

NB : Avec cette contribution d'Alexandre VIALA, la revue inaugure une présentation des articles sous forme de série. Le lecteur trouvera ici la première partie du texte. La seconde sera publiée prochainement.

Alexandre VIALA.

Traditionnellement, la théorie du droit oppose le point de vue formel au point de vue matériel à partir desquels sont étudiées les normes juridiques. Cette distinction entre la forme et le fond couvre les deux aspects classiquement envisagés pour appréhender un objet quel qu'il soit, lequel se manifeste, aux yeux du sujet connaissant, tout aussi bien par son apparence extérieure – le contenant – que par sa face interne ou substantielle – le contenu. Celui-ci désigne l'essence interne du monde (sa substance ou son âme) quand celui-là renvoie à sa manifestation ou son reflet (*ombra, simulacro*)^[1]. Dans l'univers juridique, lorsqu'on évoque les « sources matérielles » des règles, on entend que l'essence du droit précède leur manifestation formelle dès lors que le mot « source » désigne l'endroit où l'eau d'une rivière sort de la terre pour apparaître à la surface et poursuivre son lit. Cette thèse accorde à l'essence du droit une préséance sur son existence, à rebours de ce qu'aurait pu dire Jean-Paul Sartre s'il s'était intéressé au droit. Elle présuppose surtout que le droit édicté par les pouvoirs publics n'est pas créé mais découvert dès lors qu'un sourcier n'invente jamais ce qu'il recherche. La théorie des sources matérielles du droit est bien évidemment inacceptable pour un juriste positiviste qui considère qu'il n'y a de droit que « posé » formellement par une volonté humaine et que dès lors, tout ce qui précède l'apparition formelle du droit n'intéresse pas la science du droit mais la psychologie, l'histoire ou la science politique c'est-à-dire toute science qui porte son regard sur des faits psychosociaux dont l'émergence a pu contribuer, plus ou moins directement, à l'adoption formelle de normes juridiques^[2].

Mais un juriste d'obédience positiviste ne saurait nier, tout en adoptant une position d'extériorité par rapport à son objet, que le droit renferme, en dépit de l'austère image qu'il renvoie aux yeux du profane, une dimension métaphysique tenant au fait que les normes juridiques ne sont que la traduction formelle de valeurs dont l'origine repose davantage sur des sentiments et des émotions que sur un quelconque fondement de nature empirique. Tel est du moins le point de vue émotiviste de toute une tradition positiviste qui relègue les énoncés moraux, parmi lesquels figurent les énoncés juridiques, dans la sphère de l'irrationalité et de l'émotion. Pour ne prendre qu'un exemple particulièrement emblématique de cette vision émotiviste du monde juridique, Vilhelm Lundstedt, le plus extrémiste des

réalistes scandinaves, regardait comme « métaphysiques » les notions de justice, de droits subjectifs, d'obligation ou de responsabilité dans un ouvrage publié en 1932 et intitulé *Le défaut de caractère scientifique de la science juridique*^[3]. Le droit constitutionnel échappe d'autant moins à cette irrationalité qu'il est un droit éminemment politique et par voie de conséquence, un droit qui encadre une activité particulièrement régie par des représentations et des discours dont la rationalité n'est pas le principal moteur. Il me semble dès lors nécessaire de porter un regard sur la dimension métaphysique de ce droit politique qui irrigue, comme nous allons le voir, tout aussi bien la forme que le fond des normes constitutionnelles.

Depuis l'initiative prise, sous la monarchie de Juillet, par le professeur Pellegrino Rossi qui décida, en succédant à Jean-Baptiste Say au Collège de France, de transformer la chaire d'économie politique de son illustre prédécesseur en chaire de « droit constitutionnel », les juristes se sont familiarisés avec cette dénomination pour désigner une branche du droit dont l'objet porte sur l'ensemble des règles qui organisent les rapports entre les pouvoirs publics les plus élevés de l'État et qui déterminent, en même temps, les limites de leurs prérogatives pour garantir la liberté des citoyens. La dénomination *droit constitutionnel* n'avait pourtant jamais été employée pour désigner les normes qui ont structuré jadis les cités de la Grèce et de la Rome antiques ni, plus tard, celles des républiques italiennes de la Renaissance ou les lois fondamentales du royaume de la France d'Ancien Régime. La lecture des *Politiques* d'Aristote ou celle du *Prince* de Machiavel ne manque pourtant pas de nous livrer des enseignements dont le contenu est très proche de ce qu'entendait Pellegrino Rossi lorsqu'il évoquait, dans son cours de droit constitutionnel, ces règles suprêmes d'organisation de l'État à l'exclusion, bien sûr, de celles relatives à la garantie des libertés qui étaient absentes à Athènes, à Rome comme sous l'Ancien Régime lorsque la liberté des Modernes, au sens que lui donnera Benjamin Constant, était encore inconnue. C'est la raison pour laquelle l'expression *droit politique* est davantage évocatrice pour caractériser, de manière générale, ce droit qui encadre et gouverne les plus hauts organes d'une cité, c'est-à-dire d'une communauté politique (*Polis* en grec ancien), de quelque nature qu'elle soit (antique ou moderne), ainsi que les rapports que ces derniers entretiennent avec les citoyens. Sans pour autant perdre quoi que ce soit en termes de clarté, le concept de droit politique gagne ainsi en extension et s'avère plus inclusif que celui de droit constitutionnel pour rendre intelligible ce type de règles.

Jean-Jacques Rousseau, qui au demeurant ne cachait pas son affection pour la

république romaine, utilisait le syntagme « droit politique » pour qualifier le système de gouvernement réputé se présenter comme l'œuvre du contrat social. L'expression apparaît en effet dans le titre de son célèbre *opus*, paru en 1762^[4], qui traduit une conception du citoyen consistant à le présenter comme un homme vertueux, destiné à faire prévaloir son devoir envers la collectivité au détriment de ses intérêts privés d'individu égoïste. Rappelons, à cet égard, que les deux grands paradigmes du droit politique occidental sont *le républicanisme* qui fit ses premières apparitions dès l'Antiquité et *le libéralisme*, plus moderne, qui n'émergea qu'à partir de la naissance de l'individualisme méthodologique au moment du tournant nominaliste au XIV^{ème} siècle. Le premier, dans lequel s'inscrit l'approche rousseauiste du politique dans certains de ses aspects, fait prévaloir l'intérêt général sur l'individu quand le second, qui structure ce qu'on appelle aujourd'hui le constitutionnalisme ou le droit constitutionnel, privilégie la voie contraire. Le paradigme dans lequel se loge le droit politique des Anciens a certes été l'objet, dans l'œuvre du citoyen de Genève, d'une forme d'exaltation nostalgique même si l'auteur du *Contrat social* demeure le précurseur des doctrines rationalistes et modernes de la démocratie qui occupent aujourd'hui une place centrale dans le champ académique de ce qu'on appelle, depuis Pellegrino Rossi, le droit constitutionnel. Jean-Jacques Rousseau, qui n'utilisait que le terme « droit politique », se situe donc bien au carrefour des Anciens et des Modernes.

Mais indépendamment de cette nuance sémantique, il faut se souvenir que selon cet illustre pionnier de la discipline, le politique est imprégné d'une certaine dimension métaphysique qu'il est impossible, même dans une démocratie moderne, de négliger. Jean-Jacques Rousseau, certes sévère envers le christianisme comme tous les philosophes des Lumières, avait néanmoins inséré dans le *Contrat social*, un chapitre (Livre IV, Chapitre VIII) consacré à l'éloge d'une religion civile. Il était conscient qu'après avoir écrit deux-cents pages de rationalisme ponctuées de concepts, comme celui de « volonté générale », le contrat social ne tiendrait jamais une seconde s'il n'est pas accompagné d'une ferveur qu'il appela la religion civile et qu'on a tendance aujourd'hui à baptiser du nom de transcendance républicaine. En un mot, le philosophe des Lumières était conscient que tout en devant prêter à la raison une oreille attentive pour éviter de céder aux passions et de sombrer dans la démagogie, le politique exerce un office particulier qui demeure pétri de valeurs et de métaphysique. Intervenant dès lors sur des questions axiologiques, l'élu ne saurait négliger la fibre affective de ceux qui l'ont porté au pouvoir comme l'a bien montré toute une doctrine bien postérieure à celle de Rousseau. Doté d'une dimension psychologique et pas seulement rationnelle, l'office du politique ne peut

pas non plus échapper, en effet, à ce que Max Weber, usant d'un vocabulaire emprunté à la mythologie grecque, appelait la « guerre des dieux »^[5] laquelle, à défaut de pouvoir être arbitrée par le savoir scientifique, ne peut l'être qu'en termes d'hégémonie ou de confiance. C'est que les « dieux » dont il est question, au lieu de se quereller au sommet du mont Olympe, désignent dans la pensée webérienne pétrie de relativisme, ces valeurs contradictoires dont la confrontation se solde davantage par le recours à l'autorité que par l'usage de la raison théorique. Comme l'avait clamé Machiavel, bien avant Weber et Rousseau, « gouverner, c'est faire croire ».

