

Le « paradoxe » de Böckenförde, fortune d'une
formule : « L'État libéral, sécularisé vit de
présupposés qu'il n'est pas lui-même en mesure de
garantir. »

Sylvie Le Grand



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/allemande/1311>

DOI : 10.4000/allemande.1311

ISSN : 2605-7913

Éditeur

Société d'études allemandes

Édition imprimée

Date de publication : 30 juin 2014

Pagination : 125-136

ISSN : 0035-0974

Référence électronique

Sylvie Le Grand, « Le « paradoxe » de Böckenförde, fortune d'une formule : « L'État libéral, sécularisé vit de présupposés qu'il n'est pas lui-même en mesure de garantir. » », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande* [En ligne], 46-1 | 2014, mis en ligne le 29 juillet 2019, consulté le 21 mai 2021. URL : <http://journals.openedition.org/allemande/1311> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/allemande.1311>

Le « paradoxe » de Böckenförde, fortune d'une formule : « L'État libéral, sécularisé vit de présupposés qu'il n'est pas lui-même en mesure de garantir. »

■ Sylvie Le Grand*

« Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. » Cette phrase du professeur de droit constitutionnel et ancien juge à la Cour constitutionnelle Ernst-Wolfgang Böckenförde a connu une carrière étonnante depuis qu'elle a été forgée dans les années 1960. Elle est la formule la plus connue de cet auteur qui lui-même n'a pas fait ou pas cherché à faire école⁽¹⁾. Lorsque le nom de Böckenförde est cité, si tant est qu'il soit connu, elle s'y trouve immanquablement associée, parfois sous les formes les plus fantaisistes⁽²⁾. Une des dernières étapes dans la longue fortune et en particulier la réception savante de cette formule est sans doute l'usage éminent qui en a été fait par Jürgen Habermas dans son dialogue très médiatisé avec Josef Ratzinger en janvier 2004⁽³⁾, dans la foulée du changement de paradigme opéré par le philosophe⁽⁴⁾ depuis son discours de réception du prix de la paix des libraires allemands (*Friedenspreis des deutschen Buchhandels*), sur le thème « Glauben und Wissen », en juin 2001. La référence à la formule de Böckenförde dans le cadre

* Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

1 Cf. l'introduction in Rolf GRAWERT *et al.* (dir.), *Offene Staatlichkeit: Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995, 436 p.; Interview avec Dieter Gosewinkel in Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2011, p. 424.

2 La confusion la plus courante consiste à remplacer « garantieren » (garantir) par « schaffen » (créer).

3 Jürgen HABERMAS, Joseph RATZINGER, *Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion*, Fribourg-en-Brisgau, Herder, 2005, 64 p.

4 Cf. Jean-Claude MONOD, « Habermas et la dialectique de la sécularisation », *laviedesidées.fr*, 8 décembre 2008; Denis GOELDEL, « Religion et politique dans les écrits récents de Jürgen Habermas (I) », *Revue d'Allemagne*, tome 43, n° 3 juillet-septembre 2011, p. 465-479 et *id.*, « Religion et politique dans les écrits récents de Jürgen Habermas (II) », *Revue d'Allemagne*, tome 43, n° 4 octobre-décembre 2011, p. 587-610.

de cette rencontre du théologien et du philosophe lui a donné à coup sûr un nouveau regain de visibilité⁽⁵⁾.

Divers qualificatifs, plus ou moins courants, plus ou moins adaptés suivant le cas, circulent pour désigner cette phrase : le plus fréquent – une notice wikipedia lui est même consacrée – est sans doute le terme de *Diktum* au tour quelque peu définitif, dont l'usage comporte une nuance révérencieuse et tend à transformer cette phrase en parole d'autorité. Elle est parfois aussi qualifiée de théorème ou de doctrine, termes qui paraissent peu adéquats, tant les éléments constitutifs de cette phrase ne peuvent être rapprochés de règles mathématiques ni assimilés à un corpus doctrinal. En revanche, les termes de dilemme ou mieux de paradoxe, rencontrés aussi, suggèrent mieux la dimension problématique de la phrase et l'aporie qu'elle cherche à mettre en valeur. Tous ces qualificatifs montrent en tout cas d'une part que cette formule est devenue « ein geflügeltes Wort », une sentence ayant pris son envol, son autonomie par rapport à l'œuvre qui l'a vue naître, avec tous les risques de malentendu et d'instrumentalisation qui y sont liés et d'autre part qu'elle est devenue elle-même un élément-clef de la culture politique ouest-allemande. Pour ces deux raisons il paraît intéressant de s'y attarder un peu. Cette phrase connaît le sort du cadavre exquis totalement défiguré par rapport au modèle original. Elle est aussi un peu l'arbre qui cache la forêt d'une œuvre cohérente, tout à la fois profondément libérale et profondément étatiste. Nous nous attacherons ici moins à retracer les multiples méandres et sinuosités d'une réception complexe qu'à tenter de restituer le texte, le contexte et l'intertexte qui rendent cette formule intelligible. Pour ce faire, nous retracerons d'abord la genèse, puis le cheminement de celle-ci avant d'évoquer brièvement quelques aspects de son interprétation.

