

Augustin SIMARD

# La loi désarmée

Carl Schmitt et la controverse  
légalité/légitimité sous  
la république de Weimar



# La loi désarmée

Carl Schmitt et la controverse  
légalité / légitimité sous Weimar

# Pensée allemande et européenne

dirigée par Philippe Despoix,  
Laurence McFalls et Guy Rocher

Cette collection, parrainée par le Centre canadien d'études allemandes et européennes (Université de Montréal), vise à élargir la connaissance de la pensée sociale, politique, économique et philosophique allemande dans son contexte européen.

Ayant débuté par des traductions et des travaux autour de l'œuvre séminale de Max Weber et de celle de Georg Simmel, la collection entend proposer aux lecteurs francophones de nouvelles analyses, interprétations et traductions de penseurs de langue allemande, que ceux-ci soient connus, qu'ils aient été marginalisés par les cloisonnements institutionnels ou encore par l'exil provoqué par la terreur nazie.

La collection est ouverte tant aux classiques de la pensée allemande qu'aux débats plus contemporains que suscitent l'élargissement politique et la redéfinition culturelle de l'Europe. En favorisant et en interrogeant les échanges, emprunts et transferts entre champs disciplinaires et linguistiques, mais aussi les synergies et synthèses qu'ils occasionnent, elle cherche à s'accorder aux mutations culturelles et universitaires qui marquent les sciences sociales et humaines en Europe et dans le monde.

Augustin Simard

# **La loi désarmée**

Carl Schmitt et la controverse  
légalité / légitimité sous Weimar

ÉDITIONS DE LA MAISON DES SCIENCES DE L'HOMME  
LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL

Les Presses de l'Université Laval reçoivent le soutien du Conseil des Arts du Canada et du PADIÉ.

La collection « Pensée allemande et européenne » est publiée avec le concours du Deutscher Akademischer Austausch-Dienst.

Maquette de couverture : Hélène Saillant

Illustration de couverture : *Policiers patrouillant dans les rues de Berlin (mars 1933)*. © Ullstein Bild

Mise en page : Martine Béland

Révision : Martine Béland et Isabelle Tibi

© Les Presses de l'Université Laval 2009 (pour cette édition)

ISBN : 978-2-7637-8857-9

© Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme 2009

ISBN : 978-2-7351-1239-5

Les Presses de l'Université Laval

Pavillon Pollack, bureau 3103

2305, rue de l'Université

Université Laval, Québec

Canada G1V 0A6

[www.pulaval.com](http://www.pulaval.com)

*À la mémoire de mon père (1952-1991)*

*“This page left intentionally blank.”*

## Liste des abréviations

Dans le but de ne pas alourdir indûment les notes de bas de page, les sigles suivants seront utilisés en référence aux ouvrages de Max Weber, Carl Schmitt et Otto Kirchheimer. L'édition indiquée ici est celle consultée.

### Max Weber (1864 – 1920)

- ES *Économie et société. 1) Les catégories de la sociologie*, trad. coll., Paris, Pocket 1995.
- SD *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, Paris, P.U.F. 1987.
- SR *Sociologie des religions*, éd. et trad. J.-P. Grossein, Paris, Gallimard 1996.
- WuG *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriß der Sozialökonomik)*, 1<sup>ère</sup> éd., 3 vol., éd. Marianne Weber, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1922.

### Carl Schmitt (1888 – 1985)

- D *La Dictature*, trad. M. Köller et D. Séglard, Paris, Seuil 2000.
- HV *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot 1931.
- NP *La Notion de politique. La théorie du partisan*, trad. M.-L. Steinhauser, Paris, Calmann-Lévy 1972.
- PD *Parlementarisme et démocratie*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard 1985.

*La loi désarmée*

- SGN *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, éd. G. Maschke, Berlin, Duncker & Humblot 1995.
- TC *Théorie de la constitution*, trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, P.U.F. 1993.
- TP *Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard 1988.
- VA *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot 1985 (1958).
- WSBE *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, Mohr 1914.

Otto Kirchheimer (1905 – 1965)

- FSV *Funktionen des Staats und der Verfassung. Zehn Analysen*, Frankfurt/M., Suhrkamp 1972.
- PH *Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat*, Frankfurt/M., Suhrkamp 1967.
- PLSC *Politics, Law, and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*, éd. F. Burin et K. Shell, trad. J. Paasche, New York, Columbia University Press 1969.
- VWRF *Von der Weimarer Republik zum Faschismus. Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, éd. W. Luthardt, Frankfurt/M., Suhrkamp 1976.

## Introduction

*Il est dans la nature de la crise d'être l'échéance d'une décision qu'on attend.  
Et la décision attendue reste incertaine. Dans l'insécurité générale d'une situation critique, il y a donc cette seule certitude qu'une fin de l'état critique se prépare, sans qu'on sache quand et comment on y parviendra.*

Reinhard Koselleck, 1959

Le présent ouvrage retrace la façon dont la dichotomie de la légalité et de la légitimité s'est articulée dans l'Allemagne de l'entre-deux-guerres, au fil des débats constitutionnels de la république de Weimar. Portant attention aux desseins antagonistes auxquels cette dichotomie s'est pliée, il s'efforce de la réinscrire dans une expérience de crise aux multiples facettes : effondrement du système économique-financier, brutalisation de la vie politique, blocage des institutions, dissolution des rôles sociaux, perversion des idéaux des modernistes.

Cette démarche relève à prime abord d'une "histoire des concepts". Il faut pourtant se garder d'y voir une sorte d'historicisme inavoué, qui chercherait à démasquer, sous la patine des grandes notions de la pensée politique, le jeu des rapports de force et des distorsions idéologiques. Retracer les investissements pratiques qui ont déterminé certaines notions ou certains concepts, cela n'équivaut pas à leur refuser toute valeur, ou à les ramener à une superstructure illusoire. Si le présent ouvrage nourrit une ambition critique, c'est en un sens plus "kantien", comme invitation à la retenue et la prudence. Il s'agira plutôt, dans le cas qui nous intéresse ici, de comprendre comment une distinction qui nous paraît bien familière a pu donner prise, dans un contexte historique précis, à des appropriations contradictoires, comment elle a su contenir des possibilités d'énonciations politiques opposées. Par là, ce sont les conditions d'un usage réflexif non seulement de cette distinc-

tion légalité / légitimité, mais des concepts politiques en général, que l'on souhaite éclairer.

Cette distinction légalité / légitimité est aujourd'hui d'usage courant, autant chez les journalistes que chez les sociologues, autant chez les politiciens que chez les simples citoyens. Inutile de préciser davantage sa teneur ou la place qu'elle occupe au sein de la *doxa* politique. Il suffit de constater qu'elle prend le plus souvent la forme d'une dichotomie évidente, massive. Elle exprime une contradiction intuitivement ressentie entre deux formes d'impératifs ou, si l'on préfère, entre deux normes de nature et d'origine différentes : d'un côté, une règle juridique, écrite, positive et impersonnelle, qui autorise ou proscrit une conduite donnée ; de l'autre, une norme "éthique" (morale, culturelle ou autre) qui demeure le plus souvent implicite, diffuse, servant de référence à un ensemble assez divers de pratiques. L'actualité politique abonde d'occasions où les deux normes sont amenées à entrer en conflit. Ainsi on entendra qualifié de "légitime" un acte de désobéissance civile, en dépit de son illégalité manifeste. De la même manière, on affublera de l'épithète "illégitime" l'exécution d'une loi jugée discriminatoire, en dépit du fait qu'elle a été édictée suivant les procédures prescrites et qu'elle est appliquée par des agents habilités à le faire. On pourrait voir ici une expression de l'opposition plus fondamentale entre conscience individuelle et raison publique, entre loi morale et loi civile, entre for intérieur et contrainte extérieure. La dichotomie légalité / légitimité recouvrerait, en somme, le conflit pérenne et insoluble qui opposait le tyran Créon à sa nièce Antigone.

Mais peut-être le problème doit-il être formulé dans des termes moins amples et plus spécifiques. À vrai dire, c'est dans la mesure où l'on considère souhaitable (ou nécessaire) une continuité entre les deux registres, qu'un écart entre la légalité d'une action et sa légitimité sera ressenti comme un problème. Ultimement, l'écart de la légalité et de la légitimité présuppose leur convergence ou leur identité au moins virtuelle. Toujours accidentel, l'écart entre la légalité et la légitimité s'éprouve alors

sur le mode du manque et du défaut ; il ne constitue pas un état “normal” de la vie publique. Intuitivement toujours, on attendra de l’ordre légal – les règles régissant l’interaction des personnes privées (contrats, obligations) comme les lois encadrant la création du droit objectif (procédure de formation de la volonté politique, séparation des pouvoirs, contrôle de l’administration) – qu’il repose sur certains “principes” fondamentaux, unanimement reconnus, dont il assure plus ou moins fidèlement la réalisation. Sans être forcément calqué sur ces “principes de légitimité”, l’ordre légal paraît néanmoins en tirer sa force normative, sa “validité” et son “autorité”. Le plus souvent, la dichotomie légalité / légitimité exprime une relation de subordination et de conformité du premier terme au second. « Un pouvoir est légitime, écrivait Guglielmo Ferrero, quand les procédés employés pour l’attribuer d’abord et pour l’exercer ensuite sont conformes à ces principes et aux règles qu’on en a tirées. C’est cette conformité, et non le jugement sur l’efficacité, qui établit le droit de commander ; parce qu’elle est une “constante” vérifiable sans trop de difficulté »<sup>1</sup>. D’où résultera le sentiment d’une *crise de légitimité* chaque fois que l’ordre légal fait valoir des impératifs qui contredisent les “principes” censés lui assurer son fondement ou, plus simplement, à chaque fois qu’une disjonction se laisse sentir entre les conséquences des règles positives et la « représentation partagée d’un ordre légitime », pour emprunter cette fois les mots de Max Weber. L’élection de George W. Bush à la présidence des États-Unis en novembre 2000, à la suite d’un vote extrêmement serré, de multiples allégations d’irrégularités et d’un recomptage judiciaire, présente un bel exemple de ce genre d’événements critiques, au cours desquels se déchire momentanément la continuité organique, non problématique, entre la légalité et la légitimité.

L’ouvrage que l’on s’apprête à lire n’aborde ces questions que d’une manière indirecte et incidente. Il se présente avant

---

1 Guglielmo Ferrero, *Pouvoirs. Les Génies invisibles de la Cité*, New York, Brentano’s 1942, p. 149.

tout comme un exercice d'histoire des idées et des concepts. Il ne s'agira guère, dans les pages qui suivent, d'envisager de manière générale la nature du rapport entre la légalité et la légitimité, d'en déterminer les conditions de possibilité et les limites – en se demandant par exemple : « à quelles conditions un ordre légal peut-il être légitime ? » ou encore, plus simplement « qu'est-ce que la légitimité politique ? »<sup>2</sup> – mais plutôt de dégager certains moments significatifs dans la mise en place de ce couple conceptuel, tel qu'il se présente aujourd'hui instinctivement à notre intelligence politique. À l'origine de ce travail se trouve un constat : la distinction de la légalité et de la légitimité est intimement liée au devenir du constitutionnalisme moderne, c'est-à-dire à un certain mode de figuration du pouvoir, de sa nature et de sa fonction, qui s'est imposé dans le sillage des grandes révolutions de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. N'entendons pas seulement par là que l'élaboration du couple légalité / légitimité s'inscrit à l'intérieur de l'histoire de l'État constitutionnel, qu'il prend part à celle-ci à l'instar, par exemple, de la responsabilité ministérielle ou du contrôle de constitutionnalité. Entendons aussi *et surtout* que la trajectoire suivie par le couple légalité / légitimité s'est révélée structurante pour toute cette histoire, qu'elle en a commandé certains des développements les plus décisifs, et qu'elle continue aujourd'hui à le faire. La possibilité même de distinguer la légalité de la légitimité définit, en réalité, un certain type de "régime", au sein duquel le pouvoir perd sa matérialité, sa localisation empirique, et devient en quelque façon « désincorporé ».<sup>3</sup> Elle présuppose, en somme, un long travail de formalisation, de rationalisation et de désintringation de l'activité étatique. Un travail au terme duquel quelque chose comme "la politique" en est venue à se circonscrire, à s'autonomiser et à revêtir la forme d'un processus conflictuel qui, bien que minimalement réglé, n'en demeure pas moins suspendu à une indétermination dernière, privé de tout

---

2 Jean-Marc Coicaud cherche, entre autres choses, à répondre à ces questions dans son livre *Légitimité et politique* (Paris, P.U.F. 1997).

3 Claude Lefort, *Essais sur le politique. XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, Seuil 1986, pp. 25-30.

garant extérieur. Derrière une distinction qui paraît familière, voire rabâchée, et que l'on croise souvent au sein des discours politiques ambiants, ce n'est rien de moins que la configuration moderne du politique qui se donne à interroger.

La présente étude entend donc saisir l'évolution du constitutionnalisme moderne par le truchement de cette relation protéiforme entre légalité et légitimité. Plutôt que d'effectuer une mise en forme sophistiquée de la discursivité politique actuelle (ce que Constant appelait autrefois « la masse des opinions établies »), de façon à en préciser les implications normatives, elle cherchera à rendre compte du mouvement historique suivant lequel ces discours se sont constitués et ont acquis l'évidence qui est aujourd'hui la leur. Si on devait qualifier cette démarche en quelques mots, il serait sans doute possible de lui accoler le terme de "généalogie", à condition cependant d'ajouter deux précisions quant au niveau d'analyse privilégié.

1. D'abord, il faut insister sur le fait que l'histoire des notions et des idées ne peut pas rester étrangère à une histoire des "régimes" et des institutions politiques empiriques. Les deux projets de connaissance paraissent étroitement solidaires, voire indissociables. Pour autant, il ne s'agit d'incorporer des éléments de contexte, comme une sorte de "valeur ajoutée", à une généalogie conceptuelle qui se suffirait autrement à elle-même. Ou encore, de prêter aux idées et aux concepts un pouvoir structurant démesuré sur les institutions et sur les pratiques politiques empiriques. Le présent travail repose sur une prémisse moins substantielle, plus modeste : il s'agit de prendre acte de l'incapacité dans laquelle se trouve l'observateur (savant ou historien) de trancher entre ce qui relève des "idées" et ce qui relève des "institutions". Nul besoin, pour cela, d'évoquer quelque cas-limite où un penseur a exercé une influence déterminante sur la vie politique de son temps – ou, à l'inverse, de postuler une détermination de la pensée politique par les institutions qui l'enveloppent. Il suffit simplement de souligner une double limite à la capacité pour l'observateur de maîtriser son rapport à l'objet qu'il cherche à connaître. D'une

part, il ne peut pas dégager les “idées” de leurs médiations institutionnelles, pour les atteindre dans la vérité pure de leur sens, à moins de céder au fantasme du Savoir absolu. Autrement dit, un observateur contemporain ne peut pas faire comme s’il abordait la *République* de Platon pour la première fois, *sans connaître déjà quelque chose* de la cité grecque, sans un ensemble de connaissances et de préjugés, un ensemble parfois opaque mais essentiel à toute compréhension. Les “idées” nous parviennent toujours médiatisées par les multiples contextes (matériels, littéraires, intellectuels) au contact desquels elles se sont articulées et réarticulées, à l’épreuve desquelles elles ont survécu ou se sont désagrégées.

D’autre part, il serait parfaitement futile pour l’observateur de décrire le développement d’une institution concrète (le Sénat, par exemple) en cherchant à faire abstraction de toutes les catégories, concepts et définitions que la tradition de la pensée politique a charriés jusqu’à lui (la séparation des pouvoirs, la loi comme expression de la volonté générale, etc.). La démarche serait non seulement contre-productive, inefficace, mais aussi, en toute rigueur, impossible puisque le regard de l’observateur est toujours orienté, *qu’il le veuille ou non*, par des questions, des attentes commandées à distance par les catégories, concepts et définitions en question. On ne peut effectuer une analyse institutionnelle de la cité grecque sans passer par les notions forgées par Platon, par Aristote, par Montesquieu ou par Constant – même si c’est pour les critiquer et les rejeter. À le faire, on refoule des déterminations dont les effets se révéleront d’autant plus puissants qu’ils seront délibérément ignorés. Il s’agit, en somme, de tout autre chose que d’un face-à-face muet entre le savant et son objet. On pourrait sans doute employer le terme de “cercle herméneutique” pour décrire cette limite méthodologique. En tout cas, cette limite permet paradoxalement de dépasser la posture de l’antiquaire, puisqu’elle force à prendre conscience de l’enracinement de qui observe dans l’histoire d’un “régime”, d’un ensemble d’institutions, d’une forme politique enfin, qu’il serait vain de nier.

II. Ensuite – et c’est ce qui permet de parer au reproche d’“idéalisme” que l’on adresse volontiers à ce genre de généalogie conceptuelle – il faut souligner la dimension pragmatique des concepts et des notions que l’on se propose ici d’analyser. Il est dans la nature des idées politiques de voir leur signification suspendue à une suite d’investissements pratiques, d’inflexions et d’appropriation, de la voir en somme se déplacer au gré de rapports de force et des conflits. On répondra peut-être que c’est le sens proprement “nietzschéen” de la démarche généalogique que de chercher dans son matériau la trace des conquêtes et des luttes souterraines dont il a été l’objet. Soit ! Mais il ne s’agit pas pour autant de ramener les idées étudiées à de simples “positions” partisans, ou de les réduire à ce qu’on appelait jadis leur “fonction idéologique”. La démarche généalogique proposée ici repose sur une autre caractérisation des idées politiques, une caractérisation moins statique, plus souple. Au risque de paraître téméraire, on affirmera que la nature politique d’un concept ne tient pas au fait qu’il soit mis au service d’un objectif jugé lui-même “politique”, ou encore qu’il s’applique à un objet considéré a priori comme “politique” (le Prince, la Cité, l’État). Au contraire, il acquiert sa valeur politique lorsque sa signification elle-même devient l’enjeu d’un conflit qu’il paraît impossible de résorber ou d’épuiser au moyen d’un simple travail de définition. On empruntera à Böckenförde le terme suggestif de *Schleusenbegriff* (“notion-sas”)<sup>4</sup> afin de caractériser ce type de concepts qui ne se laissent pas fixer, qui demeurent ouverts à l’afflux de conceptions concurrentes et qui, pour cette raison, en viennent à cristalliser de puissants antagonismes. Ce qui est politique au sens éminent, c’est donc toujours le conflit des interprétations, le conflit sur le sens d’une notion ne disposant pas en elle-même de sa propre mesure et, du coup, soumise en permanence au travail de l’indétermination. Aussi éloignée du commentaire philosophique que de l’analyse des idéologies, la généalogie conceptuelle s’attache avant tout à la

---

4 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Naissance et développement de la notion d’État de droit”, in : *Le Droit, l’État et la constitution démocratique*, trad. O. Jouanjan, Paris, L.G.D.J. 2000, p. 127 sq.

description d'un certain régime de production et de réception des idées.

\* \* \*

Ni “antiquaire” ni “idéaliste”, la présente investigation se concentre sur un court segment de la trajectoire historique empruntée par la distinction légalité / légitimité : l'expérience critique de la république de Weimar. Et c'est en ce sens qu'elle souhaite apporter une modeste contribution au renouveau qui anime présentement l'historiographie weimarienne et tout particulièrement l'analyse de la doctrine constitutionnelle de la première république allemande. Les travaux imposants de Stolleis<sup>5</sup> et de Gusy<sup>6</sup>, ainsi que l'anthologie publiée par les soins de Bernhard Schlink et Arthur Jacobson<sup>7</sup>, ont dressé un panorama impressionnant de la « conversation weimarienne » (Gunnell) ; ils ont permis de prendre la mesure de la richesse de la pensée constitutionnelle sous la république de Weimar, de sa sophistication théorique et du grand intérêt des controverses qui l'animaient. Parallèlement, nous avons vu au cours des dernières années se multiplier les monographies spécialisées, traitant d'un aspect précis, d'une controverse ou d'un auteur – études souvent admirables, guidées par un souci de précision historique et d'érudition.<sup>8</sup>

---

5 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, München, Beck 2002.

6 Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1997.

7 Arthur J. Jacobson / Bernhard Schlink (dir.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press 2000.

8 Entre autres Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, Duke University Press 1997 ; Olivier Beaud, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes et cie 1997 ; Jean-François Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Paris, E.N.S. 2002 ; Ellen Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press 2004.

Mais à ce renouveau historiographique se greffe parfois la tentation d'invoquer les « spectres de Weimar »<sup>9</sup> et de tracer des parallèles simplificateurs entre une république assiégée de toutes parts et la situation actuelle (laquelle serait caractérisée par le postmodernisme, la montée des extrémismes, le “fait du pluralisme” et les difficultés du libéralisme politique). La présente investigation souhaiterait, pour sa part, établir un rapport plus dégagé à l'expérience de Weimar. Si celle-ci mérite d'être considérée comme une étape décisive dans le devenir de l'État constitutionnel, c'est surtout parce qu'elle exprime une « crise de la modernité classique »<sup>10</sup> au cours de laquelle un certain nombre d'inquiétudes inhérentes aux paradigmes modernes de l'autonomie vont se radicaliser et donner naissance à des efforts théoriques dont la force de rupture se ressent encore aujourd'hui. Ainsi les historiens contemporains parlent-ils volontiers d'un “moment Weimar” pour désigner ce mouvement de ressac et d'incertitude, qui a entraîné la dislocation des grandes synthèses intellectuelles héritées du XIX<sup>e</sup> siècle. En ce qui a trait plus spécifiquement à l'objet de la présente enquête, il convient d'insister surtout sur la mise en échec du modèle du gouvernement représentatif, sur le brouillage de la distinction État / société civile et sur l'apparition de régulations incompatibles avec l'idéal légicentrique.

Toutefois, en dépit de tous les efforts de justification qu'il est possible de déployer, le choix d'un segment précis au sein d'une trajectoire historique plus vaste dépend, en bout de ligne, d'une décision arbitraire du chercheur et du caprice de ses intérêts de connaissances. Dans notre cas, ce choix s'est imposé au hasard de la lecture superposée de deux textes.

Le premier, œuvre d'un jeune constitutionnaliste, paraît dans la revue de gauche *Die Gesellschaft* en juin 1932, alors que la capitale allemande est au bord de la guerre civile. C'est un arti-

---

9 David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press 1997, p. xi.

10 Detlev Peukert, *La République de Weimar. Années de crise de la modernité*, trad. P. Kessler, Paris, Aubier 1995.

cle qui propose une analyse audacieuse de la crise constitutionnelle que traverse la République, au prisme de l'opposition légalité / légitimité. L'article porte précisément le titre "Légalité et légitimité" et son auteur s'appelle Otto Kirchheimer (1905-1965), un élève et un ami de Carl Schmitt. Tout en défendant une position "légaliste" similaire à celle de ses confrères plus âgés<sup>11</sup>, le jeune Kirchheimer montre que la subordination de la légalité parlementaire à un principe de légitimité – une stratégie de plus en plus courante au sein de la doctrine constitutionnelle de l'époque – ne procède pas simplement d'une erreur théorique ou méthodologique, mais obéit en réalité à un plan délibéré de démantèlement de la constitution de Weimar. C'est un diagnostic remarquable en ce qu'il conjugue l'aplomb du positiviste avec une réflexivité de type sociologique, soucieuse de mettre en lumière les facteurs structurels travaillant à l'érosion de l'ordre constitutionnel. Tout en référant explicitement à Max Weber, l'objectif premier de Kirchheimer est d'engager un dialogue critique avec son mentor Carl Schmitt.

Quelques semaines plus tard, au mois de juillet 1932, c'est au tour de Schmitt (1888-1985) de publier chez l'éditeur berlinois Duncker & Humblot une brochure, elle aussi intitulée *Légalité et légitimité*. Dans ce petit ouvrage, le juriste précise sa position face à la constitution de Weimar, met en garde contre une compréhension étroitement légaliste de celle-ci et invite finalement à l'abandon du "système de la légalité" au profit d'une légitimité "supralégale". Pour Schmitt également, la référence à Max Weber paraît incontournable, et une lecture même distraite de son œuvre antérieure (au moins depuis 1919) montre combien la démarche wébérienne est importante pour la définition de sa propre ambition théorique. À mieux dire, il apparaît que toute la compréhension schmittienne du rapport entre légalité et légitimité se déploie dans une opposition plus ou moins explicite à la *Herrschaftssoziologie* wébérienne, telle qu'on en trouve la formulation achevée dans le troisième chapitre (portant l'intitulé "Les types de domination") du premier volume de

---

11 Infra, p. 376 sqq.

## Introduction

ce labyrinthe déroutant qu'est *Économie et société*. Une étrange filiation théorique semble alors se dessiner entre les textes de Max Weber, de Carl Schmitt et d'Otto Kirchheimer, et c'est celle-ci que le présent travail s'attachera à explorer.

\* \* \*

Une façon commode de retracer le déploiement de la dichotomie légalité / légitimité sous la république de Weimar consiste donc à suivre la transformation du vocabulaire "sociologique" de Max Weber et son investissement dans l'analyse politico-constitutionnelle. C'est cette voie qu'il s'agira d'emprunter dans les pages qui suivent.

Offrant un jeu de notions et d'idéaltypes dans lequel pourront puiser ses successeurs, la sociologie wébérienne de la domination servira ici de point de départ. L'œuvre de Weber fait tenir ensemble une masse immense de matériaux empiriques et un goût immodéré pour les définitions tranchées ; pour cette raison, elle offre à ses lecteurs de nombreuses prises pour la retourner. Ceci vaut particulièrement pour la sociologie de la domination, qui a donné lieu, au fil des années, à une profusion d'interprétations et de réappropriations contradictoires. Il ne convient évidemment pas de retracer la dispersion de tous les "effets" de l'œuvre de Weber, ni d'entrer dans les querelles d'exégètes qui surgissent périodiquement à son propos. Ce qui fait l'intérêt de la *Herrschaftssoziologie* pour notre questionnement, c'est qu'elle place en son centre un concept de légitimité rigoureusement formel, qui vise à décrire les propriétés structurales de tout pouvoir politique et qui, par conséquent, s'affranchit de ce qui semblait jusqu'alors en constituer le complément nécessaire : la catégorie de l'illégitimité. Max Weber introduit ainsi une rupture par rapport à la compréhension, jusque-là dominante, de la légitimité comme "droit de gouverner". Et c'est en regard de cette rupture que vont devoir prendre position, consciemment ou non, ceux qui voudront faire fructifier l'héritage wébérien.

Il est possible d'interpréter l'œuvre de Carl Schmitt entre 1919 et 1933 – qui répond toujours plus ou moins explicitement à la crise de l'ordre constitutionnel républicain – comme une reformulation ou, mieux, une *déformation contrôlée* de la sociologie wébérienne de la domination. La position adoptée par Schmitt face à la rupture wébérienne est complexe, et cette complexité se reflète dans la méthode décisionniste adoptée par le juriste. D'une part, Carl Schmitt accepte globalement le niveau d'analyse que propose la *Herrschaftssoziologie* : celui de la "direction administrative" et des dispositifs concrets assurant le fonctionnement d'un groupement de domination – c'est ce que nous appellerons le "décisionnisme restreint".<sup>12</sup> Mais, d'autre part, Schmitt refuse avec la dernière énergie le formalisme et la "neutralité" qui caractérisent le concept wébérien de légitimité. Définir la légitimité comme une qualité inhérente à toute forme de domination, cela ne permet guère en effet d'imputer la faillite d'un ordre constitutionnel à une *crise de légitimité*. Pour honorer cette exigence, pour convertir la théorie wébérienne en une "pensée de la crise", le juriste doit prêter à la légitimité une puissance d'homogénéisation que lui refuse le sociologue de Heidelberg. Plus exactement, il doit faire de la légitimité la manifestation d'une force élémentaire dont on ne peut rendre compte qu'à partir d'une anthropologie générale du politique. Tout au long de la république de Weimar, Carl Schmitt va être conduit à dégager complètement le concept de légitimité du cadre (trop étroit) de la sociologie comparative de Weber, pour l'assimiler d'abord à l'effectivité d'un "mythe" grandiose, ensuite aux représentations hégémoniques propres à certains "secteurs dominants" (théologie, métaphysique, morale, économie).

En dépit de ses traits idiosyncrasiques, la compréhension schmittienne du rapport entre légalité et légitimité se révèle moins insolite qu'elle le semble à prime abord. De nombreuses similitudes existent en effet entre les positions de Carl Schmitt et celles des autres protagonistes du mouvement antipositiviste

---

<sup>12</sup> Infra, p. 75 sqq.

qui traverse la théorie constitutionnelle (*Staatslehre*) weimarienne (Rudolf Smend, Heinrich Triepel, Hermann Heller, Erich Kaufmann, etc.), même si, comme on le verra, d'importants points de divergence subsistent.<sup>13</sup> En outre, face au blocage institutionnel de l'été 1932, c'est une compréhension foncièrement similaire à celle de Schmitt que vont adopter les constitutionnalistes – et ils seront nombreux – prêts à envisager une suspension de la légalité constitutionnelle dans le dessein de « sauvegarder la constitution » (tel Johannes Heckel).<sup>14</sup> Mais si la compréhension schmittienne se révèle moins excentrique qu'elle n'y paraît, c'est aussi *et surtout* parce qu'elle est *le symptôme* d'une déformalisation de la légalité constitutionnelle, au profit du pouvoir exécutif et d'une bureaucratie étatique de plus en plus autonomisée. Voilà du moins la thèse provocatrice que, récupérant et réorganisant les catégories wébériennes, le jeune Kirchheimer va chercher à opposer à son mentor. Décrivant la décomposition du régime de Weimar comme le déchaînement d'une contradiction mortelle entre, d'une part, une légalité strictement formelle et, de l'autre, une légitimité substantielle (plus riche, plus politique) Carl Schmitt croyait atteindre une hauteur de vue permettant de formuler l'alternative décisive de son époque : légalité ou légitimité. Or, en réalité, sa “pensée de la crise” ne faisait que refléter, sans la réfléchir, la dialectique de l'infléchissement autoritaire et de la dispersion du pouvoir étatique<sup>15</sup> qui conduisit la république de Weimar à l'abîme.

Le présent ouvrage entend suivre un développement général divisé en trois temps. Il cherchera d'abord à clarifier la compréhension wébérienne de la légitimité, en examinant son enracinement au sein d'une vaste sociologie historique comparée. On cherchera, dans un premier temps, à faire ressortir le rôle taxi-

---

13 *Infra*, p. 137 sqq.

14 Cf. Stefan Koriath, “Rettung oder Überwindung der Demokratie. Die Weimarer Staatsrechtslehre im Verfassungsnotstand 1932/33”, in : C. Gusy (dir.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos 2000, p. 520. Cf. *infra*, p. 352 sq.

15 D. Peukert, *La République de Weimar*, op. cit., p. 265.

nomique auquel Weber réduit la catégorie de légitimité, par opposition aux approches qui lui confèrent un pouvoir de justification ou une fonction d'intégration sociale. Ce réaménagement conceptuel n'est certes pas sans induire un déplacement dans la façon dont la "normativité" inhérente au concept de légitimité peut s'exprimer – et c'est d'ailleurs là l'enjeu de l'étrange "positivisme" que l'on a souvent décelé chez Max Weber. Partant de là, il s'agira de montrer comment Carl Schmitt parvient, à l'occasion de ses premiers travaux, à opérer une *déformation contrôlée* de cet étrange "positivisme". Une déformation, comme on le verra, qui procède par étapes successives. Ainsi, si l'œuvre weimarienne de Carl Schmitt s'inscrit bien à l'enseigne du décisionnisme, il faudra en dégager au moins deux moutures distinctes, chacune exprimant une position particulière face à l'entreprise wébérienne. D'abord, un décisionnisme "restreint", qui reconnaît le caractère autonome de la décision, qui porte attention exclusivement au travail des médiations concrétisant les normes générales, et qui peut passer pour un prolongement hétérodoxe de la problématique wébérienne. Ce décisionnisme "restreint" trouve sa pleine mesure dans la critique du normativisme et dans la théorie de la souveraineté, auxquels se consacre Schmitt pendant les premières années de la république de Weimar. Or, à côté de ce premier décisionnisme, et se substituant progressivement à lui, se met en place ce qu'il faut bien nommer un décisionnisme "généralisé". Arrimé à une compréhension existentielle du politique et à une anthropologie radicale, ce nouveau décisionnisme s'adosse à une compréhension globale du monde humain et de son historicité, une ambition synoptique par laquelle l'antipositivisme de Schmitt se distingue nettement de celui, plus traditionnel, partagé par ses collègues constitutionnalistes, comme lui conservateurs et hostiles aux institutions républicaines.

À chacun de ces deux "décisionnismes" – le premier "restreint" et le second "généralisé" – correspond une certaine compréhension de la légitimité, dirigée plus ou moins ouvertement contre le régime de Weimar. La première, mise d'emblée au service d'une critique du parlementarisme libéral, envisage la

légitimité selon une logique de l'identité et de l'acclamation, et rapporte son efficacité à celle d'un "mythe" grandiose. La seconde, plus ambitieuse et plus sophistiquée, fait intervenir un récit des transformations de l'État moderne, renvoyant la légitimité aux exigences et aux représentations propres à un "secteur dominant" donné (théologique, moral, économique, etc.). Schématiquement, on dira donc que l'œuvre weimarienne de Schmitt oscille entre ces deux manières de poser le problème de la légitimité, et c'est à examiner les termes propres à chacune d'elle que sera consacrée la partie centrale du présent ouvrage.

Toujours suivant la filière de l'œuvre schmittienne, la troisième et dernière section exposera en détails la façon dont la dichotomie légalité / légitimité, s'est trouvée investie dans les discussions politiques des dernières heures de la République, entre l'été 1932 et les premiers mois de l'année 1933. Nous examinerons d'abord le diagnostic par lequel Schmitt vient à conclure à l'autodestruction du "système de la légalité", un diagnostic qui se formule pour l'essentiel comme un constat d'échec du légicentrisme. Ce qui retient l'attention de Schmitt en 1932, c'est l'incapacité de la loi à organiser efficacement l'exercice de la domination à "l'ère de la technique", ainsi que les effets catastrophiques qu'elle produit au sein des pouvoirs de l'État. En complément à ce diagnostic, Carl Schmitt va rechercher les traces d'une légitimité supérieure, massive, encore intacte et susceptible de faire valoir ses droits contre un système de la légalité moribond : légitimité substantielle incarnée dans un ensemble de droits fondamentaux, légitimité plébiscitaire du président, légitimité d'un exécutif qui dispose encore d'un vaste pouvoir de décision. Cette opposition tranchée entre une légalité dysfonctionnelle et une légitimité qui, inentamée, la surplombe va devenir à l'été 1932 un puissant levier dans les mains de ceux qui estiment que la constitution de 1919 a fait son temps. Notre investigation s'achèvera sur une analyse des arguments que Kirchheimer oppose à ce divorce de la légalité et de la légitimité. Face aux positions défendues par Schmitt et par les tenants d'une suspension de la constitution, Otto Kirchheimer développe ce qu'on appellera un "légalisme

défensif”, analogue sous plusieurs rapports au “positivisme” de Weber, partageant notamment avec lui une même compréhension de la relation légalité-légitimité, mais plus disposé à en tirer les conséquences sur le plan politique.<sup>16</sup>

---

16 Lorsque des traductions françaises existent, nous avons choisi de les citer, en les amendant au besoin. Contrairement à l’usage actuellement en vogue, notamment chez certains traducteurs francophones et anglophones de Weber, nous croyons qu’il existe quelque chose comme un “privilège de la première traduction”, et que les entreprises de retraduction (qui peuvent parfois être parfaitement justifiées) doivent reconnaître ce qu’elles doivent au travail de leurs prédécesseurs. Lorsque le texte n’existe qu’en langue originale (allemand ou anglais) nous donnons notre propre traduction. Nous en appelons ici à l’indulgence du lecteur si certains choix terminologiques lui paraissaient douteux ou erronés : il ne s’agit pas de suppléer à des traductions encore inexistantes, mais seulement de rendre accessibles les éléments textuels susceptibles d’appuyer notre propos.

Section 1  
Héritages de Max Weber

*“This page left intentionally blank.”*

## Chapitre 1

### Le positivisme inquiet de Max Weber

Par un singulier paradoxe, la réception très large dont a bénéficié le concept wébérien de légitimité n'a guère contribué à sa lisibilité. Ce concept baigne aujourd'hui dans une familiarité trompeuse : à mesure même que se confirme son statut de classique, son opacité s'accroît. Le ressort de ce paradoxe est en réalité fort simple. Tant les sciences sociales actuelles que les théories politiques à prétention normative – où la notion de légitimité intervient comme un point d'imputation dans un raisonnement causal, ou bien dans une entreprise de justification des normes – ne parviennent à intégrer les apports du concept wébérien qu'au prix d'une remarquable méconnaissance de son contenu propre et *de la fonction très singulière qu'il assure dans le projet d'ensemble de Weber*. Ne percevant guère le fossé qui sépare leur programme de recherche respectif de celui formulé par Weber au début du siècle dernier, les travaux contemporains ont tendance à discuter les concepts wébériens en supposant une parfaite homogénéité sémantique, sans imaginer un instant qu'un effort de *traduction* (ou de reconstruction) soit nécessaire. De sorte qu'il est facile, en partant de là, de congédier la problématique wébérienne de la légitimité au motif de son inutilité – soit en invoquant son faible pouvoir explicatif, soit en déplorant son “refus du cognitivisme moral”, qui ferme la voie à toute perspective de “fondation des normes”.

Les pages qui suivent s'attachent à examiner les termes dans lesquels Weber a entrepris de poser le problème de la légitimité. Plus spécifiquement, nous voudrions montrer que la façon dont Weber développe son concept de légitimité, la place qu'il lui réserve dans son travail de comparatiste, ainsi que son effort pour l'articuler à une compréhension du droit souvent qualifiée de “positiviste” expriment une transformation silencieuse de la

“grammaire” de la théorie constitutionnelle. Anticipant quelque peu sur les chapitres suivants, il s’agit d’observer de quelle manière cette thématization de la légitimité ouvre une voie inédite et assurément féconde, dans laquelle va pouvoir s’engager une réflexion sur l’État constitutionnel que la crise de la république de Weimar va rendre inévitable. Voilà qui suppose avant toute chose de *restituer la distance* qui sépare les théorisations wébériennes des préoccupations scientifiques actuelles, de façon à en retrouver la singularité.

L’étrangeté, l’aspect sans doute un peu baroque des termes dans lesquels Weber formule le problème de la légitimité apparaît nettement lorsque l’on s’efforce de repérer l’inscription de ce problème dans le dessein général d’*Économie et société*. Depuis 1904-1905 – c’est-à-dire depuis *L’éthique protestante et l’“esprit” du capitalisme* – l’objectif central des travaux de Max Weber a été d’apprécier l’impact des dispositions éthiques spécifiques à chacune des religions dites “universelles” sur le développement des pratiques économiques, et plus précisément sur la constitution d’une forme bien précise de conduite : le capitalisme occidental, rationnel, continu et centré sur la “profession” (*Beruf*). Ce faisant, engagé dans une histoire comparative à la fois extrêmement vaste et d’une positivité obsessionnelle, Weber fut conduit à envisager plus systématiquement la façon dont, en fonction de diverses “conduites de vie”, certaines pratiques se décantaient et s’autonomisaient les unes par rapport aux autres. La différenciation et le verrouillage des “ordres de vie”, qui semblaient d’abord l’apanage du capitalisme occidental, Weber est amené à les repérer à l’intérieur de différentes sphères de pratiques (politique, scientifique, érotique, esthétique, etc.), chacune tendant à se déployer selon une logique intrinsèque spécifique (*innere Eigengesetzlichkeit*). Dès lors, la sociologie wébérienne, dont le résultat provisoire est consigné dans l’*opus postumum* *Économie et société*, s’attachera à décrire comment la rationalisation des conduites de vie s’est accompa-

gnée d'une prise de conscience des tensions et des conflits croissants entre ces différentes logiques.<sup>1</sup>

## La légitimité, de l'ordre à la domination

L'usage aujourd'hui très répandu du vocabulaire wébérien pour aborder le problème de la légitimité tend à occulter un fait essentiel : Weber n'a jamais cru bon de définir la légitimité *comme telle*. La "légitimité" en tant que terme autonome n'apparaît pas dans les milliers de pages que compte *Économie et société*<sup>2</sup> ; à strictement parler, elle se retrouve toujours déclinée sous la forme d'un adjectif, soit dans le concept d'"ordre légitime", soit dans celui, plus fréquent, de "domination légitime". C'est un point sur lequel il faut insister, car il est révélateur de l'abandon délibéré, de la part de Weber, des problématiques classiques du "droit de gouverner", où le terme de "légitimi-

---

1 Le passage d'une problématique exclusivement centrée sur l'émergence du capitalisme rationnel à une ambition théorique plus vaste visant à rendre compte de la rationalisation occidentale dans ses multiples configurations est exposé par Wolfgang Schluchter dans *The Rise of Western Rationalism. Max Weber's Developmental History* (trad. G. Roth, Berkeley, University of California Press 1981, p. 9). En ce qui concerne le texte de Weber comme tel, c'est sans doute dans la "Vorbemerkung" de 1920 qui ouvre le massif des *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* que cet élargissement de la problématique originale est reconnu le plus expressément. Quoi qu'il en soit, cet avant-propos possède, comme le soulignait Catherine Colliot-Thélène, un statut épistémologique incertain, et l'on peut légitimement se demander s'il s'inscrit ou non sur le même plan d'intelligibilité que les essais qu'il introduit. Quant à la question de savoir si la rationalisation constitue bel et bien le "thème central" de l'œuvre de Weber – ce que conteste vigoureusement Wilhelm Hennis, par exemple – il ne nous revient pas ici d'y répondre (W. Hennis, *La Problématique de Max Weber*, trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, P.U.F. 1997, p. 42 sqq.).

2 Dans la toute première édition de *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), le chapitre v du troisième livre portait le titre "*Legitimität*". On ne sait pas si le titre était de Max Weber lui-même. Dans les éditions subséquentes, Johannes Winckelmann va donner à ce court chapitre un titre plus adéquat à son contenu réel ("La discipline et la réification des formes de domination"), pour l'intégrer ensuite à celui sur le charisme ("Le charisme et ses transformations", seconde partie, ch. IX, sec. 5).

mité” vient exprimer un rapport entre le pouvoir “de fait” et un principe censé le “fonder” – selon des modalités les plus diverses (autorité paternelle, consentement, réalisation du bien commun). Le type d’intelligibilité revendiquée par Weber pour les sciences historiques suppose, en effet, l’impossibilité de départager entre de tels “principes” et leur articulation en une constellation de faits et de représentations. À ceux qui voudraient pouvoir appréhender la légitimité comme un élément normatif distinct, en surplomb par rapport aux pratiques sociales quotidiennes, le sociologue oppose l’idée d’une intrication essentielle entre les deux niveaux. C’est précisément cette intrication qui permettra à l’entendement sociologique de trouver un point d’entrée scientifiquement valable.

Un premier versant de la problématique wébérienne de la légitimité est développé dans le texte *Concepts sociologiques fondamentaux*.<sup>3</sup> Seul segment d’*Économie et société* dont le caractère définitif ne fait aucun doute, ce texte expose avec un schématisme des plus austères les grandes distinctions conceptuelles qui devront guider le travail d’analyse du sociologue. Au § 5, Weber indique d’emblée que « l’activité sociale [...] peut s’orienter, du côté de ceux qui y participent, d’après la *représentation* de l’existence d’un *ordre légitime*. La chance que les choses se passent réellement ainsi, nous l’appelons *validité* de l’ordre en question ». <sup>4</sup> Le terme allemand *Ordnung* employé ici indique à quel niveau de généralité la définition se situe : elle n’implique pas encore l’idée d’un commandement (*Befehl*), donc d’un *ordre* au sens impératif, mais plutôt ce qu’il convient d’appeler un “agencement”, une forme d’interaction dans laquelle l’effet réciproque des participants les uns sur les autres n’est pas encore traversée par la dimension verticale du pouvoir.

L’apparition de cette notion d’*ordre légitime* suppose bien sûr qu’un pas a été franchi par rapport au niveau des motivations élémentaires de l’action sociale, que Weber décrit au

---

3 “Soziologische Grundbegriffe”, ch. I, 1<sup>er</sup> livre de WuG (pp. 1-30).

4 WuG, p. 16 [ES, p. 64].

moyen de sa célèbre typologie du paragraphe 2 des *Soziologische Grundbegriffe* : une conduite peut être orientée (1) selon la tradition, (2) suivant des affects et des sentiments, (3) de façon rationnelle suivant certaines valeurs données, (4) ou selon la stricte rationalité instrumentale (utilité marginale).<sup>5</sup> Par rapport à ces motivations qui orientent d'ordinaire la conduite des acteurs sociaux, la représentation d'un ordre comme légitime introduit, à n'en pas douter, une sorte de "supplément". Aussi, poursuit Weber, « c'est un fait que l'orientation de l'activité d'après un ordre a normalement lieu, chez les participants, pour des motifs très divers. » Il ajoute : « Cependant le fait que, à côté des autres motifs, l'ordre apparaît au moins à une partie des agents comme exemplaire ou obligatoire, et par conséquent comme devant valoir, accroît naturellement la chance qu'on oriente l'activité d'après cet ordre ». <sup>6</sup> Cette disposition supplémentaire – « le prestige de l'exemplarité et de l'obligation, nous voulons dire la "légitimité" » <sup>7</sup> – Weber l'envisage dans le prolongement de sa typologie des formes d'action sociale. Aux quatre types de motivations susceptibles d'orienter significativement l'action sociale viennent donc, en toute logique, se greffer quatre représentations typiques, en vertu desquelles les participants peuvent accorder une légitimité à l'ordre dont ils participent : (1) la représentation de ce qui a toujours été ; (2) une croyance d'ordre affectif, émotionnel (une révélation) ; (3) la représentation de ce que l'on estime être quelque chose d'absolu en soi ; (4) la légalité d'une disposition (*Satzung*) ou d'une décision correctement édictée. <sup>8</sup>

En traduisant dans un registre idéal les éléments motivationnels qui sous-tendent la conduite des acteurs sociaux, le concept de "représentation" – *Vorstellung* – sert de point de passage entre les deux typologies. Aussi Weber a-t-il soin de souligner l'inscription exclusivement individuelle et singulière des dites "représentations". La représentation d'un ordre comme

---

5 WuG, p. 12 [ES, p. 55].

6 WuG, p. 16 [ES, p. 65].

7 WuG, p. 16 [ES, p. 64]. Les italiques et les guillemets sont de Weber.

8 WuG, p. 19 [ES, p. 72].

“valide”, son devant-valoir (*gelten-sollend*), n’excède jamais la signification que chacun des participants accorde à son comportement respectif, ce qu’on pourrait assimiler, de façon très large, à une “croyance”. Avec ce concept d’“ordre légitime”, le sociologue peut saisir certaines régularités factuelles dans le cours de l’activité sociale – « le déroulement d’une activité qui se répète ou a cours (éventuellement, en même temps) chez de nombreux agents en un *sens visé* typiquement similaire »<sup>9</sup> – non plus simplement en termes de mimétisme ou d’intérêt immédiat (le fait, par exemple, que « les compagnies de déménagement mettent régulièrement une petite annonce dans les journaux à l’époque où les loyers viennent à terme »<sup>10</sup>), mais aussi en remontant à l’activité réflexive et évaluative de ceux qui y prennent part. Une habitude, qui n’était jadis que la réaction à un donné (tel un changement de saison), peut se trouver tout à coup investie d’une “légitimité”, en vertu d’une représentation d’un certain ordre des choses comme devant-valoir. L’ordre légitime, en d’autres termes, prend le relais de ce qui n’était qu’un réflexe comportemental, même si le comportement en question demeure rigoureusement semblable aux yeux d’un observateur extérieur.