Cette dimension métaphysique du droit politique a toujours résisté à l'épreuve du temps. A telle enseigne que sur la question des rapports que ce droit organise entre les gouvernants et leurs sujets, les Modernes – pas moins que les Anciens – ont toujours été animés par des croyances sans lesquelles l'ordre juridique verrait son effectivité chanceler. Dans sa *Théologie politique*, Carl Schmitt écrivit que « tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés »^[6]. Que signifiait-il par cette célèbre formule sinon que le droit politique des Modernes a conservé, par-delà la sécularisation de la société occidentale au sein de laquelle il se produit et s'applique, des principes structurants qui plongent leurs racines dans des mythes et des croyances religieuses dont l'homme, en sa qualité d'animal métaphysique qui le distingue des autres espèces, ne s'est jamais débarrassé ? Certes, il ne prétendait pas que de telles croyances demeuraient explicitement actives au point, par exemple, de continuer de nourrir le principe monarchique de droit divin qui appartient désormais à une période révolue de l'histoire de l'État moderne. Il prenait acte du « désenchantement du monde » mis en lumière par l'un de ses maîtres, Max Weber encore lui, qui utilisait l'expression pour désigner la sécularisation des sociétés occidentales, désormais guidées par la raison en lieu et place des mythes et de la religion. Mais il considérait qu'aucune doctrine ni aucune civilisation ne peut faire le deuil du concept de Dieu. Nul ne peut l'enterrer comme l'avait prétendu Nietzsche et quiconque prétend savoir en faire l'économie, se fera toujours surprendre en train de lui trouver un substitut : la raison au temps des Lumières, l'être suprême sous la Révolution française ou la science à l'âge d'Auguste Comte et de Karl Marx seraient ces dieux de substitution dont l'invocation traduit le malaise d'une civilisation moderne et sécularisée qui ne saurait se passer de transcendance car chacun sait, depuis Aristote, que l'homme est un animal métaphysique.

La sécularisation des sociétés occidentales^[7], qui s'est manifestée par un recul

significatif de la référence à Dieu dans les discours destinés à produire et entretenir la légitimité des systèmes politico-juridiques modernes, n'a pas mis un terme définitif à la vision dualiste du monde que de tels discours continuent d'emprunter au récit religieux. Sauf que ce dualisme a fini par prendre une forme laïque qui n'en demeure pas moins de même nature, du point de vue structural, que les dualismes produits par les religions lorsqu'elles opposent le monde ici-bas et l'Au-delà. Il s'agit désormais d'un dualisme qui consiste à dédoubler l'objet de la connaissance du phénomène politique en le considérant comme surdéterminé non plus par un être transcendant de nature divine mais par des principes universels et abstraits se situant en dehors du monde sensible et opposables au droit positif à l'instar des principes du droit naturel moderne dont nos déclarations de droits sont le reflet[8].

Cette lecture de la modernité, selon laquelle demeure toujours présent, inaltérable et inconscient ce réflexe religieux, de type dualiste, qui réside dans l'affirmation de valeurs suprasensibles et supérieures au droit positif y compris lorsqu'il s'agit de revendiquer un corpus doctrinal laïque ou même ouvertement athée, constitue ce que Géraldine Muhlmann appelle « l'imposture du théologico-politique »[9]. Elle a toujours été l'objet, en effet, d'après critiques dont l'essai de cette auteure constitue une synthèse aussi méticuleuse que remarquable. On prête à cette conception théologico-politique du droit moderne des arrière-pensées conservatrices sinon réactionnaires comme l'avait dénoncé Hans Kelsen au sujet de la notion, promue par Raymond Aron et Eric Voegelin, de « religion séculière ». Dans un ouvrage posthume[10], le juriste viennois considérait cette notion comme la manifestation d'une profonde nostalgie pour les temps anciens structurés par la tradition, les préjugés et l'étroit corsetage de la société par la religion. Elle serait, à ses yeux, un terme savamment choisi et calibré pour dénoncer l'hérésie que constituent les idéologies modernes comme les droits de l'homme ou le marxisme : le syntagme serait un outil terminologique consistant à dénoncer le fait qu'en prétendant se passer de l'hypothèse de l'existence de Dieu pour s'appuyer exclusivement sur la raison ou la science, ces idées modernes n'en demeurent pas moins des religions dès lors qu'elles prescrivent un idéal. Elles seraient donc, sinon des religions hérétiques, à tout le moins des doctrines du salut sans dieu et constitueraient, par voie de conséquence, des déviations comme semblait l'affirmer l'écrivain anglais conservateur G.K. Chesterton selon qui les droits de l'homme « sont des idées chrétiennes devenues folles ». Dans sa propre réponse à Eric Voegelin, Hannah Arendt avait elle aussi condamné l'usage de la notion de religion séculière pour définir le communisme[11].

Mais si chacun conviendra aisément que l'expression « religion séculière » peut être tenue comme oxymorique, doit-on pour autant lui prêter une signification aussi polémique que celle retenue par Kelsen et Hannah Arendt, selon laquelle le mot emporterait dépréciation de la chose et trahirait la nostalgie des antimodernes[12] ? Il est permis d'en douter et de regarder la notion avec davantage de bienveillance. A tout le moins est-il envisageable de prêter à l'expression « religion séculière » une acception différente de celle qu'ont retenue les auteurs conservateurs dont Kelsen dresse son réquisitoire. C'est ainsi qu'il y a tout lieu de se demander si finalement, l'expression « religion séculière » ne pourrait pas convenir à merveille pour définir, au fond, l'humanisme juridique dont seul le droit constitutionnel, version moderne du droit politique, se présente comme la traduction à l'exclusion du droit politique des Anciens. Il semble tout à fait recevable, comme je le rappellerai plus loin, de mobiliser la notion si décrite par Kelsen pour qualifier les droits de l'homme sans que cela ne cache l'intention d'alimenter une quelconque critique à leur endroit. Ils sont la sécularisation d'une religion chrétienne qui a accordé au sujet humain une place éminente qu'ignorait l'aristotélico-thomisme. Cet exemple fourni par la généalogie religieuse des droits de l'homme qui constituent le cœur du constitutionnalisme (voir *infra*, Partie II), en dit long sur la dimension métaphysique du droit constitutionnel. Au fond, la phase moderne du droit politique est celle d'une mise en œuvre par le droit constitutionnel de la philosophie politique issue des doctrines du droit naturel moderne, lequel est un héritage qui puise ses racines dans deux sources de nature religieuse. La première nous replonge dans un lointain passé, celui du tournant civilisationnel de l'époque antique, que Léo Strauss a qualifié de *saut qualitatif d'Athènes à Jérusalem*, lorsque l'influence du paganisme gréco-romain fut relayée par celle des religions abrahamiques[13]. La seconde nous conduit un peu plus tard vers la période scolastique, lorsque la révolution nominaliste impulsée par le théologien Guillaume d'Occam (1285-1347) viendra conforter les apports dogmatiques de ce tournant. Ces apports qui résident, pour le dire en quelques mots, dans l'idée de transcendance du *logos* par rapport au *cosmos* et dans l'exaltation de la souveraineté du sujet, jouiront d'une réception systématique et remarquable dans le rationalisme juridique élaboré par la métaphysique d'Emmanuel Kant. C'est ici qu'il faut s'arrêter un instant pour définir le sens et la fonction qu'assigna le penseur allemand à la métaphysique afin de bien comprendre qu'elle est inextricablement liée au droit naturel moderne dont le constitutionnalisme, depuis l'époque de Pellegrino Rossi, est largement imprégné.