Genèse : le texte et son contexte

On l'oublie fréquemment en raison des multiples rééditions dont il a fait l'objet : le texte « la naissance de l'État comme processus de sécularisation »⁽⁶⁾, d'où est tirée la formule, est un essai de jeunesse, issu d'une communication prononcée par l'auteur en octobre 1964 à tout juste 34 ans. 1964 était une année faste pour lui : alors encore assistant à l'institut de droit public et de politique de l'université de Münster, il soutient cette année-là son habilitation en droit à Münster, et est nommé la même année professeur de « droit public, histoire du droit et histoire constitutionnelle, philosophie du droit » à l'université de Heidelberg. En 1964 donc, c'est-à-dire trois ans après la soutenance de son doctorat d'histoire préparé sous la direction de Franz Schnabel à Munich (1961) et huit ans après celle de sa thèse de droit préparée sous la direction de Hans J. Wolff à Münster (1956).

5 Bernd IRLÉNBNORN, « Entgleisende Modernisierung und christlicher Glaube. Habermas' Interpretation des Böckenförde-Theorems », *Theologie und Glaube*, 97 (2007), p. 12-27 ; Ines-Jacqueline WERKNER, « Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates bei Jürgen Habermas und Joseph Ratzinger », *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 17/2 (2007), p. 379-392.

6 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation » (1964), in : *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, Kohlhammer, 1967, p. 75-94 (la formule célèbre se trouve p. 93).

Au moment où il prononce cet exposé il est donc à l'aube d'une brillante carrière qui le mènera tour à tour à Heidelberg en 1964, à Bielefeld en 1969 et à Fribourg de 1977 jusqu'à son éméritat en 1995, ainsi que, parallèlement, à la Cour constitutionnelle où il siègera de 1983 à 1996 comme juge du 2^e sénat en tant que candidat présenté par le SPD. Il est devenu membre du SPD en 1967, une fois, dit-il, que sa situation universitaire se fut stabilisée⁽⁷⁾.

En 1964, au commencement de ce parcours professionnel, il n'est pas pour autant un inconnu dans le monde intellectuel ouest-allemand de l'époque: outre ses divers travaux de doctorat (en droit et en histoire) et d'habilitation (en droit) sur la loi et le pouvoir législatif, l'histoire constitutionnelle au XIX^e siècle ou l'organisation du pouvoir exécutif en RFA, parus immédiatement après leur réalisation ou presque⁽⁸⁾, il a publié en 1957 et surtout en 1961 dans la prestigieuse revue catholique *Hochland* des essais remarquables, respectivement consacrés à « l'éthos de la démocratie moderne et l'Église » et au « catholicisme allemand en 1933 ». Ce dernier suscite un vif débat et entraîne en 1962 de la part de l'auteur qui répond à ses détracteurs, une seconde prise de position sur le sujet. Ces premiers travaux et réflexions sur religion et État, Église et politique ont nourri l'arrière-plan intellectuel de l'essai qui nous occupe plus particulièrement.

Ces deux groupes d'écrits témoignent déjà des deux pôles d'intérêt présents dans toute l'œuvre de Böckenförde: la réflexion sur la nature du droit, de l'État, l'évolution constitutionnelle, bref, tout ce qui a trait à « l'aventure de l'État » (Olivier Jouanjan)⁽⁹⁾ d'une part et les tensions et problèmes relatifs aux rapports entre politique et religion, tant d'un point de vue historique que systématique, de l'autre.

Revenons au contexte intellectuel collectif qui a vu naître cette communication et la première publication du texte qui nous occupe ici principalement. Ce texte était d'abord un exposé prononcé en octobre 1964 dans le cadre du séminaire de vacances (*Ferienseminar*) d'Ebrach, dans le Steigerwald, organisé par Ernst Forsthoff à l'initiative d'étudiants de l'université de Heidelberg. Ce séminaire se tint pendant quatorze ans chaque année, durant la deuxième quinzaine de septembre, de 1957 à 1972⁽¹⁰⁾ et pendant deux semaines, dans un cadre convivial à l'écart du monde. L'approche était volontairement interdisciplinaire et rassemblait étudiants et professeurs de diverses générations et couleurs politiques. Carl Schmitt y fut plusieurs fois invité, mais il est difficile, d'après Dirk van Laak, d'évaluer son influence sur ce groupe hétérogène. Il semble que ces séminaires aient marqué positivement et durablement la formation des

7 Interview avec l'auteur, 13.8.2007.

8 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt: Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, 360 p.; *ID.*, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert: zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlin, Duncker & Humblot, 1961, 226 p. (2^e édition augmentée 1995, 242 p.); *ID.*, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung: Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964 (2^e éd. 1998), 348 p.

9 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle* (traduits, réunis et présentés par Olivier Jouanjan), Paris, LGDJ, 2000, p. 5-47.

10 Dirk van LAAK, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens: Carl Schmitt in der Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Berlin, Akademie Verlag, 1993, p. 208.

plus jeunes participants en raison du climat de dialogue et d'ouverture culturelle qui y régnait. Il s'agissait, sur la forme, d'encourager le dialogue factuel dans la recherche de la vérité et, sur le fond, de contribuer à élaborer une théorie du temps présent⁽¹¹⁾.