Il est inutile de s’attarder ici en détails sur chacune des catégories que Weber expose dans les paragraphes 5 à 7 des *Grundbegriffe*. Il importe plutôt de souligner l’homogénéité qui existe entre celles-ci. La compréhension webérienne de l’ordre légitime procède – cela ne fait guère de doute – d’une simple extension de la typologie des formes d’action sociale (exposée au § 2). Voilà qui peut décevoir un lecteur exigeant. Car s’il n’existe pas de différence formelle entre le niveau de l’action significative (objet de la première typologie) et celui de l’ordre légitime, le problème de la légitimité se confond, en bout de course, avec celui de la figuration, par chacun des individus, d’un agencement de rapports sociaux jugé valide. Réduite

---

9 WuG, p. 14 [ES, p. 61].

10 WuG, p. 16 [ES, p. 64].

strictement à ces termes, la théorie wébérienne de la légitimité semble épuiser rapidement sa puissance analytique.

Or, ce n'est pas à ce premier versant du problème de la légitimité que Max Weber va consacrer l'essentiel de ses efforts. Il ne reviendra guère, à vrai dire, sur cette notion d'ordre légitime, ni dans *Économie et société*, ni dans ses *Essais de sociologie des religions* – ce qui peut sembler étonnant lorsque l'on sait combien l'argumentation wébérienne dépend de la reprise et de l'affinement des concepts au fil d'analyses successives. Tout se passe comme si Weber fut ici conscient de l'impossibilité de déterminer, en partant de cette idée d'une "représentation d'un ordre valide", ce qui fait le trait distinctif de la légitimité. Nul doute que la notion d'ordre légitime permet de souligner la part importante de "croyance" que contient la légitimité et d'esquisser, à partir de là, une première distinction entre celle-ci et ce que l'on a appelé les "régularités factuelles". Mais nul doute également que, à poursuivre dans cette voie, on risque la liquidation pure et simple du problème de la légitimité dans une phénoménologie de « la construction sociale de la réalité ». <sup>11</sup>

Bien sûr, Max Weber ne niera pas que telle ou telle structure puisse réellement tirer sa validité – au sens d'une « orientation effective de l'activité » <sup>12</sup> – d'un ensemble de dispositions partagées par ceux qui y participent et qui y sont en quelque sorte

---

11 On pense notamment ici à l'ouvrage marquant de Peter Berger / Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality* (New York, Doubleday 1966), et aux développements fort substantiels qu'ils consacrent à la légitimité, ou plus précisément à la *légitimation*. En envisageant celle-ci comme la production « de nouvelles significations qui servent à intégrer les significations déjà attachées à des procès institutionnels disparates » (p. 85), Berger et Luckmann hypostasient ce concept jusqu'à le rendre coextensif à celui d'"institution symbolique". La légitimation désigne l'effort déployé pour recomposer sans cesse l'unité sémantique de la société et pour rendre celle-ci "subjectivement plausible". Elle intervient donc très tôt – dès le langage (p. 87) – et se développe selon une abstraction croissante jusqu'au savoir théorique et aux "univers symboliques". Voilà qui révèle l'ampleur un peu déconcertante que prend alors la notion de légitimité.

12 WuG, p. 16 [ES, p. 65].

“subordonnés”. Seulement, *les concepts sociologiques ne peuvent en aucun cas rendre compte des ressorts cachés de ce “consentement”*. De la même manière, par ailleurs, qu’ils ne peuvent prétendre démontrer ou infirmer les postulats anthropologiques au fondement d’une théorie économique comme celle de “l’utilité marginale”, mais seulement s’en servir comme des éléments utiles à la construction d’idéaltypes. Tout au plus le sociologue doit-il admettre ces ressorts cachés comme un fait résiduel, opaque. Comme l’écrit Weber lui-même, d’un point de vue strictement sociologique, « une relation sociale *consiste* essentiellement et exclusivement dans la *chance* que l’on agira socialement d’une manière (significativement) exprimable, *sans qu’il soit nécessaire de préciser d’abord sur quoi repose cette chance* ». <sup>13</sup> Ainsi l’apport cognitif du concept d’ordre légitime s’épuise-t-il au moment précis où il heurte le mystère d’une obéissance originaire, dont l’invraisemblance impose un point d’arrêt à une régression causale autrement infinie. De cette façon, il cerne sans doute le site ultime de tout processus de *légitimation*, mais s’avère largement insuffisant pour isoler et classer les formes de *légitimité* proprement dites.

Pour honorer cet objectif, une théorie sociologique de la légitimité devra trouver un autre angle d’attaque. Et même si certains éléments sont posés dans les dernières pages des *Grundbegriffe* (au paragraphe 16), il faut attendre le troisième chapitre d’*Économie et société* <sup>14</sup> pour voir se mettre en place une théorie qui aborde la légitimité comme une relation sociale marquée par la distinction entre, d’un côté, des dispositions à l’obéissance et, de l’autre, des prétentions à la supériorité. En introduisant cette dualité dans le “sens visé subjectivement” (*gemeinte Sinn*) par les acteurs sociaux, Weber suggère qu’une approche adéquate du problème de la légitimité ne peut s’attacher à la représentation d’une identité sociale primordiale, indifférenciée, dont participeraient gouvernants et gouvernés. En voulant reconstruire le rapport de légitimité dans les termes

---

13 WuG, p. 13 [ES, p. 58].

14 “Typen der Herrschaft”, WuG, pp. 122-176 [ES, pp. 285-389].

d'un "état de nature" ou d'une position originelle, pour en dégager ensuite le moment d'acquiescement ou de consentement, on risque de confondre sens "objectif" et sens subjectif. C'est le hiatus entre les propositions qu'un spécialiste (philosophe, juriste, théologien, etc.) peut dogmatiquement déduire d'un ensemble systématique de représentations et « le sens visé subjectivement [...] en moyenne ou approximativement par des agents dans une masse donnée de cas »<sup>15</sup> qui s'efface alors. C'est cette confusion que Max Weber reprochait à Rudolf Stammler en 1907.

« Nous partons alors du fait empirique suivant : des événements d'un genre déterminé qui se produisent factuellement sont liés à des représentations revêtant un certains "sens", qui n'est pas pensé clairement dans le détail, mais seulement vaguement entr'aperçu. Nous délaissions ensuite le domaine de l'empirique et nous nous demandons : comment le "sens" de l'activité des participants se laisse-t-il ainsi construire par l'intellect, de manière à produire un tableau de pensée en soi non contradictoire ? Nous nous adonnons ici à la "dogmatique" du sens. Et nous pouvons par ailleurs poser une autre question : le "sens" que nous pouvons attribuer sur le plan dogmatique à un événement de ce genre correspond-il à celui que chacun des acteurs empiriques lui donne de manière consciente ? Ou alors quel autre sens chacun d'entre eux lui donne-t-il ? Enfin, accorde-t-il consciemment un sens quelconque à cette activité ? Nous devons donc ici distinguer deux "sens" du concept même de "sens", et cela au regard de la signification empirique du concept. »<sup>16</sup>

Un sociologue ne peut se permettre de faire comme si ces deux niveaux de signification étaient a priori congruents ; il doit au contraire tenir compte du décalage possible entre ceux-ci, non pour en exalter les conséquences (prétendument) nihilistes<sup>17</sup>, mais pour en expliciter l'effectivité sociale. Du coup, le silence

---

15 WuG, p. 1 [ES, p. 28].

16 Max Weber, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique* (1907), trad. M. Coutu et al., Québec, P.U.L. 2001, p. 133.

17 Comme semble le croire Jean-Marc Coicaud (*Légitimité et politique*, op. cit., pp. 167-212), qui reproche surtout à Weber de vider la légitimité de son sens en la déracinant et en l'historicisant.

de Weber sur les problématiques classiques du droit de gouverner et du consentement (Locke, Rousseau, etc.) découle avant tout du fait que, par rapport à l'entendement sociologique, elles représentent un déclin notable d'intelligibilité – le retour à une compacité théorique dont précisément la discursivité sociologique marque le départ.

Pour Weber, le problème de la légitimité ne prendra donc véritablement forme que dans le cadre étroit d'une *sociologie de la domination*, elle-même conçue comme la description d'une sphère de pratiques spécifiques et autonomes. L'insistance de Weber sur la spécificité et l'autonomie de la domination comme objet d'investigation vise, comme on le verra plus loin, à contrer sa réduction à un effet plus ou moins lointain d'un fondement "matériel", réduction dont le matérialisme historique – selon la lecture mécaniste qu'en propose Weber – présenterait le modèle typique. Mais, ce souci d'appréhender la domination comme un ordre de réalité irréductible révèle également l'inscription de cette sociologie de la domination dans le programme dessiné par la *Sociologie des religions*<sup>18</sup>, et plus particulièrement dans l'analytique mise en place à l'occasion de la fameuse *Considération intermédiaire*. Dans ce texte célèbre, Max Weber décrit, de manière idéaltypique, la logique propre à la rationalisation des *représentations* religieuses. Prenant comme point de départ les diverses formes de "refus religieux du monde" et le mouvement d'ensemble selon lequel elles se déploient – l'intériorisation des "biens de salut" –

---

18 Il est significatif que la première formulation du concept de domination légitime apparaisse dans les pages de l'introduction qui inaugure la publication de l'*Éthique économique des religions universelles* (SD, p. 368 sq.). Alors que la notion d'*ordre légitime* n'apparaîtra que dans la première partie d'*Économie et société* – celle dont la rédaction est la plus tardive (1920) – les grandes articulations de la problématique de la domination légitime semblent solidement établies dès 1915, au moment où Weber tente d'appréhender la relation polymorphe existant entre les formes de socialisation religieuse et la constitution, sur une base hiérocratique dans un premier temps, de « groupements de domination ». Ultérieurement, ajoute Weber dans une note (SD, p. 376), les types de domination légitime isolés seront examinés « du point de vue du rapport à l'économie ».

Weber expose comment les représentations religieuses sont conduites, en fonction de leur degré de “sublimation”, à entrer en tension avec des “ordres de vie” de plus en plus hétérogènes. Certes, sur le plan empirique, ces tensions font le plus souvent l’objet de compromis et d’accommodements.<sup>19</sup> Cependant, le fait que la rationalisation des représentations religieuses, envisagée sur le plan de leur cohérence interne, conduise non pas au refoulement mais à la reconnaissance explicite de ces tensions (dans le cadre d’une théodicée rationnelle, par exemple) et, du coup, à leur durcissement, amène Weber à considérer l’existence de “sphères de valeurs” (*Wertsphären*) autoréférentielles et autonomes. Que des formes de “compromis” entre ces sphères soient concevables, cela n’exclut pas qu’il faille décrire les procès de rationalisation qui les traversent comme des phénomènes, en dernière instance, antagonistes.

Ce n’est donc pas un postulat anthropologique qui amène Weber à analyser la domination comme une sphère autonome<sup>20</sup> – tel qu’on le verra à l’œuvre chez Carl Schmitt – mais plutôt la configuration particulière, historiquement advenue, des sociétés occidentales modernes, dans laquelle Weber voit le chevauchement et l’aboutissement d’une pluralité de procès de rationalisation. Et cela est particulièrement vrai pour l’État moderne, lequel n’est pleinement intelligible, pour Weber, qu’à le considérer comme le *terminus ad quem* de “l’intériorisation” des phénomènes de domination, de leur décrochage progressif par rapport aux impératifs “externes” (religieux, économique, esthétique, etc.) et de leur différenciation.<sup>21</sup>

---

19 Comme le rappelle Weber, « les religions, pas plus que les hommes, n’ont été des livres peaufinés dans tous leurs détails » (SR, p. 364).

20 Quoique ce motif ne soit pas absent, comme le signale Yves Sintomer, *La Démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas*, Paris, La Découverte 1999, p. 52 sqq.

21 À strictement parler, l’expression “État moderne” est un pléonisme. Aux yeux de Carl Schmitt, c’est l’un des grands mérites de Max Weber que d’avoir insisté sur la contingence historique (*Epoche-Gebundenheit*) de l’État. « Dans la sociologie de Max Weber, le terme revêt un sens historique concret. Pour Max Weber, l’État est un produit spécifique et une

Pour parvenir à envisager la domination comme une sphère de pratiques autonome, certaines distinctions conceptuelles sont nécessaires. La première, que l'on rencontre dans les *Concepts fondamentaux* mais dont on trouve une formulation plus intéressante dans le premier chapitre de la troisième section d'*Économie et société*<sup>22</sup>, est celle qui oppose "domination" (*Herrschaft*) à "puissance" (*Macht*). Entendue d'une façon très générale, la puissance désigne « toute chance de faire triompher, au sein d'une relation, sa propre volonté, même contre des résistances, peu importe sur quoi repose cette chance ».<sup>23</sup> Il s'agit là, ajoute aussitôt Weber, d'un terme « sociologiquement amorphe » car il ne permet pas de caractériser une formation sociale distincte, mais tend plutôt à se dissoudre dans une multitude de relations interpersonnelles (d'ordre économique, familial, sportif, mondain, etc.). En effet, « toutes les qualités concevables d'un homme et toutes les constellations possibles peuvent mettre quelqu'un en position de faire triompher sa volonté »<sup>24</sup>, de sorte que l'on aboutirait, à suivre cette voie, à une "casuistique"<sup>25</sup> interminable des formes de pouvoir. Dans la terminologie weberienne, croirait-on, le concept de puissance joue un rôle analogue à celui d'ordre légitime : ils désignent tous deux des réalités indéniables mais, comme telles, inconsistantes et dénuées de tout principe d'exclusion. Il n'existe en effet aucun phénomène social qui ne puisse être envisagé sous l'angle de la puissance, de la même manière qu'on ne peut refuser à un quelconque agencement le statut d'ordre légitime (pour peu, en fait, qu'il soit possible pour un individu de

---

composante du rationalisme occidental, et l'on ne doit pas désigner [par ce terme] les organisations de domination propres à d'autres époques ou d'autres cultures » (Carl Schmitt, "Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff" [1941], in : VA, p. 383).

22 Cette référence concerne évidemment la première édition. Dans la cinquième édition, qui est aujourd'hui celle la plus fréquemment utilisée, ce texte se trouve au ch. IX, première partie : "Strukturformen und Funktionsweisen der Herrschaft".

23 WuG, p. 28 [ES, p. 95].

24 Ibid.

25 WuG, p. 604.

l'investir d'une forme ou une autre de validité). Chez Weber, "puissance" et "ordre légitime" représentent avant tout des *dimensions* dont participe potentiellement toute activité sociale, mais qui, pour cette même raison, ne permettent de qualifier en propre aucun type d'activité sociale.

Délaissant la notion d'ordre légitime, le second versant de la théorie wébérienne de la légitimité s'attache au phénomène de la domination et à l'existence d'une *structure asymétrique* sous-jacente au "sens subjectivement visé" par les participants. Pour emprunter les termes de Weber, c'est en effet « la chance, pour des commandements [*Befehl*] spécifiques, de trouver obéissance [*Gehorsam*] de la part d'un groupe déterminé d'individus »<sup>26</sup> qui définit en propre la domination. En introduisant cette structure duale pouvoir de commandement / devoir d'obéissance (*Befehlsgewalt / Gehorsamspflicht*), la sociologie de la domination met le doigt sur une relation autonome, irréductible aux conséquences d'avantages structurels ou à ce qu'on appelle aujourd'hui les "effets de champ". Alors que, suivant la perspective ouverte par la notion d'ordre légitime, la légitimité ne se laissait penser que sous la forme d'une *convergence* totalement abstraite entre des significations attribuées par les agents à leurs pratiques (c'est-à-dire par le fait que la représentation  $\alpha$  d'un ordre valide soit partagée par les "membres" d'un ordre et qu'elle oriente effectivement leurs activités), le rapport de domination introduit une structure asymétrique droit / devoir dont on peut attester empiriquement la présence ou l'absence.

Dans la troisième section d'*Économie et société*, alors qu'il examine le rapport entre la domination et les pratiques économiques, Weber est amené à préciser le sens de cette rupture introduite par le concept de "domination légitime". Comme le souligne très justement Catherine Colliot-Thélène :

« En s'attachant à préciser les relations entre les formes de l'économie et celles de la domination, Max Weber savait parfaitement qu'il travaillait dans un cadre de problèmes dont Marx avait été l'initiateur : sans prendre le contre-pied de la

---

26 WuG, p. 122 [ES, p. 285].

position marxiste, mais en intégrant au contraire son incontestable apport, il invitait à repérer entre la domination (c'est-à-dire la politique) et l'économie, des relations d'influence réciproque, voire d'imbrications partielles, au lieu de rabattre de façon expéditive la première sur la seconde. »<sup>27</sup>

On ne saurait donc nier les cas d'« étaiement mutuel » ou de « recouvrement partiel »<sup>28</sup> entre ces deux ordres de réalité, si bien qu'il faudra parfois parler d'une « domination par constellation d'intérêts, en particulier dans une situation de monopole ». <sup>29</sup> Le “type pur” de cette situation serait le rapport entre l'ouvrier peu qualifié et son employeur. Mais ce qui est décisif ici, c'est le fait que le sens concret visé par chacun des agents demeure rigoureusement symétrique : la maximisation de l'intérêt individuel. La rupture de l'équilibre, à la faveur de laquelle s'établit l'inégalité, intervient à une étape (analytiquement) postérieure. En revanche, la “domination par autorité” (*Herrschaft kraft Autorität*) implique d'emblée une *différenciation* du sens visé par les agents : d'un côté, revendication d'un devoir d'obéissance ; de l'autre, acceptation du contenu de l'ordre comme maxime de sa propre conduite.<sup>30</sup> Le pouvoir du

---

27 Catherine Colliot-Thélène, *Le Désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, Paris, Minitext 1992, p. 206.

28 Ibid., p. 207. « *Und endlich ist die Struktur der Herrschaft, so wenig etwa ihre Eigenart eindeutig mit bestimmten Wirtschaftsformen verknüpft ist, doch meist ein in hohem Maß ökonomisch relevantes Moment und ebenso meist irgendwie ökonomisch mitbedingt* » (WuG, p. 604).

29 « *Herrschaft kraft Interessenkonstellation, insbesondere kraft monopolistischen Lage* » (WuG, p. 605). Afin d'éviter toute confusion, Weber ne parlera plus, dans les textes postérieurs à 1911-1913, d'une « domination par constellation d'intérêts ». En toute rigueur, il s'agit là d'un paralogisme. Dans le texte que nous citons, la terminologie wébérienne est encore quelque peu flottante ; mais dans la partie plus tardive d'*Économie et société*, le terme de “domination par constellation d'intérêts” est tout simplement remplacé par celui de “puissance” (*Macht*) : « une “puissance” économique résultant d'une situation de monopole, c'est-à-dire, dans ce cas, la possibilité de dicter aux partenaires de l'échange les termes de cet échange, ne doit guère plus être appelée “domination” que n'importe quelle “influence” résultant d'une supériorité érotique, sportive, oratoire ou autre » (p. 287).

30 WuG, p. 604.

père de famille ou celui du monarque, « qui en appellent au pur et simple devoir d'obéir »<sup>31</sup>, représentent les “types purs” de cette “domination par autorité”.

Aurait-on, chemin faisant, laissé tomber le problème de la légitimité ? À observer de quelle façon la problématique dessinée par Weber s'éloigne des doctrines du droit de gouverner et du consentement, on pourrait le croire. Difficile en effet de voir comment la domination, telle que définie par Weber, pourrait faire l'objet d'une forme ou une autre de consentement. Comme le note justement Roger Cotterrell, « l'une des conséquences inévitables, découlant de la structure même de la sociologie wébérienne, c'est de rendre invisible le comportement des dominés ».<sup>32</sup> On ne peut parler de domination que lorsque les conduites effectives d'une masse d'individus répondent, d'une façon observable, à un appel à l'obéissance. Les ressorts réels qui poussent l'individu à orienter sa conduite en fonction d'une injonction donnée, les ruses ou les exercices d'autojustification qui accompagnent sa soumission, n'ont pas à être pris en considération – pas plus, d'ailleurs, que les mobiles secrets ou les représentations qui sous-tendent l'action des dirigeants. Seules importent la configuration asymétrique et la complémentarité des “intentions” immanentes aux conduites de chacun.

C'est ce fait massif – désigné plus haut par le terme *Autorität* – qui délimite la domination vis-à-vis des autres domaines d'action. Du coup, la domination se donne pour ce qu'elle est, elle émerge comme objet sociologique spécifique et l'on peut la décrire sans prendre part à l'univers de significations collectives qui l'enveloppe. Le sociologue y découvre une réalité ayant sa consistance et sa logique propre. Et c'est bien là une condition de possibilité du comparatisme historique, vers lequel tend l'ensemble de la démarche wébérienne.

---

31 Ibid.

32 Roger Cotterrell, “Legality and Political Legitimacy in the Sociology of Max Weber”, in : David Sugarman (dir.), *Legality, Ideology, and the State*, London, Academic Press 1983, p. 72.

Le concept de légitimité intervient donc, chez Weber, pour qualifier cette structure asymétrique attachée jusqu'ici au nom assez énigmatique d'*Autorität*. La légitimité apparaît dès lors comme une réalité coextensive au rapport de domination en tant que tel.<sup>33</sup> Cette caractérisation entraîne deux corollaires qui méritent d'être signalés. Dans un premier temps, si l'on ne peut nier que la légitimité repose pour une large part sur une forme de "croyance", il faut pourtant se garder de la réduire à un étalon idéal. Il s'agit au contraire d'un dispositif concret qui stabilise à la fois les attentes des participants et accroît leur indétermination. Stabilisation, d'une part, puisqu'une forme donnée de légitimité délimite un spectre de commandements possibles et des modes d'obéissances stéréotypés. Du point de vue des "dominés", la soumission à un commandement (*Befehl*) découle, lit-on, d'un « rapport formel d'obéissance, sans considération de la valeur ou la non-valeur du commandement en question ».<sup>34</sup> Cela permet à Weber de rejeter définitivement une notion aussi polysémique que "consentement", pour lui préférer celle, autrement univoque, de "docilité" (*Fügsamkeit*). Indétermination, d'autre part, puisque le concept de légitimité, en attirant l'attention sur la *forme* générale de la relation commandement / obéissance plutôt que sur la substance de cette dite "docilité", s'efforce de saisir le caractère diffus de l'acceptation comme telle. Il n'importe guère que l'acceptation découle, dans tel ou tel cas particulier, d'une conviction profonde ou encore, écrit Weber, qu'elle soit « feinte pour des raisons d'opportunité,

---

33 Il est d'ailleurs tout à fait significatif que Winkelmann ait choisi d'accoler le sous-titre énigmatique de "*Die nichtlegitime Herrschaft*" au chapitre d'*Économie et société* portant sur la "ville". Ce chapitre tente en effet d'établir la spécificité de la commune occidentale en regard des cités antiques et des villes asiatiques, en envisageant surtout le lien civique constitué par la *conjuratio* des villes d'Italie du Nord ou par les formes hanséatiques de confraternité comme un rapport symétrique et, par le fait même, en rupture avec la structuration hiérarchique de la société médiévale. Envisagée dans cette perspective, la ville occidentale n'est pas une domination "illégitime" ; Weber veut plutôt signaler qu'elle représente un cas limite du rapport de domination, son point de basculement, en quelque sorte.

34 WuG, p. 123 [ES, p. 288].

imposée par des intérêts matériels particuliers, acceptée comme inévitable par des individus ou des groupes entiers du fait de leur faiblesse et de leur impuissance ». <sup>35</sup> L'important, c'est que la *revendication* de légitimité oriente de facto les attentes des participants ("dominants" comme "dominés"), structure le rapport de domination et surtout le singularise face à des prétentions concurrentes. On ne peut jamais ramener la légitimité d'une domination à sa conformité avec certaines exigences culturelles, religieuses ou philosophiques – toutes diverses qu'elles soient, par ailleurs – qui la "fonderaient".

Cela nous conduit à un second corollaire, qui est tout aussi fondamental pour comprendre le concept weberien de légitimité. Qu'il fasse de la revendication de légitimité une opération inhérente au rapport de domination comme tel, cela ne doit pas nous amener à conclure que Weber tente d'*expliquer* la domination *par* la légitimité. Plutôt que d'être élevée au rang de cause d'une obéissance énigmatique, la légitimité apparaît comme un indicateur ou, à mieux dire, un principe de discrimination et de classification des formes de domination. « Il faut, écrit donc Weber, distinguer les formes de domination *suivant la revendication de légitimité qui leur est propre* ». Car, poursuit-il, « selon le genre de légitimité revendiquée, le type d'obéissance de la direction administrative destinée à la garantir et le caractère de l'exercice de la domination sont fondamentalement différents ». <sup>36</sup> "Direction administrative" (*Verwaltungsstab*) est le maître mot de ce passage décisif : il permet d'affranchir le concept de légitimité de son aspect étroitement sémantique pour le relier à l'analyse comparative de la rationalisation des "conduites de vie". Pour le sociologue, le concept de légitimité permettra de particulariser et de regrouper certaines relations sociales, puis d'étudier leurs effets respectifs sur le développement d'activités plus ou moins voisines (le droit et l'économie). La question devient dès lors : quels effets aura tel ou tel type de légitimité sur l'administration du groupement de

---

35 Ibid.

36 WuG, p. 123 [ES, p. 286].

domination<sup>37</sup> et comment, partant de là, cette activité va-t-elle se répercuter sur la rationalisation de pratiques connexes, juridiques ou économiques par exemple ? Au sein de la démarche comparatiste de Max Weber, la légitimité assure exclusivement une fonction de description et de classification.

### Les types purs de domination légitime

En considérant la forme générale que prend la revendication d'autorité formulée par le dirigeant, Max Weber établit une typologie des formes de domination légitime. Cette typologie, fort célèbre, comprend trois termes. (1) La domination traditionnelle, qui « s'appuie sur le caractère sacré des dispositions transmises par le temps ("existant depuis toujours") et des pouvoirs du chef. Le détenteur du pouvoir est déterminé en vertu d'une règle transmise. On lui obéit en vertu de la dignité personnelle qui lui est conférée par la tradition ». <sup>38</sup> (2) La domination charismatique, qui se fonde sur « la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne, ou encore des ordres qu'elle révèle ou émet ». <sup>39</sup> (3) La domination légale-rationnelle, qui « repose sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens ». <sup>40</sup>

Si cette typologie a atteint depuis longtemps le statut respectable de "classique", elle charrie également son lot de malentendus et de controverses. Raymond Aron, en lecteur attentif, rappelle que Weber, au tout début d'*Économie et société*, distinguait quatre types d'orientation de l'activité sociale : traditionnelle, affectuelle, rationnelle en valeur (*wertrational*) et rationnelle en finalité (*zweckrational*). Or, s'interrogeait Aron, pourquoi n'y a-t-il pas quatre types "purs" de domination légi-

---

37 WuG, p. 607.

38 WuG, p. 130 [ES, p. 301 sq.].

39 WuG, p. 124 [ES, p. 289].

40 Ibid.

time ? Pourquoi n'existe-il pas une forme de légitimité qui corresponde à la rationalité en valeur ?<sup>41</sup> C'est une question qui devient plus embarrassante encore lorsque l'on prend en compte la notion d'"ordre légitime" présentée au début des *Concepts fondamentaux* (voir le Tableau 1 ici-bas). Comme il a été mentionné plus haut, Max Weber développe la notion d'ordre légitime en prolongeant sa typologie de l'action sociale. On ne s'étonne donc guère de noter une correspondance terme à terme entre les catégories de cette typologie et les types d'ordre légitime. Comment se fait-il alors, s'interrogeait Aron, que Weber puisse identifier ici "quatre formules de légitimité", et là trois "systèmes de légitimité" ?

Tableau 1

<b>(I)</b> <b>Orientation de la conduite</b>	<b>Fondements de l'ordre légitime</b>	<b>(II)</b> <b>Domination légitime</b>
... selon la tradition	respect de la tradition	traditionnelle
... en fonction d'affects	croyance d'ordre affectif	charismatique
... de façon rationnelle en valeurs	croyance rationnelle en valeurs	---
... de façon rationnelle en finalité	disposition légale-positive	légale-rationnelle

Selon Aron, cette non-concordance est purement accidentelle : Weber hésitait, il n'aurait pas su choisir « entre des concepts purement analytiques et des concepts semi-historiques ». Il est vrai que cette thèse trouve quelques appuis sur un plan strictement philologique, puisque les deux typologies appartiennent à

---

41 Raymond Aron, *Les Étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard 1967, p. 558.

des manuscrits différents, séparés par au moins six années, et entre lesquels les glissements de sens ne manquent pas.

Pourtant, l'absence d'une légitimité "axiologique" (*wertrationale*) peut aussi s'expliquer par des raisons proprement théoriques, tenant aux termes dans lesquels Weber choisit formuler le problème de la domination.<sup>42</sup> Pourquoi, dans la perspective d'une sociologie de la domination, une légitimité en valeur serait-elle impensable ? La conviction voulant qu'un groupement de domination œuvre à l'avènement d'un ordre équitable, qu'il met en œuvre la justice ici-bas, ou encore qu'il combat le Mal, la Barbarie ou l'Inhumanité, est évidemment un des motifs d'obéissance les plus puissants qui soient. Mais une conviction de cet ordre, nous dit Weber, ne pourra jamais constituer une assise suffisante à la légitimité, puisqu'elle ne peut s'attacher durablement à un rapport spécifique de domination. En regard de ce fondement axiologique, le rapport commandement / obéissance accuse toujours, en effet, un caractère secondaire, accessoire, superflu même ; l'ordre du dirigeant rencontre l'obéissance, non pas parce qu'il émane de ce dirigeant en particulier, mais parce qu'il *dérive*, suivant des médiations diverses, d'un ensemble de valeurs qui préexiste et qui demeure comme flottant. En ce sens, le problème de la légitimité *wertrationale* ne relève pas de la domination proprement dite mais de l'*identité* – de la perception d'une homogénéité quelconque, partagée tant par les membres du groupement de domination que par ceux qui y sont soumis. Qu'une telle perception résulte d'une construction imaginaire ne change rien : le groupement de domination n'est légitime qu'à se confondre avec la mise en puissance de cette identité, c'est-à-dire à devenir, d'un point de vue sociologique, invisible comme groupement de *domination*.<sup>43</sup> Ainsi, si Weber refuse d'envisager un type de légitimité *wertrationale*, c'est tout simplement parce qu'une prétention à l'autorité invoquant une "valeur" ou un "idéal" ne désigne au-

---

42 Philippe Raynaud, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, P.U.F. 1987, p. 163.

43 C'est là, comme on verra plus loin, la compréhension schmittienne de la légitimité démocratique.

cune instance précise vers laquelle s'orienterait le "pur devoir d'obéir" spécifique à la domination.

Pourtant, Weber ne pourrait se satisfaire de conclure ici à l'effacement de la domination. L'appel à des valeurs dont le groupement de domination serait le porteur privilégié met plutôt le sociologue en demeure de rechercher, à un niveau beaucoup plus élémentaire, la prétention plus ou moins clairement articulée qui fait de *ce* groupement *précis* (à l'exclusion de tout autre) le porteur de ces dites "valeurs". Si, comme l'écrit Barker, la légitimité *wertrationale* ne désigne « aucune forme spécifique de domination », mais qu'elle établit plutôt « une domination pour un but spécifique »<sup>44</sup>, on doit maintenant se demander comment fonctionne cette domination. De quel genre relève-t-elle ? Comment parvient-elle à garantir à un groupement distinctif que l'activité des dominés s'orientera en fonction des ordres que lui et seulement lui émettra ? La conduite du jeune volontaire qui s'élançait au front, dans l'enfer des tranchées, peut fort bien être inspirée par la grandeur éternelle et sacrée de la Patrie. Pourtant, le fait qu'il soit assigné à un bataillon précis, qu'il use d'armes réglementaires, qu'il porte l'uniforme et que, une fois sur la ligne de feu, il court vers la mort au moment où l'ordonne son chef d'escadron ne relève pas d'une hypothétique légitimité "en valeurs". À l'instar des éthiques religieuses, que Weber évite soigneusement de rabattre au niveau d'une *weltanschauung* ou d'une dogmatique rationnelle, la légitimité désigne un ensemble structuré de "primes"<sup>45</sup> qui oriente conti-

---

44 Rodney Barker, *Political Legitimacy and the State*, Oxford, Clarendon Press 1990, pp. 45-65. Pour une approche qui s'inspire de Weber et en retire des intuitions tout à fait fécondes, on se reportera aux travaux récents de Barker, *Legitimizing Identities* (Cambridge, Cambridge University Press 2001).

45 Dans sa polémique avec Sombart, notamment dans la querelle qui les opposaient quant à l'existence d'un "esprit du capitalisme" chez certains auteurs de la Renaissance italienne, Weber emploie la notion de "primes psychologiques" afin de préciser à quelle échelle il entend établir l'efficacité de l'éthique religieuse dans la constitution des conduites de vie économiques. « Ce n'est, résume Weber, que dans la mesure où ces primes ont une efficacité et où celle-ci s'oriente dans une *direction* sou-

nûment, quoique dans des directions divergentes, la conduite des dominés *et* des dominants.

En somme, si Weber ne fait pas de place, au sein de sa typologie des formes de domination légitime, à une légitimité “axiologique”, c’est parce qu’il pose le problème de la légitimité à un niveau beaucoup plus élémentaire, beaucoup moins idéal qu’on a coutume de le faire. Comme le rappelle très justement Barker,

« chacun des trois types wébériens [de légitimité] implique la reconnaissance, par ceux qui sont soumis à l’autorité et qui l’acceptent, du fait que les personnes ou les instances qui exercent cette autorité possèdent une qualité spécifique, une connaissance ou une compétence que ne possèdent pas les dominés, et qui est dans une certaine mesure au-delà de leur compréhension et de leur portée. »<sup>46</sup>

C’est la définition même de l’autorité pour Weber. Non seulement la légitimité *wertrationale* ne répond-elle pas à ce critère, mais elle n’exclut pas – loin s’en faut – l’existence souterraine d’une relation asymétrique commandement / obéissance dont il faudra bien rendre compte dans les termes, cette fois, d’une sociologie de la domination.

On comprend mieux, maintenant que se trouve précisé le point d’insertion du problème de la légitimité, l’insistance de Weber – source d’agacement pour de nombreux lecteurs – à souligner le caractère exhaustif de son triptyque des types de domination légitime. L’absence d’une forme de domination légitime correspondant à la rationalité en valeurs tient simplement au fait, résume Cotterrell, que

« les concepts employés par Weber impliquent que l’adhésion à une valeur constitue en elle-même un critère trop vague, trop instable, trop incertain et trop opaque scientifiquement pour être prise comme fondement de la légitimité. En bout de

---

vent très éloignée (c’est là le point décisif) de la *doctrine* théologique (qui n’est justement qu’une “doctrine”), qu’elles exercent une influence autonome sur la conduite de vie » (*L’Éthique protestante et l’esprit du capitalisme*, trad. I. Kalinowski, Paris, Flammarion 2000, p. 98, note).

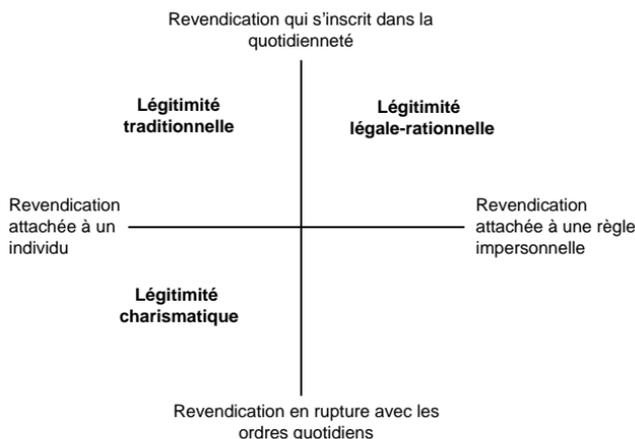
46 R. Barker, *Political Legitimacy and the State*, op. cit., p. 50.

## Chapitre 1

course, l'adhésion va à la volonté de personnes dont l'autorité est acceptée pour une multitude de motifs, qui peuvent inclure ou non l'attachement aux valeurs épousées par ces personnes ou associées à elles. »<sup>47</sup>

D'où, d'une part, l'idée que la légitimité "axiologique" peut toujours être ramenée, en dernière analyse, à des formes traditionnelles ou charismatiques. Emblématique apparaît la façon dont Weber analyse l'efficacité historique du droit naturel moderne, dans l'œuvre constitutionnelle de la Révolution française par exemple, en termes de « charisme de la Raison », c'est-à-dire « la conviction souveraine qu'ici l'on crée pour la première fois un droit rationnel, libre de tout "préjugé" ». <sup>48</sup> D'où, d'autre part, cette volonté de dessiner le plus nettement possible, en consonance avec son projet comparatiste, les traits distinctifs de la légitimité légale-rationnelle, en soulignant avec insistance ce qui la sépare des formes antérieures.

Tableau 2



47 R. Cotterrell, "Legality and Political Legitimacy in the Sociology of Max Weber", op. cit., p. 75.

48 WuG, p. 495 [SD, p. 208].

La manière dont Weber procède à la construction de son célèbre triptyque des “types purs de domination légitime” laisse entrevoir la prégnance de ces préoccupations. À l’instar de nombreux commentateurs, on peut identifier deux paramètres en fonction desquels se distribuent les trois types purs (voir le Tableau 2 ci-haut).<sup>49</sup>

D’une part, Weber considère la nature de l’instance à laquelle s’attache la revendication de légitimité. Cette instance peut être une *personne*, bien sûr, mais elle peut aussi être une *règle*. Le fait que la légitimité – toujours comprise comme revendication d’autorité acceptée à un degré socialement pertinent – soit dirigée vers une règle, et non vers une personne, est caractéristique de la domination légale. L’asymétrie inhérente à tout rapport de domination s’établit ici sur la base de la “*compétence*”, et l’activité de la direction administrative est structurée en fonction de cette notion. Notion de compétence que Weber décline sur au moins deux plans : d’abord, l’activité de la direction administrative peut être entièrement ramenée à *une hiérarchie d’organes formellement habilités et objectivement délimités*. Impersonnalité signifie donc ici absence d’arbitraire personnel, le fait que, comme l’écrit Weber, « le détenteur légal du pouvoir, le “supérieur”, lorsqu’il ordonne, obéit pour sa part à l’ordre impersonnel par lequel il oriente ses dispositions ». <sup>50</sup> Et comme la notion de compétence appelle inmanquablement celle d’une “compétence de la compétence”, les modes d’exercice de la domination apparaissent entièrement modifiables, en pleine possession de leur principe formel. Mais la notion de compétence peut s’entendre aussi au sens individuel : les membres du groupement de domination sont recrutés selon des critères d’expertise, mesurés avec exactitude au moyen d’examens et de concours. L’impersonnalité réfère ici à cet idéal d’interchangeabilité généralisée au sein de la direction administrative, à l’absence de différence qualitative entre ses membres. D’où découle une caractéristique essentielle

---

49 W. Schluchter, *The Rise of Western Rationalism*, op. cit., pp. 106-128.

50 WuG, p. 125 [ES, p. 291].

de cette forme paradigmatique de la domination légale qu'est la bureaucratie moderne : « la séparation totale de la direction administrative des moyens d'administration et d'acquisition ». <sup>51</sup>

À l'opposé de la domination légale, les types de domination traditionnelle et charismatique reposent tous deux sur des formes de légitimité orientées vers des personnes concrètes. On a reproché à Weber d'appliquer l'idéaltype de la domination traditionnelle à des situations fort diverses, de l'Égypte pharaonique à l'absolutisme monarchique, en passant par le *Ständestaat* médiéval. À la base de toutes ces situations, on retrouve, selon Weber, un *rapport dialectique* entre le respect d'un ordre traditionnel stéréotypé et l'arbitraire personnel du ou des dirigeants. On mesure pleinement ce qui distingue la légitimité traditionnelle de la légitimité légale lorsqu'on évite de poser l'ordre traditionnel comme une norme matérielle extérieure à l'*imperium* du seigneur mais que l'on conçoit leur rapport sous le signe d'un façonnement réciproque : certes, le seigneur tire son autorité de sa soumission à la tradition, mais cette tradition – aux exigences et aux contours toujours imprécis – ne prend une forme concrète qu'à travers l'activité même du seigneur et, le cas échéant, de sa direction administrative. Selon qu'elle accordera plus de poids à l'un ou l'autre des deux termes (ordre traditionnel et arbitraire princier), la légitimité traditionnelle va favoriser la consolidation de certains types de direction administrative et, partant, de formes de domination relativement différentes les unes des autres. Avec comme cas-limites, d'un côté, le patriarcalisme (caractérisé par l'absence de direction administrative et l'existence d'un droit immanent à l'association domestique) et, de l'autre, le sultanisme (marqué par l'arbitraire illimité du chef, qui tend à s'affranchir de toute tradition et s'appuie sur une direction administrative servile). Entre ces deux extrêmes, on retrouvera la gérontocratie, l'État fondé sur les ordres (*Ständestaat*) et, bien sûr, le patrimonialisme.

La domination charismatique exige, pour sa part, l'introduction d'un *second paramètre* : la relation qui s'établit entre le

---

51 WuG, p. 126 [ES, p. 293].

type de légitimité revendiquée et la régularité des pratiques quotidiennes. La revendication peut soit s'inscrire dans la continuité d'un ordre quotidien (ce qui est le cas des formes traditionnelle et légale), soit s'ériger en rupture par rapport à cet ordre, comme un phénomène explicitement « en dehors de la vie quotidienne »<sup>52</sup> et voué à le demeurer (ce qui est le cas du charisme). Afin de dessiner plus nettement la différence entre la légitimité traditionnelle et la légitimité charismatique, Weber oppose à la *loyauté personnelle* qui est exigée par la tradition, l'idée d'une *mission* au regard de laquelle le leader charismatique doit prouver et éprouver ses qualifications extraordinaires.<sup>53</sup> Ce principe de mission n'exclut pas comme tel l'existence d'une importante direction administrative. Seulement, en raison de son hostilité vis-à-vis les puissances quotidiennes (sacerdotales et, surtout, économiques comme le souligne à maintes reprises Weber), le fonctionnement d'un tel groupement exige une forme de « reconnaissance [...] née de l'abandon à la révélation, à la vénération du héros, à la confiance en la personne du chef »<sup>54</sup> qui en accentue l'instabilité. Raison pour laquelle la domination charismatique apparaît, dans la sociologie weberienne, comme une forme transitoire, amenée à se « routiniser » à mesure que s'atténue « son caractère étranger à l'économie » – c'est-à-dire, précise Weber, « par son adaptation aux formes fiscales de la couverture des besoins et aux conditions d'une économie d'impôts et de taxes ».<sup>55</sup>

Max Weber ne cherche pas, comme on l'a montré, à savoir de quoi est constituée la légitimité, ni quelle fonction elle assure dans les processus de socialisation. Dans son horizon compara-

---

52 WuG, p. 140 [ES, p. 320].

53 Schluchter, *The Rise of Western Rationalism*, op. cit., p. 121 sq.

54 WuG, p. 140 [ES, p. 321].

55 WuG, p. 146 [ES, p. 332]. Nous laissons de côté la question du « charisme d'office » (*Amtscharisma*), qui est pourtant tout à fait essentielle pour comprendre le rapport entre le sacerdoce catholique et l'État patrimonial européen. On lira avec profit le ch. x de la troisième section de *Wirtschaft und Gesellschaft*, traduit en français par J.-P. Grossein sous le titre « L'État et la hiérarchie », in : SR, pp. 241-328.

tiste, la légitimité apparaît comme une formation attestable empiriquement (parce qu'elle s'accompagne d'une *revendication* explicite d'autorité de la part du ou des dirigeants) qui permet de *reconnaître* « au sein du flux continu des phénomènes réels »<sup>56</sup> les formes de domination et de les *ordonner*. Elle est donc le « principe de différenciation »<sup>57</sup> de ces formes, et non leur principe d'explication (psychologique, philosophique ou autre). À la limite, dans la perspective qui est celle de la sociologie wébérienne, la domination comme telle n'a pas à être "expliquée". « La domination ne nous intéresse ici, précise Weber, *uniquement dans la mesure où elle est liée à l'administration* ». »<sup>58</sup> Ce sont les *effets* de la revendication d'autorité par le groupement de domination *sur la direction administrative* et, par contrecoup, *sur la rationalisation de certaines pratiques* délimitées (les examens et les techniques pédagogiques dans le cas du patrimonialisme chinois<sup>59</sup>, les formes juridiques dans le cas de l'État absolutiste européen) que Weber cherche à examiner. En bref, l'approche wébérienne relève d'une taxinomie et – osons le mot – d'une *morphologie*, d'une description des *formes* historiquement advenues de domination dans leurs rapports aux autres "puissances de socialisation" (économie, droit, religion, etc.).

## Le positivisme inquiet de Max Weber

Ce qui semble faire scandale avec l'idéaltype de la domination légale, tel que défini par Weber, c'est qu'il postule une relation indissociable étroite entre la légitimité de l'État constitutionnel moderne (démocratique-libéral) et les propriétés rationnelles inhérentes à la *forme* juridique comme telle. Association coupable, aux yeux de plusieurs, en ce qu'elle mènerait à l'identité pure et simple de la légitimité et de la légalité, rendant impossi-

---

56 WuG, p. 606.

57 C. Colliot-Thélène, *Le Désenchantement de l'État*, op. cit., p. 223.

58 WuG, p. 607, je souligne.

59 Cf. "Le corps des lettrés", ch. v de *Confucianisme et taoïsme*, trad. J.-P. Grossein et al., Paris, Gallimard 2000, surtout pp. 172-177.

ble tout examen du droit positif à la lumière d'impératifs qui lui seraient extérieurs (moraux ou politiques, par exemple). Ainsi, refusant d'asseoir la légitimité de la légalité sur une forme quelconque de raison pratique, s'en tenant strictement aux critères internes d'un ordre juridique qui se dégage progressivement des autres pratiques sociales et se consolide comme « un appareil technique rationnel [...] dépourvu de tout contenu sacré propre »<sup>60</sup>, la contribution de Weber s'achèverait dans le plus plat des positivismes. On reprochera donc à Weber – faute de n'avoir pas cru au cognitivisme moral – de congédier le “besoin de fondation”.

Or loin d'être “plat”, il semble au contraire que le “positivisme” juridique de Weber (usons de ce terme faute d'un meilleur) recèle une profondeur et une complexité tout à fait remarquables – profondeur et complexité que révèle le mouvement réflexif qui guide l'entreprise de la *Rechtssoziologie* (chapitre VII du second volume de la première édition d'*Économie et société*). Après avoir présenté les termes dans lesquels Max Weber analyse le problème de la légitimité et repéré la place structurante qu'occupe la forme légale-rationnelle dans le triptyque des types de domination, il faudrait donc donner une meilleure idée de la teneur exacte de cette association qualifiée de “positiviste” entre légitimité et légalité, en examinant cette fois le second terme de l'équation – c'est-à-dire la façon dont Weber rend compte de la spécificité de l'ordre juridique moderne. Il n'est guère utile d'épouser fidèlement tous les développements de la sociologie wébérienne, dont la richesse et la densité sont proprement déconcertantes.<sup>61</sup> Il suffira pour notre propos d'en esquisser rapidement les lignes de force, en assumant par ailleurs le défaut du schématisme et de la simplification, dans le but de préciser un peu une première figure du rapport légalité / légitimité, qui sera appelé à jouer un rôle important chez Weber, certes, mais aussi chez ses héritiers immédiats.

---

60 WuG, p. 512 [SD, p. 235].

61 Michel Coutu a proposé une reconstruction rigoureuse et précise de la sociologie wébérienne du droit dans *Max Weber et les rationalités du droit* (Paris / Québec, L.G.D.J. / P.U.L. 1995).

La tâche que se propose Weber dans ce chapitre VII est de déterminer les conditions générales – aussi bien internes qu’externes aux pratiques juridiques – qui ont permis le développement des qualités formelles du droit, tel qu’on en trouve l’expression achevée, aux yeux de Weber, dans la doctrine civiliste des pandectistes.<sup>62</sup> Pour ce faire, Weber construit deux procès idéaux-typiques, la rationalisation formelle et la rationalisation matérielle, en fonction desquelles les phénomènes juridiques seront décrits et comparés. La rationalisation matérielle du droit réfère à l’affinement, la stabilisation et l’homogénéisation des principes normatifs qui commandent la mise en place de solutions juridiques. Weber rapporte à ce premier processus la séparation progressive de la norme comme telle et de son application à des cas particuliers, notamment avec l’émergence d’un droit criminel distinct, reposant sur la notion de “faute objective” et non plus sur l’idée du “tort”. Le droit sacré traditionnel et le droit naturel illustrent ce développement. La rationalisation formelle, pour sa part, se décline sur deux versants : sur l’un, plus analytique, elle désigne la capacité croissante des pratiques juridiques à « décomposer les ensembles de faits complexes de la vie quotidienne en composantes élémentaires juridiquement qualifiées de façon univoque »<sup>63</sup>, à l’image du droit romain ; sur l’autre, plus systématique, il s’agit du développement des propriétés logiques grâce auxquelles l’ensemble des composantes juridiques peuvent être intégrées dans un système clos et sans faille, ordonné à l’impératif d’une construction intégrale de la réalité juridique.