La métaphysique dont il s'agit est celle qui résulte du renouveau pragmatique dont

le philosophe de Königsberg a gratifié cette discipline à la fin du XVIII^{ème} siècle et dans les détails duquel je reviendrai plus loin (Cf., Partie II-A)[14]. La fonction nouvelle que Kant prête à la métaphysique, en effet, n'est plus celle qui consistait, aux termes d'un dévoiement de la raison théorique, à prétendre connaître ce qui n'est pas connaissable (le noumène) mais celle qui consiste à fixer, au moyen de la raison pure pratique, des idéaux régulateurs dans lesquels se reconnaîtront les droits de l'homme. En d'autres termes, la métaphysique n'est plus cette cosmologico-éthique, caractéristique du droit naturel classique, dont les tenants prétendaient déceler des normes dans la nature (normes imaginaires équivalentes à cet univers nouménal prétendument connaissable) mais cette éthique humaniste, caractéristique du droit naturel moderne, qui distribue à chacun, de manière égale et en se fondant sur le présupposé d'un état de nature purement fictif, des droits subjectifs absolus. Où l'on voit que le droit naturel moderne, à l'opposé du droit naturel classique, n'est pas tenu par ceux qui l'invoquent pour une réalité connaissable mais pour une construction de la raison pure pratique : « pure » parce qu'*a priori* (avant toute expérience) – c'est-à-dire non empirique (transcendantale) – et « pratique » parce qu'elle porte sur ce qui relève du domaine de l'action et de la volonté. Autrement dit, le droit naturel moderne renferme une dimension performative : là où le droit naturel classique était tenu pour vrai et invoqué en vue de conserver le monde, le droit naturel moderne ne sera pas énoncé pour affirmer une vérité mais pour transformer le monde. C'est dans cette logique inhérente au renouveau métaphysique kantien qu'il est aisé de repérer les germes du volontarisme juridique dont les doctrines du contrat social, caractéristiques du droit naturel moderne et chef d'œuvre de la raison pure pratique, étaient déjà porteuses.

Jérémy Bentham considérait les droits naturels tels qu'il furent inscrits dans la Déclaration des droits du 26 août 1789 comme des énoncés mensongers en les affublant, selon sa célèbre formule, d'« absurdités montées sur des échasses »[15]. La condamnation qu'il prononçait à l'encontre de ces « chimères » pourrait être accueillie sans réserve à condition que l'on raisonne, au sujet de ces droits naturels, du point de vue de la métaphysique ancienne qui est propre au droit naturel classique et dont Emmanuel Kant a cherché à purger la philosophie occidentale. Mais semblable lecture n'est plus celle qu'il convient de tenir car ces droits naturels ont été conçus dans l'esprit du renouveau métaphysique kantien, c'est-à-dire au nom d'une philosophie du « comme si » consistant à assumer de tels mensonges fustigés par Jérémy Bentham. Si, du point de vue sémantique, ce dernier avait raison dans la mesure où l'énoncé de ces droits est empiriquement faux, sa critique manquait sa cible dès lors qu'elle ne tenait aucunement compte de la dimension

pragmatique du texte de 1789. En proférant ces énoncés, leurs auteurs prescrivaient des normes qui ne peuvent pas être évaluées en termes de vérité ou de fausseté. De telles normes imposent un idéal, ni vrai ni faux, qui correspond à un acte de foi assumé et proféré, comme l'écrira Tocqueville, au terme d'un bouleversement analogue à une révolution religieuse[16]. Cette « religion sans Dieu », pour l'exprimer dans la terminologie d'Alexis de Tocqueville, est celle qui va nous occuper tout au long de cette étude. Elle repose sur deux présupposés qui fonctionnent comme des fictions que nous allons maintenant examiner : le dogme de la souveraineté du sujet et le concept de transcendance.

Le premier honore la dimension volontariste du droit politique moderne quand le second incarne son universalisme. Le volontarisme et l'universalisme, par-delà leur apparente contradiction, sont les deux leviers étroitement corrélés de la modernité juridique comme l'a bien sous-entendu, au demeurant encore, Alexis de Tocqueville dans ses réflexions sur la dimension religieuse de la Révolution française. D'un côté, nous précise-t-il en effet, « *les Français ont fait en 1789 le plus grand effort auquel se soit jamais livré aucun peuple, afin de couper pour ainsi dire en deux leur destinée, et de séparer par un abîme ce qu'ils avaient été jusque-là de ce qu'ils voulaient être désormais* »[17]. Mais cette puissante énergie par laquelle tout un peuple força son destin politique s'est déployée au service d'un message qui ne fut en rien nationaliste ni limité au ressort territorial de son histoire propre. Nous touchons là le second présupposé métaphysique du droit politique moderne : la transcendance. Dans cette perspective, le chapitre III de l'œuvre de Tocqueville est tout entier dédié à la mise en évidence d'une caractéristique intéressante de la Révolution française : son prosélytisme qui a consisté, à la manière de toute révolution religieuse, à exporter, fût-ce de manière implicite, l'idée selon laquelle les principes dont elle accouchait ne s'appliquait pas qu'au citoyen français mais à « *l'homme en lui-même, sans s'arrêter à ce que les lois, les coutumes et les traditions d'un pays ont pu joindre de particulier à ce fonds commun* »[18]. Telle est la spécificité de la Déclaration de 1789 par rapport à d'autres textes analogues issus de révolutions libérales du même type : son universalisme.

Pour le résumer d'un mot, la Révolution française est le fruit d'une volonté puissante, animée par deux convictions qui représentent les deux sources métaphysiques du droit constitutionnel : la première est l'idée, véhiculée par le dogme volontariste de la souveraineté, que le sujet – qu'il soit divin ou humain – est un être de raison (*logos*), doué d'une volition qui garantit son extériorité et son autonomie par rapport au *cosmos* (I). La seconde est la thèse, portée par le

concept de transcendance, selon laquelle cette extériorité du sujet par rapport au monde a permis, dans une perspective universaliste, d'émanciper l'individu de tout ce qui l'assignait à une appartenance objective (II).

I. Le dogme volontariste de la souveraineté du sujet

Ce premier fondement métaphysique affirme de façon apodictique la souveraineté du sujet et son extériorité – à l'instar du Dieu unique – par rapport au monde. Il plonge ses racines dans un tournant paradigmatique de l'histoire de la pensée occidentale que Léo Strauss a qualifié de *saut qualitatif d'Athènes à Jérusalem* dont la manifestation la plus visible est l'avènement du monothéisme, repérable également dans le zoroastrisme propre à la civilisation persane. Il alimentera deux autres dogmes qui en constituent, d'une certaine manière, la déclinaison politico-juridique : la souveraineté de l'État et l'idéal démocratique de l'autonomie de la volonté. Tels sont les deux principes métaphysiques du droit constitutionnel qui nous occuperont dès maintenant. Ils constituent la version sécularisée de deux croyances religieuses : le miracle et la fiction du libre-arbitre. Le premier est le concept théologique qui trouvera sa forme sécularisée dans le présupposé, propre au droit politique moderne, de la souveraineté de l'État (A) quand le dogme judéo-chrétien^[19] du libre arbitre, de son côté, tiendra lieu de solide croyance pour justifier la vertu de l'idéal démocratique (B).