Ce séminaire semble s'inscrire, ce faisant, dans la continuité de la sociabilité intellectuelle de l'immédiat après-guerre et notamment dans le sillage des nombreux cercles de discussion nés alors et constituant, selon l'expression de Dirk van Laak⁽¹²⁾, des « oasis de méditation ». Le séminaire d'Ebrach tentait de réaliser en marge de l'université une sorte de *studium generale*. Les mélanges offerts à Ernst Forsthoff pour son 65^e anniversaire en 1967, où paraît pour la première fois le texte de Böckenförde, se veulent le reflet de cette dimension, comme il est souligné dans un court avant-propos (non signé) au volume. Paru sous le titre « Sécularisation et utopie », ce recueil rassemblait des textes issus eux-mêmes de communications prononcées dans le cadre de deux séminaires d'Ebrach, sans doute ceux de 1964-65, mais on trouve aussi des textes plus anciens comme les réflexions sur la « tyrannie des valeurs » de Carl Schmitt, développées en 1959 à partir d'un exposé d'Ernst Forsthoff.

Intéressons-nous maintenant au texte lui-même et à sa signification dans le contexte politique et religieux de l'époque. Böckenförde s'attache à retracer l'une des facettes du processus historique qui a vu naître l'État en Europe en tant que forme d'ordre politique spécifique entre le XIII^e et le début du XIX^e siècle. Après avoir seulement évoqué l'existence d'une facette de ce processus relevant de l'histoire constitutionnelle (l'émergence d'une souveraineté externe et interne face à une société de citoyens égaux), l'auteur se concentre sur la seconde facette de ce processus : l'émancipation (*Verweltlichung/Emanzipation*) progressive du politique par rapport au religieux. L'auteur annonce en introduction qu'éclairer cet aspect du processus permet d'aborder des problèmes fondamentaux de l'État dans sa forme présente. Il y reviendra de fait explicitement dans la troisième et dernière partie de son texte où apparaît la formule qui nous intéresse.

Ce qui frappe à la lecture de l'article, c'est le traitement à la fois historique et synthétique du problème. Sur la base d'un principe, la séparation des domaines ecclésiastique et profane (*geistlich/weltlich*), l'auteur s'attache à déceler l'armature, les tendances profondes d'une évolution en trois grandes étapes, que rien ne semble pouvoir freiner. Il distingue ainsi : la Querelle des Investitures qui expulse l'empereur de la sphère sacrée et sacramentelle (mais pas encore du domaine de la légitimation par le religieux) et rend possible la constitution du politique en domaine autonome ayant besoin d'une justification profane ; les guerres de religion qui mettent le politique dans l'obligation de se placer au-dessus des partis religieux et permettent l'émergence d'une pensée de l'État autour du concept formel de paix en tant que bien autonome ayant sa justification en soi-même (p. 84) : la question de la vérité est alors délaissée au profit de la nécessité du vivre-ensemble et l'idée d'une liberté de conscience émerge, ces deux points (en référence à Michel de l'Hospital, 1562/1568) retenant l'attention particulière de l'auteur et constituant un véritable *leitmotiv* de

11 *Ibid.*, p. 205. D. van Laak parle d'expérience marquante (« bleibendes Bildungserlebnis ») pour les participants.

12 *Ibid.*, p. 42.

son œuvre. Enfin, la révolution française achève ce processus né des guerres de religion et théorisé par Hobbes.

Sur la base de la logique qui sous-tend cet essai (dégager les tendances profondes d'une évolution), l'auteur ne s'attarde pas sur des phénomènes historiques qui pourraient paraître en contradiction avec celle-ci. Il considère par exemple la monarchie de droit divin, les alliances du trône et de l'autel, les tentatives de restauration de l'État chrétien après 1945 comme apparence, décor, succédané qui n'empêchent pas l'évolution de fond. Y sont mises en valeur la neutralité de l'État et la liberté de religion. La neutralité de l'État apparaît comme un principe structurel inhérent à l'État et la liberté de religion comme l'instrument de mesure de sa réalisation⁽¹³⁾. Citant Marx et l'affirmation selon laquelle « le soi-disant État chrétien est la négation chrétienne de l'État, mais pas du tout la réalisation étatique du christianisme »⁽¹⁴⁾, l'auteur rejette explicitement l'État chrétien.

La troisième partie de l'essai s'interroge d'une part sur la signification du phénomène : observe-t-on la naissance d'une forme politique a-chrétienne ou au contraire conforme au contenu de la Révélation ? En d'autres termes, la désacralisation de l'ordre politique s'apparente-t-elle à une déchristianisation ? Böckenförde laisse la question ouverte puisque la réponse dépend de l'interprétation théologique et philosophique donnée au processus de sécularisation, mais il donne des pistes de réflexion à partir des lectures respectives de Hegel et Marx. Le premier voit dans la sécularisation la réalisation du contenu de la Révélation. Le second montre que l'émancipation de la religion par rapport à l'État n'a pas aboli la religiosité. Celle-ci est libérée dans l'espace social, y demeure active en tant que force sociale, mais ne relève plus de la vie institutionnelle, publique ni des affaires générales de l'État. La deuxième question posée dans cette troisième partie – question rhétorique d'après Zagrebelsky cité par Michele Nicoletti dans le présent dossier – introduit le passage devenu célèbre qui nous occupe ici : « de quoi vit l'État [...] maintenant que la religion ne joue et ne peut plus jouer son rôle de force de liaison », maintenant que l'idée de nation qui a pris sa place au XIX^e siècle a perdu de sa vigueur et que le recours à des valeurs ne peut fonder la liberté. Où trouver les « forces régulatrices de la liberté » au sein de cet État conçu comme « ordre de la liberté » ? Quel y sera le facteur de lien social, garant d'homogénéité, en réponse à cette question de l'intégration de l'individu que la déclaration des droits de l'homme et du citoyen a rendu libre et autonome⁽¹⁵⁾ ? C'est alors par une aporie que Böckenförde répond indirectement au moyen de la formule désormais célèbre, mise en valeur par l'italique. L'État libéral ne peut vivre que de l'autorégulation de la liberté, de la substance morale de l'individu mais ne peut en rien garantir celle-ci par la force et l'autorité qui sont les siennes. Tel est le