À l’intérieur de ce creuset idéaltypique, Weber pourra déverser son immense érudition historique. Mais ce qui l’intéresse tout spécialement, c’est la dynamique équivoque par laquelle les deux procès de rationalisation – matérielle et formelle – vont entrer en composition, et qui correspond à la consolidation des

---

62 WuG, p. 396.

63 WuG, p. 796 [SD, p. 155].

pouvoirs patrimoniaux sur le continent européen.<sup>64</sup> Avant cette entrée en composition, rationalisation formelle et rationalisation matérielle affectaient des ensembles distincts de pratiques et n'évoluaient pas sur le même plan ; l'engrenage de ces deux processus – dans le cadre de l'État patrimonial occidental – les rend désormais irrémédiablement solidaires. Mais, simultanément, il fait naître entre eux une tension qui va connaître diverses expressions historiques, et qui *forme la donnée essentielle de la caractérisation par Weber de l'ordre juridique moderne*. La résistance opposée par certaines formes juridiques d'origine ritualiste – les procédures de preuve, par exemple – à l'instrumentalisation du droit par les pouvoirs patrimoniaux dessine une première zone de tensions qui, singulièrement dans le cas de l'Allemagne, demeure active jusqu'à la fin du xix<sup>e</sup> siècle.

Cependant, autrement plus inquiétante aux yeux de Weber apparaît une seconde zone de tensions, que signalent les tendances à la rematérialisation du début du xx<sup>e</sup> siècle. Il est remarquable, en un sens, que Weber s'inquiète moins des facteurs exogènes concourant à cette « dilution du formalisme juridique »<sup>65</sup> – c'est-à-dire les pressions en faveur d'un « droit social basé sur des postulats éthiques pathétiques comme la “justice” et la “dignité humanité” » qui, écrit Weber, « se sont intensifiées avec l'émergence du problème moderne des classes sociales »<sup>66</sup> – que des facteurs endogènes aux pratiques juridiques.<sup>67</sup> Car ce sont la logique intrinsèque des représentations

---

64 Avec comme facteurs déterminants : la médiation effective de tous les systèmes de droit par le droit étatique, la consolidation de l'*imperium* princier en association avec le monopole de la formation juridique par les juristes universitaires, le développement des communes municipales, enfin la “redécouverte” du droit romain.

65 WuG, p. 504 [SD, p. 223].

66 WuG, p. 506 [SD, p. 225 sq.].

67 En effet, quoique nettement plus visibles, les revendications d'équité matérielle de la part des organisations politiques et des syndicats ouvriers apparaissent, aux yeux de Weber, beaucoup moins menaçantes : d'abord parce qu'un libéralisme ascétique conforte Weber dans l'idée que le prolétariat allemand a plus à gagner en limitant ses demandes à une égalité formelle encore frustrée qu'en s'appuyant sur « des juridictions non for-

juridiques et la prolifération, chez des juristes eux-mêmes, de mouvements de révolte contre l'abstraction du droit moderne (comme "l'école du droit libre" en Allemagne) qui révèlent toute la force de ces nouvelles tensions.

Le diagnostic wébérien d'une « rationalisation scientifique se retournant contre elle-même »<sup>68</sup> n'est d'ailleurs pas dépourvu d'accents catastrophiques. Du côté de la *pensée* juridique, la tendance à la sublimation logique se nie elle-même lorsque, affranchie des « caractéristiques formelles extérieures et tangibles » qui en constituaient le dernier résidu ritualiste, elle « cherche [...] à construire la relation entre les parties en litige du point de vue du noyau "interne" de leur comportement, du point de vue de leur "conviction intime" (*bona fides, dolus*) ». <sup>69</sup> Du coup, c'est la frontière entre l'argumentation juridique et le raisonnement sociologique qui se brouille et devient incertaine. Du côté de la pratique, c'est-à-dire des professionnels du droit, émerge un ensemble bariolé de doctrines, unies par le seul désir de combler le fossé (jugé néfaste) entre l'ordre juridique et la "vie sociale", en renvoyant sans cesse le droit à son "ancrage". Peu importe que ce soit l'intérêt des parties ou l'idéal du "juge créateur" qui serve ici de modèle, le fait décisif pour Weber, c'est que "l'illusion lucide" (pour reprendre un mot de Marcel Gauchet) qui liait la positivisation intégrale du droit à la représentation d'un ordre juridique sans faille se trouve définitivement conjurée. Et avec celle-ci, c'est la *consistance* même de cet ordre juridique – sa "positivité" et les propriétés formelles qui lui sont inhérentes – qui tend à s'estomper.

Le "positivisme" qu'on attribue volontiers à la compréhension wébérienne du droit moderne – notamment dans son rapport avec la morale – ne découle donc pas d'une position

---

nelles » ; ensuite, parce que ces exigences d'équité matérielle, inévitablement formulées dans le langage du droit naturel, s'avèrent inefficaces dès lors qu'elles « se désintègrent sous l'impact du positivisme grandissant et du scepticisme évolutionniste de la strata d'intellectuels » (WuG, p. 500 [SD, p. 216]) justement susceptible de les exploiter.

68 WuG, p. 508 [SD, p. 229].

69 WuG, p. 505 [SD, p. 224].

philosophique parmi d'autres que le juriste choisit d'adopter. Il trouve son origine dans un mouvement qui tout à la fois *déborde* la rationalité intrinsèque du droit et la *structure*, en lui fournissant son fondement. Pour le dire autrement, il apparaît comme l'*effet subi* de l'autonomisation des pratiques juridiques et, plus généralement, du décrochage réciproque des différents "ordres de vie" qui marque le type de rationalisme spécifique à l'Occident moderne – une dynamique historique que Weber décrit sous le vocable aujourd'hui célèbre de « désenchantement du monde ». <sup>70</sup> Ainsi, si le positivisme est conçu par Weber comme un "destin inévitable", c'est parce qu'il répercute une transformation lente mais irréversible du mode d'accès à l'objet "droit", et qu'il est amené à la réfléchir sous la forme d'une "sociologie du droit".

Paradoxalement, ce que révèle cette réflexion sur les conditions historiques d'un certain mode d'intelligibilité du droit, c'est toute la fragilité et la contingence de ce "destin inévitable". L'ordre juridique moderne est certes condamné à une forme nouvelle d'insularité, selon une "nécessité d'airain", dirait Weber. Mais ses praticiens peuvent être conduits à ignorer le sens de cette nécessité, en tentant d'arrimer les pratiques juridiques à des postulats matériels. Et alors ce "destin inévitable", bien loin de s'effacer, s'imposera à eux d'une façon plus incontrôlable encore. C'est là, du moins, le sens de la mise en garde sur laquelle s'achève la *Sociologie du droit* :

« Ce destin peut être occulté par la souplesse croissante du droit en vigueur, mais ne peut être véritablement écarté. Toutes les analyses modernes de sociologie et de philosophie du droit [...] ne peuvent que contribuer à renforcer cette impression,

---

70 *Entzauberung der Welt* : expression que l'on rendrait mieux par "démagification du monde". On prendra la pleine mesure de cette notion fort complexe en consultant le ch. III de l'ouvrage de Colliot-Thélène, *Le Désenchantement de l'État* (op. cit.). Cf. également, l'article de Karl Löwith, "Max Webers Stellung zur Wissenschaft" (1964), in : *Sämtliche Schriften*, vol. 5, Stuttgart, Metzler 1981, pp. 419-447.

*quelles que soient leurs théories sur la nature du droit et la position du juge* ». <sup>71</sup>

Plutôt que de dissoudre les propriétés formelles du droit dans les intérêts socioéconomiques ou les impératifs éthico-politiques, les approches antiformalistes et antipositivistes adoptées par les contemporains de Weber ne parviendront qu'à les transposer dans d'autres sphères d'activité, où elles engendreront fatalement de nouvelles irrationalités.

Le "positivisme" de Weber adopte ainsi une posture réflexive et – osons le mot – *politique* lorsqu'il redouble ainsi le sens de ce "destin inévitable" par un discours modulé à l'impératif. <sup>72</sup> Vu sous cet angle, ce "positivisme" singulier apparaît comme une position de combat. Combat d'arrière-garde, jugera-t-on peut-être aujourd'hui en regard des théories juridiques procéduralistes. Il n'empêche : ce "positivisme" porte en lui une injonction ou, si l'on préfère, une certaine normativité. Une normativité, cependant, qui ne s'attache nullement à une "entreprise de fondation" mais plutôt, pour le dire d'une manière prosaïque, à une forme particulière de société ayant acquis une signification universelle du seul fait, écrit Weber dans un texte célèbre, d'avoir rendu « conscientes les logiques intrinsèques des différentes sphères [d'activité], dans leur cohérence interne [respective], et par là [d'avoir fait] apparaître entre elles des tensions qui étaient ignorées dans les temps primitifs ». <sup>73</sup>

Préciser la signification du positivisme juridique de Weber ne suffit bien sûr pas à dissiper toutes les incertitudes entourant la notion de légitimité légale. En revanche, en jetant un éclairage sur la profondeur de ses ramifications, on se prémunit contre la tentation de caricaturer le concept, pour ensuite le re-

---

71 WuG, p. 512 [SD, p. 235], je souligne.

72 Sur le jeu de l'impératif dans la grammaire wébérienne, je me permets de renvoyer à mon article "Politique de la *Sachlichkeit*. Max Weber et la pensée politique", in : *Aspects sociologiques*, vol. 10, n° 1, 2003, pp. 9-30.

73 "Considération intermédiaire. Théorie des degrés et orientations du refus religieux du monde", in : SR, p. 417.

jeter au motif qu'il ne serait que "positiviste". À l'aide de cette notion de légitimité légale, ce sont les conditions "sociologiques" commandant au découplage des domaines juridique et politique, à la désintringation de deux rationalités distinctes – de même qu'au type d'articulation qui s'institue sous l'effet de la rupture – que Weber cherche à préciser. Envisagé sous cet angle, le terme de positivisme ne peut suffire : tout "positivisme", et celui de Weber en premier lieu, demande à être davantage qualifié.

## Chapitre 2

### Éléments de méthode décisionniste La leçon de Carl Schmitt

*Bien que professeur de droit, Carl Schmitt n'a jamais été un juriste, mais un politicien ; et, du point de vue qui est le sien, cela n'a rien d'un reproche mais tout d'un compliment.*

Josef L. Kunz, 1940

#### Les liaisons dangereuses

En 1923 paraissent aux éditions Duncker & Humblot, sous la responsabilité de Melchior Palyi, les deux volumes d'un ouvrage en hommage à Max Weber, où sont réunies les contributions de plusieurs auditeurs assidus du grand sociologue pendant les dernières années de sa vie.<sup>1</sup> Il faut savoir que lorsque Weber meurt en juin 1920 des suites de la grippe espagnole, son œuvre demeure pour l'essentiel inédite. Avant d'être l'auteur de *Wirtschaft und Gesellschaft* (qui ne sera publié pour la première fois qu'à la fin de l'année 1921), Max Weber est d'abord, aux yeux de ses jeunes contemporains, une figure intellectuelle exemplaire, le grand professeur charismatique qui transforme son rejet des formes convenues du discours académique en « une ascèse intramondaine au service d'une volonté

---

1 Melchior Palyi (dir.), *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, 2 vol., München, Duncker & Humblot 1923. On peut également se reporter à la recension de cet ouvrage, écrite par Paul Honigsheim, "Der Max-Weber-Kreis in Heidelberg", réimp. in : *Max Weber Critical Responses*, t. 1, éd. B. S. Turner, Londres, Routledge 1999, pp. 35-68.

de véracité indéterminée ». <sup>2</sup> Ainsi, s'il existe une filiation wébérienne dans l'Allemagne de l'entre-deux-guerres, elle est moins le résultat d'une lecture approfondie que l'amplification d'une rumeur et, dans le meilleur des cas, l'intériorisation par certains universitaires du "style cognitif" propre à Weber. Quelques décennies avant Aron, Löwith notait qu'« il est caractéristique de Weber qu'il n'ait pas fait école ». <sup>3</sup> C'est en ce sens qu'il faut chercher moins à distinguer entre les fils légitimes et les enfants naturels, comme on tente souvent de le faire, qu'à relever la constellation formée par la dispersion des effets de l'œuvre de Max Weber chez ses héritiers immédiats.

L'ouvrage collectif de 1923 représente un point d'appui inestimable pour cette entreprise "topographique", surtout en ce qui concerne le domaine de la théorie constitutionnelle. On retrouve en effet, au sein du second volume, les contributions de trois jeunes publicistes, de nature et d'orientation certes fort divergentes – laissant deviner déjà les trajectoires multiples qu'empruntera la théorie constitutionnelle allemande dans l'entre-deux-guerres – mais qui se réclament toutes, d'une façon ou d'une autre, de Max Weber. D'abord, une étude de Karl Loewenstein esquissant une « sociologie de la représentation parlementaire en Angleterre avant le premier *Reformbill* », étude d'un important constitutionnaliste, que ses origines juives vont forcer à l'exil dès 1933, et qui ne cessera de défendre une conception érudite, comparatiste et sociologiquement informée de la théorie constitutionnelle, à cheval entre la science politique et la méthodologie juridique *stricto sensu*. <sup>4</sup> Fortement mar-

---

2 Philippe Despoix, *Éthiques du désenchantement*, Paris, L'Harmattan 1995, p. 58.

3 K. Löwith, "Max Weber und Karl Marx" (1932), in : *Sämtliche Schriften*, vol. 5, Stuttgart, Metzler 1981, p. 327. Sur la réception à retardement de Max Weber, on consultera l'ouvrage de Dirk Käsler, *Max Weber. Sa vie, son influence, son œuvre*, trad. P. Frischt, Paris, Fayard 1996, pp. 227-230.

4 Sur le rapport de Loewenstein à Max Weber, on consultera son petit livre *Max Weber's Political Ideas in the Perspectives of our Time* (Cambridge, University of Massachusetts Press 1965) qui se veut partiellement une réplique à l'ouvrage de Wolfgang Mommsen, *Max Weber et la politique allemande*. Sous la république de Weimar, Loewenstein s'est fait

qué par Max Weber et ami personnel de Marianne, Loewenstein peut être décrit comme un héritier direct de l'interdisciplinarité et de l'ambition encyclopédique qui caractérisait la démarche wébérienne dans sa globalité.

Ensuite, l'essai influent de Richard Thoma "Le concept de démocratie moderne dans son rapport au concept d'État", qui consiste en une série de remarques et de clarifications conceptuelles (*begriffskritische*), aussi éloignées que possible des pré-occupations empiriques de Loewenstein. Thoma sera, avec son aîné de dix ans Gerhard Anschütz, le principal représentant du positivisme "statutaire" (*Gesetzpositivismus*) en droit public sous la république de Weimar, une approche qui trouvera dans l'idéal de la *Wertfreiheit* et dans le formalisme wébérien une expression satisfaisante de ses propres positions gnoséologiques. Prenant part aux réunions du fameux *Heidelberg-Kreis* dans la demeure des Weber, Thoma voudra également prolonger sous la République leur engagement en faveur d'un libéralisme démocratique, et tentera d'actualiser la conception du rôle des partis politiques défendue par Weber, en regard de la nouvelle situation prévalant sous Weimar. De façon très schématique, on peut dire que Thoma trouvait chez Weber une pensée capable, d'un côté, de donner carrière, contre un courant antipositiviste de plus en plus vigoureux, à l'autonomie des concepts de la science du droit public et, d'autre part, d'attacher une signification positive au formalisme des institutions représentatives, sans que le rapport entre ces deux tâches ne soit jamais rendu véritablement clair.<sup>5</sup>

---

connaître, entre autres, comme l'auteur d'une étude importante et fréquemment citée dans la doctrine publiciste de l'époque sur le pouvoir d'amendement constitutionnel, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung. Verfassungs-dogmatische Untersuchungen zu Art. 76 der Reichsverfassung* (1931, réimp. Wien, Aalen 1969).

- 5 Comme l'écrit Olivier Jouanjan, « la position méthodologique de Thoma reste assez originale dans le paysage de la Querelle des méthodes en ce sens que, ne remettant pas en cause dans son principe la démarche positiviste ni son légalisme, il y amalgame, sans parvenir pour des raisons de principe, à en faire la synthèse, un moment irrationnel, axiologique. Elle

Enfin, une troisième contribution à la théorie constitutionnelle, contribution éblouissante, chargée de polémique et servie par une plume qu'il faut bien dire géniale, mais aussi éloignée de la probité historique de Loewenstein que de la rigueur analytique de Thoma. Contribution dont la première phrase – « *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet* » – est devenue aujourd'hui objet de détestation ou relique sacrée. On sait que le constitutionnaliste Carl Schmitt s'est réclamé de Max Weber depuis qu'il a assisté à son dernier séminaire de l'hiver 1919-1920 à Munich, mais on oublie souvent que le texte qui allait devenir sa *Théologie politique*, hormis le dernier chapitre, a d'abord été publié dans cet ouvrage collectif à la mémoire du maître disparu.<sup>6</sup> La chose n'est pas fortuite : dans ces pages très denses, Carl Schmitt va en effet tout mettre en œuvre pour s'affranchir de la démarche wébérienne, en dessinant les contours de ce que devrait être une véritable "sociologie des concepts juridiques" et, de façon plus oblique, "une philosophie de la vie concrète" prenant sa source nettement en amont de la "facticité" (*Sachlichkeit*) wébérienne. Entremêlant un sens de la dette et un désir de subversion, la relation que la pensée schmittienne noue à cette occasion avec l'œuvre de Max Weber s'avère complexe, trop complexe en tout cas pour être ressaisie au moyen d'une filiation simple.<sup>7</sup>

Pour qui veut faire ressortir la polymorphie de ce rapport de Schmitt à Weber, ainsi que son caractère absolument central dans la mise en place des différentes stratégies schmittiennes, il paraît utile de distinguer au moins deux lieux où les travaux du "juriste engagé" vont investir la démarche wébérienne. Le cha-

---

marche sur deux jambes distinctes et risque d'être boiteuse » ("Un positiviste dans la crise. Richard Thoma", in : J.-F. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit*, op. cit., p. 30). Sur le rapport entre Weber et Thoma, cf. Carlos M. Herrera, "Comment assurer l'héritage wébérien sous Weimar ?", in : G. Rocher (dir.), *La Légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Paris, L.G.D.J. 2006, p. 225 sqq.

6 L'article de Schmitt portait alors le titre "Sociologie du concept de souveraineté et théologie politique".

7 Nul besoin de rappeler le mot de Habermas voulant que Schmitt soit le "fils naturel" de Max Weber.

pitre qui suit tentera de préciser ces deux lieux logiques – l’un conceptuel, l’autre épistémologique – pour montrer ensuite comment, dans l’espace théorique qu’ils délimitent, va se déployer, par étapes successives, un effort pour penser, au rebours du projet comparatiste de Weber, la réversibilité parfaite (et nécessaire) entre rationalité juridique et effectivité politique.

Deux lieux logiques, lit-on, qui vont structurer le présent chapitre et qu’il convient maintenant de décrire de façon provisoire. Sur le plan des concepts d’abord, il existe un premier point de contact entre Max Weber et Carl Schmitt qui concerne l’usage partagé par les deux auteurs d’une notion de domination (*Herrschaft*) strictement formelle. On a vu plus haut que Weber proposait une définition étroite de la *Herrschaft*, soucieuse d’accuser ce qui la distingue de la simple puissance (*Macht*), en insistant sur la forme spécifique du rapport “pouvoir de commandement” / “devoir d’obéissance” et en évitant de faire intervenir les contenus que ce rapport est susceptible d’intégrer. Plutôt que d’attaquer frontalement (tel un Hermann Heller, par exemple) le formalisme abstrait de cette définition de la *Herrschaft*, Carl Schmitt s’efforcera au contraire d’envisager le droit public de l’État moderne – le *jus publicum europaeum*, célébré comme le “premier enfant de l’esprit européen moderne” – à l’aune de la problématisation wébérienne de la domination. Aussi, si Schmitt s’oppose vigoureusement au parti pris “légaliste” qui informe cette problématique, il revient néanmoins sans cesse aux termes de celle-ci : légalité, tradition, extraquotidienneté (*Außeralltäglichkeit*), administration, légitimité *wert-rationale*, règle impersonnelle, commandement (*Befehl*), etc. C’est que, de façon plus spécifique, Schmitt cherche à appréhender, en parfaite continuité avec le projet wébérien, le fonctionnement concret et effectif des formes de domination à la lumière de principes d’autorité plus ou moins clairement articulés. Dans cette optique, le constitutionnalisme moderne<sup>8</sup> ne

---

8 Dans un passage de la *Sociologie du droit*, Weber affirme que la différenciation du droit constitutionnel par rapport aux autres domaines juridiques est historiquement liée à une forme de socialisation à caractère institutionnel (*anstaltsmäßige Vergesellschaftung*) dans laquelle viennent se super-

désigne pas en premier lieu un mécanisme de limitation d'un pouvoir existant a priori, mais plutôt un mode singulier d'opération de la "direction administrative" d'un groupement de domination, les règles empiriques qui orientent l'action des membres de cette "direction" et qui reflètent, selon des modalités multiples, une certaine prétention à l'autorité. D'où l'importance croissante que va prendre la figure de l'État administratif et les problèmes relatifs à son contrôle dans la pensée schmittienne, une préoccupation que vont partager plusieurs "disciples" dissidents de Carl Schmitt et qui va assurer la persistance, parmi eux, d'un certain air de famille.<sup>9</sup> On tient là, à n'en pas douter, un premier enjeu de la récupération des *topoi* wébériens par un courant hétérodoxe de la pensée constitutionnelle allemande.<sup>10</sup>

---

poser *limitation* et *séparation* des pouvoirs : l'État moderne. Et Weber de poursuivre : « Seul l'Occident a développé une théorie systématique du droit public parce que ce n'est qu'ici que le groupement politique a pris le caractère d'une institution, avec des compétences articulées rationnellement et une séparation des pouvoirs [*weil nur hier der politische Verband ganz den Charakter der Anstalt mit rational gegliederten Kompetenzen und Gewaltenteilung angenommen hat*]. [...] Tout le reste n'était pour l'essentiel que de la philosophie politique [*Staatsphilosophie*] et non du droit public [*Staatsrecht*] » (SD, p. 38).

9 On peut envisager une grande partie des efforts théoriques de Carl J. Friedrich et d'Otto Kirchheimer, en dépit d'orientations politiques opposées, comme la poursuite d'une réflexion sur les possibilités (incertaines) du constitutionnalisme à l'épreuve de l'État administratif. Cf. par exemple le ch. 11 du traité *Constitutional Government and Democracy* de Friedrich (2<sup>e</sup> éd., 1946) et l'article de Kirchheimer, "The Rechtsstaat as Magic Wall" (1967), in : PLSC, pp. 428-452.

10 Kervégan note de façon fort juste, à notre avis, que « c'est à Weber qu'il [Schmitt] doit probablement l'idée d'une spécificité du mode d'exercice administratif du pouvoir, et d'une transformation qui lui est liée du type de légitimité qu'il revendique ». Par contre, nous ne pouvons le suivre davantage lorsque, quelques lignes plus loin, il croit déceler et chez Weber et chez Schmitt « la mise en œuvre, non reconnue comme telle, d'une interprétation globale de l'histoire moderne qui prétend y reconnaître une intelligibilité et une nécessité ». C'est précisément cette possibilité de conférer un sens compréhensif au devenir historique qui est l'objet du contentieux entre Weber et Schmitt, et c'est contre l'agnosticisme wébéri-

Si Carl Schmitt formule une compréhension du droit constitutionnel moderne à l'intérieur du cadre weberien de la *Herrschaftssoziologie*, il existe une seconde ligne de communication, polémique celle-ci, entre les deux œuvres. La rencontre se fait cette fois sur la caractérisation du type de rationalité spécifique au droit moderne, c'est-à-dire au droit intégralement positif. Pour Schmitt, l'enjeu est avant tout d'ordre épistémologique : il s'agit de refuser aux formes de rationalité issues de l'entendement physico-mathématique toute prétention en matière de jurisprudence et de rechercher, à l'encontre du puissant mouvement de formalisation que connaît la science du droit public au début du xx<sup>e</sup> siècle, une forme plus originaire de rationalité juridique. Au risque de paraître expéditif, on dira que c'est là que réside l'enjeu théorique primordial de la fameuse "théologique politique" schmittienne : s'autorisant librement de Leibniz, Schmitt aperçoit un parallèle ou, à mieux dire, une analogie de forme entre le discours de la théologie rationnelle développé par le catholicisme romain et le type de rationalité mis en œuvre par le droit public de l'État européen moderne.<sup>11</sup> S'il dénonce comme une "contamination" néfaste toute tentative pour introduire dans le fonctionnement du droit des pré-

---

rien en la matière que se déchaîne le troisième chapitre de la *Politische Theologie*. Étrangement, Kervégan choisit de mobiliser l'ouvrage *Max Weber et l'histoire* de Catherine Colliot-Thélène à l'appui de son assertion, ouvrage important dont la thèse centrale nous paraît pourtant se déployer dans un sens diamétralement opposé. Colliot-Thélène s'efforce ici, ainsi que dans de nombreuses études ultérieures, de montrer que, par sa méthode comparative et multicausale, Weber s'affranchit d'un modèle historiographique téléologique. Mais, dira-t-on, cet ouvrage reproduit ultimement le paradoxe présent dans l'œuvre de Weber elle-même, laquelle fait dépendre « l'impossibilité de concevoir l'histoire comme un procès de sens » d'une caractérisation globale de l'époque contemporaine : le "désenchantement du monde" (cf. Colliot-Thélène, *Le Désenchantement de l'État*, op. cit., p. 149). Quoi qu'il en soit, le hiatus semble suffisamment net entre cette « forme affaiblie de téléologie » (Colliot-Thélène) propre à la sociologie weberienne et la vision métaphysique de l'histoire défendue en toute conscience, et avec beaucoup de vigueur, par Schmitt. Cf. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, P.U.F. 1992, p. 99 sq.

11 TP, p. 46 sq.

ceptes théologiques ou éthiques<sup>12</sup>, Carl Schmitt entend néanmoins rappeler vigoureusement à un positivisme juridique satisfait de sa superficialité la racine “méthodologique” commune à l’ecclésiologie et au droit constitutionnel moderne. En d’autres termes, la “théologie politique” fonctionnalise la transcendance aux fins d’un projet scientifique strictement séculier.<sup>13</sup>

Il serait toutefois faux de croire que, dans cette résistance à la mainmise d’une rationalité étroitement positiviste sur le domaine du droit public, la position schmittienne soit demeurée isolée : elle prend en fait une part active au *Methodenstreit* qui anime la science allemande du droit public pendant toute la période de la république de Weimar, aux côtés de Heinrich Triepel et d’une pléiade de jeunes publicistes parmi les plus brillants de leur génération (Erich Kaufmann, Rudolf Smend, Hermann Heller et Gerhard Leibholz). En ce qui a trait à la définition de l’adversaire, l’antipositivisme weimarien et la “théologie politique” semblent converger parfaitement : il s’agit de contrer les efforts de ceux (Hans Kelsen, au premier chef) qui entendent faire de la théorie constitutionnelle<sup>14</sup> une pure science des normes, une science de laquelle serait bannie toute composante téléologique, politique ou sociologique, au profit d’une élaboration strictement dogmatique du droit. Le projet d’une “science pure du droit”, tout approprié qu’il paraisse dans le domaine du droit privé, comme en témoigne les apports incontestés des

---

12 Comme le souligne justement Jean-Claude Monod, *La Querelle de la sécularisation. Théologie politique et philosophie de l’histoire de Hegel à Blumenberg*, Paris, Vrin 2002, pp. 162-165.

13 En écho à Volker Neumann, “Carl Schmitt”, in : A. Jacobson / B. Schlink (dir.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, op. cit., p. 284.

14 Le mot étant employé au sens très large de *Staatsrechtslehre*. Pour un aperçu des débats vigoureux qui ont animé cette discipline typiquement allemande sous la république de Weimar, cf. l’excellente synthèse due à P. C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law* (op. cit.). Étant donné les limites du présent ouvrage, nous laissons de côté le droit administratif et le droit international public qui, en toute rigueur de terme, devraient aussi être compris dans la *Staatsrechtslehre*.

pandectistes<sup>15</sup>, soulève toutefois une fronde dès qu'il se transpose dans ces provinces aux contours plus incertains que sont le droit constitutionnel et la théorie de l'État. On ne sera certes pas surpris qu'au sein de cette fronde, les réserves exprimées à l'endroit de la méthode wébérienne – suspecte par l'effort qu'elle met à départager soigneusement le sens dogmatique des normes juridiques de leur signification empirique ou "sociologique" – soient nombreuses. Ainsi Rudolf Smend, constitutionnaliste important sous Weimar et dont l'influence sur la doctrine publiciste post-1949 fut considérable, accuse-t-il Weber de confondre l'intégration purement mécanique des organes étatiques, opérée au moyen de la stricte légalité, et le « processus spirituel » par lequel l'État comme entité assure son unité fonctionnelle, la sociologie wébérienne représentant, lit-on, « l'exemple classique d'une telle confusion dans la théorie de l'État et de la constitution ».<sup>16</sup>

Or, là où se singularise la critique de la démarche wébérienne qui imprègne toute l'œuvre de Carl Schmitt sous la république de Weimar, c'est dans la volonté de lier systématiquement

---

15 Il existait au début du xx<sup>e</sup> siècle, il est vrai, un important mouvement de contestation du formalisme des pandectistes, dont participaient aussi bien l'École du droit libre (Erhlich, Kantorowicz) que la jurisprudence des intérêts de Jhering. C'est d'ailleurs cette contestation qui va, en partie, suggérer à Weber l'hypothèse d'une rematérialisation progressive du droit, hypothèse développée dans le dernier chapitre de la *Sociologie du droit*. Il semble téméraire toutefois de postuler une continuité entre, d'une part, ce mouvement de contestation dans le domaine du droit privé et, d'autre part, la vague antipositiviste chez les publicistes de Weimar. La *Methodenstreit* weimarienne demeure étroitement liée à un objet (une république démocratique) et à des mutations sociopolitiques (l'émergence de l'État social et la transformation des formes d'action politique), sans lesquels elle n'aurait jamais atteint le niveau de réflexivité qui la rend si intéressante pour nous aujourd'hui. Concernant la querelle des méthodes dans le droit privé allemand, on peut consulter l'exposé de François Gény dans son ouvrage classique *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1919, Paris, L.D.G.J. 1995).

16 Rudolf Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", in : *Staatsrechtliche Abhandlungen and andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot 1968, pp. 154 sq., 184 sq.

ment le refus d'une "méthode" jugée infructueuse dans le domaine du droit public à une nécessité d'ordre politique. Parmi les critiques du positivisme juridique, Schmitt n'est pas – loin s'en faut – celui dont le projet est le plus cohérent, et le rapport indispensable entre science du droit public et politique a été souligné par nombre de ses collègues juristes sous Weimar.<sup>17</sup> Mais il sera le seul à superposer, jusqu'à une parfaite réversibilité, la rationalité inhérente aux pratiques juridiques et l'objectivité de l'univers politique. Or cette superposition ne commande pas une attitude polémique à l'endroit de Max Weber au seul motif qu'elle contesterait sa description de l'autonomie de la légalité moderne, son critère formel de la juridicité ou encore son analyse de la logique immanente du politique : elle implique avant toute chose une négation consciente et délibérée de ce qui fait l'armature même du discours wébérien, l'alliance étroite entre le "style cognitif" de la sociologie wébérienne et la conscience d'une différenciation historiquement advenue des pordres de vie". L'expérience vécue des formes modernes de socialisation rend définitivement vaine, aux yeux de Weber, toute tentative pour appréhender la multiplicité des domaines d'activité sociale à partir d'un unique point de fuite, d'une "unité du monde humain". Aux déterminations massives de la philosophie politique se substituent des relations de nature probabiliste, dont le sens demeure suspendu dans une incertitude principielle. Ce qui assure le lien privilégié de Carl Schmitt à Max Weber, c'est donc l'effort considérable déployé par le juriste pour investir ce moment réflexif de la démarche wébérienne, pour en démonter les principaux ressorts et pour en attaquer les prémisses les plus souterraines.

Critiquer l'agnosticisme de la "méthode" wébérienne – les idéaux-types, le comparatisme obsessionnel, le formalisme austère des concepts, la séparation entre jugement de fait et évaluation – en ce qu'il induirait une perte d'intelligibilité ou une

---

17 Notamment Heinrich Triepel, à l'occasion de son discours de rectorat de 1926 intitulé "Staatsrecht und Politik", discours important sur lequel nous aurons l'occasion de revenir plus longuement.

régression de la science politique, c'est évidemment là un motif que Carl Schmitt partage avec les partisans d'un retour à la philosophie classique aujourd'hui en vogue, Leo Strauss ou Eric Voegelin par exemple. Mais, en un sens, la critique de Schmitt épouse de plus près la logique de l'œuvre de Weber et, par conséquent, son impact est beaucoup plus dévastateur. Schmitt sait fort bien qu'il ne sert à rien d'opposer souverainement à Weber un concept de science plus riche ou de souligner les incohérences qui grèvent ses principes méthodologiques. Si les règles du discours wébérien n'entendent que répercuter la désincorporation et la différenciation interne des formes modernes de socialisation, une négation purement conceptuelle et abstraite ne saurait suffire : il faut au contraire retourner contre Weber l'impératif de la nécessité, montrer que son discours n'est pas réellement à la hauteur de ce qu'il prétend décrire, aveuglé qu'il est par un projet politique anachronique.<sup>18</sup> La soumission du discours wébérien à son objet – d'où découle pour une large part le pouvoir charismatique du prophète Max Weber – apparaît factice, du moins insuffisante, aux yeux de Schmitt, pour lui donner accès à une véritable objectivité. En lieu et place de la *Sachlichkeit* (facticité) wébérienne, qui pour une part au moins demeurerait dépendante de la volonté d'un sujet humain, il faut installer une *Wirklichkeit* (effectivité) beaucoup plus originaire, concrète et irrépressible. Suivant cette stratégie de surenchère, il s'agira donc, pour Schmitt, de remonter au-delà des concepts élaborés par Weber, pour atteindre ce qui met en branle le discours du sociologue et en ordonne les articulations. D'où la coïncidence permanente, dans tous les travaux de Schmitt, entre l'intérêt théorique et une exigence existentielle. Comme l'exprime très bien Hasso Hofmann,

« Rien n'importe davantage au constitutionnaliste Carl Schmitt que d'être constamment "à la hauteur de l'époque", de préciser [...] "la place du présent dans le processus historique" au moyen d'analyses toujours nouvelles, et de se "situer" lui-

---

18 Le sens attribué à Schmitt aux idéaux de 1848 dans "Der bürgerliche Rechtsstaat" (1928), in : SGN, pp. 44-47.

même politiquement et historiquement, en s'engageant pleinement. Toutes les investigations historiques et les interprétations proposées par Schmitt servent cette seule visée. Elles n'ont pour lui de sens que dans la mesure où elles contribuent, en tant que "clarification de l'existence", à la maîtrise de la situation politique concrète du moment. »<sup>19</sup>

Que faut-il attendre d'une telle démarche ? Bien autre chose, à l'évidence, qu'une sobre réfutation scientifique. Dans la perspective existentielle qui est celle de Schmitt, l'erreur théorique de Max Weber – décrire la spécificité de l'État constitutionnel moderne au prisme d'un concept strictement formel de rationalité, refuser d'envisager une structure conceptuelle ultime « poussée jusqu'au métaphysique et au théologique »<sup>20</sup> dont dépendraient les formes de socialisation – n'entraîne pas seulement des conséquences d'ordre scientifique, mais engendre aussi et surtout des effets concrets, c'est-à-dire, comme on le verra, des effets politiques. C'est là, en réalité, le fil de la stratégie schmittienne : obnubilée par l'autonomisation progressive et la clôture des pratiques sociales (juridiques, politiques) les unes par rapport aux autres, la sociologie weberienne s'interdit de penser la "situation" globale actuelle, la *gesamte Bewußtseinslage*, et demeure désespérément aveugle aux conditions de possibilité très restreintes du gouvernement constitutionnel dans le cadre d'une démocratie de masse. Simultanément, le refus ascétique que Weber oppose aux grandes "visions" synoptiques et aux qualifications univoques de la "situation" présente<sup>21</sup> le

---

19 Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 4<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot 2002 (1964), p. 82.

20 TP, p. 55.

21 Nulle part le "positivisme" ascétique de Weber n'est mieux exprimé que dans ce passage de l'Avant-propos des *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* : « Il est vrai qu'il est bouleversant de contempler une coupe dans le cours des destins de l'humanité. Mais mieux vaut garder pour soi ses petits commentaires personnels, comme on le fait en contemplant la mer ou les hautes montagnes – à moins d'avoir la vocation ou le talent de faire œuvre d'artiste ou de prophète. Dans la plupart des cas, la prolixité des discours d'"intuition" n'est que le masque d'une impuissance à prendre ses distances par rapport à l'objet, qui s'expose à la même criti-

prive des moyens d'une politique objective, une politique qui reconnaîtrait la grave crise menaçant d'emporter cet "œuvre d'art" qu'est l'État moderne plutôt que d'en précipiter inconsciemment le mouvement. L'effort constant de Schmitt sera donc de retrouver, contre le sens de la pensée wébérienne mais en usant de stratégies qui lui sont familières, un point d'articulation – qu'il voudrait massif – entre la théorie constitutionnelle et l'effectivité du politique.

Loin des généalogies univoques, la relation entre l'œuvre de Schmitt et celle de Weber se laisse donc rapporter à deux univers théoriques distincts. Le premier, comme on cherchera à l'établir dès la section suivante, concerne le niveau d'analyse approprié à une caractérisation de l'État constitutionnel : fidèle au "matérialisme élémentaire" wébérien, Schmitt s'attache à décrire le *jus publicum europeum* comme une certaine forme de domination et à faire ressortir le caractère autonome de la médiation qui la caractérise (les "normes d'effectuation du droit" en opposition aux "normes juridiques" proprement dites). Sous ce premier aspect, prolongeant certains développements esquissés par Weber, les travaux du constitutionnaliste Carl Schmitt apportent une contribution appréciable à une vaste réflexion, qui traverse l'ensemble du xx<sup>e</sup> siècle, sur le rapport incertain du constitutionnalisme moderne à l'émergence de l'État administratif (notamment sous la figure de l'État social). Cependant, à cette reprise du cadre wébérien de la *Herrschaftssoziologie* – reprise qui ne s'opère d'ailleurs pas sans une certaine inflexion – s'ajoute un rapport plus critique et volontiers polémique, qui recouvre cette fois sur une divergence

---

que qu'une attitude analogue à l'égard des hommes » (trad. I. Kalinowski, in : *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, op. cit., p. 66). Il faut noter que, dans sa conférence de 1917 "Wissenschaft als Beruf", Weber emploie, pour décrire la disposition d'esprit exigée par la science moderne, une citation de Carlyle – « Des millénaires ont dû passer avant que tu ne viennes à la vie, et d'autres millénaires attendent en silence ce que tu vas faire de ta vie » – dont il fait usage ailleurs (au dernier chapitre de *Confucianisme et taoïsme*) pour illustrer l'idéaltype de l'ascétisme puritain.

“épistémologique” radicale entre les deux auteurs. Le strict “positivisme” de Max Weber en matière de théorie de l’État et du droit a beau se vouloir « le produit d’un mouvement général des représentations dont il n’a nullement la maîtrise »<sup>22</sup>, il demeure que l’espace réflexif qui s’ouvre ici dans la sociologie wébérienne apparaît beaucoup trop étroit et conditionnel pour accueillir une théorie constitutionnelle qui serait, comme le souhaiterait Schmitt, « une pratique à l’échelle des millénaires ». <sup>23</sup> En dépit de toute sa sophistication théorique et de son immense érudition, l’entreprise wébérienne aboutit en bout de course à ce qui semble être le point de départ évident et non questionné du positivisme juridique le plus commun. Positivisme dont on a associé tant et plus l’étroitesse cognitive à la “volonté d’impuissance” du régime de Weimar et que Schmitt, pour cette raison, entend combattre jusqu’à sa racine. Aussi la “théologie politique” schmittienne sentira-t-elle le besoin impérieux de prendre à revers la logique du discours wébérien en rendant immédiatement sensible la coextensivité sans reste entre le droit et le politique, entre la légalité et la légitimité, puis enfin entre les “concepts” et les “positions”.

Les pages qui suivent s’attacheront à repérer l’émergence graduelle, dans les textes des années 1922 à 1930, d’une théorie constitutionnelle dite “décisionniste” qui se voudra explicite-

---

22 Colliot-Thélène, *Le Désenchantement de l’État*, op. cit., p. 238. Sur ce qui oppose le positivisme normativiste d’un Kelsen et le positivisme “réflexif” de Max Weber, cf. M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, op. cit., p. 175 sqq.

23 Conversation avec Schmitt, rapportée dans la présentation, due à D. Séglard, de la traduction française des *Trois types de pensée juridique* (Paris, P.U.F. 1995, p. 19). Pour Schmitt, la théorie n’est qu’une autre forme de pratique et vice versa. On peut penser à une lettre de 1965 à Julien Freund, où Schmitt écrit : « pour moi, [la] philosophie du droit, c’est une philosophie émanant d’une connaissance parfaite théorique et pratique du droit. Conséquence : seul un très vieux, très expérimenté *all-around*-juriste (par exemple : moi) saurait écrire la philosophie du droit qui me suffit. Kelsen est plutôt philosophe (méthodologie) que juriste ». Schmitt ajoute à cela une remarque particulièrement révélatrice pour notre propos : « Max Weber était (sauf ses erreurs et égarements méthodologiques) principalement juriste et non philosophe ».

ment antiwébérienne, et dont nous prendrons soin de souligner l'extrême ambivalence. En effet, là où de nombreux lecteurs ont voulu trouver le motif unitaire de la période weimarienne de Carl Schmitt – sous la forme notamment de la dichotomie norme / décision – il s'agira au contraire de repérer deux conceptions distinctes que la « théologie politique » schmittienne va s'efforcer de faire entrer en composition. Malgré l'apparente unité terminologique, le thème de la décision revêt une signification différente selon qu'il demeure interne à la théorie constitutionnelle ou qu'il prétende caractériser l'expérience sociale-historique dans sa généralité. À chacun de ces deux décisionnismes, il sera ensuite possible d'associer, dans l'œuvre de Schmitt, une conception spécifique de la légitimité : la première, formulée dès le début de la république de Weimar, emprunte les traits d'une critique du parlementarisme, adossée à une compréhension plébiscitaire de la démocratie moderne (qui fera l'objet du chapitre 3) ; la seconde, plus originale et qui s'affirme alors que le régime républicain entre dans une phase de décomposition accélérée, repose sur une histoire métaphysique de l'État organisée autour des migrations successives du politique, pour aboutir finalement au "concept" d'*État total* (chapitre 4). Même si ces deux théorisations différentes de la légitimité vont se chevaucher dans l'œuvre de Schmitt (dans les années 1929-1930 surtout), elles relèvent de dispositifs divergents, et ce n'est qu'en tenant compte de cette divergence que l'on pourra apprécier la métamorphose de la dichotomie légalité / légitimité en une antinomie critique, à forte teneur politique.

### Le droit, son effectuation et l'État

Comme il a été auparavant mentionné, l'opposition à Weber qui se profile dans le texte "hommage" de Schmitt<sup>24</sup>, se révèle fort

---

24 En réalité, comme on sait, Carl Schmitt devança la publication du volume hommage et fit paraître en 1922 son texte (augmenté d'un court chapitre sur les penseurs de la contre-révolution) sous la forme d'une monographie intitulée *Politische Theologie*, chez Duncker & Humblot.

complexe et se construit par étapes successives. En énonçant avec toute l'emphase dont il est capable le programme d'une nouvelle pensée juridique "décisionniste", Carl Schmitt amalgame sous cette étiquette deux ensembles théoriques – deux "décisionnismes", si l'on veut – entre lesquels subsiste une différence importante. Différence dont Schmitt va pourtant tenter d'effacer de plus en plus la trace. C'est le sort de ces deux décisionnismes et de leur distinction qui nous renseignera sur la transformation du rapport entre légalité et légitimité dans la pensée de Schmitt.

Le décisionnisme schmittien possède, bien sûr, une connotation existentielle qui a fasciné nombre de lecteurs de la *Théologie politique* ou de la *Notion de politique*, et qui le relie très nettement à la mouvance de la "révolution conservatrice", cette constellation intellectuelle où se sont retrouvés, l'espace de quelques années, des écrivains, des philosophes et des sociologues aussi différents que Ernst Jünger, Arthur Moeller van den Bruck et Hans Freyer, dans une commune détestation de l'esprit du libéralisme bourgeois.<sup>25</sup> De fait, le terme "décision" – *Entscheidung* – a servi de point de ralliement à un large éventail de stratégies politiques, fort divergentes dans leur idéal positif, mais exaltant toutes la nécessité d'une action résolue, à même de tirer le peuple allemand du carcan de la paix de Versailles, et faisant grief au régime parlementaire de Weimar de cultiver l'irrésolution (*Unentschlossenheit*). En ce sens, cette idée de décision, comme le rappelle Sontheimer, « était une réponse au relativisme idéologique et au phénomène de concurrence des "visions du monde". Elle ne correspondait pas encore à une weltanschauung précise, elle ne se décidait pas encore en faveur d'une croyance déterminée, elle louait la Décision comme une force créatrice au-delà de toute formulation idéologique ».<sup>26</sup>

---

25 Stefan Breuer, *Anatomie de la révolution conservatrice*, trad. O. Mannoni, Paris, M.S.H. 1996, pp. 60-70.

26 Kurt Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, München, D.T.V. 1968, p. 260.

Chez Schmitt, ce thème de « la décision pour l'être-décidé »<sup>27</sup> va se développer sous la forme d'une compréhension métaphysique de l'histoire de l'État, histoire rythmée par les migrations successives du politique entre les différents secteurs de la vie humaine (théologie, métaphysique, morale, esthétique, économie, puis technique). Suivant ce fil, il faudra donc examiner la mise en place d'un décisionnisme généralisé qui servira de toile de fond à la problématique du "virage vers l'État total", problématique dans le cadre de laquelle Carl Schmitt va camper ses analyses politico-constitutionnelles des dernières années de la république de Weimar et son diagnostic de crise (*Der Hüter der Verfassung, Legalität und Legitimität*, ainsi que plusieurs études reprises dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze*).

Cet aspect de l'œuvre de Schmitt est aujourd'hui fort bien documenté. Moins évidente paraît en revanche une autre forme de décisionnisme, que l'on dira restreint, et qui est chronologiquement antérieur. Alors que le décisionnisme généralisé prétend identifier l'unique foyer d'historicité déterminant l'expérience humaine dans sa globalité, le décisionnisme restreint demeure, quant à lui, interne à la théorie constitutionnelle.<sup>28</sup> C'est, si l'on veut, une "méthode". On trouvera une première épure de cette "méthode" dans un petit ouvrage de 1914<sup>29</sup>, aujourd'hui méconnu, où l'on voit bien se déployer une problématique d'inspiration wébérienne.<sup>30</sup>

---

27 Löwith, "Le décisionnisme occasionnel de Carl Schmitt" (1935), trad. M. Köller / D. Séglard, in : *Les Temps modernes*, vol. 47, n° 544, nov. 1991.

28 Carlos Miguel Herrera, "Décisionnisme", in : *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F. 2003.

29 Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, Mohr 1914.