A. La souveraineté de l'État ou la forme sécularisée du concept de miracle

Le dogme de la souveraineté consiste à faire comme si l'État, figure moderne de la politique, avait un droit naturel subjectif à imposer sa volonté. Cette fiction, je vais y revenir, qui est la sécularisation du concept théologique de miracle, irrigue tout notre droit constitutionnel, surtout depuis la Révolution française, même si nous n'avons pas coutume d'associer le texte de 1789 au dogme de la souveraineté dans la mesure où il symbolise la fin de la souveraineté de droit divin. Mais nul ne saurait nier, d'une part, que la Révolution française à l'œuvre de laquelle le parti centralisateur des Jacobins a singulièrement contribué, n'a fait que renforcer la souveraineté de l'État tout en se contentant d'en transférer l'exercice au profit de la nation et au détriment du roi. D'autre part, chacun doit reconnaître que par-delà la dimension jusnaturaliste de la Déclaration de 1789, le texte ne cesse de renvoyer au législateur, de façon systématique, le soin de concilier l'exercice des droits naturels de chaque homme avec l'ordre public et avec la liberté d'autrui^[20]. Ce tropisme légicentriste de la Déclaration française, qui traduit l'idée d'une confiance ferme dans la volonté de l'État pour déterminer les limites des droits naturels de

chacun afin que nul ne puisse souffrir de l'abus, par autrui, de ces mêmes droits, en dit long sur l'étroite et objective complicité qui s'est instaurée entre la notion de souveraineté et la notion de droit naturel subjectif. L'un comme l'autre participent du même dogme volontariste, propre au tournant paradigmatique observé par Léo Strauss entre Athènes et Jérusalem : le dogme de la souveraineté du sujet. Dans la logique implacable de la pensée juridique moderne dont accouche un tel saut qualitatif, dès l'instant où le droit n'est plus ce dérivé naturel des choses que les Anciens croyaient apercevoir par la raison profane et objective, c'est à la volonté de l'homme mû par sa raison kantienne et subjective d'assumer cette paternité dont la nature est déchue. La vérité des faits n'étant plus à même de dire le droit, le relativisme éthique qui en résulte contraint l'homme à lui substituer l'autorité dont il considèrera valides, par convention, tous les décrets qui, par définition, ne sont ni vrais ni faux. Un tel subjectivisme n'a pu conduire qu'à simplifier considérablement l'horizon permettant d'apercevoir le lieu où se déploie la juridicité : dans la loi, réputée valide, qui exprime la volonté souveraine du législateur comme l'ont affirmé, au XIX^{ème} siècle, les tenants de l'École de l'exégèse ou dans son interprétation, dite authentique, qui reflète l'opinion arbitraire du juge comme l'affirmeront plus tard les théories volontaristes de l'interprétation du XX^{ème} siècle, à l'instar de la théorie réaliste de l'interprétation en France. Tel est le choc des subjectivités autour duquel s'affrontent le mythe du « juge-bouche de la loi » et la légende du « juge herculéen » selon une voie étroite tracée par une pensée moderne qui arrache le droit à la nature et l'ampute de ses racines historique et sociologique[21]. En clair, quand le droit naturel revêt une tournure définitivement et universellement abstraite, le vide substantiel qui en résulte est aussitôt comblé, conformément à la logique de l'appel d'air, par l'instrument de la loi positive ou de la décision d'une cour suprême. Tel est l'intrigant paradoxe dont se nourrit pareille complicité objective entre l'universalisme dans lequel les droits de l'homme sont réputés s'inscrire et le relativisme éthique qui en découle et dont profite la loi ou le juge : décrété par la raison, cet universalisme qui s'affiche en 1789 libère les consciences individuelles de leurs vieilles et pesantes livrées pour les plonger en même temps dans un relativisme et un vide axiologiques que seule la loi et le juge peuvent artificiellement conjurer.

Ce dogme de la souveraineté du sujet dont l'État tire parti par la voie de ses organes constitutionnels, que ce soit celle – dite rigide – de ses instances parlementaires ou celle, plus souple et pragmatique, de ses cours suprêmes, plonge donc ses racines religieuses dans l'idée que le sujet divin jouit d'une autonomie qui le sépare de l'objet qu'est la nature. Ce dualisme « sujet-objet » est une des

conquêtes majeures de la théologie moderne issue des religions abrahamiques qui ont désolidarisé le *logos* de toute emprise cosmologique afin de le loger dans la personne d'un être divin transcendant, abstrait et dénué de patronyme comme l'indique, pour désigner le Dieu unique, le théonyme hébreux *Yahweh* qui signifie, selon les différentes traductions et interprétations du texte biblique, « celui qui est », « celui qui fait être » ou « celui qui crée ». Où l'on voit que le *logos* n'est plus considéré comme immanent à la *Physis* ni tributaire, chemin faisant, de la pluralité des éléments constitutifs de celle-ci. Il lui est extérieur et doté, vis-à-vis d'elle, d'une préséance qui traduit notre attachement métaphysique à l'idée de commencement dont le dogme de la souveraineté est singulièrement révélateur[22]. A cet égard et plus précisément, la souveraineté de l'État peut être regardée comme la transposition dans l'univers des juristes du concept de miracle issu du monde de la théologie : une prodigieuse affirmation de la volonté dont la conception franciscaine et nominaliste de la puissance divine se fera l'écho. De même que Dieu, dans le récit des religions du Livre, a créé la nature selon des lois qu'il aurait instaurées et que la science moderne déchiffrera en les regardant comme régies par la causalité, l'État a construit l'ordre juridique constitué de lois d'une autre type que Kelsen rangera dans le registre de ce qu'il appelle l'*imputation* (*Zurechnung*)[23].

Mais le même récit religieux – que ce soit l'Ancien ou le Nouveau Testament – rapporte également, de façon suffisamment parcimonieuse et calibrée pour préserver le degré d'imprévisibilité qui est nécessaire à l'aptitude de Dieu à se faire craindre, un certain nombre d'interventions prodigieuses de sa part, que ce soit de façon directe ou par l'intercession, à l'instar du Christ, de ses propres vicaires sur terre. Telle est la fonction du miracle qui est une manifestation de la volonté du Créateur, capable de déroger – pas toujours – à la causalité dans laquelle s'inscrivent les lois de la nature qu'il a lui-même engendrées. Elle trouve son pendant séculier, au sein de l'ordre juridique qui est gouverné par le principe d'imputation, dans ce que Carl Schmitt considère comme l'attribut essentiel de ce qu'est un souverain : « *celui qui décide de la situation exceptionnelle* »[24]. La souveraineté est cette aptitude de l'État à déroger momentanément aux normes qu'il a lui-même instaurées lorsque les circonstances, dont il apprécie lui-même discrétionnairement l'opportunité, l'exigent. Voilà en quoi le décisionnisme schmittien, au demeurant, est une philosophie du droit étroitement redevable des sources métaphysiques du droit constitutionnel. Beaucoup plus, en tout cas, que le normativisme kelsénien qui accorde à la norme, au sein du processus d'objectivation du droit, une place supérieure à la volonté politique. Le juriste athée,

relativiste et libéral que fut Kelsen ne repère aucune trace d'intervention miraculeuse dans l'univers normatif là où le penseur catholique et conservateur qu'était Carl Schmitt désigne la décision du souverain, indépendamment de toute rationalité, comme source ultime du fondement d'un ordre juridique. En soutenant la thèse selon laquelle il n'existe aucune lacune dans l'ordre juridique dans la mesure où lorsque celui-ci « *n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire* »[\[25\]](#), Kelsen conçoit la logique du monde juridique de la même manière que David Hume regardait la nature : un monde au sein duquel il ne saurait se produire aucun miracle dès lors qu'en sa qualité d'empiriste, celui-ci niait l'existence de lois – même causales – dans la nature. Or, « *un miracle, rappelle-t-il, est une violation des lois de la nature* »[\[26\]](#). Où l'on voit que dans la querelle entre les deux grands juristes germaniques des années trente, s'opposent ainsi le juriste de la normalité, qui a cherché à prendre ses distances avec les fondements métaphysiques et religieux du droit constitutionnel, à celui de l'exception qui en est demeuré, quant à lui, singulièrement pétri.