13 « Das Maß der Verwirklichung der Religionsfreiheit bezeichnet daher das Maß der Weltlichkeit des Staates. » E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation » (note 6), p. 90.

14 « Der sogenannte christliche Staat ist die christliche Verneinung des Staates, aber keineswegs die staatliche Verwirklichung des Christentums. » KARL MARX, « Zur Judenfrage », in : *Die Frühschriften*, éd. par Siegfried Landshut, Stuttgart, 1953, p. 183.

15 « Sie [die Erklärung der Menschenrechte] stellte den einzelnen auf sich selbst und auf seine Freiheit. » E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation » (note 6), p. 92.

pari de la liberté et une forme d'horizon indépassable sur lequel toute réflexion doit s'appuyer.

L'essai se clôt par un appel implicite aux chrétiens à reconnaître cet État libéral sécularisé, à ne plus le considérer comme étranger, d'autant que cet État doit vivre – entre autres – des impulsions émanant de la foi religieuse des citoyens.

Cette tonalité finale ne peut se comprendre sans référence au contexte politique et social global de la jeune RFA. Böckenförde rappelle dans un texte ultérieur⁽¹⁶⁾ que les chrétiens ouest-allemands ont cru en 1949 recréer un État et un ordre chrétiens, tout en adhérant au droit fondamental à la liberté religieuse inscrit dans la constitution. La tension inévitable entre ces deux éléments suscita déception et stratégie défensive lorsque l'évolution vers la neutralité de l'État fut plus nette, au début des années 1960, notamment à la faveur de jugements rendus par la Cour constitutionnelle. Il en résulta selon lui, au sein de l'Église catholique, des combats d'arrière-garde sur l'école, le droit pénal, le droit du mariage et de la famille⁽¹⁷⁾.

L'arrière-plan institutionnel et dogmatique catholique est également essentiel pour saisir la position de Böckenförde : c'est seulement en décembre 1965 que fut pleinement reconnue la liberté religieuse comme un droit inaliénable de la personne, dans le cadre du concile Vatican II. Cette « révolution copernicienne » (J. Isensee) avait été préparée par l'encyclique de Jean XXIII *Pacem in Terris* en 1963⁽¹⁸⁾.

Caractère sécularisé (ou plutôt, en français, laïcisé) de l'État et liberté religieuse n'étaient donc pas encore des acquis pleinement reconnus et acceptés au sein de l'Église catholique au moment où ce texte fut rédigé. Ce sont là deux éléments unis dialectiquement que Böckenförde s'est attaché à défendre, non seulement dans cet essai, mais dans toute la partie théologico-politique de son œuvre. En effet, il est frappant de constater à la lecture de cet essai combien un certain nombre de thèmes et de références récurrentes sont déjà en place que l'œuvre ultérieure de l'auteur va ensuite reprendre, décliner et expliciter : l'État comme ordre de la liberté, le rôle d'arbitre pacificateur qui lui est dévolu, l'autonomie du politique, l'appartenance de la religion à l'espace de la société et le rapport État/société, les références à Hegel, Marx, Lorenz von Stein, inlassablement reprises par la suite. Le processus de sécularisation est connoté positivement et présenté en des termes suggérant la libération : *freigesetzt, freigegeben, Freigabe, entlassen*. Cet essai apparaît non pas comme un plaidoyer pour la religion, mais comme un plaidoyer pour l'État libéral dont le caractère sécularisé (laïcisé) est tout à la fois élément structurel et but immanent⁽¹⁹⁾.

16 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « Ist der Katholizismus systemkonform? » (1989), in : *ID., Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit. Beiträge zur politisch-theologischen Verfassungsgeschichte 1957-2002*, Münster, LIT, 2004, p. 369 sq.

17 *Ibid.*, p. 376. Böckenförde évoque entre autres la querelle scolaire de Basse-Saxe (*niedersächsischer Schulkampf*) en 1956/57.

18 Sur ces questions, voir les contributions de Rudolf Uertz et Michele Nicoletti dans le présent dossier.

19 « Bauprinzip und immanentes Telos » écrit Ernst-Wolfgang Böckenförde dans sa reprise-bilan sur le sujet. *Der säkularisierte Staat : sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert*, Munich, Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, 2007, p. 7.