30 Qu'il soit clair ici qu'en tentant de distinguer deux plans de réflexion différents que la *Théologie politique* va entrelacer, nous ne cherchons pas un principe qui permettrait de dissocier, au sein de l'œuvre de Carl Schmitt, la part du constitutionnaliste de celle du théoricien nazi, de manière à « sauver » la première de l'opprobre qui frappe la seconde. Il s'agit plutôt de rendre compte du caractère composite et hautement éclectique de l'œuvre de Schmitt, qui s'est prêtée à des reprises fort diverses

Sans trop se commettre à établir des filiations audacieuses, on pourrait dire que Schmitt a esquissé, à l'occasion de cette première réflexion sur le droit public<sup>31</sup>, une analyse phénoménologique<sup>32</sup> qui met l'accent sur l'autonomie du processus de réalisation du droit par rapport à ce qu'il appelle "l'idée de droit". Ce qui caractérise le droit comme pratique selon Schmitt, c'est d'abord d'assurer la mise en relation continue de deux sphères disjointes : celle de la norme juridique (*Rechtsnorm*), purement idéale, détachée de toute facticité ; et celle de la réalité empirique, soumise au mécanisme de la causalité. Cette vision dualiste écartelée entre le moment idéal et le moment empirique est, insiste Schmitt, la condition a priori de toute théorisation de l'État : car si, à l'inverse, l'on définit le

---

sans pour autant être erronées. Pour le dire de façon plus directe, il semble évident qu'Olivier Beaud et Ulrich K. Preuss (et bien d'autres) ne vont pas trouver chez Schmitt les mêmes éléments de théorie que, disons, Gary Ulmen ou Paul Gottfried, sans parler de Chantal Mouffe ou d'Antonio Negri. La différence entre les textes mobilisés d'un lecteur à l'autre en témoigne éloquentement. À l'encontre d'un geste de condamnation *in toto* aujourd'hui à la mode, il ne semble pas productif, tant pour l'histoire des idées que pour la théorie constitutionnelle contemporaine, d'ignorer les césures qui traversent l'œuvre de Schmitt et qui découpent en son sein des problématiques hétérogènes.

- 31 Schmitt avait publié, en 1912, un petit ouvrage intitulé *Gesetz und Urteil*, dans lequel s'esquissait déjà une théorie "réaliste" de l'interprétation et de la décision judiciaire. Or, même si on y retrouve plusieurs intuitions annonçant la perspective décisionniste ouverte dans les années 1920, l'analyse s'inscrivait nettement dans le champ du droit privé, Carl Schmitt s'orientant à l'époque vers une carrière de criminaliste.
- 32 Le rapport de Carl Schmitt à la phénoménologie – comprise comme discours sur « ce qui, par rapport à ce qui se montre de prime abord et le plus souvent, est *en retrait*, mais qui en même temps appartient essentiellement, en lui procurant sens et fondement, à ce qui se montre de prime abord et le plus souvent » (Heidegger) – est très opaque et n'a pas encore fait l'objet d'un commentaire systématique. Dans un entretien avec J. Schickel, rapporté par Volker Neumann (*Der Staat im Bürgerkrieg*, Frankfurt/M. / New York, Campus 1980, p. 11), Schmitt explique : « J'ai une méthode qui m'est propre : laisser le phénomène s'approcher de moi, l'attendre, le penser à même la matière, pour ainsi dire. Vous pouvez appelez cela phénoménologie, mais je ne m'engage pas volontiers dans ce genre d'avant-propos méthodologique général ».

droit en termes monistes, en le rabattant sur la puissance (*Macht*) ou sur les intérêts, on se prive de tout principe propre à assurer l'unité synthétique du phénomène "État". Sans cette référence idéelle, seuls sont observables « les manifestations ponctuelles d'une puissance aveugle, mais non une continuité ». <sup>33</sup> Carl Schmitt partage donc avec Weber le souci d'éviter la dissolution de l'État comme simple "puissance", mais d'accuser au contraire le caractère irréductible et autonome de la domination (*Herrschaft*) qui en constitue l'assise. Simultanément, il s'agit de mettre en question la pertinence d'une compréhension du droit comme constellation d'intérêts protégés par l'État. Car si le droit s'épuise dans la garantie d'intérêts sociaux préexistants, « l'État est alors réduit au rôle de héraut se contentant de déclarer des faits », de constater la valence juridique de certains intérêts et d'arbitrer ceux-ci en cas de conflit insoluble. L'État est, aux yeux de Schmitt, un phénomène qui relève de l'*autorité*, et dont une conception moniste du droit ne peut saisir la réelle teneur. Mais il n'est pas douteux que, sous couvert de semblables considérations de méthode, se profile le souci, qui sera celui de Schmitt au moins jusqu'en 1933, d'affirmer la puissance d'altérité de l'appareil d'État face à la société civile.

Chaque « atome de droit » <sup>34</sup> s'avère donc marqué d'un dualisme qui le rend pensable selon deux perspectives exclusives. Comme « idée de droit », d'abord, c'est-à-dire comme un axiome transcendant « originaire, non étatique », écrit Schmitt, « qui distingue la proposition de droit du règlement de police » mais « dont la détermination plus précise n'est pas du ressort de ce traité et dont il faut dire simplement (au risque de soulever un paradoxe) qu'il se présente comme un droit naturel sans naturalisme ». <sup>35</sup> Mais ensuite et surtout, comme processus de réalisation du droit qui, ordonné à l'atteinte d'un but concret, intègre un moment d'indifférence au contenu (*inhaltliche*

---

33 WSBE, p. 48.

34 D, p. 251.

35 WSBE, p. 76.

*Indifferenz*).<sup>36</sup> Pour le dire autrement, la norme de réalisation du droit n'est pas soluble dans la norme de droit comme telle, car elle met en œuvre un élément d'arbitraire indériverable, attaché à la capacité formelle de prendre une décision de facto et définitive (en un sens que Schmitt rapproche de celui de l'infailibilité papale).<sup>37</sup> C'est ce second versant de l'acte juridique qui, comme on le sait, va intéresser Carl Schmitt et constituer à ses yeux l'objet distinctif de la science juridique.

C'est à cet endroit qu'émerge la figure de l'État, sous la forme d'une *médiation* bien singulière. Car si Schmitt voit dans l'État le "point de transition" de la norme vers le monde empirique, il entend par ce terme tout autre chose que la subsomption du cas particulier sous une règle générale. Ce qui donne toute sa force de frappe à la pensée décisionniste, c'est justement le pari d'accorder au travail de la médiation un caractère absolu, de déceler en lui une loi interne propre (une *Eigen-gesetzlichkeit*) qui non seulement a préséance sur toute norme extérieure mais constitue également le *terminus* de toute pensée du droit. La « médiation », dans la mesure où elle prend la forme d'une intervention dans « le déroulement causal des événements »<sup>38</sup>, ne peut pas être conçue comme la simple adaptation de "l'idée de droit" à une situation concrète ; elle doit être envisagée comme la « concrétisation définitive »<sup>39</sup> de cette "idée de droit", la résorption sans reste du caractère abstrait et indéterminé de la norme juridique (de la « texture ouverte du droit » comme on dira plus tard<sup>40</sup>) dans une décision exécutoire. Le propre de "l'idée de droit", est d'être incapable de se réaliser autrement que par la négation concrète, *hic et nunc*, de sa nature idéelle, de son excédent par rapport au monde empirique. Dès lors que l'idée de droit s'annule complètement dans une décision qui s'en revendique, l'essence de cette médiation n'a plus

---

36 WSBE, p. 79.

37 WSBE, p. 82.

38 WSBE, p. 18.

39 Cf. H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, op. cit., p. 52 sq.

40 Hebert L. A. Hart, *Le Concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis 1976, p. 55.

rien de dialectique, elle relève davantage de la captation intégrale du droit par l'organe qui le met en œuvre. La décision exécutoire réalise donc l'"idée de droit" si et seulement si elle parvient à la rendre indisponible, c'est-à-dire si elle rend impossible, à sa suite, toute invocation de l'"idée de droit" par ou au profit d'une instance concurrente.

En qualifiant l'État comme "serviteur du droit" (*Diener des Rechts*), on donne donc libre carrière, sous le couvert d'une formule jusnaturaliste, à l'absolu de la médiation puisque l'on fait de l'État l'intercesseur ultime entre une "idée de droit" éthérée et des "normes de réalisation du droit" adéquates (*richtig*) à un état de fait concret. Dans une sorte d'apothéose, Schmitt ressaisit la substance des développements précédents en insistant sur ce dualisme absolu entre droit et réalisation du droit :

« L'orientation fonctionnelle ne confère pas au Droit un nouveau contenu, mais constitue plutôt une formation particulière : celle de l'État. Le Droit est à l'État, pour employer une expression de Saint Augustin, *origo, informatio, beatitudo*. C'est pourquoi tout État est un État de droit et chaque État empirique reçoit sa légitimation comme serviteur du Droit [*Diener des Rechts*]. Mais c'est pour cela qu'il est également l'unique Sujet de droit au sens éminent, puisqu'il est l'unique porteur de l'ethos du Droit. »<sup>41</sup>

On peut bien sûr s'étonner du normativisme extrême<sup>42</sup> de la définition de l'État comme "serviteur du droit". Mais, il faut également voir que ce normativisme s'épuise dans une posture polémique à l'endroit de la caractérisation wébérienne de l'État comme "entreprise de domination". Pour Weber, comme on le sait, l'État ne peut être défini que d'une façon strictement formelle, par l'emploi d'un moyen spécifique : la violence légitime. Or, Schmitt voit dans cette définition une hypostase de la rationalité technique qui non seulement se traduit par une formidable déperdition d'intelligibilité mais, à mesure que ses effets se font sentir dans la pratique du droit constitutionnel,

---

41 WSBE, p. 53.

42 Löwith, "Le décisionnisme occasionnel de Carl Schmitt", op. cit., p. 39.

met en péril le fonctionnement de l'État lui-même. Définir l'État comme « la formation juridique dont le sens est exclusivement le devoir de réalisation du droit »<sup>43</sup> – donc par une visée normative – n'est qu'une façon détournée de refuser ce qui semble à Schmitt un agnosticisme dangereux.

Mais c'est pour, aussitôt cette démarcation polémique accomplie, revenir à une perspective wébérienne en étudiant non le contenu de cette "idée de droit", mais la façon dont s'articule en elle une revendication qui distingue l'État de la caserne ou de la bande de brigands, de même que la manière dont cette revendication donne naissance à certaines pratiques propres à une "direction administrative". En d'autres termes, aussitôt "l'idée de droit" posée à titre d'idée régulatrice ou d'hypothèse nécessaire, l'investigation s'en détourne pour considérer uniquement la médiation qu'elle rend nécessaire. Comment fonctionne *in concreto* cette médiation ? Telle est la seule question qui intéresse désormais le travail de Schmitt. La prétention typique qui distingue la forme de légitimité propre à l'État moderne se cristallise donc sur la base de la stricte positivité d'un acte étatique orienté contre l'idéalité, en principe infinie, du Droit. Ainsi, l'inclusion d'un élément radicalement "normativiste" dans le cadre de la théorie wébérienne compose, pour reprendre les mots d'Olivier Beaud, « un cocktail détonnant : la fondation de l'État par le droit idéal aboutit paradoxalement au renforcement de sa puissance et à l'impossibilité de le lier par le droit positif ».<sup>44</sup>

Cette caractérisation de l'État permet à Carl Schmitt d'avancer deux propositions qui vont marquer durablement la suite de son œuvre.

D'une part, la valeur de l'État ne peut pas être jugée à l'aune d'un étalon normatif extrinsèque (la justice, la moralité, la garantie de la propriété, etc.), elle doit être appréciée en fonction de sa capacité purement formelle à se constituer en instance

---

43 WSBE, p. 52.

44 O. Beaud, "Carl Schmitt ou le juriste engagé", préface à TC, p. 36.

décisionnelle effective et à se perpétuer comme telle. Ainsi que l'écrira Schmitt dans un texte plus tardif, « toute unité politique existante trouve sa valeur et son "droit à l'existence" non dans la justesse normative ou l'utilité de son contenu, mais dans son existence. Ce qui existe en tant que puissance politique possède de la valeur, d'un point de vue juridique, du fait qu'elle existe [*Was als politische Größe existiert, ist juristisch betrachtet, wert, daß es existiert*] ». <sup>45</sup> Le corollaire obligé de cette proposition est bien sûr une extension très réduite des contours de l'institution étatique, limitée essentiellement à un noyau organisationnel formé du pouvoir exécutif, de quelques ministères chargés des fonctions régaliennes et de l'armée. À l'instar de Weber, Schmitt cherche à saisir l'État en acte – et même, parfois, à l'y réduire.

D'autre part, l'individu comme puissance sociale n'a de signification que dans sa relation à cette instance décisionnelle effective qu'est l'État. Schmitt ne se contente pas de reprendre un thème usé de la pensée conservatrice ; en opposant l'exigence d'un État fort au déchaînement des passions individualistes ou en affirmant, selon un motif pseudo-aristotélicien prisé des théoriciens du *Machtstaat*, que l'État, totalité organique, est le véritable lieu de réalisation de l'individu ; il veut surtout donner à voir le lien dialectique qui unit la représentation d'un individu-sujet et l'existence d'une institution capable d'une décision autoritaire qui, par là, assure à cet individu sa négativité face aux autres puissances de socialisation (famille, parentèle, église, groupe ethno-culturel, etc.). L'individu comme tel, rappelle ainsi Schmitt, n'existe donc que comme effet "latéral" de l'effectivité de l'État.

« Il y a peut-être quelques individus assez habiles et vifs pour réussir le tour de force de demeurer libres parmi les nombreux et puissants groupes sociaux, de même que l'on bondit d'un bloc de glace à un autre. Mais cette liberté d'équilibriste, on ne saurait la réclamer de la masse des citoyens normaux [...]. Pour l'individu empirique, l'expérience montre qu'il n'a pas

---

45 TC, p.153.

d'autre espace pour exercer sa liberté que celui qu'un État fort est capable de lui garantir. »<sup>46</sup>

## Le décisionnisme restreint : critique du normativisme

Si le décisionnisme restreint – que l'on trouve exprimé de façon saisissante dans quelques passages connus de la *Théologie politique* – se veut une mise en forme de certaines propositions de l'ouvrage de 1914<sup>47</sup>, c'est d'abord en raison de l'insistance qu'il met sur l'autonomie de la décision et de sa "légalité" propre. L'analyse phénoménologique du processus de réalisation du droit, dont *Der Wert des Staates* présentait une ébauche, a permis en effet d'isoler le moment structurant de toute pratique du droit : celle de la "concrétisation définitive" opérant la résorption sans reste d'une norme abstraite dans une décision exécutoire. À cet égard, le texte de 1922 a une valeur programmatique, puisqu'il s'agit pour Schmitt d'appeler à un recentrement de la science du droit public – et de la théorie constitutionnelle tout particulièrement – autour de ce seul objet. Ce qui, en d'autres termes, doit mobiliser l'attention de la *Staatsrechtslehre*, et marquer la spécificité de ses méthodes d'enquête, c'est l'analyse des diverses modalités par lesquelles une instance donnée parvient à revendiquer pour son compte (et avec un succès significatif) l'effectuation d'une "idée" normative. En ce sens, nous pouvons résumer ce premier "programme" schmittien comme une tentative pour formuler, dans les termes d'une sociologie de la domination d'inspiration wébérienne, les grands problèmes que Schmitt identifie comme

---

46 "Éthique de l'État et État pluraliste" (1930), in : PD, p. 139 sq. On retrouvera un motif assez similaire dans les travaux de Kirchheimer plus proches de l'École de Francfort (cf. "In the Quest of Sovereignty", in : PLSC, pp. 190-193).

47 On pourrait considérer que la monographie de 1921 *Die Diktatur* développe ce programme décisionniste "restreint" et prolonge la discussion avec Weber. Cf. mon article "De la dictature légitime à la légitimité de la dictature. *Die Diktatur* de Carl Schmitt et l'héritage de Max Weber", in : G. Rocher / M. Coutu (dir.), *La Légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, op. cit.

étant ceux qui ont animé la tradition occidentale de pensée constitutionnelle. Celui de la nature et du sujet de la souveraineté, comme nous le verrons plus loin, mais également ceux de la représentation politique, de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la généralité de la loi.

Comme c'était le cas de la *Herrschaftssoziologie* de Weber, la question centrale du décisionnisme restreint sera celle du médium technique dans sa nudité absolue, médium dont il s'agit d'explorer les règles de fonctionnement. Que reste-il de l'État, en l'espèce, lorsque celui-ci est dépouillé de tout *Zweck*, de tout référent normatif et de tout motif utilitaire ? Que reste-il lorsqu'il n'y a plus rien ?<sup>48</sup> La réponse de Schmitt vaut d'être citée :

« toute pensée juridique [*Rechtsgedanke*] mène l'idée de droit [*Rechtsidee*], qui ne devient jamais réalité dans sa pureté, à un autre état d'agrégat et y ajoute *un moment qu'on ne saurait tirer ni du contenu de l'idée de droit ni du contenu de quelque norme juridique générale et positive à l'occasion d'une application de cette dernière. Toute décision concrète contient un moment d'indifférence au contenu* parce que la conclusion juridique n'est pas déductible de ses prémisses jusque dans ses ultimes conséquences et que la circonstance rendant nécessaire une décision demeure un moment déterminant autonome. »<sup>49</sup>

En inscrivant au cœur de la rationalité juridique cet élément décisionnel, Schmitt veut évidemment s'opposer à toute prétention provenant d'une science qui entendrait décrire le droit comme un ordre autoréférentiel, exempt de faille, et au sein duquel la "forme" juridique ne désignerait rien d'autre que le mode de production des normes, les exigences procédurales permettant de distinguer différents niveaux d'élaboration du système (ou de la pyramide) "droit". Il est en effet inévitable qu'une prétention de ce type, si elle doit être honorée, aboutisse

---

48 En 1930, Schmitt formulera la question en ces termes : « En effet, qu'est-ce qui demeure de l'État lorsqu'on fait abstraction de tous les autres contenus : religieux, économique, culturel, etc. ? » ("Éthique de l'État et État pluraliste" [1930], in : PD, p. 143).

49 TP, p. 40 sq., je souligne.

au rejet hors de la sphère du “scientifiquement juridique” du processus empirique de réalisation du droit. C’est cette ignorance des problèmes posés par l’autonomie de la réalisation du droit, ou leur renvoi à la simple “sociologie”, qui rend si véhémentement la polémique de Schmitt contre Kelsen dont le second chapitre de *Théologie politique* porte témoignage.

Pour Kelsen, qui adopte une compréhension intégralement procédurale de l’ordre juridique, tout acte juridique doit être envisagé comme l’approfondissement ou la concrétisation d’une proposition juridique plus générale, dont il tire sa validité. L’ensemble du droit peut ainsi être ramené à un modèle dynamique de création de normes. C’est parce qu’elle a été produite conformément à une norme supérieure, qui en détermine les conditions de création, qu’une règle quelconque prend part au système “droit”. Pour rendre plausible cette « construction par degrés »<sup>50</sup>, Kelsen adopte un concept de subsomption suffisamment vide et formel pour lui permettre d’accueillir n’importe quel contenu (une loi de protection des forêts, un budget, l’ordre d’un officier de police, le règlement interne d’une association sportive) et, de niveau en niveau, pour intégrer toutes les propositions juridiques en une unique pyramide de normes. Cette unité dynamique, animée par un procès infini d’élaboration, n’exclut pas la possibilité que des actions de l’État soient entreprises en état d’ultime nécessité ou en violation de certaines dispositions constitutionnelles. Mais de tels actes vont apparaître de nature identique à la promulgation d’une loi ordinaire. En vertu de cette compréhension de la forme juridique (qui est toujours un rapport de création / imputation à l’intérieur d’un même et unique système), Kelsen en vient à envisager l’État (qui est synonyme alors de l’ordre juridique) comme un roi Midas condamné à faire du droit de tout ce qu’il fait.

---

50 Sur Kelsen, on pourra consulter le petit ouvrage utile de Carlos Miguel Herrera, *La Philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction* (Québec, P.U.L. 2006, tout spécialement pp. 33-47).

« Une compréhension rigoureusement normative peut appréhender scientifiquement la somme des actes administratifs individuels de l'État, dans leur spécificité concrète, seulement si elle comprend "le droit du point de vue de sa dynamique", seulement lorsqu'elle dissout l'unité statique des règles juridiques, abstraites et générales, dans l'unité dynamique [...] d'une concrétisation par paliers de l'ordre juridique, à partir d'une "norme fondamentale qui n'est plus qu'un présupposé théorique, et non un état de fait". »<sup>51</sup>

Au sein de ce procès infini (parce que sans terme possible) de réalisation du droit, le problème de la concrétisation définitive de "l'idée de droit" devient rigoureusement impossible à formuler, de sorte que Kelsen ne peut pas apercevoir ce qui constitue aux yeux de Schmitt le problème central de la science juridique.<sup>52</sup> Si Schmitt veut, comme il était dit plus tôt, explorer les règles immanentes au médium juridique étatique dans sa nudité absolue, il lui faut d'abord secouer les fausses évidences (droit = norme) qui autorisent Kelsen à rejeter hors du champ de la science juridique – à titre de problème "sociologique" – la question de la décision concrète et de son autonomie. Et c'est l'effet visé par cette formule lapidaire : « l'ordre juridique repose sur une décision et non sur une norme ».<sup>53</sup>

Davantage qu'à une critique articulée, la "théologie politique" de Carl Schmitt procède, vis-à-vis du projet d'une théorie pure du droit, à une violente démarcation polémique. Par son normativisme absolu, la théorie "pure" élude ce qui fait la réalité propre du droit, ce qui se produit réellement lorsque s'accomplit le droit. Or, en soulignant sans cesse l'aveuglement du normativisme à l'endroit des faits – ce dernier ne s'intéressant qu'à ce qui a été désigné par le terme "idée de droit" – Carl Schmitt ne fait guère plus, sur ce point, que reproduire l'unila-

---

51 Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, op. cit., p. 35 sq.

52 J.-F. Kervégan, "La critique schmittienne du normativisme kelsénien", in : C. M. Herrera (dir.), *Le Droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan 1995, p. 233 sq.

53 TP, p. 20. En réalité, norme et décision ne s'opposent que sur un plan analytique : *in res media*, la décision se réclame toujours d'une norme, et la norme n'a de détermination qu'à travers la décision.

téralité de son adversaire viennois. Là où Schmitt va plus loin, là où la polémique se fait véritablement critique, c'est lorsqu'elle quitte le terrain de la théorie du droit proprement dite, pour démasquer la nature "idéologique" du normativisme ou, à mieux dire, lorsqu'elle s'attaque au normativisme comme "idéologie". C'est la théorie de la "souveraineté du droit" de Hugo Krabbe qui se substitue ici à la science pure de Kelsen, car elle en dévoile mieux, croit Schmitt, le projet politique : "la vieille négation libérale de l'État". Juriste hollandais important mais aujourd'hui un peu oublié<sup>54</sup>, Hugo Krabbe avançait l'idée de l'État moderne comme domination des normes abstraites, par opposition à la domination des personnes concrètes qui marquait les formes politiques antérieures. Pour Schmitt, cet effort pour soumettre l'État à un droit pré- ou para-étatique doit être mis dans le même panier que les théories coopératives de l'État (*Genossenschaftsstaat*), inspirées par Otto Gierke et bénéficiant d'un second souffle en Allemagne vers la fin de l'Empire (grâce notamment à l'influence de Hugo Preuss, qui sera le principal rédacteur de la constitution de 1919).<sup>55</sup> De fait, tant la théorie de la "souveraineté du droit" que la théorie de "l'État pur" de Wolzendorff, selon laquelle l'État doit se borner à être le gardien d'un droit produit par diverses communautés locales, économiques et sociales, envisagent le rapport droit / État comme une relation de subordination, dans laquelle « le droit, qui est le principe supérieur, tient en dernière instance l'État dans ses rets ».<sup>56</sup>

---

54 Sur Krabbe, on pourra consulter W. Willoughby, "The Juristic Theories of Krabbe", in : *American Political Science Review*, vol. 20, 1926.

55 Le rapprochement opéré ici par Schmitt obéit à un dessein polémique, mais il n'est pas pour autant dépourvu de vraisemblance. On notera l'audience appréciable dont a joui l'œuvre de Krabbe auprès des théoriciens pluralistes américains, en quête d'une conception non autoritaire de l'État comme mécanisme de coordination des différentes communautés de droit autonomes. C'est d'ailleurs George Sabine qui a traduit et préfacé l'ouvrage *Die moderne Staatsidee* de Krabbe, paru en anglais sous le titre *The Modern Theory of the State* en 1922. Cf. John Gunnell, *The Descent of Political Theory*, Chicago, University of Chicago Press 1993, p. 105 sqq.

56 TP, p. 36.

Ce que Carl Schmitt veut donner à voir en amalgamant de la sorte plusieurs doctrines assez disparates (Kelsen, Krabbe, Preuss), c'est la "vision du monde" à laquelle s'adosse leur "normativisme", sitôt qu'il quitte l'antichambre des définitions formelles – c'est-à-dire sitôt qu'il envisage la forme juridique non plus dans le registre transcendantal (les règles de construction de l'objet "droit" par le savant) mais dans un registre plus empirique (l'ordre juridique dans sa positivité). Sous cet angle, la forme spécifique du juridique, ce qui assure l'autonomie et éventuellement la "suprématie" du droit, sera un concept matériel de norme : une règle objective, générale, déterminée et impersonnelle. Ce concept de norme s'inscrit dans une métaphysique dualiste qui oppose, d'un côté, le domaine de l'objectivité, de l'universel, du droit et, de l'autre, celui de l'arbitraire, du concret, de l'autorité (*Obrigkeitsstaat*).<sup>57</sup> « Il est conforme à la tradition de l'État de droit, poursuit ainsi Schmitt, d'opposer de la sorte le commandement personnel à la validité objective d'une norme abstraite ». Et c'est dans cette vision libérale et *rechtsstaatliche* tout droit tirée du XIX<sup>e</sup> siècle que s'enracinerait, en dépit de son aspiration à la "pureté" logique "la théorie pure du droit" de Kelsen : « l'objectivité que Kelsen revendique pour lui-même s'épuise en ce qu'elle évite tout aspect personnaliste, pour ramener l'ordre du droit au cours impersonnel d'une norme impersonnelle ».<sup>58</sup>

Pourquoi Carl Schmitt s'entête-il à rabattre ainsi le normativisme kelsénien sur ses prétendus fondements "idéologiques" plutôt que de s'attaquer directement aux prémisses épistémologiques qui lui servent d'assise ? Pourquoi opter pour cette attaque détournée ? Peut-être parce que ce n'est pas un problème de théorie du droit qui occupe Schmitt dans son texte de 1922. La critique de l'idéal "nomocratique" qu'il prête à la pensée normativiste vise en réalité à souligner le hiatus dangereux entre un discours idéologique, décrivant l'évolution historique du droit

---

57 Au sein de la pensée constitutionnelle libérale-organiciste allemande, l'opposition décisive est celle de l'État autoritaire, l'*Obrigkeitsstaat*, et l'État populaire, le *Volksstaat*.

58 TP, p. 40.

vers un complexe de normes générales et abstraites, et la réalité de pratiques législatives et juridictionnelles de plus en plus concrètes et contextuelles. Autrement dit, Schmitt découvre une fonction “idéologique” à la cécité normativiste : celle-ci masque, sous le couvert d’un ordre objectif et sans faille où se subsumeraient tous les actes étatiques, la persistance et même la prolifération de médiations décisionnistes. L’État “pur” de Wolzendorff, donne en exemple Schmitt, est un État qui veut s’en tenir au rôle de gardien de l’ordre public. « L’État doit sauvegarder le droit ; il est “gardien”, non pas maître ; cependant ce gardien n’est pas non plus un “serviteur aveugle”, mais un “garant responsable” et décidant en dernière instance. »<sup>59</sup> Tout pur qu’il soit, tout soumis qu’il soit à un ordre juridique impersonnel, l’existence d’un État garant pose pourtant le problème de la forme juridique « au sens substantiel »<sup>60</sup>, c’est-à-dire de la décision qui fait autorité et de son autonomie par rapport au contenu d’une norme. La pensée normativiste ne fait que différer cette question :

« Je ne crois pas, poursuit Schmitt, que Wolzendorff ait été conscient à quel point, avec son expression de “garant décidant en dernière instance”, il s’est rapproché d’une doctrine autoritaire de l’État [...]. La puissance de l’ordre en soi fait l’objet d’une valorisation si haute, et la fonction de garantie s’autonomise à un point tel que l’État n’est plus seulement celui qui constate l’idée de droit ou en représente l’opérateur apparemment formel. Le problème se pose de savoir jusqu’à quel point tout constat et toute décision contiennent, avec la nécessité inhérente à la logique juridique, un élément constitutif, une valeur spécifique de la forme [*ein Eigenwert der Form*]. »<sup>61</sup>

Bien qu’étrangère à la théorie juridique *stricto sensu*, la critique que Schmitt formule à l’endroit de la pensée normativiste, de sa compréhension de la rationalité interne du droit et de la forme spécifiquement juridique, est néanmoins d’une extrême sévérité : c’est d’être un décisionnisme latent, un décisionnisme

---

59 TP, p. 36 sq.

60 TP, p. 37.

61 Ibid.

qui s'ignore et qui, pour cette raison, porte en lui le germe d'une déformalisation des pratiques juridiques. Qu'on veuille confiner l'État à un simple rôle de coordination et d'arbitrage entre corporations autonomes, cela ne change rien au fait que ce rôle, qu'on voudrait congru, lui confère aussitôt une qualité exclusive qui suffit à le différencier de toute autre entité juridique : la capacité de prendre des décisions autoritaires. Le normativisme peut bien laisser derrière lui, intact et inaperçu, le "travail de la médiation", celui-ci ne se résorbera jamais dans la description fine, par le juriste-savant, d'un ordre juridique clos et parfaitement déductif, encadrant tous les actes étatiques. Il va au contraire envahir subrepticement le droit public, n'apparaissant plus que sous une forme fragmentée et diffractée :

« Tantôt comme un *deus ex machina*, il tranche au moyen de la législation positive, une controverse [...] ; tantôt, il est là comme la bonté et la miséricorde mêmes, comme celui qui montre, en accordant grâces et amnisties, sa supériorité sur ses propres lois ; c'est toujours la même identité inexplicable, dans le rôle à la fois du législateur, de l'exécutif, de la police, d'instance des grâces, de providence. De telle sorte qu'un observateur prenant la peine de laisser l'image d'ensemble de la jurisprudence actuelle agir sur lui à une certaine distance verra se dérouler une grande pièce de cape et d'épée, où l'État agit sous plusieurs déguisements, tout en restant la même personne invisible. »<sup>62</sup>

Déformalisation du droit constitutionnel puisque celui-ci est alors réduit à une série « d'actes apocryphes »<sup>63</sup> qui, se multipliant, vont ouvrir des brèches dans les modes d'opération de la "direction administrative" et menacer directement le fondement de la légitimité de l'État. C'est dans cette théorie des actes apocryphes, si l'on veut, que réside le nœud véritable de la critique schmittienne du normativisme. Et c'est cette théorie qui, par la négative, confère au décisionnisme "restreint" sa charge politique.

---

62 TP, p. 48.

63 TC, p. 127.

Le normativisme présuppose un concept substantiel de forme juridique, qui recycle les caractéristiques que le constitutionnalisme libéral (depuis Locke) attribuait à la loi : impersonnalité, objectivité, abstraction. Envisagés sous cet angle, le processus de réalisation du droit, et son autonomie par rapport à l'élément normatif, tombent à l'extérieur de ce qui est proprement le droit. Ils demeurent, par principe, étrangers à la forme juridique. La "théorie pure du droit" développée par Hans Kelsen ne fait ici qu'ajouter à la confusion en renonçant à distinguer entre la norme et sa réalisation – entre lesquelles il n'existerait plus qu'une différence de degrés, différence strictement quantitative à l'intérieur d'un procès unique et sans fin de concrétisation du droit.

C'est à ce moment que Schmitt choisit de convoquer Max Weber, le maître disparu. On ne peut, pour Weber, parler de forme juridique que « dans la perspective de l'emploi d'un moyen quelconque de contrainte, physique ou psychique, par un appareil de contrainte, c'est-à-dire par une ou plusieurs personnes qui se tiennent prêtes à s'en servir ». <sup>64</sup> Sans le réduire à un ensemble de régularités sociales, Weber déploie néanmoins beaucoup d'efforts pour distinguer le droit comme ensemble de pratiques empiriques de sa mise en forme dogmatique par les juristes-savants. En d'autres termes, il existe une rationalité juridique qui ne se résume pas à la cohérence logique <sup>65</sup>, mais qui relève d'une perfection technique et, surtout, d'une prévisibilité empirique (*Berechenbarkeit*). En un sens, cette approche plus sociologique de la forme juridique reconnaît une autonomie au moins partielle au processus de réalisation du droit et insiste, à l'instar de Schmitt, sur le moment de détermination (*Bestimmtheit*), de concrétisation définitive, que renferme tout "atome de droit". Ainsi, dans la perspective wébérienne,

---

64 WuG, p. 372 [ES2, p. 19].

65 C'est la leçon que Weber tire du "problème anglais" : comment le capitalisme rationnel a-t-il pu fleurir en Angleterre, en l'absence d'un droit "rationnel", c'est-à-dire systématique et logique, produit par des juristes universitaires ? Cf. l'exposé éclairant de M. Coutu dans *Max Weber et les rationalités du droit* (op. cit., pp. 124-165).

« l'intérêt pour la décision déterminée se manifeste particulièrement à l'époque d'une intense économie commerciale, car dans de nombreux cas le commerce est moins intéressé à un contenu de nature déterminée qu'à un caractère déterminé prévisible [*einer berechenbaren Bestimmtheit*] ». <sup>66</sup> La description des qualités formelles du droit moderne et intégralement positif, que Weber développe dans sa *Sociologie du droit*, insiste sur cet élément de prévisibilité croissante, inhérent à la différenciation et à l'autonomisation des sphères d'activité sociale. Il s'agit là, comme il a déjà été mentionné, du mouvement de fond qui organise l'ensemble de la sociologie wébérienne, et par lequel elle reçoit ses objets et ses méthodes. Pourtant, Carl Schmitt ne peut adhérer à ce recodage sociologique de la rationalité juridique. Car s'il y a bien une forme de recouplement partiel entre, d'une part, l'élément de "prévisibilité" qui accompagne, dans la perspective wébérienne, le découplage des "ordres de vie" et, de l'autre la "déterminité" que le décisionnisme cherche à inscrire dans l'essence de la forme juridique, la première est bien loin d'épuiser la seconde. « L'intérêt juridique pour la décision comme telle, avertit Schmitt, ne doit pas être

---

66 TP, p. 41. Il faut rappeler que Schmitt, dans son tout premier ouvrage *Gesetz und Urteil* (1912), adoptait une perspective assez similaire lorsqu'il donnait pour critère de la "justesse" (*Richtigkeit*) d'une décision judiciaire le fait qu'elle soit "prévisible", c'est-à-dire « le fait qu'un autre juge (l'ensemble de la pratique juridique) serait parvenu au même résultat ». Le jeune Schmitt développait ainsi sa position : « Puisque la conformité à la loi n'a aucune valeur comme critère, puisque les critères qui font référence à des ensembles de normes "prélégales" ignorent forcément des faits importants de la vie du droit, puisqu'un critère doit finalement être trouvé qui soit autochtone à la pratique juridique – la formule suivante paraîtra moins paradoxale et provocatrice : une décision judiciaire est correcte aujourd'hui s'il peut être estimé qu'un autre juge aurait décidé de la même façon. "Un autre juge" renvoie ici au type empirique du juriste moderne, qui bénéficie d'une formation spécialisée » (*Gesetz und Urteil* [1912], in : Jacobson / Schlink, *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, op. cit., p. 63 sq.).

confondu avec ce type de prévisibilité [*Berechenbarkeit*]. Il est fondé dans la nature spécifique du normatif ». <sup>67</sup>

Quelle est la raison de cette nouvelle démarcation ? Quel est l'enjeu de cette opposition à Weber ? Qu'est-ce qui, dans la rationalité du droit étatique moderne telle que conçue par Schmitt, excède (voire s'oppose) au processus de rationalisation formelle décrit par la sociologie wébérienne ? Voilà qui, pour l'heure, demeure encore obscur, Schmitt se bornant à répéter, dans un mouvement unique dirigé à la fois contre la sociologie wébérienne et le normativisme, que « *die spezifische Eigenart der Rechtsform muß in ihrer rein juristischen Natur erkannt werden* ». <sup>68</sup> Il faut laisser provisoirement en suspens cette question pour revenir à l'élaboration de ce qu'on a choisi d'appeler le "décisionnisme restreint". Car c'est dans son sillage que Carl Schmitt va s'intéresser au rapport entre souveraineté et état d'exception – ce qui constituera un des apports indéniables du décisionnisme à la pensée constitutionnelle du xx<sup>e</sup> siècle.

### Rationalité juridique et concept de souveraineté

Dans la perspective du décisionnisme restreint, la *Théologie politique* prolonge les conceptions développées par Schmitt en 1914, dans *Der Wert des Staates*, en les appliquant au problème de la souveraineté. Faisant cela, Schmitt s'inscrit dans un mouvement de réévaluation critique des doctrines classiques de la souveraineté (c'est-à-dire entendue comme puissance suprême de commandement), un mouvement auquel prennent également part les ouvrages de Hermann Heller et de Hans Kelsen, publiés au cours des années 1920. <sup>69</sup> Si la contribution de Schmitt paraît

---

67 TP, p. 41. Ce passage décisif est aux pages 23-24 de l'article "Soziologie des Souveränitätsbegriffes und politische Theologie", in : M. Palyi (dir.), *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, op. cit.

68 TP, p. 43 ; "Soziologie des Souveränitätsbegriffes", p. 24.

69 Hermann Heller, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (1927), repris in : *Gesammelte Schriften*, vol. 2, Tübingen, Mohr 1992, pp. 31-202 ; Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts* (1920), Aalen, Scienta 1981.

plutôt brève, elle s'avère néanmoins décisive, en ce qu'elle pose le problème de la souveraineté en termes de médiation et d'*auctoritatis interpositio*.<sup>70</sup> Pour Schmitt, chacun des "atomes de droit" composant l'ordre juridique est traversé par un dualisme indépassable entre un étalon abstrait (la norme juridique *stricto sensu*) et une intervention concrète dans le cours des événements. Le dispositif qui médiatise ces deux versants du droit ne peut pas être subordonné à une norme juridique, puisque celle-ci n'existe dans le monde empirique que grâce à lui. C'est cette identification du normatif et de l'effectif qui marque la spécificité des "normes de réalisation du droit" et de leur sujet, l'État. Or, nous disait Schmitt, cette identification n'est pas une transposition ou une application, mais une négation concrète : il faut qu'une instance parvienne à nier le caractère abstrait et universel de la norme juridique, de façon à la rendre indisponible pour toute instance concurrente. Selon un paradoxe maintes fois décliné par Schmitt, la réalisation sans reste du droit par une instance devient synonyme de négation du droit.

Ainsi conçu, le travail de la médiation suppose une double incertitude. En amont d'abord, car il y a toujours indétermination quant au sens exact de la norme et de ses composantes sémantiques (notions génériques, valeurs, critères d'appréciation des faits, interprétation, etc.). Dans chaque acte de concrétisation d'une norme, écrit Schmitt, « on a toujours affaire à une transformation ».<sup>71</sup> Il n'y a aucune raison de penser que le mode d'existence concret d'une règle de droit soit congruent avec la signification de ladite règle telle que reconstruite par le juriste savant. En aval, ensuite, il existe une incertitude concernant la compétence : « que l'idée de droit ne peut se transposer elle-même, on le voit déjà au fait qu'elle ne dit rien de celui qui doit l'appliquer ». On pourra trouver que cette dernière formule pêche par l'excès, mais l'idée que toute trans-

---

70 "Soziologie des Souveränitätsbegriffes", in : M. Palyi (dir.), *Hauptprobleme der Soziologie*, op. cit., p. 24.

71 TP, p. 41.

formation implique une *auctoritaris interpositio*<sup>72</sup> et que l'identité de cette *interpositio* est une question de fait (et, au fond, d'efficacité), avant d'être une question de droit, est plus difficile à congédier. Une norme juridique – une disposition constitutionnelle ou une loi ordinaire – peut certes désigner un organe spécifiquement chargé de sa mise en œuvre ; mais elle le fera dans des termes qui, pour être parfois très précis, resteront nécessairement formels et schématiques, et toujours sous la condition d'un fonctionnement normal des institutions. Pour le dire autrement, cette désignation demeure elle-même captive de l'élément normatif, abstrait et universel, et nécessite à son tour une *auctoritaris interpositio*. De par sa nature éthérée, la norme juridique ou, comme l'appelait Schmitt, "l'idée de droit" dégage un espace d'action autonome plus large que celui qu'elle parvient à assigner ou à occuper. C'est pourquoi « il est impossible de tirer de la simple [qualité juridique] d'une proposition une détermination qui discrimine quelle personne individuelle ou quelle instance concrète peut revendiquer pour soi cette autorité ». <sup>73</sup> L'autorité que confère la loi excède inévitablement sa capacité à en disposer, et c'est ce surplus d'autorité qui crée une incertitude quant à la compétence.

Cette conception décisionniste de la médiation (que l'on appelle ici "décisionnisme restreint") est marquée par un réalisme intransigeant, que le traitement de la notion de souveraineté va révéler dans toute sa radicalité. Plutôt que d'aborder cette notion « à l'aide de prédicats universels tautologiques »<sup>74</sup> comme celui de "puissance suprême", tout l'effort de Schmitt vise à rabattre la question de la souveraineté sur le sujet qui en est le porteur, c'est-à-dire l'instance disposant de la capacité de facto de décider par elle-même de sa propre compétence, de son étendue et de son caractère plus ou moins exclusif. Se trouvent par conséquent éliminées les références à la Nation, au Peuple, à la Raison, au Droit, à la Procédure, ainsi qu'à toute fiction ou

---

72 « Dans toute transformation gît une *auctoritaris interpositio* » (TP, p. 41).  
On ne retrouve pas cette phrase dans la traduction française.

73 TP, p. 41.

74 TP, p. 29.

artefact normatifs. Mais, ce faisant, Schmitt fait également disparaître le versant externe de la souveraineté, par quoi on désigne habituellement la faculté pour un État de créer le droit sans égard aux autres États et aux divers groupes sociaux (corporations, *Stände*, parentèles, entreprises). Car dire d'un État qu'il est souverain n'a, pour Schmitt, guère de sens. Comme le fait remarquer Ulrich Preuss, poser la question du sujet concret de la souveraineté exige d'élucider non seulement « la relation État versus pouvoirs de fait » mais également « la relation entre la législature, la branche judiciaire et la branche exécutive »<sup>75</sup> – de même que, faudrait-il ajouter, la distribution véritable du pouvoir au sein des organes composant chacune de ces branches. L'élucidation du titulaire de la souveraineté devient ainsi une question éminemment factuelle, à laquelle on ne peut répondre que par une proposition empirique (constat ou prévision), mais jamais au moyen d'une élaboration a priori.

Ce qui fait scandale dans cette approche décisionniste de Schmitt, c'est qu'elle fait de la notion de souveraineté rien d'autre qu'une expression particulièrement lisible de la rationalité juridique : l'autonomie de la décision. La souveraineté se voit dès lors dépouillée de toute signification matérielle, de toute normativité et de toute dimension spéculative, elle devient le réceptacle du “caractère spécifique de la forme juridique”, dans son absolue nudité, et elle épouse parfaitement le fonctionnement concret de l'ordre juridique. L'intérêt que présente cette notion est donc, pour Schmitt, heuristique avant tout : elle met en pleine lumière le caractère *sui generis* de la médiation, en grossissant au maximum ses traits et en conduisant à sa dernière radicalité la double incertitude qui l'accompagne. La souveraineté n'a, en effet, d'autre contenu que ce que décide son titulaire (incertitude à l'amont) et l'identité de ce titulaire n'est à son tour révélée que dans l'épreuve d'une décision effective (incertitude à l'aval).

---

75 Ulrich K. Preuss, “Political Order and Democracy. Carl Schmitt and his Influence”, in : L. Nowak / M. Paprzycki (dir.), *Social System, Rationality, and Revolution*, Rodopi, Poznan Studies in the Philosophy of Science and the Humanities 1993, p. 22.

Trois corollaires essentiels se laissent dégager de cette “définition” hyperréaliste de la souveraineté. Le premier est que la question de l’étendue de la souveraineté et celle de l’identité de son titulaire ne sont pas susceptibles d’être réglées au moyen de qualifications ou d’attributions normatives. Au contraire, celles-ci ouvrent la souveraineté à une indétermination constante, en raison de l’essence foncièrement équivoque du normatif.

En second lieu, la souveraineté se révèle être une donnée objective et nécessaire de tout ordre juridique, elle existe indépendamment de sa reconnaissance par le droit positif. Ou pour le dire autrement, la définition du concept par Bodin, sa formalisation, puis son intégration consciente dans la pratique du constitutionnalisme, ne signifie pas que la chose qu’il désigne n’existait pas antérieurement. Seul varie le degré de réflexivité que la doctrine constitutionnelle montre à son endroit. Conduit à son terme logique, ce corollaire du décisionnisme “restreint” signifie qu’une constitution qui ferait l’impasse sur cette question et qui dénierait explicitement à tout organe la qualité de souverain, loin de refouler la souveraineté comme une puissance maléfique, lui permettrait d’avancer masquée et laisserait nécessairement percer, dans certains moments critiques, une instance apte à l’exercer de facto.<sup>76</sup> C’est en ce sens qu’il est possible de dire que l’approche décisionniste opère une désubstantialisation radicale de la souveraineté, identifiant celle-ci, en dernière analyse, à la concrétisation définitive, simple reflet de la forme juridique elle-même, et la dépouillant de tout contenu matériel.

Étrangement, par cet effort de désenchantement de la souveraineté, Schmitt se rapproche des analyses contemporaines de Hans Kelsen. Pour le maître viennois aussi, la souveraineté ne s’attache à aucun domaine matériel ; elle n’est que le reflet de l’ordre juridique dans son unité, sa clôture et son autoposition

---

76 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “The Concept of the Political”, in : D. Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press 1998, p. 42.

(son “indérivabilité”, sa *Nichtableitbarkeit*). Prise dans son acception courante, la notion de souveraineté n’exprime qu’une personnification idolâtre de l’État, celui-ci étant alors perçu comme une entité extérieure et supérieure à l’ordre juridique lui-même (ce qui, selon Kelsen, est profondément contradictoire).<sup>77</sup>

Loin de subordonner l’État à une source de droit qui lui serait étrangère, la fameuse “norme fondamentale” vient justement consacrer cette capacité illimitée du système juridique à créer ses propres composantes, puisque ladite norme absorbe tout recours à un fondement de validité extérieur et pose un point d’arrêt à l’enchaînement des normes. Dès lors, la souveraineté devient un autre mot pour désigner l’unité et la complétude du droit comme complexe de normes, unité et complétude qui sont par ailleurs les conditions a priori de toute saisie de l’objet “droit”. C’est donc de l’essence même de la forme juridique que découle la nécessité de la souveraineté.

D’une propriété inhérente à l’ordre juridique comme tel, on passe avec Schmitt à cette idée qu’il y a un souverain dans toute constitution, et même dans toute “situation” puisque l’instance capable d’exercer la souveraineté est appelée à changer en fonction des circonstances du moment. Il y a toujours un souverain car il existe toujours une capacité, fût-elle latente, de concrétisation définitive de “l’idée de droit”. Dans le cas contraire, il ne serait plus possible de parler de droit. Raison pour laquelle Schmitt dit de la souveraineté qu’elle est, pour la pensée constitutionnelle, est « un concept limite », un « *Grenzbegriff* ». <sup>78</sup> Plus qu’une coquetterie littéraire, cette formule exprime le caractère à la fois incontournable et schématique de l’idée de souveraineté. La souveraineté n’est rien de “positif”, elle est le présupposé de toute positivité.

Affranchissement par rapport à tout critère matériel, désubstantialisation radicale : la reconfiguration que le déci-

---

77 Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Wien, Springer 1925, p. 102 sq.

