce titre, même s'il n'en participe pas et s'il est là pour empêcher qu'une quelconque des convictions qui justifient ces fins prenne le pouvoir. Ils doivent les faire entrer dans sa sphère, et marquer leur importance. Voilà ce qui restitue sa visibilité publique au religieux et l'intronise comme protagoniste éminent de la délibération collective* ». En estimant que : « *cet Etat neutre n'en est pas moins le lieu où s'opèrent les arbitrages entre les diverses fins suprêmes que les membres de la communauté politique sont susceptibles (...)* », M. Gauchet rejoint les analyses d'E-W. Böckenförde quant à une juste conception de la neutralité de l'Etat : une neutralité « ouverte et positive » et non pas entendue de manière trop étroite. Chez M. Gauchet, ceci renvoie au « civisme chrétien » aux termes duquel la responsabilité des institutions religieuses est d'offrir une conception de l'ensemble social, qui soit certes compatible avec les valeurs religieuses, mais qui soit également conforme au caractère sécularisé de cet ensemble. C'est à cette condition que l'Etat peut jouer pleinement son rôle d'« intégrateur » au sens de la fonction que lui assignait R. Smend dans son étude *Verfassung und Verfassungsrecht*⁵⁵. Cette

⁵⁴ *Ibid*, p 242. Cité également par B. Bourdin, *op.cit.* p 225.

⁵⁵ La pensée de R. Smend est en réalité plus complexe, car il distingue trois types d'intégration, l'une personnelle, l'autre fonctionnelle et la dernière de type factuel. Ces types se combinent.

« intégration » doit bien évidemment se combiner avec la distinction de l'espace public et social et de l'Etat.

Une telle conception de la neutralité présuppose la reconnaissance d'un « espace public » au sein duquel les acteurs institutionnels, sociaux et religieux peuvent agir et interagir afin de définir les conditions d'une sphère publique démocratique à laquelle chacun puisse contribuer, sans chercher à se l'approprier ou à la dominer. On retrouve l'image du polyèdre évoquée précédemment.

Il revient également au Conseil constitutionnel, lorsqu'il interprètera la Constitution, de contribuer à cette constitution d'un nouvel espace public. Ce sujet de l'identification d'une sphère publique démocratique s'inscrit dans un courant important de la philosophie politique contemporaine qui vise, comme le rappelle Bernard Bourdin, « à la détermination d'un critère déterminant, celui de la « mise en commun des paroles et des actes », thèse fondamentale de la théorie arendtienne de l'action⁵⁶.

⁵⁶ Bernard Bourdin, op.cit., p 141 et ss.