Cheminement

Il est impossible dans le cadre de cette contribution de donner un aperçu complet des modalités et vecteurs de la réception de la formule. Il faut signaler d'une part les nombreuses rééditions (cinq au moins, semble-t-il) dont l'essai a fait l'objet en Allemagne sous diverses formes : dans le recueil *Staat, Gesellschaft, Freiheit* (Suhrkamp stw 163) en 1976, puis une fois que celui-ci fut épuisé dans un nouveau regroupement de textes sous le titre *Recht, Staat, Freiheit* (stw 914) paru en 1991 et dans une nouvelle édition augmentée en 2006 ; dans un recueil spécifiquement dédié aux questions théologico-politiques, paru en 2004, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit. Beiträge zur politisch-theologischen Verfassungsgeschichte 1957-2002* chez LIT-Verlag, puis réédité dans une édition augmentée en 2007. Enfin une édition séparée lui a été à nouveau consacrée en 2007, précédée d'une courte présentation et d'un exposé d'actualisation, relatif à « l'État sécularisé, son caractère, sa justification et ses problèmes au XXI^e siècle », prononcé par l'auteur en octobre 2006 devant la fondation Siemens. Aux dires de l'auteur, cette dernière édition exprimait la tentative de mettre un point final à une réflexion de plus de 40 ans sur le sujet et lui donnait l'occasion de revenir sur l'interprétation de la problématique, les ambiguïtés, malentendus et développements qui l'ont caractérisée. L'auteur lui-même a donc été en premier lieu le promoteur de cette diffusion par le biais de ces multiples rééditions, par la mise en exergue de la formule dans les deux premiers volumes parus chez Suhrkamp en 1976 et 1991, mais aussi par une forme d'autocitation voire d'autopromotion dans des débats *ad hoc*⁽²⁰⁾. Comme le montre Michele Nicoletti pour l'Italie, cet essai a rencontré également un écho privilégié à l'étranger et a été traduit dans diverses langues dans des recueils d'articles ou sous forme séparée, comme en Italie en 2006 à la suite du débat Ratzinger / Habermas de 2004.

D'un point de vue temporel, il semble qu'une étape importante – sans doute une percée (*Durchbruch*) – dans la réception sinon de cet essai, du moins de cette formule, en Allemagne, se situe à la fin des années 1970⁽²¹⁾ et passe par le vif et large débat autour des valeurs fondamentales suscité en RFA par un certain nombre de réformes à l'initiative de la coalition socio-libérale, en particulier la réforme de la législation sur l'avortement et le divorce en 1976.

Dans le cadre de ce débat qui a animé le monde politique ouest-allemand, Böckenförde a joué un rôle indirect de premier plan puisqu'il a co-rédigé⁽²²⁾ le discours prononcé par le chancelier Helmut Schmidt à l'académie catholique de Hambourg le

20 On pense notamment aux rencontres régulières consacrées aux relations Église/État/société, publiées dans la série des *Essener Gespräche*, auxquelles Böckenförde a fréquemment participé. C'est en tout cas ce que suggéra Josef Isensee lorsque nous l'avons interrogé brièvement en marge d'un colloque en novembre 2008 à Berlin. Cf. notamment *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, éd. par Joseph Krautscheidt et Heiner Marré, Münster, Aschendorff, 11, 1977.

21 Selon les propos de Böckenförde lui-même (interview avec S. Le Grand, 13.8.2007) et de Josef Isensee (cf. note 20).

22 Propos de Böckenförde recueillis par S. Le Grand le 13.8.2007 ; Hartmut SOELL, *Helmut Schmidt*, vol. 2 : *Macht und Verantwortung – 1969 bis heute*, Munich, Deutsche Verlagsanstalt, 2008, p 578, 582 et notes 11 et 23, p. 1018-1019.

23 mai 1976⁽²³⁾. L'Église catholique avait prononcé des attaques et reproches très durs à l'égard de l'État accusé de brader les valeurs fondamentales et de ne pas s'opposer suffisamment à leur déclin. La législation sur l'avortement ébranlait selon elle le fondement (*Fundament*) de l'État de droit et détruisait la conscience morale. La réponse de Schmidt à ces accusations est typique des distinctions chères à Böckenförde : on ne peut confondre les droits fondamentaux de la *Grundgesetz* et les valeurs fondamentales morales et religieuses. La garantie des droits fondamentaux permet la réalisation des valeurs fondamentales. Mais les droits fondamentaux (et leur protection) sont du ressort de l'État, tandis que la promotion et la défense des valeurs fondamentales relèvent de la société. L'État ne peut agir par la force ou la contrainte sur les forces de régulation interne de la société. Ces dernières relèvent de la responsabilité propre de l'individu et des groupes sociaux, telles les Églises. Schmidt insiste sur l'impuissance de l'État à régler le problème des valeurs ; il y a là un risque pour lui. Or, on remarque que la formule de Böckenförde est présente dans ce discours sous forme à la fois d'explicitation de la phrase originale et de variante paraphrastique⁽²⁴⁾ : il est précisé que l'État n'a pas créé les valeurs ou attitudes morales. Elles le précèdent, il les trouve chez l'individu lui-même et dans la société. Il en vit, mais ne peut les garantir sans remettre en question son caractère libéral. La conséquence de cette situation pour l'État réside dans le devoir d'encouragement des forces vives de la société⁽²⁵⁾. Les modalités d'encouragement et de protection de celles-ci relèvent du processus de formation de la volonté politique.