78 TP, p. 15.

sionnisme impose à la notion de souveraineté aboutit à un troisième corollaire auquel Schmitt consacre plusieurs passages importants. Il s'agit de l'idée voulant que la souveraineté soit une qualité mobile, instable, volatile. En effet, si elle ne désigne rien d'autre que la capacité pour un organe de décider de manière effective du contenu de "l'idée de droit" et de l'étendue des pouvoirs dont elle dispose pour réaliser celle-ci, la souveraineté sera soumise à de constants déplacements à l'intérieur d'un ordre constitutionnel donné, déplacements contre lesquels le titulaire du moment ne peut se prémunir qu'en consolidant sa domination (en affaiblissant ses concurrents potentiels, par exemple). Ainsi, par le formalisme exacerbé de sa définition de la souveraineté, Carl Schmitt fait du facteur temporel (le *tempus* augustinien) et de la question des qualités du temps les éléments incontournables de toute théorie constitutionnelle. Mais, plus important encore, il rend impensable une souveraineté "complexe" ou partagée, puisque la souveraineté n'est pas une propriété à laquelle sont susceptibles de "participer" une pluralité d'acteurs. C'est là un résidu personnaliste, impossible à évacuer, déposé au cœur de la notion de souveraineté : le titulaire momentané de la souveraineté assume nécessairement la forme d'une instance concrète capable d'une décision exécutoire (un président, un tribunal, un monarque), jamais celle d'une substance dont l'existence persiste à travers le temps et la succession de ses membres (le Peuple, l'État, la Couronne).<sup>79</sup> L'articulation indissoluble entre la notion de souveraineté et celle d'instance révèle, au cœur du réalisme de Schmitt, une sorte de fascination pour la discontinuité.

Si la souveraineté existe dans tout ordre juridique, la question qui intéresse au premier chef la théorie constitutionnelle sera moins celle de sa définition conceptuelle que celle de sa localisation. Or comment localiser le souverain si l'on ne peut s'en tenir simplement aux dispositions constitutionnelles posi-

---

<sup>79</sup> L'importance centrale de la distinction entre instance et substance pour Carl Schmitt est soulignée par Julien Freund qui, dans la préface de NP, se réfère à une conversation qu'il a eue avec Schmitt.

ves ? Comment établir qu'une instance donnée dispose dans les faits du pouvoir de décider des termes et de l'étendue de ses attributions ? La théorie constitutionnelle pourra certes se livrer à de savantes conjectures, mais celles-ci demeureront toujours dans la dépendance d'un moment structurant : celui des circonstances exceptionnelles. « Souverain est celui qui décide de l'état d'exception ».<sup>80</sup> C'est le souvenir de l'état d'exception et la possibilité toujours présente de sa résurgence qui fournissent à la théorie constitutionnelle son ultime pierre de touche. La proposition schmittienne a ceci de provocant qu'elle subordonne complètement la libre appréciation scientifique à un événement subit et incontrôlable. L'exception devient révélation. Mais elle est aussi un principe d'économie théorique, elle permet de discriminer les concepts productifs des doctrines dépassées, tâche dont l'élaboration dogmatique laissée à elle-même, semble croire Schmitt, ne peut s'acquitter. En ce sens, l'état d'exception est marqué d'un privilège gnoseologique qu'aucun autre phénomène juridique ne parvient à égaler, il apparaît porteur d'une obligation que le juriste-savant doit honorer. Raison pour laquelle on a tort d'opposer, comme certaines formulations polémiques de Schmitt lui-même semblent nous y inviter<sup>81</sup>, exception et normalité. L'exception n'est pas essentiellement différente du fonctionnement normal de l'ordre constitutionnel. Elle désigne seulement son plus haut degré de lisibilité.

La définition de Schmitt, « souverain est celui qui décide de l'état d'exception », est considérée à juste titre comme un jalon important de la théorie constitutionnelle moderne. Elle conjugue avec un certain brio une intuition théorique profonde et un fort potentiel opératoire. Mais on s'interroge rarement sur ce que « décider de l'état d'exception » (*über den Ausnahme-*

---

80 TP, p. 15.

81 « Avec l'exception, la force de la vie réelle brise la carapace d'une mécanique figée dans la répétition » (TP, p. 25). La confusion s'épaissit davantage avec les remarques de George Schwab, qui tend à faire correspondre mécaniquement la dichotomie exception / normalité à l'opposition des pensées de Schmitt et de Kelsen. Cf. *The Challenge of the Exception*, Berlin, Duncker & Humblot 1970, pp. 46-50.

*zustand entscheidet*) veut réellement dire. Julien Freund préférerait traduire *über* par “lors”, plutôt que par “de”, afin de faire ressortir l’ambivalence voulue de la proposition schmittienne. Si on peut contester ce choix pour des motifs terminologiques<sup>82</sup>, il faut reconnaître, sur le fond, la justesse de cette suggestion : décider de l’état d’exception implique simultanément deux décisions qui ne se superposent pas forcément. Il y a, d’une part, la décision lors de circonstances exceptionnelles, qui est le fait d’une instance s’efforçant de réaliser une norme juridique en dérogeant temporairement à la distribution réglée des pouvoirs. Souveraine sera donc l’instance capable d’orienter son activité en fonction de critères purement techniques, en fonction du déroulement des événements et de la situation telle qu’elle existe concrètement, sans tenir compte des obstacles matériels et procéduraux s’imposant normalement à l’organe compétent.

Mais décider de l’état d’exception renvoie également à une décision quant à l’existence ou non d’un état d’exception *hic et nunc*. On n’a donc plus affaire ici seulement à une capacité d’action non entravée, à la mise en œuvre des moyens appropriés à un état de fait, mais également à une maîtrise de la qualification de cet état de fait comme “exceptionnel”. Certes, encore une fois, les dispositions constitutionnelles en vigueur peuvent contenir une liste très détaillée de critères et de conditions régissant cette qualification ; mais ces critères et ces conditions demeureront toujours de nature normative et, en dépit de leur précision, nécessairement abstraits. En d’autres mots, ils appelleront toujours une instance capable d’évacuer sans appel l’incertitude due à leur mode d’être particulier, imposant une interprétation autoritaire. Or, ce qui est vrai pour l’appréciation des faits vaut également pour le contenu des normes proprement dit, lequel ne manque pas de termes vagues et de notions ouvertes, surtout lorsqu’il est question des pouvoirs d’urgence et des mesures de guerre (“sûreté de l’État”, “*Staatsfeindlichkeit*”, “*peace, order, and good government*”, etc.). L’instance souveraine sera celle qui parviendra à disposer

---

82 Ce que fait Jean-Louis Schlegel dans la préface à sa traduction de TP.

de ce pouvoir d'interprétation qui gît, latent et diffus, dans tout ordre constitutionnel. La question « *quis judicabit ?* » devient dès lors « *quis interpretabitus ?* »

L'état d'exception montre comment la médiation qui concrétise "l'idée de droit" parvient à s'autonomiser vis-à-vis tout référent normatif. Cette autonomie est inscrite, nous répétera encore Schmitt, dans « la nature même du normatif ». Elle est par conséquent irrépressible. Et le souverain est l'instance qui lui donnera libre carrière. La leçon que le décisionnisme restreint nous invite à tirer est donc limpide : le droit constitutionnel, s'il est compris uniquement comme un ensemble de dispositions positives, n'a aucune valeur en soi. Tout au plus fournit-il un vague indice des comportements possibles du médium étatique, mais jamais il ne renseigne sur son fonctionnement effectif. Présumer d'une correspondance entre règle de droit et forme juridique, c'est l'erreur "idéologique" au fondement du normativisme. La théorie constitutionnelle doit traverser son objet sans s'arrêter à son sens dogmatique et "superficiel", elle doit remonter en amont pour en saisir les règles techniques véritablement opérantes, les "normes de réalisation du droit". Ce faisant, la théorie constitutionnelle réduit au minimum la distance entre validité et effectivité : lorsqu'elle dit que « le président du *Reich* est souverain », il s'agit là d'une proposition empirique, voire expérimentale, étayée sur la démonstration incontestable d'une instance qui annule tout doute quant à la validité juridique – une proposition, en somme, qui a perdu jusqu'au sens même du droit. Comme le déplorait un ancien élève de Schmitt, « en refoulant le droit au rôle d'une simple confirmation de la situation concrète de l'instant, Schmitt lui enlève son sens comme droit ».<sup>83</sup>

Doit-on conclure pour autant que Schmitt s'est distancié de celui dont il se voulait le disciple conséquent, Max Weber ? Pour ce dernier aussi, rappelons-le, les multiples dispositions

---

83 Kurt Wilk, "La doctrine politique du national-socialiste. Carl Schmitt", in : *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, vol. 4, n° 3-4, 1934, p. 196.

d'une constitution ne représentent guère plus qu'un ensemble de règles « techniques ». <sup>84</sup> Certes, l'analyse décapante du système politique allemand à laquelle se livre Weber dès 1917 subordonne ces règles techniques à un étalon qui leur est partiellement extérieur : leur capacité à contrôler un appareil bureaucratique hautement différencié et à favoriser la sélection de véritables leaders politiques (par le biais du débat parlementaire, notamment). Pris globalement cependant, le décisionnisme restreint propose une méthode d'analyse concrète, soucieuse du caractère opératoire de ses propositions (évitant toute hypostase conceptuelle), méthode qui vient davantage prolonger que contredire la sociologie wébérienne de la domination. La façon dont Weber liquide la question de la séparation des pouvoirs dans l'État constitutionnel laisse déjà pressentir ce prolongement. « La séparation constitutionnelle [*konstitutionelle*] est une formation particulièrement instable. La véritable structure de domination se détermine en répondant à cette question : qu'arriverait-il si un compromis juridiquement indispensable (concernant le budget, par exemple) ne pouvait se réaliser ? » <sup>85</sup> Toute normativité constitutionnelle se voit ici aussi ramenée à l'existence, empiriquement attestée, d'une instance capable de se soustraire à la distribution réglée des compétences.

### Le décisionnisme généralisé et la “Théologie politique”

« L'exception pense le général avec l'énergie de la passion » : cette petite phrase qui clôt le premier chapitre de la *Politische Theologie* de 1922 et que Schmitt dit emprunter à un « théologien protestant » <sup>86</sup> présente un résumé élégant de l'approche décisionniste exposée plus haut. Celle-ci entend placer au cœur de la théorie constitutionnelle le problème de la réalisation du droit. Contre le positivisme légaliste et le norma-

---

84 « Les formes étatiques [*Staatsformen*] sont pour moi quelque chose de technique, comme n'importe quelle autre machinerie », écrivait Weber dans une lettre du 16 avril 1917 adressée à Hans Ehrenberg.

85 WuG, p. 166 [ES, p. 370].

86 Il s'agit de Kierkegaard.

tivisme qui tendent à refouler ce problème à l'extérieur de la science juridique, le décisionnisme entend faire ressortir le caractère autonome du processus de réalisation du droit. Le phénomène de l'exception concrète – c'est-à-dire la capacité pour une juridiction quelconque de déroger à une norme dans les limites d'un cas donné, en-dehors de tout critère procédural et avec pour seule finalité l'exécution d'une "idée de droit" – devient un instrument heuristique propre à dévoiler le fonctionnement effectif de l'ordre constitutionnel, autrement masqué par les dispositions de séparation et de limitation des pouvoirs. Comme il le répétera encore dans sa retraite forcée après la Seconde Guerre mondiale,

« La signification heuristique de l'état d'exception ne s'épuise pas dans le fait de rendre visible et sensible, dans un moment pathologique, des réalités qui autrement demeurent inaperçues et volontiers refoulées, jusqu'à devenir de véritables tabous. Pour la théorie constitutionnelle, quelque chose intervient qui est peut-être plus important encore que le symptôme d'un état pathologique : la signification de l'état d'exception comme reflet exact mais inversé de la structure constitutionnelle. Aucune constitution n'est exempte d'état d'exception, qu'il s'agisse d'une dictature de commissaire, de l'état de siège politique, de l'état de nécessité, du régime des pleins pouvoirs ou peu importe comment on choisit de le nommer. Mais la méthode spécifique par laquelle un régime maîtrise cette situation dévoile son organisation constitutionnelle. »<sup>87</sup>

En regard de la théorie classique de l'État, cette approche décisionniste ouvre bien sûr la voie à une nouvelle définition du concept de souveraineté, définition soucieuse au plus haut point d'éviter toute hypothèse et de refléter fidèlement le hiatus entre "l'idée de droit" et sa réalisation. D'où la reconfiguration de ce concept central de la théorie constitutionnelle selon un schème personnaliste – celui de l'*auctoritatis interpositio* – et le glissement de la question de l'identité du souverain du registre normatif à celui du constat. Au prisme de ce "concept limite" de souveraineté, le pouvoir de constater l'"état d'exception" et

---

87 Carl Schmitt, postface (1954) à "Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung", in : VA, p. 260.

d'en maîtriser le déroulement élève l'autonomie de la forme juridique jusqu'à sa limite ultime.

Il n'est pas téméraire de penser que si Schmitt s'était contenté d'affiner ainsi les thèses qu'il exposait déjà en 1914, son petit opus de 1922 n'aurait pas acquis la réputation sulfureuse qu'on lui connaît. Carl Schmitt lui-même tentera plus tard, dans une visée auto-apologétique évidente, de limiter le sens de sa *Théologie politique* à la simple constatation de « l'identité de structure entre les concepts de l'argumentation et de la connaissance juridiques et théologiques »<sup>88</sup>, examen qui aboutirait à élaborer « une théorie du décisionnisme et de la légalité propre à l'exécution ».<sup>89</sup> Une telle présentation n'est certes pas fautive ; elle restitue fort bien ce que l'on a appelé jusqu'à présent le “décisionnisme restreint” de Schmitt.

Mais à s'en tenir à cette présentation expurgée, on voit mal ce qui motive le refus opposé à la “sociologie” wébérienne, puisque le décisionnisme restreint paraît se borner à en prolonger les intuitions centrales. La tentative pour cerner la forme élémentaire de la rationalité juridique, non pas à partir des seules qualités logiques d'un ordre normatif, mais en examinant le processus de réalisation du droit dans sa “légalité propre” – voilà qui devrait prédisposer Schmitt à reconnaître en Max Weber un devancier. Comment expliquer dès lors la distance prise vis-à-vis de l'entreprise wébérienne, les réserves exprimées à l'endroit de la *Berechenbarkeit* (dont on nous prévient qu'elle n'est pas à confondre avec « l'intérêt juridique de la décision »)<sup>90</sup>, de même que l'accent polémique (antisociologique) audible dans la phrase déjà citée plus haut : « *die spezifische Eigenart der Rechtsform muß in ihrer rein juristischen Natur erkannt werden* » ? Où donc réside le noyau du contentieux entre Schmitt et Weber ? Répondre à cette question exige d'approfondir l'examen du troisième et dernier chapitre de la contribution de Carl Schmitt au *Erinnerungsgabe* de 1923.

---

88 *Théologie politique II* (1970), in : TP, p. 92.

89 *Ibid.*, p. 165.

90 TP, p. 41.

Le chapitre en question débute lui aussi par une phrase qui s'est signalée à la postérité et à laquelle on a souvent tenté de réduire l'ensemble de la *Théologie politique* : « Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts sécularisés. » Certes, on peut bien deviner ici une théorie de la sécularisation, s'attachant à décrire un mouvement historiquement advenu de recyclage des catégories propres au christianisme vers des pratiques profanes (politiques, au premier chef). Catégories dont on suppose qu'elles ont conservé leur efficacité première, par-delà leur travestissement séculier : le phénomène totalitaire devient ainsi "religion politique", le devenir historique "histoire du Salut", la représentation du corps politique "incarnation christique", etc. Or, en vain cherchera-t-on dans l'étude de Schmitt, au milieu de quelques allusions éparses (par exemple, le miracle pour l'état d'exception), une élaboration un peu systématique de cette thèse : celle-ci demeure, dans l'essai de 1922, à un stade désespérément embryonnaire et les matériaux sur lesquels elle s'étaye sont quasi inexistantes.

Les raisons d'un tel prosaïsme s'éclairent, semble-t-il, lorsque l'étude de Schmitt est resituée dans l'horizon d'une polémique avec Max Weber : Carl Schmitt ne cherche pas tant, à partir de cette idée de sécularisation, à formuler une thèse historico-philosophique, mais à exposer une méthodologie, un schème d'intelligibilité qui prendrait le contre-pied exact de celui qui informe l'ensemble de la sociologie wébérienne. « Ce qui importe seul ici, poursuit Schmitt, c'est de savoir jusqu'à quel point ce contexte [c'est-à-dire celui de la sécularisation] entre en ligne de compte pour une sociologie des concepts juridiques. » En d'autres termes, signalant l'existence d'un processus d'interpénétration des registres théologique et politique, Schmitt renonce à l'examiner plus en détails, il le met plutôt en sourdine afin d'attacher son investigation exclusivement à la question de savoir quelles conséquences *méthodologiques* doit en tirer celui qui veut analyser la nature et le développement des concepts de la doctrine constitutionnelle. Que cherche spécifiquement à mettre au jour un savant qui tente de dégager le sens

de tel ou tel concept, de telle ou telle disposition ou de telle ou telle doctrine, dès lors qu'il ne s'en tient pas à la simple mise en forme dogmatique ? À partir de quel seuil considère-t-on que son exposé a élucidé de façon satisfaisante l'objet qu'il s'était donné ? C'est sur ce point – sur la teneur d'une analyse critique et réflexive (“sociologique” si l'on veut) des concepts juridiques – que Schmitt décide d'affronter Weber.<sup>91</sup>

En matière de “sociologie des concepts juridiques”, Schmitt repère trois approches concurrentes. La première, dont on peut croire que Schmitt ne la mentionne qu'à seule fin de magnifier les deux autres, est celle qui procède au moyen de déterminations unilatérales : il s'agit ici de ramener le sens des concepts juridiques à un ordre de réalité jugé primordial et d'imputer leur développement à des transformations structurelles se produisant au sein de cet ordre de réalité. Se voient ainsi renvoyés dos-à-dos, d'une façon explicitement wébérienne, la philosophie de l'histoire “radicalement spiritualiste” partagée par les auteurs contre-révolutionnaires du XIX<sup>e</sup> siècle et le matérialisme historique dans ses variantes plus ou moins dialectiques.

« L'explication spiritualiste de processus matériels et l'explication matérialiste de phénomènes spirituels tentent chacune de mettre en lumière des connexions causales. Elles commencent par établir une opposition entre deux sphères, pour la dissoudre ensuite et la ramener à néant par réduction d'une sphère à l'autre – un procédé qui finit par se transformer, par une nécessité méthodique, en caricature. »<sup>92</sup>

Une notion juridique sera dite “expliquée” lorsqu'elle pourra être déduite, à grand renfort d'hypostases conceptuelles, d'un ensemble adéquat de conditions (visions du monde, rapports de production, degré de développement technique), sa fonction s'épuisant ainsi dans celle du simple reflet ou, en termes wébériens, de l'“émanation”. Or, il est évident que ce genre d'explication, en ce qu'elle nie d'emblée l'autonomie des concepts

---

91 Rappelons que le titre de la contribution de Schmitt à l'ouvrage collectif à la mémoire de Weber s'intitulait “Sociologie du concept de souveraineté et théologie politique”.

92 TP, p. 53.

juridiques de même que – ce qui pour Schmitt est central – « *die spezifische Eigenart der Rechtsform* », ne peut servir qu'à une instrumentalisation partisane.

L'approche wébérienne se détache sur le fond de cette "sociologie" des déterminations. Résumant assez fidèlement la démarche de la *Sociologie du droit* de Weber, Schmitt écrit qu'il s'agit

« d'une méthode sociologique qui cherche pour certaines idées et certaines configurations intellectuelles, le milieu typique de gens [*den typischen Personenkreis*] que leur situation sociologique fera parvenir à certains résultats idéologiques. En ce sens, il s'agit bien de sociologie des concepts juridiques lorsque Max Weber ramène la différenciation des domaines juridiques matériels à la formation de juristes diplômés, de porteurs professionnels de la jurisprudence ou de notables du droit. »<sup>93</sup>

Érudite et réflexive, la démarche wébérienne évite, comme le constate Schmitt, de voir une relation univoque entre les concepts juridiques et un quelconque "substrat" matériel et idéal. Bien plutôt s'efforce-t-elle de dégager, sur un premier plan, une logique interne de développement ("rationalisation") des concepts juridiques et des représentations idéelles, au moyen de descriptions idéaltypiques ; puis, sur un second plan, les soubassements "sociologiques" (*soziologische Grundlagen*) définissant les couches qui vont soutenir, à un moment précis, ce développement et lui imprimer ses traits caractéristiques ; enfin, sur un troisième plan, l'épaisseur élémentaire d'un ensemble de média techniques (instruments juridiques, méthodes de preuve, formes scripturales, systèmes de notation, etc.), ayant leur propre consistance et servant de surface de contact entre les représentations et les couches sociales "porteuses" (*Trägerschichten*).<sup>94</sup> L'agacement de Schmitt à l'endroit de cette méthode sociologique, qui s'attache plus volontiers à cerner des constellations d'intérêts et à mettre en lumière une plu-

---

93 Ibid.

94 Pour une illustration, cf. "Le corps des lettrés", in : *Confucianisme et taoïsme*, op. cit.

ralité de tangentes développementales possibles<sup>95</sup> qu'à dresser la généalogie claire d'une notion, devient de plus en plus palpable au fil de l'exposé. Dans le meilleur des cas, suggère-t-il, la charge cognitive de cette "sociologie" s'épuise dans une forme sophistiquée de déterminisme, ou encore dans la description de certains types psychologiques – le portrait moral du puritain calviniste de *L'éthique protestante* se révélant évidemment emblématique. Qu'il s'agisse ici d'un "problème sociologique" ne fait aucun doute, mais on n'atteint nullement par ce chemin la "sociologie d'un concept". Le résultat auquel parvient l'approche wébérienne n'est pas différent, ironise Schmitt, de ce que l'on peut attendre de « la critique littéraire pleine de finesse, celle de Sainte-Beuve par exemple ».<sup>96</sup>

C'est contre ce qui apparaît, au sein de l'approche wébérienne, comme un déficit d'intelligibilité que se dresse la "théologie politique". De cette dernière, Schmitt n'hésite pas à écrire, non sans une certaine candeur, qu'elle est « seule à pouvoir espérer un résultat scientifique ».<sup>97</sup> Afin de faire droit au mouvement autonome des représentations juridiques, elle procède, dans un premier temps, à une analyse immanente des théories et des concepts, afin d'en dégager « la structure ultime, radicalement systématique ». Cet impératif d'une systématité qui serait inhérente au matériau doctrinal – ou qui, en d'autres termes, ne serait pas l'apport du seul entendement scientifique mais sur laquelle ce dernier trouverait à s'adosser – est l'une

---

95 Dans la seule note en bas de page de son important texte de 1932 *Legalität und Legitimität*, Schmitt explique qu'il conserve le mot *Chance* dans l'expression *die gleiche Chance politischer Machtgewinnung* pour garder à l'esprit le pedigree douteux de cette notion qui, est-il écrit, « appartient en propre au style de pensée et au jargon d'une époque libérale de libre concurrence et d'*expectation* [en anglais dans le texte], et correspond au mélange de hasard et de régularité, de liberté et de prévisibilité, d'arbitraire et d'imputabilité, qui caractérise cette ère ». À l'intention du lecteur ignorant le sens exact de cette remarque polémique, le juriste se sent forcé d'ajouter : « Dans la sociologie de Max Weber, le mot "chance" revient souvent » ("Legalität und Legitimität", in : VA, p. 283).

96 TP, p. 54.

97 Ibid.

des prémisses essentielles de la “théologie politique”, prémisses que Schmitt réitérera à plusieurs reprises avec la même assurance. Et c’est précisément ce présupposé qui ouvre une première distance entre la sociologie wébérienne et la méthode pour laquelle Schmitt revendique la dénomination “théologie”. Pour Weber, en effet, l’impératif de systémativité n’a nullement une portée générale, il n’est ressenti comme tel que par quelques groupes bien précis, marginaux le plus souvent, qui peuvent alors lui assurer une certaine efficacité sociale, éventuellement au prix d’une dilution. En tous les cas, cet impératif n’a pas en lui-même de force motrice car, selon le mot de Weber, les hommes ne sont pas « des livres peaufinés dans tous leurs détails ». Voilà le genre de scrupules qui, suivant la perspective de la “théologie politique”, explique la pauvreté de la sociologie wébérienne. Tout jugement scientifique valable se trouve alors dissout dans une masse de considérations savantes, impropres à dessiner des relations univoques. Aux procédures farouchement multicausales qui caractérisent la démarche wébérienne, Carl Schmitt oppose le présupposé massif d’une « conceptualité radicale [*radikale Begrifflichkeit*] c’est-à-dire d’une logique [*Konsequenz*] poussée jusqu’au métaphysique et au théologique » qui structure, indépendamment des acteurs individuels, les constructions théoriques et commande leurs articulations. Le développement historique d’une théorie, d’une notion ou d’une doctrine – qu’elle soit politique, juridique, religieuse ou esthétique – obéit à des critères logiques, qui ne sont pas de nature différente de ceux guidant l’entendement théorique et sur lesquels la factivité sociologique ne semble pas, pour Schmitt, avoir de prise déterminante.

On pourra juger cavalière cette façon de congédier la démarche idéaltypique en invoquant une “conceptualité radicale” dont la sociologie wébérienne n’aurait pas tenu compte. En fait, ce conceptualisme militant n’a de sens, dans la perspective schmittienne, qu’en relation avec une seconde exigence, celle de comparer cette « structure ultime, radicalement systématique », qui ordonne une construction théorique donnée, avec « l’élaboration conceptuelle de la structure sociale à une époque

donnée ». Carl Schmitt ne saurait se contenter de supputer l'existence d'une logicité décidant du destin des théories et des concepts, avant même leur inscription dans des *loci* sociologiques ; il veut également être en mesure de dessiner une correspondance systématique entre cette conceptualité pure et la situation "existentielle" générale (*die damalige gesamte Bewußtseinslage*) qui caractériserait un moment historique spécifique. Car, renchérit aussitôt Schmitt, « l'image métaphysique qu'un âge se fait du monde a la même structure que ce qui lui paraît l'évidence même en matière d'organisation politique ». <sup>98</sup> Empruntant un vocabulaire qui est étranger à Schmitt mais qu'il aurait probablement approuvé, on dira que la "théologie politique" repose sur l'identité latente entre les schèmes directeurs présidant aux diverses productions théoriques et « les mode de figuration de l'identité collective », ou encore la « *mise en forme* de la coexistence humaine ». <sup>99</sup> Identité sur la base de laquelle le juriste peut ensuite asseoir une authentique "sociologie des concepts juridiques", celle-ci consistant à retrouver, au cœur même de la doctrine la plus "positiviste" qui soit, la trace de son appartenance à une certaine situation *geistesgeschichtliche*, dont elle partagerait l'expérience et les déterminations existentielles.

Cette entreprise dite "théologique" repose sur un double postulat : celui voulant que tout univers social-historique ait une identité précise – qui ne soit pas seulement le résultat d'une reconstruction idéaltypique, mais qui s'avère, en quelque sorte, contraignante pour ses contemporains – et que cette identité soit de nature essentiellement spirituelle. Inutile de souligner le désaccord qu'aurait exprimé Weber face à un postulat aussi lourd : tout le comparatisme wébérien prêche, en effet, contre ce genre de démarche consistant à attribuer, dans un embrassement synoptique, une homogénéité spirituelle à une "époque". Cette idée d'une « parfaite identité d'abord

---

98 TP, p. 55.

99 Claude Lefort, "Permanence du théologico-politique ?", in : *Essais sur le politique. XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, op. cit., p. 256.

psychologique (mais également phénoménologique) traversant les représentations métaphysiques, politiques et sociologiques »<sup>100</sup> tomberait sous le couperet de la critique wébérienne de l'émanatisme.<sup>101</sup> Mais Carl Schmitt se distingue de Roscher ou de Knies, ainsi que de tous ceux à qui Weber adressait à l'origine sa critique : il se réclame d'un émanatisme *conscient* et *explicitement voulu*. La radicalité de l'entreprise désignée par le vocable "théologie politique" tient à ce qu'elle récupère les intuitions fragmentaires, camouflées en métaphores biologiques ou mécanistes, disséminées dans les œuvres des économistes et des historiens, pour en faire une méthode, la seule féconde en matière de théorie constitutionnelle. Schmitt connaît bien le "style cognitif" de Weber, et il apprécie la force de frappe de sa démarche sociologique à l'endroit des théories téléologiques, inconscientes de leurs assises métaphysiques. Mais Schmitt connaît également le talon d'Achille de cette pensée du désenchantement : son impuissance face à une théorisation se réclamant ouvertement de la "métaphysique" et érigeant l'hypostase conceptuelle en principe de connaissance. Ici, le « service de la clarté » (*Dienst der Klarheit*)<sup>102</sup> auquel se vouait le grand éducateur Max Weber atteint une limite qu'il ne peut franchir.

La décision pour la métaphysique (ou encore pour la "théologie", qui semble alors un synonyme chez Schmitt) porte donc, à son envers, une décision contre la démarche wébérienne. Mais, incapable – et peu désireuse sans doute – de procéder à une réfutation théorétique en bonne et due forme de cette dernière, la décision de Schmitt demeure « occasionnelle » (Löwith) et n'a pour elle que la force d'une volonté particulière.

---

100 TP, p. 56.

101 Colliot-Thélène, *Max Weber et l'histoire*, Paris, P.U.F. 1990, p. 16 sqq. Weber donne le nom d'émanatisme à l'effort pour combler le fossé entre les schèmes d'intelligibilité et la réalité empirique, au moyen d'une « hypostase, qui confère aux concepts universels le statut d'entités supra-empiriques d'où la variété des phénomènes est supposé découler ».

102 Weber, "Wissenschaft als Beruf", in : *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, éd. J. Winckelmann, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1951, p. 608.

À la « volonté de véracité inconditionnée »<sup>103</sup>, dont Weber avait fait une exigence éthique purement formelle, répond ainsi la résurrection obstinée de stratégies que Schmitt sait pourtant irréversiblement discréditées par la critique wébérienne. Dans cette perspective, Carl Schmitt inaugure, nous semble-t-il, un type d'argumentation qui connaîtra, après la Seconde Guerre mondiale, un franc succès au sein d'une frange « restauratrice » de la pensée politique<sup>104</sup>, attaquant le formalisme de la méthode wébérienne non pas à l'aune des critères d'une logique autonome de la connaissance scientifique, mais en raison de ses conséquences subversives sur le bon ordre des savoirs humains. La théologie politique schmittienne n'est, en ce sens, qu'une variante radicalisée, polémique et, pour ainsi dire, activiste du conceptualisme qui, inavoué, servait d'assise aux travaux de l'École historique. Un conceptualisme, toutefois, qui s'est défait du « syncrétisme optimiste »<sup>105</sup> de ses prédécesseurs, encore prisonnier « d'une forme assez primitive de simple croyance religieuse »<sup>106</sup>, pour s'adosser désormais à ce qui lui semble une caractéristique immuable de l'existence humaine : la centralité du politique. Aussi, suivant un paradoxe des plus frappants, tandis que l'émanatisme de Ranke ou de Roscher, dont le dessein empiriciste est maintes fois réitéré, s'adossait secrètement à un sentiment religieux et cherchait à préserver une « zone d'obscurité à l'histoire »<sup>107</sup>, la méthode schmittienne,

---

103 Löwith, "Max Webers Stellung zur Wissenschaft", op. cit., p. 442. Löwith écrit : « *Webers Wille zur unbedingten Wahrfügigkeit hat zur Voraussetzung die Einsicht, das wir nicht in der Wahrheit sind* ».

104 Cf. par exemple Eric Voegelin, "Die Größe Webers", in : *Ordnung, Bewußtsein, Geschichte*, éd. P. Optiz, Stuttgart, Klett-Cotta 1988, pp. 78-98.

105 Weber, "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", in : *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, op. cit., p. 154.

106 Weber, "Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie", in : *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, op. cit., p. 41.

107 Colliot-Thélène, *Max Weber et l'histoire*, op. cit., p. 12. Pour tout ce qui précède, on se reportera au premier chapitre de cet ouvrage. Cf. également Löwith, "Max Webers Stellung zur Wissenschaft", op. cit., p. 437 sq.

qui réclame pour elle le titre de “théologie” et qui multiplie les références au catholicisme romain, débouche sur l'évacuation de tout mystère religieux au profit d'une transcendance intégralement fonctionnalisée.

Mais comment penser l'homologie structurelle entre l'identité métaphysique d'une époque donnée et « ce qui lui paraît l'évidence même en matière d'organisation politique » ?<sup>108</sup> Il faut à la théologie politique schmittienne et à sa décision de penser, contre Max Weber, “l'unité du monde humain” un ancrage théorique solide, qui lui permette de retrouver, dans l'effectivité des pratiques sociales, la justification – et même la nécessité – de son détour par le surplomb théologique. Ce n'est qu'à partir de 1927, dans *La notion de politique*, que Schmitt va disposer réellement d'un tel ancrage.

### Le politique comme décision

En raison de sa radicalité, le refus opposé par Schmitt à la sociologie wébérienne conduit tout droit au cœur du décisionnisme “généralisé”. Si les procédures comparatives et multicausales que Weber met en œuvre dans sa *Sociologie du droit* s'avèrent, selon Schmitt, impropres à saisir le sens des concepts juridiques, c'est parce qu'elles mettent sans cesse en question le caractère unitaire de l'expérience sociale-historique. Ce qui fonde à la fois la possibilité et la nécessité de la démarche wébérienne, c'est précisément le double constat, d'une part, que les processus de socialisation ne peuvent s'ordonner suivant un schème unitaire et cohérent, qu'ils se fragmentent plutôt en de multiples plans de référence incompatibles et, d'autre part, que l'histoire elle-même ne peut prendre la forme d'une totalité dotée d'un sens homogène et intelligible. Et ce constat – Weber le laisse entendre à plusieurs reprises – n'est pas posé de façon abstraite : il apparaît lui-même comme le fruit d'un lent travail

---

108 TP, p. 55 ; cf. également un très bel article de Jean-François Kervégan, “L'enjeu d'une ‘théologie politique’ : Carl Schmitt”, in : *Revue de métaphysique et de morale*, n° 2, 1995, p. 212 sq.

de désintringation et d'autonomisation des sphères d'activité sociale. La théologie politique schmittienne, si elle veut pouvoir penser la correspondance systématique entre la "vision du monde" propre à une époque donnée et la structure politico-constitutionnelle qui la caractérise, doit prendre le contre-pied de cette démarche, en affirmant l'existence d'un unique foyer du social et de l'historique, un foyer par rapport auquel toute différenciation de pratiques paraîtra relative et conditionnelle. La décision contre Weber devient ainsi, chez Schmitt, une décision pour le politique, pour son antécédence et son primat existentiel.

Carl Schmitt développe cette idée dans son texte probablement le plus connu, *Der Begriff des Politischen*, où il se propose de caractériser ce qui fait la spécificité du politique face aux autres pratiques humaines. Il s'agit, croit-il bon d'ajouter aussitôt, de chercher « un principe de discrimination, et non une définition exhaustive ou compréhensive ».<sup>109</sup> L'argument schmittien se sert alors d'une topique mise en vogue par les *Kulturwissenschaften* néokantiennes (par Nartorp et Rickert notamment) : « le politique a ses critères à lui, qui jouent d'une manière qui leur est propre vis-à-vis des domaines divers et relativement autonomes où s'exercent la pensée et l'action des hommes ». Le politique repose, selon Schmitt, sur la distinction de l'ami et de l'ennemi ; disposés à côté de lui, il existerait donc toute une pléiade de domaines culturels (morale, esthétique, économique, etc.), chacun d'eux étant également défini par une distinction qui lui est propre (bien / mal, beau / laid, utile / nuisible). Cette représentation d'un espace social plan, composé d'une pluralité de secteurs s'ajustant sans reste, a tout d'une concession tactique. En effet, Schmitt s'empresse quelques lignes plus loin d'introduire, dans la relation du politique à chacun des autres « domaines » de la culture, une asymétrie qui bouleverse le tableau qu'il vient à peine de brosser. Le politique, nous dit-il, est autonome « non pas au sens où [il] correspondrait à un champ d'activité original qui lui serait propre,

---

109 NP, p. 64.

mais en cela qu'on ne saurait ni [le] fonder sur un ou plusieurs de ces autres [domaines], ni l'y réduire ». <sup>110</sup> Il représente ce qui résiste à la différenciation de l'expérience humaine en sphères d'activité autonomes parce que, sans substance propre, il est susceptible de surgir à l'intérieur de chacune de ces sphères, d'investir les pratiques les plus banales sitôt que celles-ci offrent l'occasion d'un regroupement – Schmitt emploie fréquemment le terme *Gruppierung* – en amis et en ennemis. Toute activité donne prise au politique dès qu'elle est liée à la discrimination ami / ennemi. « Du fait que le politique est sans substance propre, on peut franchir l'étape du politique à partir de n'importe quel secteur. » <sup>111</sup>

Le rôle que remplit cette notion de politique dans la théorie de Schmitt paraît donc extrêmement ambigu. D'une part, elle représente "l'élément humain" dans sa permanence, le résidu concret et substantiel qui rend impossible (et idéologiquement suspecte) l'idée d'une autonomisation complète des ordres de vie, peu importe que celle-ci soit posée comme une condition a priori de l'entendement scientifique ou comme résultat d'un processus historique réel. D'autre part, cette notion est marquée d'un formalisme tel que la matière que le politique travaille pour se réaliser, les contenus et les figures qu'il emprunte dans l'histoire universelle, lui sont tous également indifférents. Ainsi, d'un côté, Carl Schmitt pourra se servir de cette notion comme d'un point d'Archimède dans sa quête antiwébérienne d'une forme d'intelligibilité synoptique et d'une systématité quasimétaphysique <sup>112</sup>, dont il déplore l'abandon par la théorie

---

110 Ibid.

111 PD, p. 143.

112 La préface de la *Théorie de la constitution* expose le sens très singulier (et hautement polémique) de cette ambition théorique : « Il s'agissait avant tout d'établir une ligne clairement embrassable du regard, systématique. Il est nécessaire de le souligner parce qu'actuellement en Allemagne on semble manquer d'esprit de système et que même dans des collections de vulgarisation scientifique (qui pourtant ne peuvent trouver leur justification que dans une systématique très poussée) la constitution de Weimar est étudiée "sous la forme d'un commentaire libre", c'est-à-dire sous forme de notes aux différents articles » (p. 126). Le refus de reconnaître un foyer

constitutionnelle de son temps. De l'autre, la notion de politique accentuée à l'extrême le procès de désubstantialisation des catégories juridiques, déjà entamé dans la *Théologie politique* de 1922, aboutissant à ce que Löwith appelle une pure « existentialité formelle » : « le sens de cette distinction de l'ami et de l'ennemi est, lit-on, d'exprimer le degré extrême d'union ou de désunion, d'association et de dissociation »<sup>113</sup>, degré extrême qui peut être atteint à toute occasion et pour tout motif.

Cette combinaison d'un substantialisme et d'une plasticité également extrêmes explique en bonne partie la fascination que l'œuvre du juriste n'a cessé d'exercer sur la pensée politique depuis les années 1920. Sous son aile peuvent s'abriter tant une position conservatrice radicale, insistant sur la nécessité de défendre le statu quo en tant qu'ordre concret, qu'une critique d'extrême gauche qui attaquerait l'État légal en exaltant ce qu'il réprime : l'insurrection révolutionnaire et la Décision dont elle est porteuse. En outre, sur un plan plus spéculatif cette fois, c'est cette même oscillation qui va servir de motif directeur à de nombreuses études – dont quelques-unes remarquables – s'attachant à dégager ce qui constituerait le soubassement anthropologico-philosophique de l'œuvre de Schmitt, et plus particulièrement de sa critique du libéralisme.<sup>114</sup> Le présent exposé choisit de ne pas emprunter cette voie et d'aborder plutôt

---

de discrimination ami / ennemi réellement opérant dont serait dépositaire la constitution, par-delà la somme de ses dispositions individuelles, est ainsi directement lié à un appauvrissement de la théorie constitutionnelle. Pour le lecteur contemporain de Schmitt, l'allusion au grand traité *Die Verfassung des deutschen Reichs* d'Anschütz, qui commentait un à un les articles de la constitution de 1919 et rapportait sobrement l'état de la doctrine sur chacune des questions d'interprétation, est transparente. Concernant l'étrange systématisme schmittienne, cf. K. Wilk, « La doctrine politique du national-socialiste », op. cit., p. 186 sq.

<sup>113</sup> « Le décisionnisme occasionnel de Carl Schmitt », op. cit., p. 31.

<sup>114</sup> Cf. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, op. cit., p. 73 sq., qui rend très bien compte du tour spéculatif qui emporte, malgré elle, la pensée de Schmitt : « Se découvre alors la portée philosophique d'un critère présenté comme seulement descriptif : si le politique n'est pas délimitable, c'est qu'il affecte en sa totalité l'agir de l'homme comme homme ».

la notion schmittienne de politique uniquement en fonction de ses “effets” sur la théorie constitutionnelle *stricto sensu*. En somme, ce qui va retenir notre attention ici, c’est la façon dont Schmitt tente de transformer, en lui incorporant cette notion de politique, un discours disciplinaire déjà largement ébranlé par de violentes querelles théoriques.

Carl Schmitt dérive de la notion de politique comme discrimination ami / ennemi essentiellement deux grandes lignes directrices pour la théorie constitutionnelle. La première a été indiquée par Ulrich Preuss : « la présence menaçante, à l’intérieur de la constitution, d’énergies politiques préconstitutionnelles et non constitutionnelles ». <sup>115</sup> En raison de sa mobilité et de sa transgénéralité <sup>116</sup>, le politique représente une épreuve permanente pour le droit public. Certes, il n’y a pas de “site” privilégié pour le politique – pas davantage qu’il n’existe de place forte qui en soit durablement protégée. Cependant, les domaines du droit administratif et, surtout, du droit constitutionnel entretiennent un rapport structurel avec le politique, en raison de l’indétermination de leurs composantes normatives, des relations concrètes de domination qu’ils mettent en jeu et de leur caractère très souvent dérogoire. Que le droit public soit un “droit politique” au sens éminent, cela ne découle donc pas tant de son contenu et des objets sur lesquels il trouve à s’appliquer (la Cité, le pouvoir, le bien commun, le citoyen, etc.) <sup>117</sup> que de la spécificité strictement formelle de ses modes

---

115 Preuss, “Political Order and Democracy”, op. cit., p. 16.

116 « Rien ne saurait échapper à cette logique du politique. Que l’opposition des pacifistes contre la guerre grandisse jusqu’à les précipiter dans une guerre contre les non-pacifistes, dans une guerre contre la guerre, et cela prouverait que ce pacifisme dispose de fait d’un certain potentiel politique, vu qu’il est assez fort pour regrouper les hommes en amis et ennemis » (NP, p. 74 sq.).

117 Le constitutionnaliste socialiste Hermann Heller fera grief à Carl Schmitt de réduire le politique au *polemos*, en feignant d’ignorer que le terme “politique” dérive en fait de *polis*. « Si l’on pouvait vraiment ramener toutes les actions politiques à la discrimination ami / ennemi, [...] alors la naissance et l’existence de l’unité politique seraient quelque chose d’éminemment a-politique » (“Politische Demokratie und Soziale Homogenität”

de réalisation, du rôle plus important que joue dans son enceinte le problème de “concrétisation définitive”. Une décision qui réalise “l’idée de droit” comme état de fait est d’autant plus ouverte à une discrimination ami / ennemi qu’elle se trouve libérée de toute référence normative. Car l’instance individuelle, l’*auctoritaris interpositio* qui décide du contenu concret d’une norme juridique ici et maintenant, devra nécessairement – de manière consciente ou non – tracer la frontière entre un acte permmissible, compatible avec l’existence de l’ordre juridique, et un acte subversif, concourant à sa destruction. Elle devra aussi décider ce qui exprime l’adhésion à l’ordre et ce qui exprime l’hostilité à son endroit. Pour Schmitt, l’efficacité du droit public présuppose toujours l’image, parfois furtive mais toujours opérante, d’une unité devant prévaloir et être défendue par la force face aux prétentions provenant d’entités concurrentes. Comme nous le verrons bientôt, la spécificité historique du *jus publicum europeum* – d’où découle aux yeux de Schmitt sa valeur exemplaire – c’est d’avoir fait de la monarchie patrimoniale l’unité de référence ultime, surplombant et médiatisant l’ensemble des autres agrégats susceptibles d’imposer leur propre définition de l’ennemi.

Mais, pris en lui-même, cet État n’est pas immédiatement politique. Il acquiert sa dimension politique par l’opération d’un dispositif institutionnel qui parvient à monopoliser la décision

---

[1928], in : *Gesammelte Schriften*, op. cit., p. 425). Heller touche ici à une limite inhérente à l’approche schmittienne : son incapacité à penser le politique dans l’État, autrement que comme son point de basculement ou comme le symptôme d’une crise. C’est là sans doute une limite que Schmitt reconnaîtrait d’emblée, mais qu’il accepterait volontiers comme prix à payer pour disposer d’un concept opératoire de politique. En ce sens, on peut lire la remarque d’Ernst-Wolfgang Böckenförde à l’effet que « c’est seulement sur le mode mineur que le concept de politique affecte la politique domestique » (“The Concept of the Political”, in : Dyzenhaus, *Law as Politics*, op. cit., p. 39). Cf. également à cet effet la préface de 1963 à NP, p. 43. Rappelons que Heller, quant à lui, préférera un concept plus compréhensif de politique, qu’il détermine en termes de capacité de mobilisation et de coordination de l’action sociale dans un but commun.

sur l'ami et l'ennemi, la détermination concrète de ce qui constitue un acte d'hostilité, et à la lui attribuer de façon exclusive. L'épreuve du politique pour le droit constitutionnel, c'est donc de maintenir de manière continue cette monopolisation et de préserver ses conditions de réalisation – épreuve à la hauteur de laquelle, conclura plus tard Schmitt, le droit étatique n'a pas su se hisser, entraînant du coup la dissolution de l'État comme forme politique au profit d'autres entités géopolitiques. En somme, il faut retenir que la notion de politique introduit au cœur de la théorie constitutionnelle un élément à la fois dynamique et dangereux, mouvant et instable, qui rappelle la persistance, en deçà du temps consolidé des constitutions, d'un temps créateur immaîtrisable. Persistance, faut-il le dire, dans laquelle Schmitt voudra trouver le désaveu en acte du constitutionnalisme libéral, « selon lequel l'ordre politique est créé par une constitution qui, semble-t-il, a “consumé” et enfermé juridiquement les énergies politiques qui ont permis sa création ».<sup>118</sup>

Le politique devient donc, selon le mot suggestif de Kervégan, un *coefficient* qui affecte l'ensemble des activités humaines, et dont l'ordre constitutionnel cherche à contrôler les variations. La position de la *Staatsrechtslehre* ne peut par conséquent guère être ramenée à celle d'un discours scientifique quelconque. Elle revêt, au contraire, la forme d'une intervention toujours tendue et “militante”, repoussant et prévenant la dangerosité du moment politique. En bout de course cependant – et c'est là l'autre grande ligne directrice que Schmitt tire de sa notion de politique – le politique jouit d'un primat organisateur devant lequel la théorie constitutionnelle ne peut rien, sinon acquiescer. Ici aussi, la prise de distance d'avec le maître Weber est sensible. Dans l'œuvre de Weber, et tout spécialement dans ses écrits politiques, le conflit apparaît comme un foyer d'objectivité (*Sachlichkeit*), en ce qu'il résiste à l'action du Sujet politique<sup>119</sup> et constitue un principe de

---

118 Preuss, “Political Order and Democracy”, op. cit.

119 Je renvoie ici à mon article “Politique de la *Sachlichkeit*”, in : *Aspects sociologiques*, vol. 10, n° 1, 2003, pp. 9-30.

sélection (*Auslesung*) des “types humains”. Mais, paradoxalement, cette objectivité demeure fragile, elle est pour partie dépendante d’une affirmation expresse et consciente. La conflictualité politique peut aussi bien être refoulée, déniée ou méconnue, ce qui est le cas (aux yeux de Weber) dans l’empire allemand d’avant 1918. Carl Schmitt, au contraire, envisage le primat organisateur de la discrimination ami / ennemi comme une réalité autrement massive. Bien sûr, à ses yeux, le concept d’ennemi implique immédiatement celui de lutte ou de conflit, mais ce dernier doit être entendu, nous est-il dit, « au niveau de la réalité concrète » ou encore « au sens originel et existentiel » : « Les concepts d’ami, d’ennemi, de lutte tirent leur signification objective de leur relation à ce fait réel, la possibilité de provoquer la mort physique d’un homme. »<sup>120</sup> L’objectivité du politique, sa présence par rapport aux constructions théorético-dogmatiques du juriste et à tout univers de normes, est en quelque sorte gagée sur cette possibilité de l’affrontement violent et de l’anéantissement physique :

« la guerre, les hommes qui se battent, prêts à mourir, le fait de donner la mort à d’autres hommes qui sont, eux, dans le camp ennemi, rien de cela n’a de valeur normative, il s’agit au contraire de valeurs purement existentielles, insérées dans la réalité d’une situation de lutte effective face à un ennemi réel, et qui n’ont rien à voir avec de quelconques idéaux, programmes ou abstractions normatives. »<sup>121</sup>

C’est, selon Schmitt, de l’éventualité toujours présente de la guerre que le politique tire son « effectivité primaire », la guerre devenant ainsi « l’horizon de sens à partir duquel se détermine l’essence normale de la politique ». <sup>122</sup> Mais cela ne signifie pas que l’affirmation du primat du politique soit nécessairement une affirmation « belliciste »<sup>123</sup>, car la guerre n’est pas destinée à recouvrir l’ensemble des phénomènes politiques. En fait, plus qu’à la guerre comme événement, c’est à l’anticipation de la

---

120 NP, p. 70, je souligne.

121 NP, p. 91.

122 Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, op. cit., p. 75.