Certes, dès l'époque scolastique, toute la théologie moderne n'était pas acquise au volontarisme subjectiviste tiré de ces prémices bibliques. Sous l'influence de Thomas d'Aquin (1225-1274), il existe une grande tradition qui assume cet héritage judéo-christiano-islamique tout en demeurant attachée à la philosophie aristotélicienne, étrangère à l'idée selon laquelle le *logos* est porté par un sujet extérieur à l'objet-nature qu'il aurait engendré. L'auteur de la *Somme théologique* est en effet réputé pour avoir jugé qu'il était légitime de concilier la foi et la raison[\[27\]](#). Avec le « docteur angélique », l'acquis du judéo-christianisme selon lequel le *logos* réside dans une personne unique, transcendante au cosmos et susceptible de s'incarner en l'homme, est pris au sérieux sans être pour autant cultivé avec le même intégrisme que Guillaume d'Occam. Thomas d'Aquin appartient en effet à l'ordre dominicain qui se réclame du réalisme et pour lequel Dieu était une puissance ordonnée (*potestas ordinata*), c'est-à-dire limitée par la raison, la sagesse et les lois causales de la nature. A l'inverse, la tradition franciscaine à laquelle était rattaché d'Occam, accordait à Dieu, depuis Duns Scot (1266-1308), une puissance absolue (*potestas absoluta*) qui lui permettait d'opposer sa volonté à l'ordre naturel des choses. A travers cette opposition, on devine la querelle entre une certaine forme de rationalisme qui inscrit la volonté dans les limites tracées par les lois de la nature et un volontarisme exacerbé, qui accorde à la foi davantage de poids qu'à la raison au point de reconnaître à Dieu, par la voie du miracle, cette aptitude à défier l'ordre naturel des choses.

Délaissant définitivement l'héritage rationaliste de la métaphysique aristotélicienne, Guillaume d'Occam incarne donc la forme ultime et radicale de cette évolution théologique qui avait entamé, à partir de Jérusalem, l'abandon du principe cosmologico-éthique des Grecs en vertu duquel le devoir-être puisait son origine dans l'être. Au terme de ce processus de distanciation par rapport à l'héritage d'Aristote, culmine Guillaume d'Occam qui affirma le primat de la volonté sur la raison et ce, contre la résistance, encore dominante au Moyen Age en raison du prestige de Thomas d'Aquin, de la tradition aristotélicienne symétriquement inverse. Cette notion théologique du miracle était révolutionnaire et scandaleuse par rapport à l'héritage grec en raison de la fonction qu'elle attribue à la volonté ainsi qu'au libre-arbitre, lequel constitue, depuis saint-Augustin, le second fondement métaphysique du droit constitutionnel qui repose sur le dogme de la souveraineté du sujet. Un principe qui nourrira substantiellement l'idéal démocratique de la souveraineté du peuple.

B. La fiction augustinienne du libre arbitre à la source du principe démocratique d'autonomie de la volonté

Comme l'a bien noté Hans Kelsen, Jean-Jacques Rousseau qui « est peut-être le théoricien le plus considérable de la démocratie »^[28] associe étroitement celle-ci à la notion de liberté. C'est donc vers ce dernier qu'il convient de se tourner pour identifier le principe matriciel de ce type de régime dont l'épure idéale, comme chacun sait, est définie dans le *Contrat social*. Ainsi que nous l'avons rappelé, quand bien même le citoyen de Genève ne cache pas son attrait pour la démocratie telle que la pratiquait les Anciens, celle dont il propose les caractéristiques idéales correspond à la démocratie au sens moderne du terme dès lors qu'avec Voltaire, comme l'écrivit Goethe, « c'est le monde ancien qui finit » et qu'avec Rousseau, « c'est un monde nouveau qui commence ». Or, dans sa quête du régime que les hommes doivent se donner et auquel il consacre son célèbre essai, il pose le problème en ces termes : « *Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant* »^[29]. Rousseau voit donc lui-même dans la liberté, comme le souligne Kelsen, « l'assise et le pivot de son système politique »^[30]. Ce en quoi, au demeurant, il mériterait d'être considéré comme un philosophe libéral même si semblable étiquette contre-intuitive est loin de lui être associée pour des raisons multiples sur lesquelles nous ne pourrions pas maintenant nous étendre. De surcroît, il convient de préciser, pour rester fidèle au texte et à la pensée du citoyen de

Genève, que la liberté dont il s'agit est celle de l'individu qui doit trouver le régime idéal au sein duquel, tout en observant les prescriptions de la loi qui résultent de sa propre adhésion au contrat social qu'il partage avec les autres signataires, il n'obéit en réalité qu'à lui-même. Par où l'on voit que bien au-delà de la réputation, dont Rousseau ne saura se défaire, d'être un auteur attaché à l'intérêt général et au principe de la souveraineté populaire, sa philosophie politique demeure indéfectiblement atomistique et individualiste. La démocratie, chez Rousseau, est réputée transformer le plomb de l'association politique, forcément susceptible d'entraîner des liens de dépendance ainsi que des relations de pouvoir, en l'or de la souveraineté individuelle et de l'autonomie de la volonté. Tel est le principe même du contrat social selon Rousseau : restaurer artificiellement les conditions originelles de l'état de nature qui auraient été corrompues par l'immersion dans la société de cette innocente créature qu'est l'homme. Le système politique qu'il imagine, quand bien même certains y verront les germes du totalitarisme[31], est entièrement fondé – à rebours de la philosophie d'Aristote – sur le postulat moderne de l'existence de droits naturels subjectifs de l'individu dont Thomas Hobbes avait déjà forgé le concept, et sur la thèse de leur préséance par rapport au droit objectif qui n'est, quant à lui, que le résultat rationnel du contrat social. Rousseau fait donc bien partie des auteurs qui ont développé et alimenté, depuis Guillaume d'Occam, la métaphysique subjectiviste de la pensée juridique et du droit politiques modernes. Même s'il n'emploie jamais le terme qui ne trouvera ses lettres de noblesses philosophiques que chez Emmanuel Kant, il est le penseur de l'autonomie de la volonté qu'il définit comme l'obéissance de l'homme non pas à ses désirs ou à ses penchants naturels – telle sera, chez Kant, l'un des critères d'identification de l'hétéronomie – mais à la loi élaborée collectivement par les citoyens, à l'abri des passions[32].

Face à l'idéal démocratique et à son corollaire, le principe d'autonomie de la volonté, s'impose néanmoins une réalité anthropologique avec la force de l'évidence et de la logique : l'autonomie n'est pleinement réalisable que dans le roman de Daniel Defoe. Le personnage de Robinson ne peut se gouverner lui-même que seul et dès que Vendredi entre en jeu et qu'une société se fait jour, la loi naturelle de l'hétéronomie exerce fatalement son empire sur les deux protagonistes. De là vient l'artificialisme des théories du contrat social dont la pensée politique moderne s'est servie pour concilier cet idéal d'autonomie avec la réalité de l'hétéronomie. En un mot, pour concilier l'Un étatique dont la logique est animée par l'hétéronomie avec le multiple de la société qui est constituée d'une addition d'individualités aspirant chacune, idéalement, à l'autonomie. Or, chacun

sait la dimension métaphysique et aporétique des théories du contrat social : aucun anthropologue sérieux ne saurait repérer, dans l'histoire de l'humanité, la conclusion d'un quelconque pacte social lequel, de surcroît, est condamné à concilier vainement, entre unité et diversité, deux aspirations contraires. Magnifique illustration de ce qu'Emmanuel Kant appellera la raison pure pratique, la doctrine politique moderne du contrat social consistant à faire « comme si » les habitants d'un hypothétique état de nature avaient librement décidé de s'en extraire au moyen d'un pacte imaginaire, est la version sécularisée du récit biblique de l'*Exode*. Le don de la loi que Dieu accorde au peuple juif au pied du mont Sinaï par l'intercession de Moïse, loin de revêtir le caractère unilatéral qu'on lui prête souvent, est en effet une écriture dialogique que bien des auteurs ont mis en exergue pour conclure qu'elle était « le véritable précédent historique du contrat social »^[33]. Sans prétendre livrer dans leur exactitude les événements tels qu'ils ressortent de l'*Exode*, on peut en effet discerner entre les protagonistes de ce récit biblique, la quête d'un compromis que va rendre nécessaire l'impasse dans laquelle aboutit, à l'origine, la raideur de leurs comportements respectifs. Tandis que dans un premier temps, Yahweh assène ses commandements de façon autoritaire en ravalant Moïse au rang de simple scribe, le peuple juif manifeste son mécontentement en se fabricant une idole artificielle, le veau d'or, pour combler la distance qui le sépare de son vrai Dieu. La colère qu'une telle initiative suscite chez ce dernier marque les esprits des uns et des autres qui décident alors de négocier en terrain neutre, sous une « tente de rencontre » entre la plaine et la montagne, en érigeant Moïse au rang de vrai négociateur. C'est dans ce contexte de concertation que des tribus diverses et nombreuses, sorties d'Égypte pour échapper à leur captivité, se donnent une Loi en se fédérant et en prenant conscience de leur unité de peuple juif dans une sorte d'alchimie qu'on retrouvera dans la littérature contractualiste où l'on aperçoit souvent l'idée que le contrat social transforme en peuple institué la multitude informe qui compose l'état de nature.