Un autre argument majeur de ce discours concerne le rapport entre le droit et l'ethos de la société, c'est-à-dire les convictions morales qui y sont présentes. Böckenförde, par la bouche d'H. Schmidt, défend une conception dynamique du droit qui doit rester en phase avec les valeurs de la société, sous peine de devenir une coquille vide. L'État lui-même n'est pas porteur d'un ethos propre. Du coup, les Églises se trouvent renvoyées à leur propre rôle, éminent selon Schmidt/Böckenförde, en matière de transmission des valeurs. Il est de leur responsabilité de veiller à maintenir vivantes les convictions morales ou religieuses de leurs ouailles au sein de la société. L'espace de liberté que leur accorde la *Grundgesetz* leur laisse toute latitude en ce sens.

À la même époque, dans le contexte assez différent de la lutte contre le terrorisme, Böckenförde a été amené à prendre position, en son nom propre cette fois, sur le décret anti-extrémistes (*Radikalerlaß*) de 1972, en insistant sur la nécessaire distinction à effectuer entre respect (exigible) de la légalité et contrôle (inacceptable) des pensées et convictions. C'est dans ce double contexte qu'est paru en 1978 sous forme séparée

23 Helmut SCHMIDT, « Ethos und Recht in Staat und Gesellschaft », in: Günter GORSCHENEK (dir.), *Grundwerte in Staat und Gesellschaft*, Munich, Beck, p. 13-28. Les textes principaux de la controverse sont présents dans ce recueil.

24 « Der demokratische Staat hat die Werthaltungen und die sittlichen Grundhaltungen nicht geschaffen. Er findet sie vielmehr in den einzelnen und in der Gesellschaft vor und er muß bei seinem Handeln dort anknüpfen. Das heißt, der weltanschauliche neutrale, der demokratische Staat lebt von ihm vorgegebenen Werten und Werthaltungen. Er hat sie nicht geschaffen, er kann ihren Bestand nicht garantieren, ohne seine Freiheitlichkeit in Frage zu stellen », *ibid.*, p. 20.

25 Der Staat hat die « Aufgabe, das ethosbezogene Wirken gesellschaftlicher Kräfte zu fördern », *ibid.*, p. 21.

l'essai « der Staat als sittlicher Staat » dont un point reprend explicitement la question des présupposés que l'État ne peut garantir.

La question posée à la fin de son célèbre essai sur « la naissance de l'État » a pu prendre dans le contexte de la lutte anti-terroriste un relief tout particulier : « sur quoi s'appuie cet État [libéral] en temps de crise ? »⁽²⁶⁾. Mais elle ne semble pas avoir fait florès. Elle est citée toutefois en 1980 par Alexander Hollerbach dans un article consacré au rapport entre droits fondamentaux et valeurs fondamentales⁽²⁷⁾. Il y reprend par ailleurs longuement la formule böckenfördienne afin de l'expliciter et d'en tirer des conséquences qu'il met positivement en valeur (*Förderpflicht des Staates*). Sur un point au moins, Hollerbach s'éloigne de Böckenförde indirectement en considérant comme bien trop tranchée la scission entre État et société opérée par le chancelier social-démocrate dans le discours de 1976.

Cette reprise de la formule böckenfördienne semble constituer un bon indice de sa réception à cette époque dans les milieux juridiques. Selon Alexander Hollerbach, la formule böckenfördienne exprime tout ce qui touche à la « problématique du consensus », au rapport entre culture juridique et culture morale, au rapport entre droit et ethos civique ou ethos professionnel (*Bürgerethos, Amtsethos*). Il cite, au détour de diverses considérations, d'autres formules qui font mouche et vont dans un sens analogue : le droit est impuissant s'il n'est pas porté par une « volonté de constitution » (« Wille zur Verfassung », Konrad Hesse) ; « avec les seuls droits fondamentaux, on ne peut faire d'État » (« mit Grundrechten allein ist kein Staat zu machen », Josef Isensee), « avec un socle éthique minimal on ne peut faire d'État » (« mit ethischen Minimalia ist kein Staat zu machen », Alexander Hollerbach). Ces citations attirent notre attention sur un phénomène sous-jacent à la problématique de la réception étudiée ici : la concurrence des auteurs en matière de formule-choc et donc une rivalité implicite (dans un combat ici, semble-t-il, déjà perdu) en vue d'atteindre une forme de monopole interprétatif (*Deutungshoheit*).

D'un point de vue temporel, il semble qu'on puisse observer une seconde phase de diffusion de la formule böckenfördienne dans les années 1990 en lien avec les débats théologico-politiques qui agitent alors la vie politique allemande, comme par exemple la discussion autour du *Kreuzurteil* de la Cour institutionnelle en 1995 ou la polémique relative au LER brandebourgeois entre 1992 et 2002⁽²⁸⁾. Cette nouvelle période de réception accrue est perceptible à plusieurs signes : références nombreuses à la formule dans les prises de position ou articles liés à ces débats, organisation de colloques divers autour de thématiques très proches⁽²⁹⁾. Cette recrudescence d'intérêt semble aller de

26 Voir la réflexion sur la notion de crise chez Böckenförde dans la contribution de Jean-Claude Monod dans le présent dossier.