123 NP, p. 73.

guerre, à sa projection comme moment de “désordre concret”, de danger absolu et impénétrable, que renvoie la discrimination ami / ennemi. Schmitt retrouve ici la réflexion de Hobbes, à laquelle il fait d’ailleurs écho à la fin de son petit ouvrage de 1927 : l’expérience de la peur, nourrie par la représentation de ce *summum malum* qu’est la mort violente, confère au politique son implacable objectivité. Mieux, l’expérience de la peur est le vecteur d’une connaissance, la seule qui soit parfaitement assurée : « *the mutual relation between Protection and Obedience*, que la nature humaine aussi bien que le droit divin nous engage à respecter ». <sup>124</sup> L’autorité ou le groupement qui fournit à ses adhérents une protection efficace doit être obéi. En l’absence d’un critère servant à déterminer avec certitude, pour chaque individu, le danger réel auquel il est exposé, cette relation protection / obéissance émerge comme la seule et unique composante de la raison publique. Est-il besoin d’ajouter que cette relation n’a que l’apparence d’un échange contractuel ? Elle revêt, en vérité, une forme asymétrique et disjonctive que l’on peut exprimer comme suit : ou bien l’autorité me protège (c’est-à-dire qu’elle en a la capacité de fait) et je lui obéis pour ce simple fait, ou bien elle en est incapable et je n’ai aucune obligation à son égard. Précédant toute évaluation et défiant tout calcul d’utilité – ce qui marque une rupture plus accusée encore avec la *Zweckrationalität* wébérienne, suspecte d’économisme <sup>125</sup> – le *factum* de l’institution acquiert une valeur propre et incommensurable, dont la théorie constitutionnelle doit accueillir le “mystère”. « *Protecto ergo obligo*, voilà le *cogito ergo sum* de l’État, et une théorie de l’État qui ne tient pas compte systématiquement de cette maxime ne sera jamais qu’une ébauche fragmentaire et imparfaite. » <sup>126</sup>

Au moyen de sa notion de politique, Carl Schmitt cherchait à conférer au décisionnisme généralisé, qui paraissait d’abord n’être qu’une méthode de “sociologie des concepts juridiques”,

---

124 NP, p. 94.

125 Cf. Colliot-Thélène, “Carl Schmitt contre Max Weber”, in : C. M. Herrera (dir.), *Le Droit, le politique*, op. cit., pp. 205-227.

126 NP, p. 94.

l'ancrage théorique que la *Théologie politique* de 1922 n'avait pu lui assurer. Du coup, l'objet de la polémique contre le comparatisme wébérien devient évident : c'est la possibilité de penser un plan existentiel et "transversal", intégrant l'ensemble des pratiques humaines en un moment historico-spirituel unique. La théorie constitutionnelle n'a de sens, pour Schmitt, que si elle fait fond sur ce type d'intelligibilité synoptique, que si elle prend acte d'un foyer de sens qui irradie l'ensemble de l'expérience humaine et offre la possibilité de la penser sous une forme unitaire (ou "systématique", pour employer un mot apprécié de Schmitt). Le politique fournit donc le terreau de toutes les "correspondances" et "analogies" que Schmitt affirme repérer entre « l'image métaphysique qu'un âge se fait du monde », son univers symbolique et les formes concrètes de socialisation (juridiques, économiques, morales, etc.) qui lui sont contemporaines.

Pour Weber, la perspective unitaire sur un phénomène, l'obtention d'un « tableau de pensée homogène » est toujours le résultat d'un travail explicite de mise en ordre intellectuelle de la part du savant – ce qu'il appelle « l'accentuation unilatérale d'un ou de plusieurs points de vue ». <sup>127</sup> Avec la notion de politique au contraire, l'unité du point de vue se trouve précipitée dans le réel : le politique, par sa dimension existentielle, fait surgir des images englobantes, polémiques et mythiques, auxquelles le savant doit ordonner son investigation. On ne comprend vraiment un concept ou une réalité, répétera Schmitt, qu'en retrouvant la situation historico-spirituelle (*die geistgeschichtliche Lage*) qui lui a donné naissance, situation dont les contours sont forcément tracés par le jeu du politique. « Tous les concepts de notre univers intellectuel, conclut Schmitt, sont pluralistes de nature et n'ont de sens que par rapport à l'univers politique concret tel qu'il existe. » <sup>128</sup>

---

127 Weber, "L' 'objectivité' de la connaissance dans les sciences sociales", in : *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris, Pocket 1990, p. 172 sq.

128 NP, p. 138.

## Le politique schmittien et la contestation du positivisme juridique sous la république de Weimar

La critique de la démarche scientifique wébérienne, dont le décisionnisme généralisé de Schmitt est porteur, possède donc une dimension “épistémologique” au sens le plus large : elle porte atteinte au principe même de l’entendement sociologique et à ses règles de fonctionnement les plus intimes. Si l’ambition synoptique qui anime le décisionnisme schmittien s’étaye sur une conscience aiguë de la nature existentielle du politique, l’idée de science – et, à plus forte raison, celle d’une science du droit public – devient indissociablement liée aux discriminations politiques. Mieux : la simple revendication d’une théorie du droit public neutre, autonome, apolitique, ne peut être autre chose qu’une tactique éminemment politique, orientée elle-même selon un clivage ami / ennemi. La théorie constitutionnelle est nécessairement, sous une forme articulée ou non, théorie politique.

Le juriste Carl Schmitt ne sera pas le seul à souligner cette compénétration entre doctrine constitutionnelle et praxis politique. C’est là un motif commun au puissant mouvement de révolte contre le positivisme juridique qui, dans le domaine du droit public et tout spécialement dans celui de la théorie constitutionnelle, marquera la république de Weimar.<sup>129</sup> Carl Schmitt prendra une part active à cette fronde, ne se lassant jamais de souligner les insuffisances d’une analyse constitutionnelle qui s’arrêterait aux dispositions positives<sup>130</sup>, en plus d’endosser les assauts de ses collègues à l’endroit du positivisme “dominant” de Gerhard Anschütz et de la philosophie néokantienne du droit.

---

129 Sur l’antipositivisme dans la théorie constitutionnelle weimarienne, cf. P. C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, op. cit., pp. 78-84, 120-144, et M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, op. cit., pp. 171-186.

130 Cf. par exemple la polémique avec Hans Nawiaski et Richard Grau sur “l’inviolabilité de la constitution”, dans la préface à la seconde édition de *La Dictature* (D, p. 10 sq.) et dans TC (p. 250).

En dépit de sa nature hétéroclite, ce front antipositiviste se laisse caractériser par trois traits principaux. D'abord, par un rejet très marqué, bien que souvent assez désordonné, du formalisme et du schématisme, auxquels on reproche d'être sans âme (*geistlos*), exsangues (*ohne Blut*), étrangers à la vie (*lebensfremd*). Tout se passe comme si l'on tentait autant que possible de réduire la distance entre la théorie et son objet : c'est la vie concrète du droit, dans son épaisseur et sa densité, que doit (et qui doit) saisir la théorie constitutionnelle si celle-ci ne veut pas s'égarer dans les abstractions. La publication, en 1921, de l'ouvrage d'Erich Kaufmann *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* donne le coup d'envoi à cette quête de substance, dont les multiples points de contact avec les courants qui, à la même époque, secouent le monde de l'esthétique et de la littérature sont évidents. Mais, en ce qui concerne la théorie juridique, ce refus du formalisme prend tout son sens dans le contexte d'une crise politique, où le sentiment diffus d'une décadence de la *Zivilisation* entre en conjonction avec la réalité désolante de la défaite de 1918. Le formalisme, qui pouvait autrefois paraître comme le gage d'un rapport mieux assuré aux conditions de son propre savoir, fait désormais figure d'écran qui empêche une "compréhension vivante" du droit.

« Au sein du néokantisme, écrit ainsi Kaufmann, l'ordre intelligible du juridique est réduit à des généralités abstraites, voire à une forme technique, et le sociologique métajuridique ramené à un matériau classifiable et exempt de valeur [*wertfreien*]. Notre compréhension des phénomènes sociaux a pris un tour rigide, statique, doctrinaire, formaliste [*formal-juristisches*], et cela conduit à sous-estimer les forces sociologiques, ainsi qu'à surestimer les formes légales, ce qui est désastreux autant en politique intérieure qu'en politique étrangère. »<sup>131</sup>

Paradoxalement, on reproche en même temps au formalisme de désacraliser les valeurs qui sous-tendent l'ordre constitutionnel, de miner leur objectivité en jetant sur elles une lumière trop

---

131 Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft* (1921), réimp., Aalen, Scientia 1964, p. 100.

crue – en bref : de conduire à un nihilisme désespéré. Si, pour Kaufmann, le formalisme néokantien est à l'origine de « cette atmosphère mortifère à la Spengler » (*jener sich selbst verzweifelnden Spengler-Stimmung*) qui règne en Allemagne<sup>132</sup>, il représente pour Hermann Heller, à l'opposé du spectre politique, le premier stade d'une dérive vers le fascisme – ce dernier étant d'ailleurs analysé par le constitutionnaliste comme une radicalisation idéologique du formalisme.<sup>133</sup>

Mais ce qui assure une forme d'unité à la révolte antipositiviste sous Weimar concerne aussi la méthodologie proprement dite. C'est la fameuse “querelle de méthode” (*Methodenstreit*), qui a déjà connu plusieurs incarnations dans le domaine du droit privé, avec la montée du “réalisme” juridique (école du droit libre, jurisprudence des intérêts, etc.) autour des années 1900-1910. Il s'agit ici de contester la productivité des méthodes d'interprétation purement logiques et exégétiques – internes, si l'on veut – pour une véritable connaissance du droit public. Aux clarifications dogmatiques et statiques doit s'ajouter une explication dynamique et empirique des phénomènes juridiques, exigeant du coup de la théorie constitutionnelle qu'elle s'ouvre aux acquis des “sciences humaines” nouvellement constituées, c'est-à-dire des sciences de l'esprit, de la philosophie sociale

---

132 Ibid.

133 Cf. H. Heller, *Faschismus und Europa*, Berlin, Walter de Gruyter 1929. L'analyse héliérienne du fascisme comme conséquence d'une crise générale de la pensée politique européenne, avec ses intuitions perspicaces mais également ses nombreux raccourcis, a déjà été exposée par Jeffrey A. Barash, “Fascisme et crise du droit dans la perspective de Hermann Heller”, in : Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit*, op. cit., pp. 114-124. En délestant la norme juridique de toute matérialité et en proposant un concept de droit exclusivement formel, le positivisme, y lit-on, « ôte toute possibilité de contradiction entre les structures existantes et les valeurs normatives tenues pour fondamentales. [II] conduit ainsi à un affaiblissement du statut normatif des mêmes droits fondamentaux que les libéraux prétendaient défendre, en les exposant à une critique légitime de la part de leurs adversaires. Pour supprimer cette difficulté, les fascistes, en prétextant que tout contenu n'exprime qu'une volonté de puissance cachée, ont simplement aboli la prétention normative de l'État de droit » (p. 123).

d'inspiration hégélienne (Dilthey et Theodor Litt, surtout) et, parfois, de la phénoménologie. Même si l'adhésion des penseurs antipositivistes à ce que l'on a appelé la *geistwissenschaftliche Richtung* du droit constitutionnel de la république de Weimar fut inégale (très forte chez des juristes comme Rudolf Smend et Gerhard Leibholz<sup>134</sup>, moindre chez Kaufmann et Heller), son principe a été reçu avec un bel enthousiasme : grâce à ce contact étroit avec d'autres discours disciplinaires, la théorie juridique allait élargir son objet, de façon à englober non seulement la dimension normative et impérative du droit, mais également son enracinement dans la vie sociale, dans des oppositions d'intérêts et dans le processus d'intégration d'une culture. On accorde désormais moins d'importance au sens "statutaire" d'une norme qu'à sa finalité ou à sa "fonction" sociale. Mais il faut s'empresse d'ajouter que ce virage vers les sciences humaines s'accompagne d'une importante réserve : se trouve en effet exclu du champ des références tout ce qui pourrait rappeler l'idéal de neutralité axiologique et le constructivisme théorique. Aussi ne s'étonnera-t-on pas de ne trouver chez les antipositivistes de Weimar que des références négatives à l'endroit de Max Weber ou encore de Karl Mannheim, auxquels on préférera généralement les Hans Freyer, et Ferdinand Tönnies. En somme, le recours aux sciences humaines ne vaut la peine que comme contrepoids à l'agnosticisme hégémonique des positivistes – tout cela suivant une tangente nettement anti-moderniste.

Cette remarque conduit au troisième trait caractéristique de la fronde antipositiviste : la renaissance d'une certaine idée du droit naturel. Certes, cette tendance jusnaturaliste est discrète et ne se laisse, le plus souvent, apercevoir qu'en filigrane. Après tout, les membres de l'Association des professeurs allemands de droit public sont des juristes de formation, dont les intérêts pro-

---

134 Gerhard Leibholz, "Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne", in : *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, n° 1-2, pp. 207-224.

fessionnels sont dirigés d'abord vers les difficultés concrètes qui parsèment la vie constitutionnelle allemande (telles les limites de l'expropriation aux termes de l'article 153) plutôt que vers l'élaboration d'une philosophie du droit spéculative et systématique. Demeure toutefois un puissant courant de fond qui déplace les balises traditionnelles et transforme les méthodes d'argumentation admises. Ce jusnaturalisme discret, propre aux antipositivistes, n'exprime que rarement un contenu positif ; il se borne le plus souvent à rappeler *via negativa* les limites de la rationalité et de la plasticité du droit<sup>135</sup>, que le positivisme aurait trop tendance à outrepasser au profit d'une volonté débridée de création (qualifiée alors d'absolutisme). Si l'on exclut Hermann Heller – qui s'efforçait encore de concevoir la constitution démocratique dans une dialectique entre les “principes éthiques du droit” et la légalité positive, où aucun des termes ne doit être sacrifié à l'autre<sup>136</sup> – cette tendance jusnaturaliste va se développer en un sens conservateur et, surtout, explicitement antiparlementaire. Car ce sont avant tout les limites du pouvoir législatif – c'est-à-dire du Reichstag, où le SPD conservera, jusqu'en 1932, la première place – que l'on prend soin de souligner, en se référant à des critères matériels de justice censés être inhérents à tout ordre juridique. Dans sa charge contre le positivisme, Kaufmann résumera le sens de cette stratégie d'obstruction par une formule aujourd'hui classique : « L'État ne crée pas la loi, il crée la loi ; et aussi bien l'État que la loi sont subordonnés au droit ».<sup>137</sup>

Ce n'est pas un hasard si l'on retrouve cette phrase à la toute fin d'une conférence portant sur le concept d'égalité devant la loi, puisque ce retour du droit naturel passe en grande partie par une interprétation extrêmement large de l'article 109 WRV, dans lequel on découvre une obligation s'imposant au législa-

---

135 Stephen Cloyd, “Erich Kaufmann”, in : Jacobson / Schlink, *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, op. cit., p. 192 sq.

136 Cf. D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, op. cit., p. 204 sqq.

137 Cité par C. M. Herrera in : “Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar”, in : Kervégan, *Crise et pensée de la crise en droit*, op. cit., p. 100.

teur et limitant ses pouvoirs. Du fait que la loi doit s'appliquer également à tous les citoyens, il résulterait que le contenu d'une loi ne peut pas être individualisé a priori et qu'il doit, par conséquent, se limiter exclusivement à des termes généraux (généralité sémantique). À la suite des Kaufmann et Triepel<sup>138</sup>, ce sera au tour de Schmitt<sup>139</sup> puis de Leibholz<sup>140</sup> de transformer la garantie procédurale de la généralité de la loi en un étalon matériel, qui dévalorise la loi ordinaire à l'avantage d'une "conscience juridique" amorphe (et des juristes qui peuvent s'en faire les porte-parole). Au reste, la fonction politique assurée par ce "droit naturel camouflé" n'a pas échappé au jeune Franz Neumann qui, réfléchissant sur l'expérience républicaine weimarienne depuis son exil londonien, écrivait : « Après que la constitution de Weimar eut établi la souveraineté du Parlement, les constitutionnalistes ont commencé à transformer le principe

---

138 En fait, c'est Heinrich Triepel qui le premier a dégagé, en élargissant l'article 109, une limitation matérielle valant contre le législateur. Dans le cadre d'une consultation juridique, Triepel tenta de démontrer que les mesures de dévaluation du mark, décrétées sur la base de la loi d'habilitation du 8 décembre 1923, violaient la clause d'égalité, "principe immanent" de la constitution, en dépit de leur justesse procédurale. S'opposant à la doctrine alors dominante (celle d'Anschütz), il concluait que la conformité d'une loi à ses règles d'édiction doit s'accompagner d'une conformité au principe d'égalité *quant à son contenu*, sous peine d'être déclarée inconstitutionnelle. « Le principe de l'égalité devant la loi est enfreint par des distinctions à l'appui desquelles aucune raison ne peut être invoquée – du moins, aucune qui ne saurait convaincre une personne raisonnable et sensée » (cité par P. C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, op. cit., pp. 148-160). Cf. également Franz Neumann, "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft", in : *Zeitschrift für Sozialforschung*, vol. 6, n° 3, 1937, p. 575 sq.

139 Dans une brochure aujourd'hui oubliée, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin, Walter de Gruyter 1926.

140 Gerhard Leibholz, "Die Gleichheit vor dem Gesetz. Ein Nachwort zur Auslegung des Art. 109 RV", in : *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 51, 1927, pp. 1-36. Sur Leibholz et sa réception, cf. Olivier Jouanjan, *Le Principe d'égalité devant la loi en droit allemand* (Paris, Economica 1992, pp. 110-118).

d'égalité en une maxime destinée à entraver la suprématie législative du Parlement ». <sup>141</sup>

Refus du formalisme, éclectisme méthodologique et jusnaturalisme discret – la revendication d'un lien étroit entre la théorie constitutionnelle et l'effectivité politique se formule au croisement de ces trois axes de la pensée antipositiviste. Grâce à cette nouvelle proximité, on souhaite retrouver le sens de la concrétude et de l'action, mises à mal par l'hégémonie du formalisme et du relativisme. Mais on cherche aussi un cadre pour penser l'articulation du droit aux positivités sociales et historiques. On voit là, enfin, une puissance d'altérité capable de résister à la « dissolution des repères de la certitude » (Cl. Lefort) qui accompagne inéluctablement l'avènement de la démocratie de masse. Or, malgré une évidente parenté dans le choix des thèmes, la manière schmittienne d'envisager le rapport entre le droit constitutionnel et la politique diverge radicalement de ce qu'on pourra observer chez les autres protagonistes de cette révolte antipositiviste. Alors que ces derniers conçoivent la politique comme une réalité hétérogène à la rationalité juridique – une réalité qui la déborde, lui fournit sens et fondement, mais en aucun cas ne s'y substitue – il s'agit, pour Schmitt, d'établir au contraire *la coextensivité intégrale* entre ces deux domaines d'activité. Conduite à son plus haut degré de pureté et de perfection, la rationalité juridique – c'est-à-dire la "concrétisation définitive" de "l'idée de droit" – ne devra en effet exprimer rien d'autre que la discrimination organisatrice du politique. Même réduit à son sens le plus trivial, le droit sera toujours marqué par cette discrimination, par rapport à laquelle aucune émancipation véritable n'est possible.

La signification et la profondeur de cette divergence – autrement dit : l'originalité de la position de Carl Schmitt dans le *Methodenstreit* – seront mieux appréciées si l'on examine avec attention l'exposé de méthode livré par Heinrich Triepel à

---

141 Franz Neumann, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society* (1936), Leamington Spa, Berg 1986, p. 274.

l'occasion de son discours du rectorat de 1926.<sup>142</sup> Bien qu'aujourd'hui tombé dans l'oubli, Triepel fut en son temps la figure la plus importante du courant antipositiviste dans le domaine du droit public. Son autorité morale, son prestige et sa position institutionnelle ont fait beaucoup pour cautionner la révolte contre le positivisme, menée pour l'essentiel par des juristes-théoriciens de vingt ans ses cadets.<sup>143</sup> Sur un ton sobre et grave qui rend bien la stature de son auteur, le discours du rectorat – intitulé après coup “Droit public et politique” (*Staatsrecht und Politik*) – condense efficacement les grandes orientations du mouvement antipositiviste, en insistant justement sur la relation intrinsèque entre la méthodologie juridique et la politique, et en plaidant pour sa reconnaissance explicite.<sup>144</sup>

À l'inverse de Schmitt, Heinrich Triepel est un esprit pratique, pour qui le travail doctrinal et celui du juriste praticien demeurent imbriqués dans une unité originaire, dont il n'entrevoit pas encore – ou ne veut pas voir – l'éclatement prochain. Plutôt que d'attaquer frontalement les assises théoriques du positivisme, il s'attache à examiner son émergence et à préciser sa signification dans le développement de la discipline. C'est avec la parution des *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* de Carl Friedrich von Gerber (1855) que, selon Triepel, les domaines de la politique et de la théorie du droit sont isolés

---

142 Heinrich Triepel, *Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritte des Rektorats der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926*, Berlin, Preußischen Druckerei- und Verlags-Aktiengesellschaft 1926.

143 Lorsqu'il est nommé recteur, à l'âge de cinquante-huit ans, de la très prestigieuse Université Friedrich-Wilhelm (Berlin), Triepel est au zénith de sa carrière. Rudolf Smend a alors quarante-quatre ans, Heller, trente-cinq et Schmitt, trente-huit. Heller est encore *Privatdozent*, tandis que Schmitt est professeur à Bonn.

144 Il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul travail sur Heinrich Triepel en français, dû à C. M. Herrera et paru il y a quelques années : “Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar”, in : Kervégan, *Crise et pensée de la crise en droit*, op. cit. Il s'agit d'un article suggestif, qui témoigne d'un travail de recherche et d'érudition admirable. Bien que notre perspective puisse être sensiblement différente de celle de Herrera, nous nous appuyons beaucoup sur cet article et sur les éléments d'analyse qu'il contient.

l'un de l'autre. L'ouvrage de Gerber marque en effet une rupture ; il énonce le programme d'une nouvelle école doctrinale qui prend sur elle de "purifier" la *Staatslehre* de tout élément politique.<sup>145</sup> La politique n'est plus que la matière amorphe qui emplit les catégories juridiques, elle n'aide en rien le théoricien à les clarifier. Pire, les considérations politiques risquent de contaminer les intérêts de connaissance du juriste-savant, qui versera alors dans le "journalisme politique" (Laband). Cet isolement de la science du droit s'accompagne d'une nouvelle méthode de travail, la "jurisprudence des concepts", animée par un principe de cohérence logique directement importé, selon Triepel, du droit privé. Cette méthode nouvelle procède par stricte déduction conceptuelle : pour chaque problème constitutionnel, il s'agit d'en déterminer "l'essence juridique", c'est-à-dire de trouver le concept juridique général dont relève le problème en question, puis de déduire de cette pure essence des conséquences spécifiques, dont la validité sera incontestable. Le titre de "positivisme" revendiqué par cette démarche tient à sa prétention à ne faire rien d'autre que de « déployer les éléments logiques dont est composé le concept d'une institution juridique »<sup>146</sup>, en évitant toutes considérations exogènes. Le "concept" ayant pleine consistance en soi, il est inutile d'examiner la finalité ou la fonction sociale d'une institution. La politique, qui concerne les "fins de l'État", se voit dès lors exclue de l'étude scientifique du droit public.

La parution en 1925 de l'*Allgemeine Staatslehre* de Hans Kelsen a révélé le tour autrement radical donné au programme positiviste par ce que Triepel nomme « la jeune école viennoise ». Partant de « l'opposition épistémologique irréfutable du *Sein* et du *Sollen* », la revendication de « pureté » aboutit à faire de la théorie juridique le seul discours scientifique possible sur l'État, puisque ce dernier n'est plus qu'un « simple concept juridique », « un point d'imputation pour certaines actions »<sup>147</sup>,

---

145 H. Triepel, *Staatsrecht und Politik*, op. cit., p. 6.

146 Ibid., p. 8.

147 Ibid., p. 17.

objet d'une science normative étriquée. Pour le recteur berlinois, le premier problème soulevé par cette nouvelle approche réside dans le rapport crispé qu'il instaure entre le droit et les autres champs disciplinaires. L'exclusion de tous les autres savoirs, l'isolement de la science du droit du voisinage des sciences humaines et historiques – que ni Gerber ni ses héritiers n'avaient envisagé à un tel degré – conduira nécessairement à un "flétrissement" de la *Staatslehre*.

« Les maîtres de la nouvelle école chassent du domaine de la jurisprudence toute conception juridique qui ne peut pas être certifiée comme logique [...]. Le droit public peut certes rechercher une telle exclusivité méthodologique ; mais le coût en est finalement un appauvrissement de notre discipline, ce qui représente un tribut fort élevé pour la gloire de la pureté méthodologique. »<sup>148</sup>

Prenant le contre-pied de l'exigence de pureté, Triepel plaide en faveur d'un "syncrétisme méthodologique", terme auquel Kelsen attribuait un sens extrêmement péjoratif. La théorie constitutionnelle ne peut se limiter à construire des concepts logiques sans mettre en danger la nature de l'objet "droit" qu'elle prétend éclairer. Car même en tant que *Sollen*, le droit représente toujours « l'expression d'évaluations universelles » et son sens réfère toujours à « des objets envisagés comme moyens pour la réalisation de certaines fins ».

« Ainsi, conclut Triepel, on ne peut aboutir à une compréhension des propositions juridiques si l'on ne dispose pas d'une idée des buts auxquels se réfèrent les [règles] juridiques ainsi que des intérêts dont la reconnaissance, la négation ou la mise en balance constituent la tâche première ou, si vous voulez, la présupposition du système juridique. »<sup>149</sup>

Le rapport entre la théorie constitutionnelle et la politique – c'est-à-dire, précise encore une fois Triepel, « tout ce qui se réfère aux fins de l'État dans leur différence avec les fins des individus » – est donc un lien interne à la méthodologie juridique dans ce qu'elle a de plus propre. Lien qui n'est dès lors pas sus-

---

148 Ibid.

149 Ibid., p. 19.

ceptible d'être défait par l'abstinence à laquelle voudrait s'astreindre le positivisme.

Mais alors, d'où vient cette volonté d'abstinence contre-nature ? Pourquoi, si elle fait violence à la nature intime du droit, le positivisme apparaît-il toujours comme la "doctrine dominante" ? Triepel propose une réponse à cette question dans l'un des passages les plus intéressants de son discours, où il analyse le procédé de la "construction juridique". Il faut entendre ici l'opération par laquelle le juriste assigne à un fait ou à un événement sa place dans le système juridique. Le juriste « construit » juridiquement un objet lorsqu'il parvient à classer « un prédicat factuel » ou « une conséquence juridique » à l'intérieur du système juridique en vue d'en préparer la subsumption.<sup>150</sup> Or, l'un des traits marquants du positivisme, c'est de chercher à réduire à cette opération élémentaire toute la science du droit. En somme, le positivisme, comme on l'entend parfois, est un "constructivisme". Mais, avertit Triepel, si le positivisme s'épuise ainsi dans la « construction », celle-ci ne se laisse pourtant pas réduire aussi facilement à un pur jeu spéculatif. Elle exprime aussi « la vision professionnelle des juristes », elle répond au « besoin du praticien d'offrir des certitudes quant aux règles de droit qui guident la vie en société ». « La certitude juridique est nécessaire pour rassurer le citoyen dont les intérêts sont affectés par le droit, de même que pour rassurer la conscience du juriste-savant et des autorités judiciaires. Seule l'inafaillibilité d'une conclusion logique, et l'évidence de ses résultats, semble à même de produire cette assurance. »<sup>151</sup> Le constructivisme trouve donc sa véritable origine dans cette exigence d'ordre et de prévisibilité empirique, qui découle de la dimension éminemment pratique du droit. D'où les efforts multiples et tout à fait naturels – quoique invariablement voués à l'échec – pour hisser la jurisprudence au niveau d'une science

---

150 Ibid., p. 20 sq. Triepel donne l'exemple suivant : on peut construire la vente et l'achat d'un billet de théâtre comme un contrat de travail concernant la production d'une œuvre, c'est-à-dire la représentation théâtrale comme telle.

151 Ibid., p. 30.

exacte. En tentant de purger leur objet de toute composante “métajuridique”, les théories juridiques qui se veulent exclusivement “constructivistes” – c’est-à-dire le positivisme dans sa version Gerber ou Kelsen – ne sont rien d’autre que les avatars de ce besoin de certitude inhérent au métier de juriste.

Pourtant, cet ethos professionnel, le positivisme le sert fort mal. Car jamais un juriste n’a obtenu de résultats probants en s’appuyant *seulement* sur ces procédés de formalisation et d’analyse logique. En vérité, poursuit Triepel, « la création et la classification de concepts à partir de la construction juridique ne peuvent avoir lieu sans [l’apport d’]ingrédients téléologiques ». <sup>152</sup> Une science juridique qui voudrait exclure les considérations de finalité et de valeurs de ses opérations se retrouverait devant l’alternative suivante : soit réintroduire clandestinement, et parfois inconsciemment, de telles considérations métajuridiques, soit perdre toute pertinence pour la pratique effective du droit. Non seulement parce que les questions téléologiques sont indispensables pour comprendre le sens de normes juridiques, lesquelles expriment toujours certaines intentions et certains intérêts sociaux, mais aussi et surtout parce que le travail du juriste-savant est lui-même engagé et orienté par la poursuite d’objectifs politiques. Le contrat social, la souveraineté, la séparation des pouvoirs – tous les concepts de la science du droit public sont doublement imprégnés par le politique : en vertu de leur signification intrinsèque, d’une part, et de l’intérêt pratique qui préside à leur élaboration, de l’autre. La science du droit est mue par un intérêt de connaissance qui, pris en lui-même, n’est pas neutre quant au politique.

À l’instar Carl Schmitt donc, Heinrich Triepel appelle à un rapport plus étroit entre le politique et la théorie constitutionnelle. Mais à cause de l’assise théorique sur laquelle il repose, le discours de Triepel ne peut atteindre la même radicalité que celle dont fait montre le décisionnisme. <sup>153</sup> Pour Triepel, en

---

<sup>152</sup> Ibid., p. 32.

<sup>153</sup> Pour Schmitt, toute pertinente qu’elle soit, la critique par Triepel de la méthode purement juridique et « prétendument non politique » de Gerber,

effet, il n'est guère question de revenir à une identification stricte des deux domaines ; il n'est guère question non plus de contester que les procédés constructivistes introduits par Gerber soient propres à saisir la forme « spécifiquement juridique » des réalités constitutionnelles. « Bien loin de nous l'intention de dénigrer la construction juridique comme telle. Au contraire, de conclure Triepel, nous reconnaissons en elle peut-être pas l'unique moyen, mais un moyen inestimable et encore insurpassé à ce jour de dégager des systèmes sans lesquels nous aurions peine à maîtriser la matière [juridique]. »<sup>154</sup> Sur cet aspect (comme sur bien d'autres), la pensée de Triepel apparaît emblématique de la fronde antipositiviste, suivant laquelle il s'agit moins de nier l'autonomie formelle de la science du droit et de la théorie constitutionnelle, que de souligner la nécessité de la compléter par les apports venant d'autres savoirs. Le rapport politique / droit se présente alors sous la forme d'une communication incessante, certes jugée indispensable à une authentique intelligence de l'État, mais qui n'aboutit jamais à la fusion des deux termes.

Ce qui permet de conserver ainsi une différence entre les registres, c'est la persistance de références matérielles dans la définition et du droit et du politique : le droit demeure toujours indissociable d'une "idée de droit", d'un appel à la "justice éternelle", alors que le politique, lui, reste attaché aux "fins de l'État" et à la puissance nationale. Or, pour le décisionnisme schmittien – très fidèle en cela aux leçons du maître Weber –, les références de ce type deviennent inintelligibles et superflues. D'un côté, en radicalisant à l'extrême le critère wébérien de « l'activité d'une instance de contrainte [*Erzwingungsstab*] », Carl Schmitt parvient à exclure tout résidu matériel de l'enceinte de la rationalité juridique : celle-ci se trouve ramenée à la décision, c'est-à-dire à la "concrétisation définitive", à la négation de la nature abstraite et indéterminée de la norme

---

Laband et Kelsen manque sa cible du fait qu'elle s'en tient à l'équation « politique = étatique », aboutissant ainsi à une division abstraite entre juridique et politique. Cf. NP, p. 193 sq., n. 2.  
154 Triepel, *Staatsrecht und Politik*, op. cit., p. 37.

(dont le contenu est, au fond, parfaitement indifférent) par une décision. À cette “forme spécifique du juridique” s’adosse, de l’autre côté, un critère du politique parfaitement vide – le regroupement ami / ennemi, donc un degré d’intensité dans l’association humaine. Aussi, lorsque Schmitt affirme l’existence d’une relation intrinsèque entre théorie juridique et politique, il n’entend plus une simple complémentarité, comme Triepel ou Heller notamment, mais bien une réversibilité parfaite entre la rationalité juridique et la logique du politique. La décision qui concrétise la norme active – de façon très réelle ou seulement potentielle – des discriminations politiques, discriminations qui, en retour, se diffusent dans les pratiques juridiques. Chose certaine, on n’a plus affaire à deux domaines d’objets (politique et droit) dont l’intersection définirait un champ spécifique de problèmes ; tout se passe au contraire comme si les deux ensembles tendaient naturellement à se superposer et à venir se plaquer l’un sur l’autre. La *Staatsrechtslehre* est donc conduite à refléter cet état de fait : elle ne se contente pas d’être à la fois politique et juridique, elle se doit d’être les deux indistinctement.

Malgré une sympathie personnelle et quelques affinités politiques avec les représentants de l’antipositivisme juridique, Carl Schmitt conserve une distance considérable vis-à-vis ce courant dans le droit public de Weimar. L’affirmation d’un lien essentiel entre théorie constitutionnelle et praxis politique ne passe pas chez Schmitt par un détour méta- ou extra-juridique (prise en compte des processus sociaux / spirituels où s’inscrivent les normes, des communautés d’intérêts ou des principes éthiques qui assurent l’effectivité du droit) ; c’est, pour le juriste, de l’intérieur même de l’*artificial reason of the law* (comme l’appelait Coke) que l’on trouvera inévitablement la trace du politique.

## Section 2

Légitimité et “pensée de la crise”  
chez Carl Schmitt

*“This page left intentionally blank.”*

## Chapitre 3

### La crise de légitimité du parlementarisme libéral

*Ici, comme toujours lorsqu'il s'agit d'une explication véritable, le plan métaphysique est celui des preuves les plus parfaites.*

Carl Schmitt, 1919

Lorsque Schmitt termine, à l'été 1923, son étude *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, le régime républicain se trouve au bord du gouffre. La politique de dévaluation du mark, envisagée par les cabinets Cuno et Stresemann comme une solution à la crise des finances publiques, a déclenché une spirale hyperinflationniste qui ruine des pans entiers de la classe moyenne – salariés de l'État, rentiers et pensionnés. Le contraste frappant entre le fonctionnaire de longue date acculé à la faillite, dont le salaire gagné la veille ne vaut plus rien le lendemain, et le jeune spéculateur audacieux, catapulté soudain à la tête d'une fortune colossale, galvanisera pour les années à venir l'opposition antirépublicaine aux deux extrémités du spectre idéologique. L'occupation militaire de la Ruhr par les troupes françaises et belges, entamée au début de l'année, se heurte à la "résistance passive" du gouvernement du *Reich* puis, très vite, à des grèves générales et à des flambées de violence nationaliste dirigées contre le "système de Versailles". Des insurrections communistes à Hambourg, en Saxe et en Thuringe donnent au président Ebert l'occasion d'utiliser de façon massive ses pouvoirs d'exceptions, fournissant du coup une couverture légale à des actes sanglants de répression contre-révolutionnaire. Enfin, la consolidation du pouvoir fasciste de Mussolini connaîtra sa première imitation en sol allemand, quelques mois seulement après la parution de l'ouvrage de Schmitt, avec le putsch manqué de Ludendorff et Hitler à Munich.

Ce contexte de guerre civile larvée explique peut-être le changement de ton et de style de Schmitt à l'occasion de ce petit ouvrage, qui connaîtra du reste une étonnante fortune dans la théorie politique du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle. Tout se passe en effet comme si l'urgence de la situation pressait Schmitt, qui auparavant avait toujours pris soin d'envisager les problèmes politiques par le truchement de la théorie du droit, en les enracinant dans des débats savants internes à la *Staatslehre*, à mettre bas les masques et à dévoiler sa préférence pour une reconfiguration autoritaire des institutions républicaines. De fait, l'essai de 1923 ne se démarque pas beaucoup d'un genre de littérature critique alors en vogue, prenant comme motifs directeurs la décomposition de la politique libérale et son inadéquation à la nouvelle ère qui s'ouvre, celle des masses. Avec le recul historique, il faut bien avouer que la contribution de Schmitt ne se démarque pas du gros de cette production : l'ouvrage repose sur un matériel empirique inexistant, préférant reprendre à son compte les constats formulés une décennie plus tôt par Michels et Ostrogorski, en plus de proposer une reconstruction historique assez douteuse du parlementarisme. Comme nous le verrons plus loin, il est des façons moins laborieuses et plus plausibles de conclure à l'érosion du régime parlementaire que celle, choisie par Schmitt, visant à montrer que l'institution s'est éloignée de ses premiers fondements spirituels.

Pourtant, dira-t-on, l'essentiel est ailleurs ; il réside dans la transformation de certaines intuitions décisionnistes en une théorie de la légitimité démocratique. Sur la base des éléments constitutifs de ce que l'on a appelé jusqu'ici le décisionnisme "restreint", Schmitt cherche en effet à formuler une conception plébiscitaire de la légitimité, à l'aune de laquelle on pourra conclure au caractère moribond, voir carrément superflu, du parlementarisme libéral. Simultanément, il tente d'identifier les forces politiques concurrentes capables de relever le défi de la légitimité, en ne masquant pas sa préférence pour la résurgence du mythe national, telle qu'elle est apparue, l'année précédente,

dans la marche sur Rome de Mussolini.<sup>1</sup> Bien que de facture plutôt grossière, cette première théorie de la légitimité fixe certains traits durables de la pensée constitutionnelle de Schmitt et permet, par effet de contraste, de saisir l'originalité de sa réflexion ultérieure orientée vers l'État administratif (dont nous traiterons au chapitre suivant). Car c'est en répondant, comme nous le verrons plus loin, aux objections soulevées par son collègue Richard Thoma à l'encontre de son essai de 1923 que Schmitt sera conduit, sous le couvert de ce qui se voulait alors une simple précision, à formuler une seconde théorie de la légitimité, autrement plus explosive que la première. À une compréhension essentiellement statique de la légitimité plébiscitaire, succédera en effet une nouvelle approche plus dynamique et dangereuse, parce qu'épousant parfaitement la déformalisation de la légalité constitutionnelle qui a mené à la destruction de la république de Weimar.

### Libéralisme et "système" parlementaire

L'accent mis sur les composantes plus spéculatives de la pensée schmittienne (notamment par sa confrontation avec Leo Strauss), au détriment des analyses de politique constitutionnelle, ainsi que l'usage aujourd'hui en vogue chez les penseurs libéraux consistant à employer Schmitt comme représentant par excellence de "l'antilibéralisme"<sup>2</sup> ont contribué à obscurcir un point essentiel : Carl Schmitt ne s'est jamais intéressé au libéralisme *per se*. Ce qui ne signifie certes pas que la critique du libéralisme ne soit un motif prégnant dans toute son œuvre. Mais l'intérêt qu'il porte au libéralisme *comme doctrine* et comme corps d'idées demeure assez marginal : en tant que constitutionnaliste, ce sont les *conséquences institutionnelles* des idées libérales qui lui importent, et surtout leurs incarna-

---

1 Sur la fascination de Schmitt pour Mussolini, cf. S. Breuer, *Anatomie de la révolution conservatrice*, op. cit., p. 155 sqq.

2 Cf. par exemple Stephen Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Harvard University Press 1993 ; et Charles Larmore, *Morals of Modernity*, Cambridge, Cambridge University Press 1996.

tions dans la constitution de Weimar.<sup>3</sup> On voudra pour preuve l'absence de toute définition ou délimitation de ce que pourrait être le libéralisme – absence d'autant plus éloquente que l'on connaît le penchant de Schmitt pour les déterminations d'"essence". Pour Carl Schmitt, comme pour tous les penseurs de la "révolution conservatrice", l'opposition au libéralisme est un fait "existentiel" dans lequel viennent se confondre motifs éthiques, convictions religieuses et répulsion esthétique. Mais la force du *pathos* n'apporte aucune lumière théorique. Au contraire, le libéralisme est une cible mouvante, il est ennemi éternel qui se cache derrière les adversaires du moment. C'est un terme éminemment "polémique", lié par conséquent aux impératifs d'une lutte quotidienne. L'espace d'un moment, rappelons-le, Edgar J. Jung, Oswald Spengler, Ernst Niekisch et consorts iront jusqu'à voir dans le national-socialisme un visage d'emprunt du libéralisme !

Aussi dans l'essai de 1923, le problème du libéralisme n'est soulevé que de façon incidente, en périphérie d'une analyse des conditions et des transformations de ce que Schmitt appelle le "système" parlementaire. Le terme de "système" désigne ici deux choses distinctes. D'abord, le parlementarisme n'est pas « une forme politique en soi », écrira Schmitt, c'est un assemblage mécanique, une « combinaison » d'éléments disparates qui vise à infléchir le fonctionnement de l'État dans le sens du constitutionnalisme bourgeois, c'est-à-dire dans un sens purement négatif de limitation et d'attrition.<sup>4</sup> C'est dans une perspective semblable – essentiellement péjorative donc – que Schmitt parlera, en 1932, d'un « système de la légalité parlementaire »<sup>5</sup> dont la dialectique devrait conduire au basculement de l'État dans la guerre civile. Mais plus importante pour notre propos est l'idée d'une "systématicité", dont nous avons déjà

---

3 Reinhard Mehring, "Liberalism as a 'Metaphysical System'. The Methodological Structure of Carl Schmitt's Critique of Political Rationalism", in : Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics*, op. cit., p. 144.

4 TC, p. 452.

5 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 266.

traité précédemment<sup>6</sup>, et que Schmitt s'applique cette fois à trouver dans le parlementarisme. Ainsi, en dépit de son caractère composite, le parlementarisme ne serait pas une formation contingente. Il disposerait au contraire d'une "base systématique" qui, en reliant ses composantes en une unité déductive, lui assurerait une certaine nécessité conceptuelle et une rationalité intrinsèque. On pourrait d'abord penser qu'il s'agit d'un idéal-type au sens wébérien, une construction dont la cohérence postulée ne serait qu'un a priori épistémologique nécessaire à la sélection et la mise en forme d'un réel infiniment complexe. Bien au contraire, il faudra montrer comment cette insistance de Schmitt pour conférer au parlementarisme une unité systématique, puisant à un fondement "spirituel" univoque (l'éthique de la discussion), participe en réalité d'un dessein hautement politique. Tout écart entre la réalité empirique et ce système conceptuel éthéré, tout obscurcissement de la "base systématique" sera immédiatement interprété comme une perte de sens de l'institution. Sous cet angle, l'analyse du "système" parlementaire devient le récit de la chute irrémédiable de l'Idée dans l'institution.<sup>7</sup>

L'ensemble du système parlementaire se structure, selon Schmitt, autour de la prééminence accordée au pouvoir législatif et à l'instance qui en est détentrice, une assemblée délibérante composée de représentants élus (peu importe suivant quelle méthode). D'où vient ce privilège dans l'organisation des pouvoirs, et son évidence décrite par Schmitt comme écrasante ? Le second chapitre de l'ouvrage, qui se démarque par son ton plus sobre et mesuré, est entièrement consacré à cette question. La responsabilité politique des ministres et le contrôle étroit de l'administration publique par le Parlement présupposent, nous dit Schmitt, une « foi » (*Glauben*)<sup>8</sup> dont il faut examiner les dogmes. Cette quête des « fondements spirituels ultimes » de la prééminence parlementaire commande d'abord

---

6 Supra, p. 111 sq.

7 R. Mehring, "Liberalism as a 'Metaphysical System'", op. cit., p. 144.

8 PD, p. 40.

de minorer l'importance des considérations d'opportunité, selon lesquelles le Parlement ne représenterait qu'un pis-aller afin de transmettre la volonté du peuple qui, pour des raisons pratiques, ne peut plus se rendre présent "dans sa totalité effective" – en somme, une sorte de délégation. Contre cet argument classique, Schmitt fait valoir que le mandat du député dégage celui-ci de toute obligation et lui assure une indépendance qui contredit l'idée même de délégation. Le rejet du mandat impératif par la plupart des régimes parlementaires, ainsi que les dispositions qui délient le député individuel des instructions qu'il pourrait recevoir de ses mandants ou de son organisation partisane<sup>9</sup>, témoignent contre cette conception du Parlement comme simple relais. Le lien représentatif qui caractérise le Parlement comporte un élément d'irréversibilité et d'asymétrie qui résiste à cette explication purement instrumentale. À ce soupçon, Schmitt ajoute une remarque tout à fait typique : si la fonction du Parlement se bornait à exprimer la volonté populaire, on voit mal pourquoi il serait nécessaire de réunir quelques centaines de députés, alors qu'un directoire d'une demi-douzaine de membres ou, mieux encore, un seul chef césarien suffirait. Reformulée dans les termes du décisionnisme, la question essentielle devient donc celle de savoir *par quelle qualité exclusive*, réelle ou présumée, le Parlement parvient à s'imposer comme l'organe décisif dans l'organisation de l'État (ou de la "direction administrative", pour employer le vocabulaire wébérien), face aux prétentions contraires du pouvoir exécutif et de l'appareil judiciaire. Aucun principe utilitariste ou technique, tel que Schmitt croit le trouver dans les écrits politiques de Weber lui-même (grimé pour l'occasion en Père de la Constitution), ne parvient à "justifier" cette centralité. Elle provient d'un élément spirituel irréductible.