D'essence métaphysique et détentrice de ressources grâce auxquelles l'homme, se soustrayant au paganisme gréco-romain, parvient à s'élever et à se définir comme autre chose qu'un être, sinon déterminé par sa simple enveloppe biologique, à tout le moins arrimé à son environnement communautaire, la religion monothéiste présente des signes précurseurs de la modernité parmi lesquels on discerne, comme dans le contrat social, l'idée de volonté et de souveraineté. La volonté, d'abord, est bien au cœur de la logique qui anime tant le récit biblique que celui du contrat social car il s'agit, dans les deux cas, d'un jeu, d'une convention au terme de laquelle les parties s'entendent en faisant « comme si » ce qui les sépare du

point de vue de leur nature concrète ne comptait pas au regard de ce qui les unit abstraitement. La souveraineté, ensuite, hante le discours religieux comme celui du contrat social car depuis le mythe du péché originel que confortera une tradition relativiste issue, plus tard, du nominalisme, l'homme n'est plus considéré comme capable de saisir, par une docile observation de la nature, les valeurs qu'il convient de suivre pour atteindre les conditions d'une vie bonne qu'Aristote prétendait savoir définir. Il lui faut alors, au terme de cette convention acquise avec l'accord de ses semblables, investir un souverain dont il réputera valides tous les décrets comme le comprendra si bien Thomas Hobbes au détour de la formule célèbre du *Léviathan* selon laquelle *c'est l'autorité et non la vérité qui fait la loi*. Rappelons que la souveraineté, concept moderne inhérent à la philosophie du contrat social, est au droit ce que le miracle est à la théologie. De même que le geste du souverain, dont on accepte par convention l'autorité, s'accomplit de manière unilatérale et déroge, ce faisant, au droit commun des contrats, de même la volonté divine, qui s'exprime dans le miracle, déroge aux lois communes de la nature des choses.

Il convient, au demeurant, de relativiser la distinction entre le concept d'hétéronomie, communément associé à la pré-modernité aristocratique et celui d'autonomie rattaché en revanche à la modernité démocratique. On définit en effet souvent le mode de gouvernement des Anciens comme un mode aux termes duquel les hommes étaient plongés dans l'hétéronomie parce qu'ils ne maîtrisaient pas leur destin collectif que seuls les dieux ou la tradition étaient réputés régenter. En réalité, parce que le pouvoir est toujours demeuré une activité temporelle, les hommes ont toujours été à l'origine de leur destin, de sorte que l'hétéronomie était davantage invoquée dans les discours que vécue dans les actes : naturellement humain, le pouvoir avançait masqué et ne s'exerçait jamais sans que ne fût invoquée la figure rhétorique des dieux ou de la tradition. L'hétéronomie n'était vécue réellement que dans le contexte immanent des rapports humains entre gouvernés et gouvernants et la transcendance dont elle était parée ne lui était reconnue que par le seul discours sur la légitimité du pouvoir. Et dans son immanence, à l'inverse, l'hétéronomie n'a pas cédé autant de terrain que ne le prétendent les discours sur la modernité à la faveur de laquelle les hommes auraient gagné leur autonomie. Fût-il armé de son bulletin de vote, l'individu ne maîtrise pas davantage le sort de la collectivité qu'auparavant dans la mesure où sitôt après l'avoir glissé dans l'urne, il attend le résultat collectif du scrutin avec la même inquiétude et la même incertitude que celle que son ancêtre éprouvait lorsqu'il attendait le verdict des ordales.

Cette fragilité de la démocratie, que l'on peut aisément mesurer lorsque l'idéal dont elle est porteuse se frotte à la réalité, en dit long sur la dimension métaphysique et religieuse de ses fondements. C'est que cet idéal d'autonomie est, à certains égards, une application sur le terrain de la philosophie politique du dogme religieux du libre arbitre conceptualisé par Saint-Augustin[34]. Plus exactement, le rituel électoral dans lequel s'incarne concrètement la souveraineté d'un peuple réputé libre ne saurait, par son seul accomplissement procédural, incarner la forme institutionnelle de la démocratie. Un autre facteur, de nature psychologique, y participe de façon non moins décisive. Au droit qui garantit la permanence de l'institution démocratique, Hauriou ajoutait la croyance ou l'adhésion[35]. Les êtres humains ne se plient jamais à un rite sans un minimum de motivation analogue à celle que l'on observe dans toute religion où se pratique un culte. Le rituel présuppose, par-delà sa réalité anthropologique, une croyance qui motive l'électeur. Sur le terrain politico-juridique, cette foi porte le nom d'une religion de salut terrestre : le volontarisme. Dans la tradition philosophique occidentale, le volontarisme désigne, essentiellement depuis Duns Scot et René Descartes, une approche éminemment réflexive de la volonté qui alimentera l'illusoire mais néanmoins puissante théorie du libre arbitre. Il alimente l'idée, étrangère à toute sociologie mais cultivée par la philosophie, qu'il existerait un lien de causalité directe entre la volonté humaine et le destin des sociétés. En un mot, le volontarisme est l'idéologie qui nous invite à croire en l'impact indéfectible de la volonté sur l'histoire des collectivités humaines. Un impact dont la force est analogue à celle que vante le récit des religions : l'impact immanent de la volonté humaine sur le destin des sociétés est à la démocratie ce que représente dans les récits religieux l'influence transcendante de la volonté divine sur le salut de nos âmes.

Nous sacrifions au rituel électoral parce que nous présumons l'existence d'un lien entre la volonté du représentant à qui nous faisons confiance et le cours de nos vies futures. Présupposé qui trouve sa caricature dans le mythe de l'homme ou de la femme providentielle qui anime le peuple français lors de chaque élection présidentielle. De nos jours, il devient néanmoins légitime de se demander si le citoyen adhère encore de manière aussi ferme qu'aux tous premiers temps de l'instauration du suffrage universel, à ce présupposé volontariste. Un même fléchissement se vérifie, qui affecte communément la fréquentation de la messe le dimanche et celle des urnes lors de chaque échéance électorale. Il semble que l'abstentionnisme montre qu'à l'instar de l'église chrétienne, la démocratie représentative connaît le désenchantement. En France, nombre d'inscrits sur les

listes électorales ne se mobilisent plus que pour le rite des présidentielles, tout comme de très nombreux chrétiens ne se déplacent que pour la messe de Minuit.

Jean-Jacques Rousseau avait envisagé la potentialité de cette fatigue démocratique. Le célèbre chapitre 8 du livre IV du *Contrat social*, qu'il intitula « *de la religion civile* », succède comme nous le disions plus haut à plus de deux-cents pages de rationalisme juridique jalonnées de concepts comme la volonté générale, le contrat social ou la souveraineté qui n'auront aucune portée effective, pressentait l'illustre auteur, s'ils ne sont pas accompagnés d'une ferveur mystique qu'il appelait la religion civile et qu'on a tendance aujourd'hui à ranger sous le concept de transcendance républicaine. La démocratie est bien une institution, non seulement sur un plan strictement juridique mais, plus fondamentalement peut-être, d'un point de vue métaphysique. C'est peut-être aussi une église. Rappelons que l'abbé Emmanuel Sieyès fut cet ingénieur constitutionnel qui a tenté d'opérer un transfert de technologies du monde ecclésiologique vers le monde démocratique. En 1789, toutes les techniques électorales et délibératives que ce dernier s'évertuera bientôt de proposer dans les assemblées constituantes de la décennie révolutionnaire étaient déjà connues et rôdées au sein de l'église catholique pour les besoins de la désignation des papes[36]. Comme le montre l'histoire de l'humanité, la démocratie est une église qui dure, à l'instar de toute institution. Mais comme toute institution, elle n'est à l'abri ni de l'usure ni de la finitude et les hommes qui la portent ont à son endroit un devoir de vigilance.