27 Alexander HOLLERBACH, « Grundwerte und Grundrechte in der Gesellschaft und im Staat », in : Eugenio CORECCO et al. (dir.), *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Église et dans la société*, Fribourg (Suisse), éditions universitaires, 1981, p. 811-833 (disponible sur internet en pdf « Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität-Freiburg »).

28 Sylvie LE GRAND, « LER : la fin d'un conflit ? », in : Hélène ROUSSEL, Sylvie LE GRAND, Monique DA SILVA, *Résistances, mouvements sociaux, alternatives utopiques. Hommage à Jean Mortier*, Saint-Denis, Presses de l'université Paris 8, 2004, p. 165-180.

29 Voir par exemple Erwin TEUFEL (dir.), *Was hält die moderne Gesellschaft zusammen?*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1996, 339 p.

pair avec les remises en cause de la tradition allemande du droit ecclésiastique observées à cette époque et nous paraît symptomatique du changement de paradigme en train de s'opérer dans le système ouest-allemand de régulation du politique et du religieux, repéré par Hans Michael Heinig⁽³⁰⁾. Ce changement de paradigme qui va dans le sens d'une focalisation sur les droits fondamentaux (*Vergrundrechtlichung*) entraîne une forme de crise des stratégies de légitimation bien rodées jusque-là.

Interprétations

Ce détour par le débat sur les valeurs fondamentales nous ramène directement à la question de l'interprétation de celle-ci et à la place qu'y occupe la question des valeurs. Böckenförde s'est prononcé clairement pour un refus de toute fondation axiologique du droit. Comme il s'en est expliqué par ailleurs, un des malentendus de la réception de sa célèbre phrase tient au fait qu'on l'a interprétée ou instrumentalisée comme un jugement normatif alors qu'elle avait avant tout un contenu analytique et se voulait simple diagnostic de la situation de l'État libéral⁽³¹⁾. Cependant on peut ajouter qu'en pointant un élément structurel fondamental propre à ce dernier, cette phrase conférait au diagnostic une dimension intemporelle, dépassant le caractère historique de l'essai où elle s'insère, d'où peut-être une source de malentendus. Les polémiques sur cette formule ont d'ailleurs porté surtout sur les conséquences à tirer du constat historique effectué plus que sur l'interprétation du processus historique lui-même.

Il existe enfin une réception de la réception : c'est-à-dire une réception négative de l'instrumentalisation abusive de la formule utilisée pour légitimer des positions de pouvoir, par exemple la place institutionnelle privilégiée des Églises dans la société allemande, sans retour à la source du texte böckenfördien. Il est fait alors d'Ernst-Wolfgang Böckenförde (à tort) un thuriféraire de la légitimation cléricale. On croit combattre dans sa phrase une apologie de la religion, du fondement religieux de l'État, alors que celle-ci comporte au contraire un appel implicite à la vigilance face à la fragilité intrinsèque de l'État libéral sécularisé.

Nous nous contenterons ici de citer la critique des libres-penseurs, dits « humanistes » en Allemagne, emblématique de cette réception négative de l'œuvre de Böckenförde. L'Académie humaniste d'Allemagne a même consacré à la célèbre formule böckenfördienne en novembre 2007 un colloque dont témoigne un numéro entier de la revue *humanismus aktuell*, paru en 2008⁽³²⁾. L'enjeu principal pour les libres penseurs est d'atteindre une conception pluraliste de l'État (*ein pluralistisches Staatsverständnis*), mais aussi une totale égalité de traitement entre religions ainsi qu'entre ces dernières et les idéologies séculières telle la libre pensée. Or « la croyance dans la formule de

30 Hans Michael HEINIG, « Herausforderungen des deutschen Staatskirchen- und Religionsrechts aus verfassungsrechtlicher Sicht », in : Irene DINGEL, Christiane TIETZ (dir.), *Kirche und Staat in Deutschland, Frankreich und den USA: Geschichte und Gegenwart einer spannungsreichen Beziehung. XIV. Dietrich Bonhoeffer-Vorlesung 2010 in Mainz*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2012, p. 131.

31 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « Der freiheitliche säkularisierte Staat... », in : Susanna SCHMIDT, Michael WEDELL (dir.), « *Um der Freiheit willen...* » *Kirche und Staat im 21. Jahrhundert. Festschrift für Burkhard Reichert*, Fribourg/Bâle/Vienne, Herder, 2002, p. 19-23.

32 *humanismus aktuell*, 22 (2008), éditée par l'Académie humaniste d'Allemagne sur le thème « Humanismus und 'Böckenförde-Diktum' ».