Pour Schmitt, c'est la foi en la discussion publique « menée avec sérieux » – en « l'échange public d'arguments et de con-

---

9 L'article 21 de la constitution de 1919 se lit comme suit : « Les députés sont les représentants du peuple entier. Ils ne sont soumis qu'à leur conscience et ne sont liés par aucun mandat ».

trarguments »<sup>10</sup> – qui représente l’axiome fondamental du système parlementaire. L’ensemble des dispositions relatives au fonctionnement du Parlement, à ses rapports avec les autres organes de l’État et au statut de ses membres dérive logiquement de cette foi. Ce faisant, il est nécessaire de tirer un trait très net entre la discussion, guidée par la tentative de convaincre l’adversaire par la force du meilleur argument, et la négociation où chacun cherche à ménager ses intérêts propres ou ceux de ses mandants. Comme l’a montré Bernard Manin, il n’est pas nécessaire de faire reposer sur les interlocuteurs des exigences aussi lourdes que le désintéressement et la transparence morale. En effet, les qualités spécifiques des arguments échangés (orientés vers la persuasion, composés de propositions impersonnelles, portant sur un futur plus ou moins éloigné, etc.) suffisent à différencier une situation de discussion d’une situation de « marchandage ».<sup>11</sup>

Mais il faut, pour autant, se garder d’assimiler trop rapidement cette foi à une forme naïve de rationalisme politique. S’il y a ici rationalisme, celui-ci ne peut-être que relatif, insistant sur la discussion comme processus infini de confrontation des opinions et sur la nature étroitement probabiliste de la vérité qui en résulte. Par la discussion, ce n’est pas, à strictement parler, la vérité qui se retrouve au centre du système parlementaire mais la médiation comme telle, dont on croit qu’elle offre le plus de chance d’approcher cette vérité. « Il faut, écrit Schmitt, que tout soit médiatisé dans le processus volontairement compliqué de l’équilibre à réaliser. Et le Parlement est le lieu où l’on *délibère*, c’est-à-dire où l’on accède à la vérité relative par un processus discursif, en débattant avec des arguments et des contrargu-

---

10 PD, p. 42.

11 Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion 1996, pp. 253-259. Cf. aussi Dominique Leydet, “Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy”, in : Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics*, op. cit., pp. 123-126, qui fait grief à Schmitt d’imposer à la discussion rationnelle une exigence de désintéressement beaucoup trop rigide.

ments. »<sup>12</sup> Cette importance accordée à l'aspect procédural de la discussion, au détriment de son issue, dérive de la supériorité absolue du *delibere* sur l'*agere*.<sup>13</sup> Dès lors que la vérité n'est plus qu'une fonction au sein d'un processus délibératif, l'on « renonce à un résultat définitif » et l'on se meut dans l'élément de la conversation perpétuelle, laquelle ignore tout « jugement disjonctif ». C'est par cette dimension, absolument centrale selon Schmitt, que le parlementarisme se rattache au « système métaphysique, global et conséquent »<sup>14</sup> que constitue le libéralisme. La valorisation de la libre conflictualité, en raison de son dynamisme propre, désigne le point de recoupement entre la foi en la discussion et la « métaphysique de l'indécision » propre au libéralisme, métaphysique supportée par l'idée d'une harmonie préétablie se révélant dans l'affrontement des intérêts et des passions. De sorte que, dans la pensée de Schmitt, les deux “systèmes” – parlementaire et libéral – viennent se contaminer mutuellement, et leur confusion dessiner la figure d'un ennemi unique, fantastique et innommable, caractérisé uniquement par le dessein diabolique d'éluder « le “ou bien ... ou bien” de la décision morale, de la disjonction décidée et décisive ».<sup>15</sup>

L'ensemble du système parlementaire gravite donc autour de la discussion, laquelle rejoint, par sa nature de procès sans terme définitif, la métaphysique libérale. On pourra certes trouver suggestive l'analogie relevée par Schmitt entre la conduite du débat parlementaire et la « conversation perpétuelle » chère aux romantiques allemands<sup>16</sup>, mais cela ne dissipe pas tous les doutes quant à l'intérêt d'une compréhension aussi ouvertement “conceptualiste” du parlementarisme pour la théorie constitu-

---

12 PD, p. 59.

13 Benjamin Constant distinguait dans cette supériorité la marque non seulement de la *politique*, mais de l'*imagination* moderne (B. Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, in : *De la liberté chez les Modernes*, éd. M. Gauchet, Paris, Hachette 1980, p. 185).

14 PD, p. 44.

15 PD, p. 70. Sur la définition purement formelle de l'ennemi, cf. bien sûr Löwith, “Le décisionnisme occasionnel de Carl Schmitt”, op. cit.

16 PD, p. 45.

tionnelle. Or, poursuit Schmitt, il faut reconnaître que l'idée de discussion nourrit deux composantes essentielles de l'État législatif parlementaire : le caractère public (*Öffentlichkeit*) des pratiques politiques et l'équilibre des pouvoirs. À l'origine, bien sûr, il s'agit là de mots d'ordre polémiques dirigés contre l'absolutisme princier. Dans le cas de la publicité, « l'adversaire réside dans la représentation qu'à chaque politique appartient des *arcana*, des secrets de la technique politique qui sont en réalité, pour l'absolutisme, tout aussi nécessaires que des secrets de fabrication et de commerce ». <sup>17</sup> En ce qui concerne l'équilibre des pouvoirs, les revendications sont avant tout dirigées contre l'unification et la concentration de la puissance publique en un seul organe, telle qu'illustrée par le cas du despotisme, chez Montesquieu par exemple. Or, à mesure que se confirme l'hégémonie de ces deux exigences et que celles-ci prennent forme sur le plan politique, la publicité et l'équilibre des pouvoirs s'extraitent « de l'atmosphère confuse des slogans et des considérations tactiques, pour s'élever à une clarté de nature scientifique ». <sup>18</sup> Ils deviennent, en d'autres termes, des principes régulant la vie concrète des institutions, et éclairent du coup la nature du régime qui se met en place. S'il ne manque pas l'occasion d'ironiser sur la « foi si enthousiaste » de Condorcet en la liberté de presse, Carl Schmitt souligne néanmoins le système de protections et de garanties effectives (immunité parlementaire, liberté de parole et de réunion, etc.) qui s'est développé sous l'effet de cette exigence de publicité. Du même souffle, il note un des traits distinctifs de la sphère publique libéral-parlementaire, sur lequel insistera également J. Habermas <sup>19</sup> : celui d'être constituée d'un public de personnes privées, échangeant des opinions dans un forum différencié de l'appareil étatique et, en ce sens, "dépolitisé" – ce qui, pour

---

17 PD, p. 47.

18 PD, p. 45.

19 PD, p. 49. Jürgen Habermas, *L'Espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad. M. B. de Launay, Paris, Payot 1993, p. 38 sq.

Schmitt, fonde la différence entre le scrutin secret, propre au libéralisme, et l'*acclamatio* plébiscitaire.

Selon Schmitt, l'image positive qui confère sens et fondement à l'équilibre des pouvoirs est celle de la "balance égale", image dont il s'emploie d'ailleurs à relever, suivant un procédé qui lui est usuel, les occurrences contemporaines dans « tous les domaines de la vie culturelle » (balance commerciale, *balance of powers*, équilibre européen, balance des passions, balance alimentaire, etc.).<sup>20</sup> Cette connotation positive tient ici à ce que "la mise en balance" médiatise toute l'activité de l'État – et surtout, insiste Schmitt, la confection de la loi elle-même – par un jeu d'oppositions réciproques entre une pluralité d'organes. Il s'agit non seulement, en accord avec Locke par exemple, d'assurer la séparation des fonctions législatives et exécutives, afin d'éviter que ceux qui font la loi puissent juger des cas d'espèce, mais également que l'activité législative soit elle-même l'occasion d'un nouvel équilibre. Équilibre à l'intérieur du pouvoir législatif d'abord, assuré le plus souvent par l'existence d'une chambre haute et d'une chambre basse, mais aussi parfois par l'adjonction de divers comités consultatifs et agences gouvernementales, et enfin, dans le cas d'un État fédéral, par une assemblée représentant les entités fédérées. Équilibre interne à chacun de ces organes législatifs ensuite, entre le parti majoritaire et le parti d'opposition. « Ce point repose sur une forme de pensée qui crée partout une pluralité, afin d'installer, dans un système de médiations, un équilibre résultant d'une dynamique immanente à la place d'une unité absolue. »<sup>21</sup> Le pouvoir législatif, pouvoir le plus susceptible d'hégémonie<sup>22</sup>, doit donc se disperser et se diffracter dans un vaste système de poids et de contrepoids.

L'analyse du concept de loi propre au système parlementaire constitue l'un des passages les plus intéressants de l'essai de

---

20 PD, p. 50.

21 PD, p. 51.

22 Reprise, encore ici, de l'argument de Montesquieu exposé au ch. 6, livre XI de *L'Esprit des lois*.

Schmitt. C'est l'occasion, en un sens, de relier l'examen des fondements spirituels du parlementarisme (discussion, publicité et mise en balance des pouvoirs) avec un intérêt pour les modes de fonctionnement concrets de ce que Weber appelait la "direction administrative". C'est aussi à ce moment que Schmitt pose les bases d'une distinction, sur laquelle il reviendra à de nombreuses reprises dans les années 1930-1932, entre les caractères formels de la loi et de la mesure. Avec la mise en place du système parlementaire, nous dit Schmitt, le concept de loi devient le centre de gravité tant de la doctrine que de la pratique constitutionnelle. « Toute la doctrine de l'État de droit repose sur l'opposition entre une loi générale, préalablement posée, obligeant tout le monde, sans exception et valant principalement pour tous les temps, et un commandement [*Befehl*] personnel, émis cas par cas et prenant en compte des conditions concrètes. »<sup>23</sup> La dichotomie traditionnelle, associée à Aristote, entre le règne de la loi et la domination des hommes se voit ainsi réinterprétée dans le cadre d'une conception plastique et dynamique de la fonction législative : à l'intérieur du "système de légalité parlementaire", la loi produite par les assemblées délibérantes voit sa suprématie assurée par deux qualités dont elle prétend disposer exclusivement. La loi possède d'abord un caractère général et universel qu'elle tient de ses composantes sémantiques (propositions abstraites, termes univoques, catégories mutuellement exclusives, etc.). Pour reprendre le terme classique de Rousseau, elle n'envisage les réalités sociales qu'"en masse", jamais comme des cas concrets et spécifiques. En vertu de ce caractère impersonnel et prospectif (non rétroactif), la loi parlementaire peut assurer une certaine forme de régularité, de prévisibilité et de sécurité individuelle qui marque une différence essentielle avec l'arbitraire princier.<sup>24</sup> Mais, simultanément, on peut tirer de ce critère logique de la loi une importante limitation pour le législateur, un pas que Schmitt n'hésitera pas à franchir, comme nous le verrons plus

---

23 PD, p. 53.

24 Pour une conception similaire, cf. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press 1969, en particulier le ch. II.

loin : en pervertissant l'idéal légicentrique classique, le constitutionnaliste enferme le législateur parlementaire dans l'exigence de produire des normes générales et impersonnelles, tout en reconnaissant, de l'autre côté, leur inadéquation de plus en plus manifeste aux tâches qui sont celles de l'État interventionniste – ce qui l'autorisera à conclure à la supériorité d'un État administratif coiffé d'une direction politique de nature plébiscitaire.

À cette qualité substantielle de la loi en tant que norme générale, impersonnelle, s'ajoute un élément "génétique" pour ainsi dire, qui provient des modalités de sa production. Puisqu'elle résulte d'une délibération réglée, ayant pour cadre l'assemblée parlementaire, la loi hérite d'une composante rationnelle qui lui assure une suprématie indubitable par rapport aux autres actes étatiques. Elle est expression de la volonté générale ; à mieux dire, elle révèle, dans une sorte de parousie, le contenu réel de la volonté générale (qui est la forme véritable de l'autonomie) face aux volontés, nécessairement particulières et partielles, des citoyens. En ce sens, l'édition de la loi est autant un acte cognitif que volitif, en même temps *ratio* et *voluntas*. Le citoyen mis en minorité se plie au contenu de la loi non en raison de considérations d'opportunité, en cédant à la force du nombre, mais en reconnaissant, en regard de la preuve apportée par le vote de l'assemblée, qu'il s'était trompé dans son estimation du contenu de la volonté générale.<sup>25</sup> À l'intérieur du système de la légalité parlementaire, le règne de la loi fait donc apparaître l'horizon d'un dépassement de la domination :

« La loi ne domine pas, elle ne *vaut* [*gelten*] que comme norme. Il n'y a plus du tout de domination ni de simple puissance. Celui qui exerce domination et puissance agit "sur la base d'une loi" ou "au nom de la loi". Il ne fait rien d'autre que ce qu'une norme valide autorise en matière de compétence. »<sup>26</sup>

Même si l'argument schmittien gagnerait à être un peu mieux resserré, on voit bien en quoi cette notion spécifiquement

---

25 Cf. PD, p. 32.

26 "Legalität und Legitimität", in : VA, p. 264.

parlementaire de loi constitue le point d'articulation institutionnel des deux principes – publicité et séparation des pouvoirs – que Schmitt fait dériver de l'idée libérale de la discussion. D'un côté, par son mode d'élaboration, la loi présuppose comme pierre de touche non seulement la publicité des débats mais également l'existence d'un espace public "bourgeois" dégagé de l'emprise de l'État. Il n'y aurait en effet aucun sens à chercher à connaître la volonté générale sans disposer d'un espace ou d'un mécanisme propre à la mettre en lumière. D'un autre côté, en raison de son caractère général, impersonnel et hypothétique, la loi parlementaire implique nécessairement une nette disjonction (*Trennung*) entre la détermination de son contenu et son application, autrement dit : entre autorité législative, d'une part, et pouvoir exécutif, de l'autre. Il ne s'agit pas, insiste Schmitt, d'une

« séparation [*Teilung*] simplement théorique ni d'une précaution d'ordre psychologique contre un désir de puissance ; c'est le principe fondamental, immédiatement nécessaire, de construction de l'État législatif, dans lequel ce ne sont pas les personnes qui dominent, mais plutôt les normes qui valent. Le sens ultime et intrinsèque du "principe de légalité" de toute la vie de l'État consiste, en fin de compte, en ce qu'il n'y ait plus ni commandement ni obéissance, car seules des normes valides et impersonnelles sont mises en œuvre. »<sup>27</sup>

D'avantage qu'un simple agencement institutionnel que l'on pourrait comprendre selon une perspective utilitariste ou fonctionnelle (c'est-à-dire celle de l'*institutional design*), le parlementarisme est indissociable, nous dit Schmitt, d'un système métaphysique intégré et conséquent. Et il faut entendre cette proposition dans son sens le plus fort : non seulement le parlementarisme doit-il être pensé à la lumière de son "fondement spirituel" (ce dernier faisant office de principe d'intelligibilité), mais la relation entre cette "base intellectuelle" et la pratique effective décide de la vitalité ou du déclin du système parlementaire. L'ensemble de l'argument schmittien gravite autour

---

27 Ce passage pose un problème évident de traduction : « *weil nur unpersönlich geltende Normen geltend gemacht werden* ».

de cet axe central : « La base systématique d'où est issu le parlementarisme moderne est devenue tout simplement opaque à la logique politique et sociale en vigueur aujourd'hui ». <sup>28</sup> Opacité qui connaît de nombreuses manifestations dans la politique weimarienne et que Schmitt veut illustrer en convoquant quelques images fortes : “commissions de partis”, réunions extraparlimentaires secrètes, arrangements quasi législatifs entre les représentants du grand capital et les syndicats ouvriers, “comités ultra restreints”, décisions prises “derrière des portes closes”. Non seulement cette opacité engendre-t-elle ce qu'il convient de nommer une “fausse conscience” (le terme n'est évidemment pas de Schmitt), qui rend caduques les catégories traditionnelles de la pensée politique et compromet toute « proposition de réforme » <sup>29</sup>, mais elle fait surtout du système parlementaire une “coquille vide”, ne devant sa persistance qu'à une conjoncture favorable ou à sa fonction dissimulatrice. En somme, privée de son “sens”, l'institution parlementaire devra forcément dépérir. L'oubli des origines se révèle, à plus ou moins longue échéance, un mal fatal pour l'institution.

Difficile de trouver une expression plus évidente de réalisme conceptuel, ou de ce qu'on choisira d'appeler, suivant Whitehead, une *misplaced concreteness*. Pourtant, en dépit de sa simplicité, la proposition s'insère parfaitement dans le cadre de la méthode décisionniste de Carl Schmitt. Avec la disparition de son ancrage métaphysique, le système parlementaire perd son principe organisateur puisqu'il voit se dissoudre la base sur laquelle s'articulait la revendication, de la part de l'assemblée législative, à une prééminence dans l'organisation des pouvoirs étatiques. En un sens, Schmitt n'a pas besoin de prouver empiriquement la décomposition de la “foi” dans la publicité et dans l'équilibre des pouvoirs (sur laquelle s'appuie la revendication singularisant le système parlementaire face aux autres formes de domination politique). Il lui suffit de montrer que cette foi est aujourd'hui sujette à des doutes, qu'elle a perdu son

---

28 PD, p. 26.

29 PD, p. 27.

évidence (donc son caractère de foi), qu'elle se révèle soudain problématique. Il suffit, en somme, de pratiquer une brèche dans l'équivalence stricte entre *loi parlementaire* et *droit*, pour permettre aussitôt une concurrence de facto entre les différents organes de l'État. Une fois franchi ce seuil critique, la doctrine de la suprématie parlementaire ne peut plus être prise pour argent comptant, la compréhension que le système parlementaire a de lui-même ne correspond plus à la vie politique réelle. Elle n'est plus qu'une arme quelconque – peu efficace au demeurant, comme s'efforce de la montrer Schmitt – dans une formidable lutte pour la jouissance exclusive de l'autorité à l'intérieur du groupement de domination. Voilà pourquoi la dislocation de la métaphysique de la discussion s'accompagne d'une crise de légitimité, qui atteint le cœur de l'État législateur et dont, aux yeux de Schmitt, on ne peut sortir qu'en épousant de nouvelles formes – irrationnelles – d'action politique.

### Transformations de la légitimité

Parmi les postulats sous-jacents à cette nouvelle *Verfallsgeschichte* schmittienne, le plus décisif est celui voulant que le déclin de la foi dans le "système" parlementaire soit un processus irréversible. Futile apparaît en effet toute tentative pour revenir avant la chute ou pour réactiver de vieilles croyances. Aux rebours des théoriciens libéraux contemporains, "l'herméneutique" du parlementarisme développée par Schmitt, avec son insistance sur les présupposés « métaphysiques »<sup>30</sup> et sur leur cohérence systématique, veut amener le lecteur à prendre acte de l'aura d'irréalisme et de naïveté qui baigne le parlementarisme originaire, et qui marque son appartenance à une époque radicalement étrangère. Toutefois, l'argument de Schmitt ne relève pas d'un vague historicisme. Il ne se limite pas à montrer la contingence historique des principes organisateurs du parlementarisme, il veut trouver une nécessité imma-

---

30 Cf. l'article précité de R. Mehring, "Liberalism as a 'Metaphysical System'".

nente à leur déclin. C'est là le sens propre de la critique schmittienne du parlementarisme : le "système de la légalité parlementaire" doit être dépassé car il se trouve déjà à l'agonie. Sous cette proposition tautologique ("tu peux, donc tu dois") se terre une compréhension très singulière de l'efficacité politique des idées, compréhension commandée, comme on le verra à l'instant, par une théorie de la légitimité démocratique dont les chapitres premier, troisième et quatrième de *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* exposent les linéaments.

Pour Schmitt, l'ébranlement de la métaphysique de la discussion et la dislocation progressive du système parlementaire traversent l'ensemble du XIX<sup>e</sup> siècle. Or, poursuit-il, « on peut présenter l'évolution de 1815 à 1918 comme l'évolution d'une idée de la légitimité : d'une légitimité dynastique à une légitimité démocratique ». <sup>31</sup> La congruence des deux processus historiques ne saurait bien sûr tenir du hasard : la thèse scandaleuse que recèle l'essai de 1923 est bien qu'il existe un antagonisme essentiel entre parlementarisme et démocratie, antagonisme qui va en s'accroissant et que viendra dénouer l'effondrement prochain (!) du système parlementaire. Mais que signifie ce passage d'une légitimité "dynastique" à une légitimité "démocratique" ? On pourra être surpris par l'apparition de cette alternative massive, à laquelle la méthode décisionniste ne semblait pas porter intérêt jusqu'à présent. Cependant, pour peu que l'on demeure attentif aux détails de l'argument schmittien, il devient évident que Carl Schmitt ramène le sens de la « révolution démocratique » <sup>32</sup> dans l'orbite de son questionnement antérieur sur les modes d'exercice concrets de la domination. « Il ne s'agit pas de m'étendre sur ce point, avertit le juriste ; mais il faut au moins dire qu'une notion comme celle de légitimité ne saurait changer de sujet sans changer de structure et de contenu. » <sup>33</sup> En d'autres termes, il est inutile de distinguer

---

31 PD, p. 37. Cf. également TC, pp. 225-228.

32 Lefort, "Le totalitarisme et l'image du corps" (1979), in : *L'Invention démocratique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Fayard 1994.

33 PD, p. 37, je souligne.

deux types de légitimité si c'est pour se limiter à décrire la simple substitution d'une "croyance" fonctionnelle (le droit divin du roi) par une autre (la souveraineté du peuple). Au contraire, ce que Schmitt veut donner à entendre, c'est que deux sujets du pouvoir d'État « sont devenus possibles au cours de l'histoire »<sup>34</sup> et qu'à ceux-ci s'attachent deux formes totalement différentes de prétention à l'autorité de la part des instances chargées de réaliser le droit. Du coup, il y a moins transfert du pouvoir que bouleversement radical dans son économie.

Pour Schmitt comme pour Weber, la légitimité désigne moins une représentation idéale qu'une modalité concrète de la domination (*Herrschaft*). Par rapport à la théorisation wébérienne, le décisionnisme schmittien opère cependant un renversement de perspective dont on ne saurait minorer l'importance. Le passage *historique* de la légitimité dynastique à la légitimité démocratique correspond en réalité, chez Schmitt, à un glissement *théorique* dans la définition de l'objet étudié. Dans *Wirtschaft und Gesellschaft*, rappelons-le, le concept de légitimité (ou de "domination légitime") intervenait pour caractériser la différenciation dans le sens visé par les acteurs sociaux, suivant la relation *Befehlsgewalt / Gehorsamspflicht* (pouvoir de commandement / devoir d'obéissance). « Il faut distinguer, écrivait alors Weber, les formes de domination *suivant la revendication de légitimité qui leur est propre* », car « selon le genre de légitimité revendiquée, le type d'obéissance de la direction administrative destinée à la garantir et le caractère de l'exercice de la domination sont fondamentalement différents ».<sup>35</sup> Tout entier ordonné à un projet comparatif, le concept wébérien de légitimité se résumait à une revendication purement formelle, émise par un groupement de domination, et dont on dira qu'elle est "socialement significative" dans la mesure où elle produit des effets empiriquement observables à l'intérieur de la direction administrative (hiérarchie, juridictions, organisation des pouvoirs, couverture des besoins matériels). Ainsi, tant qu'elle est

---

34 TC, p. 225.

35 WuG, p. 123 [ES, p. 286].

envisagée de façon aussi schématique, la légitimité apparaît indissociable de l'*Autorität* ou, si l'on veut, d'une reconnaissance de la distinction dominants / dominés. La notion de légitimité ne vise pas autre chose que de décrire la forme que le groupement de domination donne à cette distinction.<sup>36</sup> Or, nous apprend Weber, cette tentative ne peut s'effectuer, du point de vue des dominants, que selon trois registres distincts : la tradition sacrée, le charisme personnel ou la compétence légale.

Remarquable apparaît la stratégie déployée ici par Carl Schmitt. Sans attaquer de front la conception wébérienne, il la neutralise en la confinant exclusivement à une époque "prédémocratique" révolue, celle désignée par le terme de "légitimité dynastique". En somme, insistant sur l'asymétrie irréductible dominants / dominés et sur le caractère unilatéral de l'*Autorität*, Max Weber a esquissé, tout au plus, une description de la forme antérieure de la légitimité et de son principe organisateur.<sup>37</sup> Bien qu'implicite, cette critique possède une redoutable puissance de frappe : dans la mesure où c'était la logique même du discours sociologique (son schématisme austère et son idéal d'"objectivité") qui suggérait à Weber cette conception *top-down* de la légitimité, la question se pose de savoir si la sociologie wébérienne n'est pas, par principe, incapable de concevoir une autre forme de légitimité, la forme dite "démocratique".

---

36 Rodney Barker résume très bien cet aspect, souvent mal compris, du concept wébérien de légitimité : « La recherche de légitimité est envisagée comme une caractéristique du pouvoir. La légitimité n'est pas présentée comme une cause de la domination, mais plutôt une caractéristique généralement observable, avec plus ou moins de netteté, de son exercice » (*Political Legitimacy and the State*, op. cit., p. 48).

37 La façon dont Weber et Schmitt traitent respectivement de la figure du père de famille est révélatrice de ce déplacement. Pour Max Weber, le père de famille (*Hausvater*) est l'archétype de l'autorité, « du pouvoir autoritaire [*der autoritären Gewalt*] qui en appelle au pur et simple devoir d'obéissance », par opposition à « la simple puissance de fait [...] issue d'un compromis d'intérêts » (WuG, p. 606). Le père de famille, c'est l'expression pure de la *Herrschaft*, donc de la légitimité. Pour Schmitt, au contraire, l'autorité du père de famille est la marque d'une forme historique de légitimité, celle de la monarchie, en opposition à la légitimité démocratique qui repose sur l'identité (TC, p. 430 sq.).

cratique” dont Schmitt nous annonce qu’elle s’ordonne au principe de l’*identité*. Ce principe de l’identité, ajoute Schmitt, « exclut qu’à l’intérieur de l’État démocratique la distinction entre dominer et être dominé, gouverner et être gouverné, exprime ou crée une différence *qualitative* ». <sup>38</sup> Aux yeux d’une sociologie comparative qui cherche à décrire la forme de la relation commandement / obéissance par le seul truchement d’une prétention articulée à l’autorité, cette notion de légitimité “démocratique” se révèle en fin de compte inintelligible.

Suivant cette perspective, l’idée d’une légitimité démocratique met en échec la sociologie wébérienne, non pas en ce qu’elle opposerait à l’élitisme de Weber une compréhension plus riche de l’intersubjectivité, mais parce qu’elle fait surgir un objet que Weber ne peut pas voir. La prétention à l’autorité – qui, provenant d’un groupe précis, met toujours en jeu une qualité exceptionnelle, un « prestige » <sup>39</sup>, dont les membres du groupe ont jouissance exclusive – se voit déclassée par une mise en scène de l’identité ou, si l’on veut, de la généralité sociale dont les effets sont autrement diffus et volatils. « L’autorité de ceux qui dominent ou gouvernent ne peut reposer sur telle ou telle qualité supérieure inaccessible au peuple, mais uniquement sur la volonté, le mandat et la confiance de ceux qui sont dominés ou gouvernés, et qui de cette manière se gouvernent en fait *eux-mêmes*. » <sup>40</sup> Il serait donc inexact de voir ici un amendement proposé au fameux triptyque tradition / charisme / légalité, qu’il s’agirait de rendre plus inclusif ; en réalité, le renversement de perspective opéré par Schmitt fait basculer dans le passé le principe de construction de la typologie wébérienne. À bien l’entendre, c’est l’objet “légitimité” lui-même qui se trouve altéré et, avec lui, la relation des “types” de légitimité entre eux. Alors que Weber avertit que « ce que nous venons de dire ne laisse aucun doute sur le fait que les groupements de domination qui n’appartiennent qu’à un seul des types

---

38 TC, p. 372.

39 WuG, p. 153 [ES, p. 345].

40 TC, p. 372.

purs examinés jusqu'à présent sont extrêmement rares »<sup>41</sup>, Schmitt veut montrer que, sans être impossible, une combinaison des deux types de légitimité est néfaste pour l'État et devra, à plus ou moins longue échéance, être résolue au bénéfice de l'un des termes. Les deux types de légitimité représentent, aux yeux du constitutionnaliste, une alternative historique décisive.

Ce passage historiquement advenu de la légitimité dynastique à la légitimité démocratique – sur lequel Schmitt est, du reste, fort peu disert – permet un dépassement de la conceptualité wébérienne. Dépassement en un sens presque hégélien puisqu'au moment même où l'on refuse au concept wébérien de légitimité sa forme universelle et schématique, son contenu est intégré au sein de l'opposition plus compréhensive entre le principe de l'autorité et celui de l'identité. En affirmant que la légitimité démocratique se ramène à « une série d'identités » (loi = volonté populaire, État = peuple, etc.), Schmitt demeure évidemment conscient de proposer lui aussi une définition formelle, minimale et, pour tout dire, amorphe de la démocratie : « Une démocratie peut-être militariste ou pacifiste, absolutiste ou libérale, centraliste ou décentralisée, progressiste ou réactionnaire [...] sans cesser d'être démocratie ». <sup>42</sup> Mais c'est précisément à cette indétermination qu'il semble imputer tout le caractère opératoire de sa définition. Elle permettrait en effet, dans un premier temps, de dissocier la mise en puissance de l'identité de la simple procédure de décompte des voix (peu importe ici que le vote soit secret ou public) qui, elle, suppose toujours une division entre majorité et minorité ou, si l'on veut, entre dominants et dominés. Ce qui relève de la légitimité démocratique dans le vote majoritaire, ce n'est pas le décompte comme tel ou la perspective d'une minimisation de la domination (c'est-à-dire l'assurance que les dominés seront moins nombreux que les dominants)<sup>43</sup>, mais bien l'évidence d'une

---

41 WuG, p. 153 [ES, p. 345].

42 PD, p. 31.

43 C'est une idée défendue par Hans Kelsen dans son ouvrage *Von Wesen und Wert der Demokratie* de 1920. Pour Schmitt, « le sens de la démocra-

identité réelle et immédiate entre la décision de la majorité et le contenu de la volonté populaire. Ici s'accuse le hiatus, qu'il est impossible de combler entièrement, entre la logique de l'identité et la logique de l'équivalence. En un sens, suivant l'argument de Schmitt, il apparaît parfaitement accidentel que la majorité numérique, ou même l'unanimité, soit le dépositaire de la volonté générale : en restant fidèle à ses propres prémisses, la légitimité démocratique aurait très bien pu s'attacher à une minorité, à une faction militante ou, encore, à un chef césarien autoproclamé. Si le vote majoritaire peut être une forme démocratique, ce n'est pas en vertu de ses qualités intrinsèques, mais plutôt par l'effet d'une croyance qui vient s'y greffer de l'extérieur. Greffe dont Schmitt voudra montrer qu'elle est beaucoup moins solide qu'elle ne le paraît.

Cette caractérisation minimale de la légitimité démocratique comme "une série d'identités" permet à Schmitt de revenir à sa perspective décisionniste. Car, pour la théorie constitutionnelle comme pour la sociologie politique, il faut moins parler d'une identité tangible et fixe que d'un processus continu d'*identification*<sup>44</sup>, impliquant un travail actif de la part de la "direction administrative" et qui, de toute évidence, sera l'occasion d'une concurrence entre les différentes instances qui la composent. La nature indéterminée de la légitimité démocratique reflète le fait que le problème de l'identité ne peut s'épuiser et qu'il semble impossible de l'associer durablement à une ligne de clivage spécifique. Face au caractère mouvant et instable des pôles d'identification (le peuple, la volonté générale, etc.), la question "exclusivement pratique" devient celle-ci : quelle instance possède la capacité factuelle de les mettre à son service et de les manier efficacement ?

« Qui dispose des moyens pour former la volonté du peuple, c'est-à-dire des moyens que sont le pouvoir militaire et politique, la propagande, la maîtrise de l'opinion publique grâce à la presse, les organisations partisans, les rassemblements, l'édu-

---

tie a complètement disparu ici : on ne se pose plus la question de la substance de l'égalité démocratique ».

44 PD, p. 33.

cation populaire, l'école ? Le pouvoir politique est tout particulièrement en mesure de former lui-même, au départ, la volonté du peuple dont il est censé procéder ensuite. »<sup>45</sup>

L'acclamation est, pour Schmitt, l'élément moteur de la légitimité démocratique. En ce sens, l'identité ne relève ni d'une norme constitutionnelle, ni d'un état de fait empirique, mais d'une pure affirmation autonome.<sup>46</sup> À mieux dire, la question de l'identité *suscite* une affirmation, laquelle va révéler, selon l'instance capable de la faire sienne, l'organisation de l'État et son fonctionnement effectif. Aussi la métamorphose de la légitimité, la transformation de la forme dynastique en forme démocratique, s'avère-t-elle beaucoup plus importante qu'un simple déplacement de tropisme : c'est le sens même de la légitimité et ses effets structurants dans la vie de l'État qui s'inversent puisque c'est désormais le sentiment de l'immanence<sup>47</sup>, et non plus celui de la distance, qui devient central. La légitimité dynastique charriait avec elle un ordre différencié, sensible et naturel, que l'incarnation du pouvoir dans la personne du monarque, aussi accomplie fut-elle, ne fait que consolider.<sup>48</sup> Lors du congrès de Vienne, un journaliste anonyme pouvait ainsi noter qu'« un général heureux qui, par hasard, disposerait d'une armée n'est pour cela, même avec la plus belle conduite, une puissance, tandis qu'un roi légitime reste puissance, même dans l'exil, même dans les fers ».<sup>49</sup> Par sa nature fuyante, la légitimité démocratique inaugure au contraire une période de dynamisme et d'instabilité, où l'organisation des instances étatiques paraît livrée à des mutations aussi brusques qu'imprévisibles. Tout en ne renonçant pas

---

45 PD, p. 35 sq.

46 Mehring emploie le terme de "*Selbstbejahung*". Cf. son petit livre *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius 2001, p. 41 sq.

47 « Toute pensée démocratique se meut dans des idées d'immanence, dont la nécessité est évidente. Toute sortie hors de l'immanence serait une négation de l'identité » (TC, p. 375).

48 Cf. l'analyse de Cl. Lefort, commentant Michelet : "Permanence du théologico-politique ?", in : *Essais sur le politique*, op. cit., pp. 286-290.

49 Otto Kirchheimer, "Legalität und Legitimität" (1932), in : PH, p. 8 (en français dans le texte).

à une caractérisation *top-down* de la légitimité démocratique – l'autorité provenant d'en haut, la confiance d'en bas – Schmitt indique que l'instance qui prétend à ce type de légitimité doit affronter en permanence le « danger » inhérent à son équivoque.<sup>50</sup> Ainsi, si la légitimité dynastique (ou les formes décrites par le triptyque tradition / charisme / légalité) impliquait une certaine hiérarchie des organes au sein de l'État, la légitimité démocratique ne désigne quant à elle aucun *pattern* distinctif. Certes, lit-on, « l'identité démocratique repose sur l'idée que tout ce qui existe dans l'État en fait d'exercice de la puissance publique et de gouvernement demeure à l'intérieur de l'homogénéité substantielle »<sup>51</sup>, mais les frontières de cette identité se révélant extrêmement mouvantes, leur délimitation devient vite l'enjeu d'une concurrence qui menace parfois d'emporter l'État.

Dans son rapport à l'État constitutionnel, l'identité démocratique fait donc irruption comme un principe d'entropie et de désordre. Tout en épousant parfaitement les médiations “décisionnistes” – qu'à certains égards elle radicalise – la représentation de l'identité s'émancipe et s'autonomise par rapport à tout groupement de domination précis, brouillant les repères traditionnels et rendant incertain le fonctionnement quotidien de la légitimité plébiscitaire. Dans le langage de Georges Sorel, que Schmitt emprunte pour l'occasion<sup>52</sup>, l'identité démocrati-

---

50 Schmitt, “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 341.

51 TC, p. 374 sq.

52 Rappelons que Sorel voulait faire échec au socialisme parlementaire et au matérialisme positiviste de la Seconde Internationale au moyen “philosophie de la vie concrète” (dont l'inspiration bergsonienne est revendiquée) faisant de la praxis révolutionnaire un élan irrationnel, préreflexif et anti-intellectuel. À cette fin, Sorel montre, dans ses fameuses *Réflexions sur la violence* (1908), que la grève générale ne se laisse pas réduire à un simple instrument de lutte économique, mais qu'elle constitue un mythe qui appartient en propre au prolétariat, en ce qu'elle lui donne conscience de son unité, de sa condition présente, et lui dicte des actions héroïques. « Il faut faire appel à des ensembles d'images capables d'évoquer *en bloc et par la seule intuition*, avant toute analyse réfléchie, la masse des sentiments qui correspondent aux diverses manifestations de la guerre engagée par le so-

que s'érige en un "mythe" à la disposition des instances concurrentes ou, lorsque la tension s'élève d'un cran, des forces sociales organisées.

C'est sur cet arrière-plan théorique (pour ne pas dire "mythologique") que se détache la critique schmittienne du parlementarisme. Car si l'érosion des institutions parlementaires résulte du déclin de leur fondement spirituel, c'est l'épuisement du potentiel "mythique" de la métaphysique de la discussion qui rend irréversible ce déclin. En d'autres termes, si le Parlement a pu, autrefois, assumer un rôle prééminent dans l'organisation de l'État, c'est parce que, contrairement aux prétentions rationalistes de ses promoteurs, il mettait en scène une représentation assez forte de l'homogénéité politique. La suprématie indubitable du Parlement, loin d'avoir partie liée avec une procédure de "formation de la volonté", tient plutôt à la projection d'une image mythique de l'identité dont la notion libérale de discussion avait été, un temps, le dépositaire. Mais cette image est toujours demeurée trop intellectualiste et, pour cette raison même, extrêmement naïve, voir inconsciente de ses propres conditions de possibilité. De cette façon, le déclin du fondement spirituel du parlementarisme se trouve entièrement rapporté à une défaillance congénitale, une faiblesse présente dès l'origine de l'institution. Le mythe du parlementarisme et de la loi rationnelle est trop éthéré pour exercer une réelle prise sur les esprits.

Remarquable, en un sens, apparaît cette compréhension idiosyncrasique (et franchement antiwébérienne) de la fonction politique des idées, que l'argument schmittien mobilise ici. On en

---

cialisme contre la société moderne. Les syndicalistes résolvent parfaitement ce problème en concentrant tout le socialisme dans le drame de la grève générale ; il n'y a plus ainsi aucune place pour la conciliation des contraires dans le galimatias par les *savants officiels* ; tout est bien dessiné » (Georges Sorel, *Réflexions sur la violence*, Paris, Marcel Rivière 1908, p. 173). Sur la complexité du rapport de Sorel à Marx, on consultera l'essai d'Isaiah Berlin, repris dans *Against the Current. Essays in the History of Ideas* (Princeton, Princeton University Press 2001, pp. 308-314 tout particulièrement).

trouve un exposé éloquent aux troisième et quatrième chapitres de l'essai de 1923. Sur un ton qui oscille constamment entre le registre de la philosophie politique et celui de l'illumination prophétique, Carl Schmitt y analyse le champ de forces antagonistes ouvert par l'émergence de la légitimité démocratique. Le moment 1848 a révélé, nous dit-il, l'existence de deux formes concrètes de négation du « système parlementaire » qui, bien que partageant entre elles un refus radical de la « médiation » et de la discussion, se développent selon des tangentes diamétralement opposées. D'un côté s'affirme une « dictature née d'un rationalisme immédiat, absolument conscient de lui-même »<sup>53</sup> qui dérive de la doctrine des Lumières, du « jacobinisme philosophique », et dont Schmitt voit dans le marxisme révolutionnaire l'expression transparente. Avec la Restauration, la dictature rationaliste du Comité de salut public a migré vers la philosophie de l'histoire, mais elle a conservé son efficace politique grâce à une certaine idée de la science du développement de l'humanité. De l'autre côté, Schmitt identifie une doctrine nouvelle exaltant l'usage direct de la violence, qui fait irruption aux deux extrémités du spectre idéologique, tant dans le syndicalisme anarchiste et le léninisme que dans le fascisme et l'ultranationalisme. En serré par ces deux fronts, le parlementarisme semble d'autant plus condamné à périr que, ayant perdu sa capacité à susciter des mythes identificatoires, il ne vit que d'expédients et ne se présente plus guère que comme un pis-aller.

S'il n'est pas particulièrement original, ce tableau de la "situation" du parlementarisme devait correspondre à l'impression laissée par les événements violents qui ont ponctué la vie politique allemande entre 1919 et 1923, ballottée entre la perspective d'une révolution communiste imminente et la constitution de groupements contre-révolutionnaires militarisés. Or,

---

53 PD, p. 66. La notion de "dictature" qui, pour Schmitt, relevait essentiellement du droit public semble ici s'élargir et perdre les contours que lui avait assigné la monographie *Die Diktatur* de 1921. La dictature, dans l'essai de 1923, vient simplement désigner l'antitype du parlementarisme, comme simple négation de la "médiation".

soulignons-le, il y a bien plus qu'une simple impression dans cette description de l'éventail des formes d'opposition au parlementarisme : Carl Schmitt tente de mettre en lumière une dialectique interne au "rationalisme absolu" et au marxisme révolutionnaire, par laquelle ceux-ci seront nécessairement amenés à se transformer en pratiques irrationnelles de la violence. La conversion de l'*Aufklärung* en une philosophie de l'histoire, puis en une théorie de la lutte des classes, a su garder intacte, nous dit Schmitt, la possibilité d'une « dictature de la raison ». Ainsi, à l'image de « la souveraineté contraignante de l'entendement » propre au XVIII<sup>e</sup> siècle, « c'est seulement lorsqu'il se prit pour scientifique que le socialisme crut avoir la garantie d'une lucidité pratiquement infaillible et qu'il put se prévaloir d'un droit à utiliser la violence ».<sup>54</sup> Cette conscience socialiste de la scientificité repose sur une « compréhension de l'historicité concrète » dont Schmitt souligne à maintes reprises l'origine hégélienne. Le "maintenant" de la connaissance s'hypertrophie et vient englober l'ensemble du développement historique qui l'a engendré : la conscience acquiert ainsi un caractère absolu et, avec celui-ci, la certitude que ce qu'elle est parvenue à ressaisir constitue une réalité révolue. Fort de cette pensée de l'autoconfirmation (typiquement hégélienne, toujours selon Schmitt), le socialisme marxiste se révèle doté d'une puissance d'affirmation, et donc d'une propension à la dictature rationnelle, bien supérieure à celle, entièrement gagée sur la prévisibilité de lois physico-mathématiques, dont disposaient ses ancêtres physiocrates ou jacobins. Toute la science marxiste du développement des forces productives et de l'économie bourgeoise participe de cette perspective pan-rationaliste d'une dictature du prolétariat, car « seule la juste intelligence du cours de l'évolution donne [...] la certitude scientifique que le moment historique du prolétariat est venu ».<sup>55</sup> Alors que la dictature éducatrice des Lumières se laissait encore penser sous le mode d'une intervention mécanique et extérieure dans le cours de l'histoire – violation d'une loi dans le but d'en forcer la

---

54 PD, p. 67.

55 PD, p. 78.

réalisation – la dictature socialiste prétend au contraire épouser parfaitement le mouvement organique de l’histoire, dont elle ne chercherait pas à diriger le cours mais seulement à décupler la puissance créatrice.

Pour Schmitt, c’est précisément cette idée d’une dictature immanente au développement historique qui à la fois explique la portée des arguments marxistes-révolutionnaires contre le parlementarisme et en dévoile la faiblesse au regard d’une théorie décisionniste. Car l’essence autonome de la décision, que la dictature élève à un degré inégalé en raison de sa nature exceptionnelle, ne semble plus trouver sa place dans la conceptualisation marxiste. « Le processus ininterrompu de l’esprit du monde évoluant à travers des oppositions dialectiques devraient aussi inclure en lui son propre contraire, la dictature, et lui enlever ce faisant son essence, la décision. »<sup>56</sup> L’objection n’est pas mineure, elle met le doigt sur l’insuffisance de l’idée de révolution sociale, ainsi que de toute conception dialectique du devenir historique, lorsque se présente *in concreto* la perspective d’une “dictature de la raison”. N’impliquant aucune disjonction, refusant le jugement définitif (c’est-à-dire extérieur au cours de l’histoire), ce rationalisme sophistiqué ne peut se plier aux critères de la lutte sanglante, sinon de manière accidentelle et, au fond, inconséquente. « Comme tout le reste, indique Schmitt avec une formule des plus suggestives, le diktat est assimilé dans la péristaltique de l’esprit du monde. »<sup>57</sup> La conscience marxiste de la scientificité, qui semblait si efficace pour se convaincre de la nécessité de la violence et pour projeter des images identificatoires (le prolétariat comme néant social, n’ayant à perdre que ses fers), paraît incapable de convertir ses certitudes en énergies politiques violentes.

Pourquoi cet échec ? La réponse de Schmitt est très claire : parce que l’idée révolutionnaire et la scientificité marxiste demeurent essentiellement *contemplatives*, parce qu’elles ne peuvent justifier la lutte effective, intensive et menée au quoti-

---

56 PD, p. 70.

57 PD, p. 71.

dien. Entre l'idée et l'action concrète, il existe une frontière qui tient à l'autonomie radicale des critères du politique et que l'on ne peut pas traverser, du moins pas en venant de l'idée. « La lutte, la lutte sanglante tout à fait réelle qui se déclenche exige *un autre état d'esprit* »<sup>58</sup> : elle réclame un mythe grandiose que la scientificité marxiste ne peut lui donner qu'en échouant à l'aune de ses propres critères de rationalité, en régressant au niveau d'un dualisme intuitif, antidialectique. Aussi, dans la mesure où elle acquiert une efficacité politique et qu'elle cherche à se débarrasser du parlementarisme bourgeois, l'idée marxiste-révolutionnaire change de nature et rejoint les « théories irrationnelles de l'emploi immédiat de la violence » (comme Schmitt les appelle) qui, elles, s'avèrent parfaitement adaptées à la polarisation de l'univers politique schmittien. Par le biais de Lénine et de Trotski notamment, la conception marxiste de la lutte des classes a pu appuyer une dictature parce qu'elle s'est transformée en « un instrument purement intellectuel pour des visées qui en vérité ne relèvent plus du rationalisme. Les partis de la lutte engagée entre bourgeoisie et prolétariat devaient nécessairement prendre un visage plus concret ; *c'était inévitable dans un combat vraiment concret* ». <sup>59</sup> La dernière phrase décrit bien le passage, dont on nous répète qu'il est nécessaire, entre la dictature rationnelle (dictature du prolétariat) et les pratiques irrationnelles de la violence : placée dans l'horizon de la guerre civile (lequel n'est jamais autre chose, pour Schmitt, que la présupposition nécessaire de toute politique), la théorie doit ou bien se faire mythe, ou bien perdre toute signification pratique.

En bout de course, l'image un peu impressionniste que Schmitt exposait au début du troisième chapitre – celle d'un système parlementaire cerné de part et d'autre par ses ennemis mortels, la “dictature de la raison” et les doctrines irrationalistes de l'emploi direct de la violence – se trouve singulièrement altérée. Le socialisme scientifique, ultime héritier de la dictature

---

58 Ibid., je souligne

59 PD, p. 79, je souligne.

rationaliste et pédagogique des Lumières, apparaît congénitalement incapable de répondre aux impératifs de l'affrontement violent : sa définition de l'ennemi demeure trop abstraite, et ses mythes résolument intellectualistes. Que la révolution marxiste ait réussi à s'imposer en Russie seulement, voilà qui ne fait que prouver *via negativa* le bien-fondé de cette assertion. Car, aux yeux de Schmitt, les succès du léninisme sont imputables à « des thèmes nouveaux, irrationnels, concernant l'emploi de la violence » qui ont pris le relais de la dialectique marxiste au moment où celle-ci s'avérait insuffisante, même s'ils ont su en conserver les symboles les plus superficiels. En d'autres mots, le marxisme s'est engrené sur un mouvement beaucoup plus profond exaltant le pouvoir créateur de la violence en soi – un mouvement dont Schmitt, en bon citoyen du *Reich*, associe à l'âme slave.