A cet égard, la menace qui pèse sur elle ne réside pas seulement dans la tentation autoritaire qu'incarnent aujourd'hui les démocraties illibérales mais également dans la révolution numérique qui pourrait substituer les algorithmes aux êtres humains dans le gouvernement de nos sociétés[37]. L'autoritarisme demeure, au fond, l'ennemi traditionnel de la démocratie libérale, celui contre lequel, pour reprendre la grille d'explication hégélienne de l'histoire, l'esprit objectif et l'idée de liberté ne cessent de lutter pour, finalement, s'imposer. Un combat auquel l'histoire a habitué la démocratie[38]. Plus fondamentalement, en revanche, la révolution algorithmique sera peut-être la quatrième humiliation que l'humanité devra surmonter avec un degré de difficulté autrement plus élevé que celui, répétitif, que l'illibéralisme inflige à la démocratie. Après l'humiliation cosmologique infligée par Copernic qui enseigna que la terre n'est pas au centre de l'univers, voilà que l'homme apprenait sous la plume de Darwin qu'il est partie intégrante du monde animal puis sous celle de Freud, que « le moi n'est pas maître dans sa propre maison »[39] : à l'humiliation biologique, s'ajouta l'humiliation psychologique. Le

moi collectif que constitue le peuple, catégorie totalisante dont la réalité n'est présente que dans la littérature contractualiste du XVIII^{ème} siècle, ne sera probablement plus maître, lui non plus, de son propre destin lorsque les décisions publiques seront confrontées aux progrès d'une intelligence artificielle qui révélera sans détour que la causalité, depuis toujours, gouverne nos choix, et assènera le coup de grâce définitif à la tenace religion du libre-arbitre. L'humanité aura alors subi sa quatrième humiliation après les trois précédentes qu'avait recensées Freud : l'humiliation numérique. Une humiliation, si nul n'y prend garde, qui est susceptible d'opérer sur les concepts théologiques au lait desquels le constitutionnalisme est encore nourri, une sécularisation autrement plus radicale que celle qu'expriment les concepts juridiques modernes présentement analysés.

Mais telle qu'elle est conçue et imaginée dans la pensée juridique moderne, la démocratie repose pour l'heure sur deux jambes. A la volonté et au libre-arbitre auxquels il voue un culte dont la matérialisation s'effectue dans le rituel électoral, le droit constitutionnel mêle une autre exigence qui fait de la démocratie, de manière non moins déterminante, une institution : la hiérarchie des normes qui assure, grâce à l'appui du juge constitutionnel, la permanence de principes réputés universels. Telle est la seconde grande croyance, héritée des religions du Livre, qui anime le droit constitutionnel : le *Credo* universaliste de la transcendance.

(A suivre)

Alexandre VIALA

Professeur à l'Université de Montpellier

CERCOP

[1] M. Schlick, *Forme et contenu. Une introduction à la pensée philosophique*, (1932), trad. D. Chapuis-Schmitz, Marseille, Agone, 2003.

[2] P. Brunet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 45^{ème} éd., 2024, p. 56.

[3] V. Lundstedt (1882-1955), cité in J-C Billier et A. Mariyoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, p. 185.

[4] J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, (1762), Paris, Garnier-Flammarion, 1966.

[5] S. Mesure et A. Renaut, *La guerre des dieux. Essai sur la querelle des valeurs*, Paris, Grasset, 1996.

[6] C. Schmitt, *Théologie politique*, 2^{ème} éd., 1934, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 46.

[7] Karl Löwith (1897-1973) est l'un des auteurs qui ont le plus contribué à la promotion du thème de la sécularisation comme grille de lecture de la modernité : K. Löwith, *Histoire et salut. Les présupposés théologiques de la philosophie de l'histoire*, (1949), trad. M.-Ch. Challiol-Gillet, S. Hurstel et J.-F. Kervégan, Paris, Gallimard, 2002. Sur K. Löwith, cf., Ch. Bouton, *Sécularisation et philosophie de l'histoire chez Karl Löwith*, *Droits*, 2014/1 n° 59, p. 33. La revue *Droits* a consacré, de 2013 à 2015, quatre numéros au thème de la sécularisation (n° 58 à 61). Pour un regard critique porté sur cette notion de transposition dans la sphère profane des dogmes empruntés à la religion chrétienne, on retiendra essentiellement l'immense essai de Hans Blumenberg, *La légitimité des temps modernes*, (1988), trad. M. Sagnol, J.-L. Schlegel, D. Trierweiler, M. Dautrey, Paris Gallimard, 1999. Cf., J.-C. Monod, *La querelle de la sécularisation, de Hegel à Blumenberg*, Vrin, 2^{ème} éd. 2012.

[8] P. Walckiers, *La science et l'ontologie dualiste en droit : le droit naturel et le positivisme juridique face à l'argument épistocratique*, *RIEJ*, 2024, n° 93, p. 36.

[9] G. Muhlmann, *L'imposture du théologico-politique*, Paris, Les Belles Lettres, 2022.

[10] H. Kelsen, *Religion séculière. Une polémique contre la mésinterprétation de la philosophie sociale, de la science et de la politique modernes en tant que « nouvelles religions »* (1964), traduction et postface de F. Lecoutre, Éditions Kimé, collection *Nomos et Normes*, 2023.

[11] H. Arendt, *Une réponse à Eric Voegelin*, in H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. Eichmann à Jérusalem*, cité par F. Lecoutre, *Religion séculière, op. cit.*, p. 412.

[12] A. Compagnon, *Les antimodernes, de Joseph de Maistre à Roland Barthes*,

Paris, Gallimard, 2005.

[13] L. Strauss, *Progress or return ?*, in *Jewish philosophy and the crisis of modernity*, Albany New-York, SUNY Press, 1997.

[14] Ch. Bouriaud et A. Mertens, *Kant. Une philosophie du renouveau métaphysique*, Ellipses, 2017. Je me permets également de renvoyer à A. Viala, *De Kant à Schopenhauer. La métaphysique aux sources du positivisme juridique*, Droits, 2022/1, n° 75, pp. 197-216.

[15] J. Bentham, *L'absurdité sur des échasses*, (1795), trad. B. Binoche et J-P Cléro, in *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007, p. 19 et s.

[16] A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, (1856), Gallimard, 1967, p. 68 et s.

[17] *Ibid.*, p. 43.

[18] *Ibid.*, p. 70.

[19] Il convient dès maintenant de souligner toute la prudence avec laquelle le mot « judéo-chrétien » doit être employé. Dans un texte récent, l'historienne Sophie Bessis qualifie d'imposture l'usage de ce concept. « Érigé en noyau dur de l'identité occidentale, écrit-elle, le « judéo-chrétien » fonctionne comme une machine à expulser dès lors que l'islam devient, grâce à cette construction, le tiers exclu de la révélation abrahamique ». (S. Bessis, *La civilisation judéo-chrétienne. Anatomie d'une imposture*, Les liens qui libèrent, 2025, p. 33). Sans entrer dans la polémique liée aux questions d'identité et de confrontation civilisationnelles, nous faisons nôtre la thèse selon laquelle le terme « judéo-chrétien » désigne un concept par trop réducteur dans la mesure où le dogme de la souveraineté du sujet puise sa sève dans les trois religions abrahamiques qui partagent l'idée d'un sujet divin transcendant et extérieur au *cosmos*. Dès lors que le nom du patriarche commun Abraham apparaît 67 fois dans le Coran, soit davantage que celui de Mohamed qui n'y figure qu'à 51 reprises, il est plus juste d'employer le terme plus inclusif de religions « judéo-christiano-islamiques » comme le fait, par exemple, le philosophe Francis Wolff (F. Wolff, *La vie a-t-elle une valeur ?*, Philosophie Magazine Éditeur, 2025, p. 59). D'ailleurs, comme nous le rappellerons plus loin, Thomas d'Aquin est connu pour avoir mêlé les apports du judéo-christianisme, auxquels se grefferont ceux de l'islam, qui révèlent que Dieu – un seul – est doté d'une volonté subjective

et transcendante par rapport au monde qu'il a créé, avec l'héritage de la philosophie d'Aristote qui enseigne que le *cosmos* est un ordre objectif dont la réalité s'impose au sujet. Si Thomas d'Aquin entreprend cette synthèse entre Athènes et Jérusalem au service du christianisme, c'est Averroès qui conciliera l'héritage de la pensée d'Aristote avec l'islam et Maïmonide avec le judaïsme. Sur cette question, cf., M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003, p. 149 et s.