Böckenförde » apparaît comme un obstacle sur cette voie⁽³³⁾. La réflexion sur l'œuvre du juriste est donc avant tout sous-tendue par des intérêts pratiques et militants, ce qui explique sans doute que les auteurs ne s'encombrent pas toujours de beaucoup de scrupules intellectuels pour s'efforcer de rendre justice à l'œuvre böckenfördienne⁽³⁴⁾. On peut lire aussi dans ce numéro un article de Hartmut Krefß, professeur d'éthique sociale à la faculté de théologie protestante de l'université de Bonn, qui semble avoir trouvé un cheval de bataille dans la critique de la formule böckenfördienne⁽³⁵⁾. Sa critique apparaît largement biaisée, mélangeant constamment les niveaux d'analyse (la réception erronée et la pensée même du juriste), et donne l'impression *in fine* de lui reprocher avant tout d'être juriste et catholique ! Ironie suprême : ne sachant manifestement pas que Böckenförde en était co-auteur, il cite positivement, contre Böckenförde lui-même, le fameux discours de Helmut Schmidt de 1976 sur les valeurs fondamentales⁽³⁶⁾ !

On peut s'interroger en conclusion sur les raisons du succès de cette formule d'Ernst-Wolfgang Böckenförde. La confrontation avec des paraphrases ou des formules concurrentes met en valeur sa plasticité, une forme d'ouverture qui a d'un côté prêté le flanc à divers malentendus⁽³⁷⁾, mais de l'autre, s'est particulièrement prêtée à l'expression de la tension interne, inhérente à l'État libéral sécularisé : une tension qu'il se doit de maintenir, sous peine de se renier et de disparaître. Elle a joué pendant près d'une quarantaine d'années un rôle de moule ou de matrice et a pu ainsi devenir un élément du canon de la culture politique ouest-allemande des années 1970 à 2000. Parce qu'elle a su mettre en forme un enjeu important – quoique relativement banal – de philosophie politique, elle apparaît comme un « classique » de la culture politique libérale⁽³⁸⁾.

33 Horst GROSCHOFF, « Staatsverständnis – nicht nur Religionsverfassung. Vorwort », *humanismus aktuell*, 22 (2008), p. 4-6.

34 La seule qui dans ce numéro semble avoir lu attentivement Böckenförde est Rosemarie Will, « Was ist Religion im modernen Verfassungsstaat? », *ibid.*, p. 29-33. Elle prétend cependant que ce dernier déplore l'absence de légitimation (*Legitimationslücke*) inhérente à l'État libéral sécularisé alors qu'il ne fait que la constater et l'érigé même en trait fondamental de cet État.

35 Hartmut KREß, « Das 'Böckenförde-Diktum' – im modernen Pluralismus noch tragfähig? », *humanismus aktuell*, 22 (2008), p. 7-19; Hartmut KREß, « Modernes Religionsrecht im Licht der Säkularisierung und des Grundrechts auf Religionsfreiheit. Ist das 'Böckenförde-Diktum' heute noch tragfähig? », *Theologische Literaturzeitung*, 131/3 (2006), p. 243-258.

36 « Man könnte in diesem Zusammenhang auch die Überlegung des früheren Bundeskanzlers Helmut Schmidt rezipieren, der Staat und Politik funktional in der Rolle eines Wertentoters deutete und festhielt, dass 'die Rechtsordnung einen Wandel des tatsächlich vorhandenen Ethos berücksichtigen' muss. Diese nüchterne Sicht nimmt die Dynamik des zivilgesellschaftlichen Wertewandels ernst, die bei Böckenförde zu nachrangig gewichtet wird, und ist darin sachgerecht, dass sie die Legitimation des Staates aus seiner Bindung an die verschiedenen Grundrechte und nicht aus einem partikularen religiösen Glaubenes ableitet. » H. KREß, « Das 'Böckenförde-Diktum' – im modernen Pluralismus noch tragfähig? » (note 35), p. 18-19.

37 Karl LEHMANN, « Säkulärer Staat: woher kommen das Ethos und die Grundwerte? Zur Interpretation einer bekannten These von Ernst-Wolfgang Böckenförde », in : SCHMIDT/WEDELL (dir.), « *Um der Freiheit willen...* » (note 31), p. 24-30.

38 L'ensemble des questions traitées dans cette contribution ont fait depuis lors l'objet de recherches approfondies dans le cadre d'un travail inédit en préparation sous le titre « Ernst-Wolfgang Böckenförde, médiateur entre catholicisme et social-démocratie ».

Zusammenfassung

Der berühmte Satz von Ernst-Wolfgang Böckenförde hat eine erstaunliche Laufbahn durchgemacht, seitdem er in den 1960er Jahren geschmiedet wurde. Um seinen Sinn besser zu verstehen, mag es nützlich sein, seine Entstehungsgeschichte im damaligen, kollektiven und persönlichen, geistigen Zusammenhang nachzuzeichnen, sowie seine Verbreitung im Rahmen der Wertediskussion am Ende der 1970er Jahre zu verfolgen und auch einige Aspekte seiner Rezeption (politische oder klerikale Instrumentalisierung; daran anknüpfende Kritik der Humanisten) zu analysieren.

Résumé

La célèbre phrase d'Ernst-Wolfgang Böckenförde a connu une carrière étonnante depuis qu'elle a été forgée dans les années 1960. Afin de mieux comprendre son sens et son interprétation, il est utile de retracer sa genèse dans le contexte intellectuel personnel et collectif qui l'a vue naître, son cheminement dans le cadre du débat sur les « valeurs fondamentales » à la fin des années 1970 ainsi que quelques aspects de sa réception (instrumentalisation politique ou cléricale; critique des libres penseurs reposant sur cette dernière).