[20] P. Wachsmann, *Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Droits, n° 2, 1985, p. 13.

[21] Sur cette bipolarité des erreurs, comme dirait Gaston Bachelard, entre le subjectivisme de la pensée légaliste française du XIX^{ème} siècle qui attribuait le monopole de la juridicité à la seule volonté de l'auteur du texte du Code civil et la théorie réaliste de l'interprétation, telle que l'a brillamment développée Michel Troper en France, selon laquelle le droit est ce que le juge suprême d'un ordre juridique donné dit qu'il est, nous renvoyons à l'article de Stéphane Rials, *La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique*, Droits, n° 37, 2003, p. 49. Selon cet auteur, la théorie réaliste de l'interprétation n'aurait procédé à aucune remise en cause des cadres classiques du positivisme légaliste, toute prisonnière qu'elle serait encore de la métaphysique et des philosophies du sujet en réduisant le droit à l'acte de volonté du juge suprême. Parmi ces cadres, figure essentiellement la thèse qui désigne le sujet comme lieu exclusif d'éclosion de la norme. Or, selon Stéphane Rials, cette thèse n'aurait pas été affectée mais, au contraire, confortée et ce lieu se serait déplacé de la volonté subjective du législateur vers celle du juge suprême. Stéphane Rials fait aussi remarquer que Michel Troper utilise souvent l'expression « libre-arbitre », « volonté », etc. en disant que le juge serait libre d'interpréter à sa guise tel ou tel texte, comme s'il était totalement pur, soustrait à son vécu, capable de vouloir en toute conscience et affranchi de son inconscient ou de toute autre pesanteur objective.

[22] C'est d'ailleurs cet attachement à la notion de commencement qui explique l'inconfort intellectuel dans lequel Kelsen s'est enfermé en prétendant se déprendre, par le recours à la fiction de la *Grundnorm*, de toute tentation métaphysique (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, 2^{ème} éd., trad. Ch. Eisenmann, rééd., L.G.D.J.-Bruylant, 1999, p. 201. Pour toutes les citations de l'auteur, nous nous référons à cette seule réédition). Son présupposé logico-transcendental, consistant à faire « comme si » la Constitution historiquement la

première d'un ordre juridique est bien une norme, est l'aveu implicite d'une aversion, humaine et difficile à réprimer, pour tout ce qui ressemble à une régression à l'infini. En clair, le juriste positiviste que fut Kelsen n'échappe pas à sa condition d'être humain qui fait de lui, comme tous ses semblables, un animal métaphysique.

[23] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 85.

[24] C. Schmitt, *Théologie politique*, 2^{ème} éd., 1934, *op. cit.*, p. 15.

[25] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 246.

[26] D. Hume, *Enquête sur l'entendement humain*, 1748, Section X.

[27] Tel est, au demeurant, le titre d'une encyclique du pape Jean-Paul II qui n'a jamais caché son admiration pour le « docteur angélique » et sa proximité doctrinale avec sa pensée. Cf., Jean-Paul II, *Fides et ratio*, Éditions du Cerf, 1998.

[28] H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. Ch. Eisenmann, 1929, rééd. Dalloz présentée par Ph. Raynaud, 2004, p. 4.

[29] J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, (1762), *op. cit.*, Livre I, chap. VI, p. 51.

[30] H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, *op. cit.*, p. 4.

[31] C'est ce qu'il est permis de deviner, par exemple, dans la pensée d'un Léon Duguit même si l'hypothèse pêche par anachronisme dès lors que le mot totalitarisme n'apparaît pour la première fois que sous la plume d'Hannah Arendt. Mais le doyen de Bordeaux voyait dans l'œuvre de Rousseau les traits caractéristiques de ce qu'il ne cessera de dénoncer en adressant ses flèches, non sans manier parfois l'outrance, à la pensée juridique moderne : l'objective complicité entre l'exaltation des droits subjectifs de l'individu et l'autoritarisme de l'État. En atteste la monstrueuse notion, aux yeux de Duguit, de volonté générale. Cf., en particulier, L. Duguit, *Jean-Jacques Rousseau, Kant, Hegel*, RDP 1918, p. 178. Mais l'hostilité à la pensée de Rousseau et la dénonciation des germes d'autoritarisme que renfermerait sa conception de la démocratie réside surtout chez les auteurs libéraux qui s'étendent de Benjamin Constant jusqu'à Isaiah Berlin. Cf., B. Constant, *Principes de politique*, in *Écrits politiques*, Gallimard,

« Folio », 1997, p. 313 ; I. Berlin, *Deux conceptions de la liberté*, in *Éloge de la liberté*, Calmann-Lévy, 1988, p. 168. Sur cette question, nous renvoyons notamment à B. Quiriny, *Deux thèmes libéraux chez Jean-Jacques Rousseau*, Droits, n° 74, 2021, p. 185.

[32] M. Foessel, *L'avenir de la liberté. Rousseau, Kant, Hegel*, Paris, PUF, 2017, p. 43 et s.

[33] R. Draï, *La traversée du désert. L'invention de la responsabilité*, Paris, Fayard, 1988, p. 26. Dans le même esprit, cf., F. Ost, *Le Sinaï ou la loi négociée* in *Raconter la loi* (du même auteur), éd. O. Jacob, 2004, p. 59 et s. Voir également D. de Béchillon, *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité*, in *La production des normes entre État et société civile*, (dir. E. Serverin et A. Berthoud), L'Harmattan, 2000, p. 47.

[34] C'est dans la théologie patristique latine qu'apparaît pour la première fois le concept de *liberum arbitrium* et tout particulièrement dans le traité *De libero arbitrio* d'Augustin d'Hippone selon qui « Dieu a conféré à sa créature, avec le libre arbitre, la capacité de mal agir, et par-là même, la responsabilité du péché » (Saint-Augustin, *Traité du libre arbitre*, in *Œuvres complètes de Saint-Augustin*, tome 3).

[35] M. Hauriou, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, (1926), Caen, Cahiers du Centre de philosophie politique et juridique, rééd. 1986, p. 128.

[36] Sur la question d'une forme de gouvernement constitutionnel qui transparaît dans les pratiques et les discours au sein de l'Église depuis la fin du Moyen Âge et leur impact sur les institutions séculières post-révolutionnaires, cf., L. Fonbaustier, *L'Église fut-elle un modèle d'organisation pour l'État moderne ?*, *Revue Juridique de l'Ouest*, 2004, n° 1, p. 11 ; *L'influence des modèles ecclésiologiques et des institutions de l'église sur les modèles et institutions étatiques*, Droits, 2014/1, n° 59, p. 123 ; *La déposition du pape hérétique. Une origine du constitutionnalisme ?*, Paris, Mare et Martin, Bibliothèque des thèses, 2016.

[37] A. Mhalla, *Cyberpunk. Le nouveau système totalitaire*, Paris, Éditions du Seuil, 2025. Le danger provient surtout, comme le montre le retour de Donald Trump à la Maison-Blanche, de l'alliance objective entre l'idéologie illibérale de certains gouvernants et l'hubris techno-capitaliste des ingénieurs de la Tech.

[38] Une démocratie qu'il faut peut-être imaginer heureuse comme le fait Albert

Camus en songeant au personnage mythologique de Sisyphe dont le combat ne cesse jamais. Telle est, d'une certaine manière, l'esprit qui anime le concept de « démocratie continue » forgé par Dominique Rousseau : le suffrage populaire instantanément exprimé, qui n'est pas l'unique gage de la démocratie, ne saurait détourner le citoyen de son devoir continu de vigilance entre deux moments électoraux (D. Rousseau dir., *La démocratie continue*, préface G. Vedel, Bruylant-LGDJ, 1995).

[39] S. Freud, *Une difficulté de la psychanalyse, Essai de psychanalyse appliquée*, trad. franç., Gallimard, « Idées », 1980, pp. 141-147.