« On n'est plus, poursuit Schmitt, devant le rationalisme dont l'hypertrophie radicale se retourne en son contraire et qui projette des rêves utopiques, mais devant *une réévaluation de la pensée rationnelle en général*, qui écarte toute foi en la discussion et qui récuserait aussi l'idée de rendre l'humanité mûre pour la discussion grâce à une dictature éducative. »<sup>60</sup>

Laissé à lui-même, le marxisme serait demeuré prisonnier de son adversaire libéral et parlementaire ; transfiguré en théorie de la violence créatrice, il autorise désormais la terreur à une échelle encore inconnue, une hyperdictature si l'on veut.

L'irréversible déclin du parlementarisme tient donc à ce que la légitimité démocratique soit maintenant intégralement dominée par les images mythiques. La scientificité marxiste, avec son irréductible noyau métaphysique, aurait-elle pu s'élever à un tel niveau ? La réponse de Schmitt, assez semblable à celle qu'il donnera plus tard concernant le « symbole » hobbesien du Léviathan<sup>61</sup>, ne laisse subsister, en bout de ligne, aucun mystère :

---

60 PD, p. 82, je souligne.

61 Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Hobbes*, trad. D. Trierweiler, Paris, Seuil 2002, p. 140 : « Aucun raisonnement, si lumineux soit-il, ne peut lutter contre la force d'images mythiques authentiques. »

c'est de l'intuition immédiate et vitale, et non d'une conscience réflexive, que surgit le mythe conférant au groupe son identité. Là où les représentations de l'identité n'ont pas acquis « cette immédiateté non problématique qui est indispensable à de telles images pour qu'elles puissent engendrer leurs propres effets »<sup>62</sup>, là où subsiste la médiation qui relativise et émousse les antagonismes, « nulle force politique ou sociale ne peut être maintenue et nul appareil mécanique ne peut constituer une digue quand un nouveau courant vital commence à faire irruption dans l'histoire ».<sup>63</sup>

L'affirmation ne manque pas d'aplomb. Il faut ajouter que Carl Schmitt fait ici volontiers usage de son droit d'interprète afin de brouiller la différence entre le propos de Sorel et le sien propre. Il n'empêche, la question que le juriste pose, face à l'épuisement du potentiel mythique du parlementarisme constitutionnel, est très similaire à celle qui animait l'apôtre du syndicalisme révolutionnaire : Où réside aujourd'hui cette capacité pour le mythe ? Quelle image aura le pouvoir incontesté de conduire les masses modernes à la lutte sanglante ? « Qui est donc le porteur du grand mythe ? »<sup>64</sup> À cette question, les réponses apportées par Sorel et par Schmitt divergent radicalement. Pour Georges Sorel, on le sait, seul le prolétariat révolutionnaire possède un mythe assez puissant pour mener à l'unité d'action et pousser à la violence créatrice. Toutefois, parce qu'il ne renonce pas à une caractérisation strictement économique du prolétariat – celle de Marx, en gros – le mythe sorélien devra rester prisonnier du « rationalisme économique et technique de l'économie bourgeoise » que, pourtant, il aurait la force de briser *si seulement* il pouvait trouver un autre fondement existentiel. À terme, ajoute Schmitt, « exactement comme la bourgeoisie, l'hyperpuissance du mécanisme de production précipitera [le prolétariat] dans une absence de mythe rationaliste et mécaniste ».<sup>65</sup> Phrase un peu obscure, suggérant une compréhension

---

62 Ibid., p. 139.

63 PD, p. 85.

64 Ibid.

65 PD, p. 91.

elle-même “mythique” de la technique, qui court en filigrane de toute l’œuvre schmittienne.

Mais l’essentiel est ailleurs : dans la façon par laquelle Schmitt montre que la notion marxiste du bourgeois comme *odium generis humani*, dont l’origine était, elle aussi, étroitement économique, s’est affranchie de sa signification première pour devenir une figure plus primaire. À l’Est, en Russie tout particulièrement, l’image du bourgeois a été retranscrite dans l’idiome d’un nationalisme mystique et exalté. « Elle a pu redonner vie à la haine des Russes envers le caractère complexe et artificiel, l’intellectualisme de la civilisation d’Europe occidentale, et retrouver une nouvelle vie dans cette haine. »<sup>66</sup> Ainsi, par une sorte de condensation, le bourgeois en est venu à figurer l’ennemi cosmopolite, le dominateur étranger, l’agent des puissances européennes – ramenant ainsi, par une nécessité dialectique, le prolétaire comme figure immédiate et immaculée de l’identité russe, dominée et dépouillée de sa dignité. Il ne saurait y avoir, pour Schmitt, d’illustration plus éloquente de la supériorité du mythe national, immédiat et instinctif, sur ceux de la lutte des classes et de la grève générale qui, malgré une indéniable puissance insurrectionnelle, demeurent prisonniers d’un adversaire conçu comme un simple automate.<sup>67</sup> À mieux dire, seule la nation représente un authentique mythe. Georges Sorel lui-même dut le reconnaître implicitement dans son hommage à Lénine de 1919, lorsqu’il loue les bolcheviks pour avoir redonné vie à la haine des masses populaires envers « une oligarchie dont le plus grand souci avait été de ne pas paraître russe ». « En admettant que le régime nouveau ne pût pas durer, il aurait contribué à renforcer le moscovisme dans une société dont les chefs avaient si longtemps orienté leur esprit vers

---

66 PD, p. 92.

67 « Celui qui ne se connaît d’autre ennemi que la mort, et qui ne voit dans cet ennemi qu’une mécanique tournant à vide, est plus proche de la mort que de la vie » (“L’ère des neutralisations et des dépolitisations” [1929], repris in : NP, p. 151).

l'Occident. »<sup>68</sup> Plus conséquent en cela que son devancier, Carl Schmitt choisit sans détour le mythe de la nation et, comme on le sait, encense Mussolini pour avoir exposé par l'exemple (la marche sur Rome) que la lutte des classes ne représentait qu'une "mythologie inférieure". Du coup, la "situation historico-spirituelle" (*die geistesgeschichtliche Lage*) du parlementarisme se trouve singulièrement simplifiée ; privée des images d'identité dont il avait été, un temps, la surface de projection, le parlementarisme affronte un ennemi qui semble disposer, quant à lui, d'une réserve inépuisable de mythes identificatoires.

Cette nouvelle appréciation du rôle structurant du mythe dans la légitimité démocratique ne va pas, il est vrai, sans une mise en garde oblique de la part de Schmitt. Si le mythe est bel et bien porteur « d'une nouvelle autorité, d'un nouveau sentiment de l'ordre, de la discipline, de la hiérarchie », il demeure néanmoins profondément marqué par son origine polythéiste, laquelle est perçue par Schmitt comme une faiblesse indépassable et, insiste-t-il, dangereuse.<sup>69</sup> Certains lecteurs ont voulu apercevoir ici la réserve naturelle d'un catholique – aussi hétérodoxe fût-il – envers toute conception païenne de l'histoire. Mais, avant tout, c'est peut-être en légiste que Schmitt exprime cette réserve : en même temps qu'il offre à l'État un principe dynamique que le parlementarisme ne pouvait plus lui fournir, le mythe national prolonge l'instabilité à l'intérieur de la "direction administrative" – c'est-à-dire qu'il ne répond guère à la question du *quo*, à la question de savoir quel organe réussira à capter cette nouvelle source d'énergie. Il figure donc à la fois un point de condensation du pouvoir et un principe déconstituant, si l'on veut. Voilà qui presse, une fois de plus, le *Staatsrechtslehrer* de se détourner d'une compréhension étroitement normative et positiviste des phénomènes constitutionnels, pour embrasser, dans toute son épaisseur historique et institutionnelle, la "vie de l'État".

---

68 Georges Sorel, "Pour Lénine" (1919), repris en appendice aux *Réflexions sur la violence*, éd. M. Prat, Paris, Seuil 1990, p. 295.

69 PD, p. 94 sq.

## Stratégies politiques, stratégies discursives

L'essai sur le parlementarisme marque un moment important non seulement dans la genèse de la pensée schmittienne – par la constitution d'une notion "plébiscitaire" de légitimité – mais également dans le développement de la théorie constitutionnelle weimarienne, puisqu'il attise les débats et durcit les lignes de front. En 1925, près de deux ans plus tard, paraît dans la revue *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* un bref compte rendu de l'ouvrage sous la plume de Richard Thoma, compte rendu poli mais un peu sévère. En publiant cette recension dans la revue jadis animée par Weber, Thoma avait-il le sentiment d'exécuter une forme de vengeance posthume, celle du grand sociologue, à l'égard de l'un de ses "fils naturels" ? Chose certaine, la recension adopte un ton indubitablement wébérien. Aux yeux de Thoma, tout l'argument de Schmitt repose sur une méthodologie faussée dans son principe, « tirant des conclusions quant à la force et à la vitalité [d'idéologies] à partir de la situation qu'elles occupent dans l'histoire intellectuelle [*ihren geistesgeschichtlichen Ort*] ». <sup>70</sup> Comme toujours chez Schmitt, le fin mot ici est celui de "situation" – Schmitt préfère utiliser le mot *Lage*, auquel sa théologie politique prête, comme il a déjà été mentionné, un pouvoir explicatif démesuré. Ainsi la "situation" d'une doctrine ou d'une "idéologie" dans le développement spirituel – qu'on présume cohérent – de l'Occident renseigne-t-elle sur son efficace historique et politique, plus spécifiquement sur sa capacité à soutenir une institution donnée.

La critique de Thoma se concentre sur ce qu'il perçoit comme les deux prémisses creuses de l'argument schmittien. D'un côté, il est fallacieux de résumer le « fondement spirituel » d'une institution à « une seule des idéologies qui a servi à sa justification » <sup>71</sup>, telle la théorie de la "souveraineté de la raison" de Guizot dans le cas de la représentation parlementaire. Il

---

70 Richard Thoma, "Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur", in : *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, n° 53, 1925, p. 215 sqq.

71 Ibid., p. 214.

faut, au contraire, concevoir un enchevêtrement de “justifications” simultanément possibles, s’étayant partiellement en dépit de leur nature souvent contradictoire. En d’autres termes, le “fondement spirituel” s’avère toujours une formation composite et plurivoque, qui n’est susceptible d’être élucidée qu’au moyen d’une stylisation idéaltypique (donc irréaliste). De l’autre côté, Thoma conteste qu’il doive exister une relation nécessaire entre cette « base spirituelle » et le fonctionnement concret de l’institution à laquelle elle sert d’assise. « La valeur et la vitalité d’une institution ne dépendent nullement de façon exclusive, écrit Thoma, de la qualité et du pouvoir de persuasion des idéologies qui sont mises en avant pour la justifier en théorie. »<sup>72</sup> Schmitt pêche donc par “réalisme conceptuel” lorsqu’il prétend que du destin des concepts et des doctrines dépend la vie ou la mort d’une institution. Au contraire, le propre d’une institution, c’est d’être indifférente à la question de savoir si chacun de ceux qui y contribuent partage bel et bien l’ensemble du système métaphysique qui la supporte.<sup>73</sup> L’institution désigne seulement une *Chance*, une probabilité concrète de conformité des conduites individuelles, que l’on peut certes apprécier empiriquement, mais dont il faut renoncer à savoir de quoi elle est faite. On n’a aucune raison de croire que le sens de cette conformité est fidèlement reflété par les discours de justification qui accompagnent l’institution (le “sens dogmatique”, pour emprunter la terminologie wébérienne). Ainsi, conclut Thoma, « Carl Schmitt court le risque de surestimer les aspects littéraires des choses et n’est pas assez conscient du fait que les justifications théoriques des institutions politiques doivent être abordées avec prudence ». <sup>74</sup> Il est nécessaire de distinguer le parlementarisme comme doctrine de la fonction que le Parlement acquiert en se combinant aux autres puissances constitutives de la société industrielle moderne.

---

72 Ibid.

73 R. Mehring, “Liberalism as a ‘Metaphysical System’”, in : Dyzenhaus, *Law as Politics*, op. cit., p. 147.

74 R. Thoma, “Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur”, op. cit., p. 214.

Contre le réalisme conceptuel de Schmitt, Richard Thoma plaide pour une analyse à la fois positiviste et fonctionnelle des institutions politiques, qui porterait attention à leur vie concrète, c'est-à-dire à la métamorphose constante de leurs finalités et aux transformations structurelles (*Zweckmetamorphosen und Strukturwandlungen*) qui les affectent<sup>75</sup>, sans y voir là un déclin irréversible. Et c'est à cet endroit que la critique méthodologique se renverse en un diagnostic politique. Car, poursuit Thoma, Carl Schmitt a bien raison de penser que le "rationalisme relatif" du parlementarisme classique a aujourd'hui perdu toute son évidence. Mais, bien plus que la montée d'éventuelles mythologies nationalistes ou prolétariennes, ce sont plutôt la généralisation des partis de masse et la disparition de l'indépendance du député derrière la discipline de vote qui expriment ce désenchantement. De forum public où l'on échangeait arguments et contre-arguments, le Parlement est devenu un lieu de tractations entre des partis bien organisés, dont les positions ne sont pas susceptibles d'être modifiées de façon substantielle, et qui représentent chacun un segment d'intérêts relativement bien défini. De sorte que c'est moins la délibération parlementaire qui constitue désormais le centre de gravité de l'État que l'élection en tant que telle. N'en déplaise à Schmitt, le virage vers des formes plébiscitaires, au détriment du parlementarisme classique, a été emprunté depuis longtemps déjà. À la ligne de front parlementarisme / dictature irrationnaliste décrite par Schmitt, Thoma préférera donc explorer les autres possibilités que recèlent cet état de fait :

« Le problème de notre temps est de savoir si la décision doit demeurer dans les mains d'une minorité stable (l'État autoritaire ou, à l'extrême, la dictature) ou d'une minorité volatile, temporaire (l'État de partis) ; ou encore si une certaine classe sociale, prolétaire ou bourgeoise, doit être exclue ou avantagée (l'État de privilèges). »<sup>76</sup>

Mine de rien, la recension de Thoma met le doigt sur l'aporie constitutive de la théorie schmittienne de la légitimité

---

75 Ibid.

76 Ibid., p. 215.

démocratique. Toute mythique qu'elle soit, la légitimité démocratique ne peut être envisagée, par Schmitt, autrement que comme une formidable motivation collective, une sorte de "croyance" hypertrophiée, chargée d'expliquer tant l'émergence que la persistance d'une institution. Aussi, dès lors que les "fondements spirituels" ne sont plus crédibles – littéralement : dès lors qu'ils ont épuisé leur crédit – la banqueroute de l'institution devient inévitable. Cette analogie financière, et son rôle dans l'argument de Schmitt, mériteraient d'être étudiés plus systématiquement.<sup>77</sup> Contentons-nous de signaler simplement que la crise du parlementarisme paraît fonctionner à l'image d'un krach boursier ou, mieux, d'une dévaluation, ce qui n'est certainement pas sans lien avec le phénomène d'hyperinflation qui a marqué très profondément les années 1922-1923.<sup>78</sup> Pensée dans les termes d'une identité formelle, mobile et, pour cette raison, dangereuse pour l'organisation de la puissance publique, la découverte de la légitimité démocratique s'apparente à

---

77 Ainsi, écrit Schmitt, les dispositions relatives à la liberté d'expression et à l'immunité des parlementaires « deviennent incompréhensibles si le principe de la discussion publique cesse de trouver le moindre crédit » (PD, p. 99). Curieusement, on verra Kirchheimer développer, au début d'un des articles de son exil américain, l'idée qu'il existe une homologie entre le crédit, la monnaie et la stabilité des institutions politiques. Cf. "Changes in the Structure of Political Compromise" (1941), in : PLSC, p. 132 sq. Kirchheimer mentionne l'étude de Georg Simmel, *Philosophie de l'argent*, et enchaîne avec une analyse du rôle joué par les banques centrales dans la formation des gouvernements parlementaires. Notons au passage que Georges Sorel exploite lui aussi, à plusieurs reprises, l'analogie entre la démocratie parlementaire et les marchés financiers : « La démocratie électorale ressemble beaucoup au monde de la Bourse [...]. Démocrates et gens d'affaires ont une science toute particulière pour faire approuver leurs filouteries par des assemblées délibérantes ; le régime parlementaire est aussi truqué que les réunions d'actionnaires. C'est probablement en raison des affinités psychologiques profondes résultant de ces manières d'opérer, que les uns et les autres s'entendent si parfaitement » ("La morale des producteurs", in : *Réflexions sur la violence*, Paris, Rivière 1908, p. 342).

78 Plus généralement, sur le rapport entre l'inflation et la crise du régime de Weimar, on peut consulter l'ouvrage de Bernd Widdig, *Culture and Inflation in Weimar Germany* (Berkeley, University of California Press 2001).

l'extension du capitalisme financier et des transactions boursières, et la force identificatoire du mythe à l'effet stabilisateur d'un cartel. En outre, cette réduction de la légitimité à la "crédibilité" rend problématique l'argument même de Schmitt en ce qu'il donne une nouvelle vigueur au polythéisme du mythe, à « la possibilité d'un pluralisme destructeur des mythes ». <sup>79</sup> Les mythes, en effet, peuvent bien se multiplier à l'infini, à l'instar des sociétés par actions, car ils ne dépendent, au fond, que des mouvements d'humeur et des passions de leurs débiteurs. Pourquoi, s'interroge Richard Thoma, Schmitt exclut-il d'emblée la possibilité « d'un troisième mythe dans notre époque, non moins vital que les mythes nationaux et révolutionnaires [...] : le mythe de la paix perpétuelle par l'auto-détermination et la démocratie » ? Que ce mythe soit largement consonnant avec « les évaluations rationnelles du bon sens bourgeois » n'enlève rien à « l'irrationalité de son fondement spirituel [*seelischen*] », non plus qu'à « sa finalité chilias-tique ». <sup>80</sup> Ainsi, même en acceptant la politique mythique de Schmitt – ce que Thoma se garde bien de faire – la perspective de l'affrontement entre le mythe national et la "technologie sociale" du parlementarisme est tout sauf inévitable.

Le diagnostic posé par Carl Schmitt quant à la faillite du système parlementaire peut paraître, rétrospectivement, plus perspicace que l'optimisme de son collègue positiviste. Nul doute cependant que la critique de Thoma ait ébranlé le mythologue politique. À la fin de son essai de 1923, Schmitt se trouve en effet dans une position assez similaire à celle qu'exprimait, l'année précédente, la conclusion de la *Théologie politique* : un conceptualisme avoué et militant, mais qui n'a pour seul fondement que la force d'une volonté particulière et qui, pour cette raison, demeure empreint d'"occasionalisme". En ce sens, il semble que la lecture du compte rendu publié en 1925 dans les *Archiv* ait amené Schmitt à réorienter sensiblement sa pro-

---

<sup>79</sup> PD, p. 94 sq.

<sup>80</sup> Thoma, "Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur", op. cit., p. 217.

blématique et à formuler une nouvelle théorie de la légitimité, plus dynamique.<sup>81</sup> Théorie, surtout, dans le cadre de laquelle le glissement du système de la légalité parlementaire vers des formes plus autoritaires ne serait plus mesuré par l'écart entre le principe originaire, inflexible, d'une institution et son existence concrète, mais par une description plus fine des transformations contemporaines de l'État – ce que l'on va appeler le « virage vers l'État total ».<sup>82</sup> Ce qui ne veut certes pas dire que Schmitt abandonne entièrement le récit de l'oubli des “principes”, la *Verfallsgeschichte* et la rhétorique de la perte qui lui est inhérente. Ces éléments vont désormais se trouver inscrits, et comme *absorbés*, dans une analyse constitutionnelle dotée d'une teneur sociologique beaucoup plus élevée. Aux litanies des années 1922-1923 succèdent, à partir de 1929, toute une série d'études portant sur le pluralisme et le principe de légalité, les garanties institutionnelles et l'État social, la sauvegarde de la constitution et le pouvoir d'urgence économique, qui les prolonge et en infléchit le sens. Mais en plus d'indiquer une transformation des objets et des thèmes de recherche, ce tournant “sociologique” marque un changement profond dans le style de l'argumentation, dans l'art d'écrire ou – si l'on nous permet cet autre détournement – dans les *stratégies discursives* qui vont supporter les théorisations schmittiennes. Comme il sera largement fait état dans les prochaines sections, la réflexion de Schmitt va non seulement se montrer plus soucieuse d'empiricité, mais elle va ériger en ultime ressort de la connaissance un mélange explosif de nécessité objective et de catastrophisme calculé.

---

81 Nous partageons l'avis de Jeffrey Seitzer, dans son ouvrage fort documenté *Comparative History and Legal Theory. Carl Schmitt in the First German Democracy* (Wesport, Greenwood Press 2001).

82 “Die Wendung zum totalen Staat”, un article de 1931 qui reprend les pp. 73-91 de l'ouvrage *Der Hüter der Verfassung* (Berlin, Duncker & Humblot 1931).

Ce tournant “sociologique”, qui a été observé par plus d’un lecteur de Schmitt<sup>83</sup>, s’esquisse pour la première fois dans la préface à la seconde édition de *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, publiée en 1926, préface à l’occasion de laquelle l’auteur tente de répondre aux objections soulevées par Thoma. Se superposent ici, comme l’a déjà noté John McCormick, deux lignes d’argumentation autonomes. D’une part, Schmitt entreprend une restitution de la thèse déjà exposée en 1923 : le parlementarisme ne peut reposer sur des considérations seulement techniques, il faut qu’un fondement principal confère au Parlement sa supériorité sur les autres organes de l’État et la justifie *théoriquement*.<sup>84</sup> Ce fondement sera celui de la discussion, entendue en son sens le plus restreint et le plus exigeant, dont le corollaire obligé est l’impératif de publicité.<sup>85</sup> Or, ledit fondement a perdu toute plausibilité en regard de ce qui est appelé laconiquement « l’évolution de la

---

83 William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, Cambridge, M.I.T. Press 1994, p. 68 sq. ; R. Mehring, “Liberalism as a ‘Metaphysical System’”, op. cit. ; et J. Seitzer, *Comparative History and Legal Theory*, op. cit., p. 48.

84 Schmitt admettra plus tard, dans sa *Théorie de la constitution*, que le parlement anglais n’a jamais fait l’objet d’une justification aussi systématique, d’un « système conceptuel clos soutenu par une conviction ». La terre d’élection du parlementarisme serait donc en même temps celle où la *ratio* de l’institution fut la moins développée ? Mais Schmitt explique cette contradiction apparente par la différence entre les conditions politiques et intellectuelles de l’Angleterre et celles prévalant sur le continent européen. Alors qu’en Angleterre le gouvernement parlementaire « se forma par petites étapes à partir de divers précédents, sans plan conscient », le même processus fut, en France et en Allemagne, l’occasion de violentes luttes, ce qui nécessita cette fois un « objectif conscient », un « programme sur les principes » et « une théorie politique du système parlementaire » (TC, p. 454) pour venir à bout de l’adversaire monarchique. Cette compréhension idyllique de l’émergence du parlementarisme en Angleterre est hautement fantasmatique, mais elle montre bien de quelle manière Schmitt pratique l’histoire constitutionnelle comparée.

85 Ainsi, lit-on, « on n’a pas le droit de dissoudre les concepts ni d’ignorer la nature spécifique de la discussion. La discussion signifie un échange d’opinions, dominé par la visée de convaincre l’adversaire d’une vérité et d’une justesse avec des arguments rationnels ou de se laisser convaincre par lui » (PD, p. 101).

démocratie de masse moderne » (l'arrière-plan "mythique" semble s'effacer ici, même si son rôle demeure indispensable à la cohérence de l'argument, comme en témoigne la conception de l'*acclamatio* plébiscitaire comme condensateur de « la substance et de l'énergie démocratiques »).<sup>86</sup> D'où résultent à la fois une perversion des pratiques parlementaires (activité des groupes de pression, négociations secrètes, tractations entre les partis) et la déchéance de l'institution, appelée tôt ou tard à être "liquidée".

Mais, d'autre part, Schmitt introduit l'idée que le parlementarisme est anachronique, qu'il n'est plus qu'une mécanique vétuste et encombrante dont on peut désormais se passer : « c'est comme si quelqu'un avait peint de flammes rouges les radiateurs d'un chauffage central moderne pour créer l'illusion d'un feu qui flambe ». Pour emporter l'adhésion du lecteur, l'argument doit s'adosser à une compréhension, même implicite, de l'histoire comme processus irréversible, doté d'une force motrice suffisante et charriant avec lui ses propres critères d'intelligibilité – une mise en scène de "l'autorité de l'histoire". La compréhension "mythologique" de la légitimité démocratique développée par Schmitt dans son ouvrage de 1923, pouvait certes suggérer une rupture irréversible entre l'avant et l'après, mais seulement sous la forme d'une discontinuité si tranchée et si mystérieuse que le passage historique d'un terme à l'autre devenait impossible à penser. Dans la préface à l'édition de 1926, on aperçoit cette fois l'ébauche d'une singulière histoire de l'État, un récit qui connaîtra un prolongement plus étoffé dans la conférence de 1929 sur la neutralisation<sup>87</sup>, mais qui déjà révèle la trame d'un vaste mouvement de migration du politique entre les différents "secteurs" de l'activité humaine. L'évolution de l'État est commandée par la succession des "secteurs dominants", c'est-à-dire des secteurs dans lesquels une époque parvient à articuler la distinction du semblable et du différent, de l'homogénéité et l'hétérogénéité. Certes, le vocabulaire em-

---

86 PD, p. 115.

87 Infra, p. 189 sq.

ployé est encore hésitant : Schmitt parle plus volontiers d'égalité (*Gleichheit*) que d'homogénéité, et il dessine moins une généalogie de l'État qu'un schéma des plus sommaires. Lorsque l'homogénéité "politique" n'a plus de substance, lorsqu'elle n'a plus comme contrepartie la reconnaissance d'une hétérogénéité fondamentale, « c'est nécessairement un autre secteur qui dominera la politique ». Et Schmitt de poursuivre :

« C'est tout à fait inévitable, et aux yeux d'une réflexion théorique sur l'État, c'est la raison véritable de la domination souvent déplorée, de l'économie sur l'État et la politique. Là où une égalité indifférenciée, pensée sans le corrélat d'une inégalité, s'empare réellement d'un secteur de la vie humaine, ce secteur aussi perd lui-même sa substance et se trouve recouvert par un autre, où les inégalités peuvent dès lors se donner sans retenue libre cours. »<sup>88</sup>

Toute fragmentaire qu'elle soit, une nouvelle ligne argumentative se laisse alors deviner : plus qu'à la force d'une politique mythique déferlant sur l'Europe, la crise de légitimité du parlementarisme doit être rapportée à une mutation profonde, une transformation structurelle de l'État. C'est par conséquent moins d'une dévalorisation de l'institution du Parlement (de la foi en la discussion et du principe de la publicité) qu'il faut parler, que d'une crise de l'État parlementaire proprement dit, de la faillite de ce que Schmitt choisira d'appeler dans les années 1930 « le système de légalité de l'État législatif-parlementaire » (*das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates*). Une crise, donc, qui affecte le fonctionnement de la législation parlementaire comme telle. Dès 1926, les pièces maîtresses sont déjà en place ; il ne manque plus que le souffle théorique contenu dans la proposition « le concept d'État présuppose le concept de politique » – la possibilité de penser un excédent dynamique du politique sur l'État – pour que le décisionnisme revête sa forme nouvelle et se fasse philosophie de l'histoire.<sup>89</sup>

---

88 Schmitt, préface à la 2<sup>e</sup> éd. de *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1926), in : PD, p. 110 sq.

89 Cf. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, op. cit., p. 102.

*“This page left intentionally blank.”*

## Chapitre 4

### De l'État légal à l'État administratif

*Le monopole sur l'interprétation du siècle contient quelque chose de très important : la légitimation par l'histoire d'une puissance donnée, le droit d'employer la violence et l'absolution par l'Esprit du monde pour tous les crimes commis en son nom.*

Carl Schmitt, 1950

Lorsque Kirchheimer reproche à son *Doktorvater*, dès les premières lignes d'une recension publiée en janvier 1933 dans l'*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, de croire naïvement « que le caractère contradictoire d'un ensemble d'idées politiques, sur la base duquel repose un système spécifique de normes, constitue en lui-même une preuve que le système de normes en question ne pourra par "fonctionner" efficacement dans la réalité »<sup>1</sup>, il attaque une prémisse que Schmitt a déjà depuis longtemps abandonnée. À vrai dire, le jeune publiciste en est conscient, et c'est pourquoi, après cette première salve de convenance contre le "réalisme conceptuel", il se tourne vers le diagnostic de "débâcle de l'État législatif-parlementaire" avancé par Schmitt dans son ouvrage *Legalität und Legitimität*, examine les arguments empiriques apportés à son appui et entreprend de les réfuter. Car il paraît évident, aux yeux de ceux qui sont familiers avec la pensée de Schmitt, que celle-ci a subi une transformation, graduelle mais profonde, à la toute fin des années 1920 et qu'à la faveur de cette transformation se met en place une nouvelle compréhension de la "situation" du parlementarisme. Une compréhension mieux informée sociologiquement et plus soucieuse d'empiricité, qui délaisse l'étude du

---

1 Kirchheimer, "Bemerkungen zur Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*" (1933), in : VWRP, p. 113.

“fondement spirituel” de l’institution parlementaire au profit d’une analyse des développements politiques et constitutionnels auxquels se voit confrontée la république de Weimar. Mais, aussi, une compréhension qui témoigne d’un réaménagement de la relation entre le discours de la théorie constitutionnelle et les « déterminants structurels de la crise de l’État weimarien ». <sup>2</sup> Un passage de l’étude de 1931 *Der Hüter der Verfassung* laisse entrevoir cette nouvelle orientation de la pensée schmittienne et, par le fait même, la distance parcourue depuis 1923 :

« Lorsque, du reste, les positions et les instances prévues par la constitution ne sont propres à aucune volonté politique unitaire, *il est inévitable que la substance politique fuie vers un point quelconque du système social ou politique*. D’autres puissances, soit légales, soit apocryphes, assument volontairement ou pressées par la nécessité, consciemment ou non, le rôle de l’État et disposent à portée de main, pour ainsi dire, du pouvoir de gouverner. » <sup>3</sup>

À partir de 1929, toute la pensée de Schmitt semble ainsi pénétrée de l’idée d’une nécessité historique. À mieux dire, cette idée devient, sous diverses figures dont la plus frappante est celle de l’“État total”, le ressort qui tend la théorie constitutionnelle dans son ensemble. La république de Weimar, érigée en archétype de l’État constitutionnel moderne, est en passe de devenir un non-État, de céder sa place à une situation de guerre civile généralisée, et la théorie doit penser les conditions de son maintien à l’épreuve d’un déplacement rapide, voire d’une fuite sans repos, du politique. On pourra peut-être s’étonner de ne trouver dans l’œuvre du juriste aucune proposition concrète de réforme <sup>4</sup>, mais des appels plutôt vagues à une nécessaire « dé-

---

2 Cf. Seitzer, *Comparative History and Legal History*, op. cit., p. 48.

3 HV, p. 101, je souligne.

4 Le ralliement de Schmitt en faveur de la *Verfassungsreform* ne survient qu’au courant de la dernière année de la république et demeure frappé au coin de l’ambiguïté. Devant une assemblée de gens d’affaire et de représentants du grand capital industriel, Carl Schmitt dira qu’il faut préférer une interprétation « constructive » de la constitution de 1919, la « reconnaissance » de sa « *konstruktive Gesamlinie* », à l’introduction d’amendements en bonne et due forme (“Konstruktive Verfassungsprobleme”

politisation » de certaines « sphères » et de « certains domaines de vie ». <sup>5</sup> C'est que la théorie constitutionnelle ne s'attache pas à ce qui devrait être, elle veut au contraire rendre compte de ce qui est réellement à l'œuvre *hic et nunc* dans l'État, la manière dont les institutions sont *déjà* en train de se transformer, subrepticement, sous l'effet de « la simple pratique gouvernementale et administrative ». <sup>6</sup> Le discours schmittien doit donc, au sens littéral, “mettre en œuvre” cette nécessité, la reproduire en lui afin de la rendre palpable, sensible, mais écrasante aussi.

Cette nouvelle orientation de la pensée constitutionnelle de Schmitt découle, on le suppose, d'un formidable élargissement de la problématique décisionniste qui, d'une méthode de “sociologie des concepts juridiques”, aboutit à une caractérisation globale de la condition de l'homme en tant qu'homme. De cette idée voulant que le politique – c'est-à-dire la discrimination de l'ami et de l'ennemi – constitue le foyer de sens qui irradie l'ensemble des pratiques humaines et permet de les ressaisir sous la forme simplifiée d'une “situation” existentielle, Schmitt dérive une théorie des transformations historiques de l'État, dont la périodisation est censée correspondre aux déplacements successifs du politique d'un “secteur” à l'autre (théologique, métaphysique, moral, économique, technique). Dès que le politique investit un nouveau “secteur” et délaisse son ancien terrain d'élection, la matière et les formes des conflits politiques changent, de même que les modalités du pouvoir de l'État. <sup>7</sup> Nous examinerons, dans la section qui suit immédiatement, les modalités selon lesquelles Schmitt rend compte de ces transformations successives, puis la façon dont cet abrégé d'histoire universelle se laisse absorber dans la dernière figure du politique, celle de l'État administratif “total”.

---

[1932], in : SGN, p. 62 sq.). Cf. le commentaire de Kirchheimer, “Verfassungsreaktion 1932”, in : FSV.

5 “Legalität und Legitimität”, in : VA, p. 340.

6 “Konstruktive Verfassungsprobleme” (1932), in : SGN, p. 63.

7 Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, op. cit., p. 104.

Il n'est toutefois pas douteux que cette inflexion de la pensée schmittienne réponde également aux premières convulsions annonçant l'entrée du régime de Weimar dans sa crise finale. La chute du gouvernement Müller (coalition SPD-DDP-DVP-Zentrum), le 27 mars 1930, et la mise en place d'un cabinet *überparteilich* dirigé par l'économiste Heinrich Brüning (Zentrum) marque en effet un spectaculaire renversement des fronts. Certes, dès la fin de l'année 1929, il paraissait évident que les jours de la "grande coalition" républicaine étaient comptés, tant s'avéraient inconciliables les divergences entre les partis sur la façon de faire face à la crise économique. Bien avant le krach boursier d'octobre 1929, le nombre de chômeurs sur le territoire allemand dépassait les trois millions. On sait également qu'une coterie de haut gradés gravitant autour de Paul von Hindenburg tentait de convaincre ce dernier de la nécessité d'établir un cabinet détaché des intérêts partisans et un chancelier dont le pouvoir ne reposerait plus que sur son autorité neutre de *Reichspräsident*. Mais la nomination de Brüning et les premiers mois d'exercice du pouvoir voient l'installation d'un régime inédit, hybride, qui ne pouvait manquer de fasciner Carl Schmitt : un cabinet soudé à la chancellerie, se déclarant au-dessus des partis politiques et usant massivement des pouvoirs présidentiels d'exception prévus à l'article 48 al. 2 WRV pour imposer des politiques déflationnistes inefficaces.<sup>8</sup> En face de ce cabinet de choc, un Parlement divisé, où le principal parti, le SPD, quoique marginalisé, ne se résout pas à sanctionner les actes de l'exécutif. Le système se referme peu à peu sur lui-même au cours de l'été 1930, lorsque le président dissout le Reichstag, qui vient tout juste de l'obliger à retirer deux décrets promulgués quelques jours plus tôt (le 16 juillet), et se laisse persuader

---

8 Sur la stratégie de Brüning, cf. Hans Mommsen, "Heinrich Brüning as Chancellor. The Failure of a Politically Isolated Strategy", in : *From Weimar to Auschwitz*, trad. P. O'Connor, Princeton, Princeton University Press 1991, pp. 119-140 ; et D. Peukert, *La République de Weimar*, op. cit., p. 258 sqq. Mommsen et Peukert y voient un effort continu (et irresponsable) pour instrumentaliser la crise allemande à la fois sur le plan intérieur (assainissement des finances) et sur le plan international (la question des réparations à verser aux Alliés).

par Brüning, à la faveur de l'inter règne (le 26 juillet), de restaurer les décrets en question : les élections qui suivront, le 14 septembre 1930, vont enregistrer une montée spectaculaire des nazis, dont la députation passe de 12 à 107 sièges, et l'effondrement corrélatif des formations libérales. À l'ombre de la "politique de tolérance" du SPD et du Zentrum, qui ne veulent plus courir le risque d'une nouvelle élection, se développe une pratique législative extraparlamentaire généralisée, à laquelle la plupart des publicistes de l'époque vont accorder un brevet constitutionnel.<sup>9</sup> Par la force des choses, les pouvoirs d'exception vont annexer l'ensemble des compétences législatives : les finances, le commerce extérieur, la justice, la fiscalité et les règlements de la fonction publique.

C'est précisément dans cette conjoncture que Carl Schmitt va être appelé à entamer sa carrière de *Kronjurist*. Il faut dire que, lassé de l'atmosphère provinciale de Bonn, Schmitt a accepté en 1928 de reprendre la chaire laissée vacante par Hugo Preuss (décédé en 1925) à la *Handelshochschule* de Berlin. Cette décision de quitter un poste de professeur pour un autre jugé moins prestigieux, dans une école de commerce, révèle bien le désir de Schmitt de s'approcher des milieux politiques de la capitale et de se tenir, pour ainsi dire, à la charnière entre le monde universitaire et celui du pouvoir. De fait, à partir de 1929, le réseau des relations de Schmitt s'étend rapidement vers la haute fonction publique et, bientôt, à travers Eugen Ott et Erich Marks, vers les quartiers du colonel Kurt von Schleicher. Si la rencontre décisive de ces années berlinoises fut indubitablement celle de Johannes Popitz, secrétaire d'État aux finances et expert très influent en matière de politique économique<sup>10</sup>, la première occasion pour Schmitt de mettre ses talents de légiste au service des maîtres de Berlin vient du cabinet Brüning.

---

9 De même que le *Staatsgerichtshof* de Leipzig, tribunal chargé des contentieux constitutionnels, qui approuve en la personne du juge Bumke l'utilisation de l'article 48 pour réinstaurer des décrets que le Reichstag avait auparavant abrogés.

10 Sur le rapport entre Schmitt et Popitz, cf. E. Kennedy, *Constitutional Failure*, op. cit., pp. 13-37.

Redoutant la perspective d'un nouvel affrontement avec le Reichstag après l'élection (prévue pour le 14 septembre), voulant se prémunir contre toute contestation judiciaire de son usage de l'article 48 en matière de finances, le gouvernement demande à Schmitt une expertise juridique sur la portée des pouvoirs d'exception. L'avis donné par Schmitt, favorable à une intensification de la pratique de l'état d'exception économique, satisfait pleinement les attentes des conseillers de Brüning, et le document en question se met aussitôt à circuler, le 28 juillet, dans les officines gouvernementales.<sup>11</sup> En un sens, il est tout à fait significatif que Schmitt ait dû, pour s'acquitter de cette première commande, prendre le contre-pied exact de la position qu'il avait développée, en 1924, à l'occasion d'une conférence célèbre sur « le pouvoir dictatorial du président du Reich ».<sup>12</sup>

La pensée du “virage” vers l'État administratif prend donc forme, dans l'œuvre de Schmitt, au croisement d'une vaste histoire métaphysique de l'État, d'un sens aigu de l'urgence politique et d'un effort pour justifier, sur le plan doctrinal, la pratique des pouvoirs d'exception par les “cabinets présidentiels” Brüning, Papen et, enfin, Schleicher (promu, sur les entrefaites, au rang de général). Comme on voudra l'exposer lors du pro-

---

11 Cf. Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press 1983, p. 123 sq.

12 Conférence publiée en annexe de la seconde édition de *La Dictature* (1926). Il faut saluer ici la décision des responsables de la traduction française parue aux Éditions du Seuil d'avoir conservé intégralement cette annexe. Nous aurons l'occasion de revenir plus tard sur cette conférence et sur l'expertise de 1930 qui la contredit. Notons seulement au passage que cette “contradiction” n'avait pas échappé au secrétaire d'État Herbert Dorn, qui avait choisi de confier le travail à Schmitt. Dans une lettre à Brüning datée du 30 juillet 1930, il écrit : « La conclusion à laquelle aboutit cette étude est on ne peut plus satisfaisante puisque le professeur Schmitt était l'un des seuls constitutionnalistes qui, jusqu'à présent, refusait par principe de reconnaître au président du Reich le pouvoir d'émettre des décrets sur la base de l'article 48 » (cité in : Bendersky, *Carl Schmitt*, op. cit., p. 126). Il est vrai qu'en 1924, le président du Reich n'était pas un maréchal couvert de médailles, mais un social-démocrate autrefois modeste sellier...

chain chapitre, cette nouvelle physionomie de la théorie constitutionnelle schmittienne s'accompagne d'une conceptualisation neuve de la légitimité, laquelle va chercher à articuler une compréhension singulière de la sauvegarde de la constitution (*Verfassungsschutz*) avec un pronostic saisissant concernant l'auto-liquidation du "système de légalité parlementaire". Et c'est sur ce plan qu'il sera possible de reconstruire aussi bien le dernier moment de la confrontation – le plus souvent implicite – de Schmitt avec son maître Max Weber que les termes d'une controverse – explicite cette fois – avec son propre disciple Otto Kirchheimer. Mais il est auparavant nécessaire d'éclairer l'arrière-plan conceptuel qui à la fois supporte les positions schmittiennes et en révèle les lignes de faille.

### La politique comme présupposé d'une histoire de l'État

C'est dans le texte d'une conférence prononcée le 12 octobre 1929 à Barcelone, lors d'un colloque organisé par l'Association pour la culture européenne<sup>13</sup>, que Carl Schmitt établit pour la première fois un lien systématique entre les transformations contemporaines de l'État et le concept de politique – celui-ci étant bien sûr entendu dans toute son ampleur existentielle. Sans doute Schmitt est-il conscient d'adopter ici un style crypté, émaillé de formules aphoristiques, qui devait plaire à son public du moment mais qui aurait jeté dans la perplexité l'auditeur de son séminaire de droit public de la *Handelshochschule*. Il n'empêche que c'est à l'occasion de cette conférence qu'on voit se mettre en place la grille de lecture, embrassant l'ensemble du développement de l'État moderne et prétendant en dévoiler

---

13 Le texte de la conférence de Schmitt a été publié sous le titre "Die europäische Kultur in Zwischenstadien der Neutralisierung", dans les pages de la *Europäische Revue* (vol. 5, n° 8, nov. 1929, pp. 517-530), éditée à l'époque par le prince autrichien Karl Anton von Rohan. Pour l'essentiel, cette revue servait d'organe à une aristocratie d'intellectuels littéraires, cosmopolites et mondains, dont l'orientation très conservatrice ne faisait aucun mystère. Parmi les collaborateurs réguliers de la revue, on compte Ortega y Gasset et Hugo Hofmannsthal.

l'impulsion déterminante, grâce à laquelle Schmitt va analyser la crise du régime de Weimar. Comme c'est le cas pour la plupart des conceptualisations schmittiennes, le récit des "neutralisations" successives de l'État est entièrement dominé par ce qui en constitue le terme définitif – l'ici et le maintenant – et la connaissance dont il est porteur se convertit aussitôt en des prises de positions antagonistes. « Toute connaissance de l'histoire, avertit d'emblée Schmitt, est connaissance du présent, sa clarté et son intensité lui viennent de ce présent et c'est lui qu'elle sert en dernière analyse. »<sup>14</sup>

Cette conférence de 1929 ne concernait pas, au premier chef, le destin de l'État moderne. Elle visait plutôt à éveiller un public engourdi par le nihilisme ambiant et l'effondrement des valeurs traditionnelles – l'élite intellectuelle et littéraire européenne – à la nécessité de nouvelles politiques, à la fois plus radicales et plus adéquates à l'esprit du temps. Comme dans l'essai de 1923 sur le parlementarisme, c'est au bolchevik russe, désigné ici comme le "frère extrémiste", le *doppelgänger*, incarnant l'annihilation de toute culture dans l'"antireligion de la technicité", que doit maintenant se mesurer la vitalité des politiques européens. En un sens, le fait que se déroule à la frontière de la civilisation européenne, à une échelle jusqu'alors impensable, la révolution la plus conséquente et la plus terrifiante de l'histoire pose de façon urgente, nous dit Schmitt, le problème de « la substance de l'histoire de l'Europe moderne ». <sup>15</sup> L'irruption des hordes mécanisées, l'imminence de l'affrontement avec le frère ennemi, fournit l'occasion à une élite nouvelle, qui ne reculera pas devant l'escalade dans laquelle l'entraîne son adversaire, d'assumer l'héritage européen en le réarticulant d'une façon efficace et, bien sûr, sélective. <sup>16</sup> Or, le désir frileux

---

14 Schmitt, "L'ère des neutralisations et des dépolitisations" (1929), in : NP, p. 131.

15 Ibid., p. 132 sq.

16 Carl Schmitt a-t-il en tête l'expérience du fascisme italien ? Impossible de s'en assurer, et la conférence de Barcelone ne fournit aucun indice à ce sujet. Commentant précisément ce texte de 1929, Leo Strauss écrivait dans son "Commentaire sur la *Notion de politique*" (1932) que la tâche de

de retrouver le *statu quo ante bellum*, l'effroi devant l'ampleur des possibilités destructrices, le désespoir même face au radicalisme de l'ennemi, paralysent l'élite européenne et risquent de l'amener à renoncer à son destin. Interpellant directement son auditoire, Carl Schmitt compare la situation dans laquelle elle se trouve aujourd'hui aux grands mouvements historiques de renouveau de la foi chrétienne (Cluny, la Réforme protestante, les anabaptistes, etc.) :

« La crainte du néant culturel et social [a] son origine dans une peur panique de voir disparaître le *statu quo* menacé, plutôt que dans une conscience sereine du caractère propre des processus spirituels et de leur dynamique. Toute grande impulsion nouvelle, toute révolution et toute réforme, toute élite nouvelle est le fruit d'une ascèse et de la pauvreté volontaire ou imposée, celle-ci étant avant tout renoncement à la sécurité du *statu quo*. »<sup>17</sup>

Mais où situer cette spécificité de l'histoire européenne moderne qu'il s'agit de faire valoir contre le bolchevisme ? Comment atteindre cette "conscience sereine du caractère propre" du "processus spirituel" qui nous détermine existentiellement ? Pour Schmitt, il faut comprendre ce "processus" comme la succession de quatre étapes, chacune correspondant à la domination d'un certain secteur de l'activité humaine sur les autres et, corrélativement (quoique cette relation ne paraisse pas très claire pour Schmitt), par l'hégémonie d'un type spécifique de "clercs", d'une couche porteuse intellectuelle.<sup>18</sup> L'impulsion

---

Schmitt consistait ici à « déblayer le champ pour la bataille décisive entre les ennemis mortels, entre "l'esprit techniciste", la "croyance des masses en un activisme tout terrestre et antireligieux" – et l'esprit et la foi *qui, à ce qu'il semble, n'ont pas encore de nom* » (reproduit en annexe à Heinrich Meier, *Carl Schmitt, Leo Strauss et la notion de politique*, trad. F. Manent, Paris, Julliard 1988, p. 158, je souligne). Cf. Gopal Balakrishnan, *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, Londres, Verso 2000, p. 132.

17 "L'ère des neutralisations et des dépolitisations" (1929), in : NP, p. 149.

18 « Parler de succession des secteurs dominants, c'est désigner ce seul fait concret : ces quatre siècles d'histoire européenne ont vu, de façon répétée, une relève des élites dirigeantes entraînant le changement des convictions et des arguments tenus pour évidents, celui de leurs centres d'intérêts in-

décisive, qui annonce la dislocation des représentations médiévales et des institutions qui leur sont associées, s'avère être « le passage, au xvii<sup>e</sup> siècle, de la théologie chrétienne traditionnelle à un système scientifique naturel » irrigué par la métaphysique. À l'image de Descartes, de Hobbes et de Spinoza, « tous les penseurs [sont] des métaphysiciens de grande classe et les superstitions caractéristiques de l'époque [sont] elles-mêmes cosmiques et rationalistes ». <sup>19</sup> Au xviii<sup>e</sup> siècle, le centre de gravité se déplace vers la morale, ce qui entraîne un regroupement des grands problèmes historiques autour de l'éducation, de la perfectibilité humaine et de la diffusion des Lumières. Puis, au tournant du xix<sup>e</sup> siècle, survient à nouveau un glissement, en direction de l'économie cette fois, lequel se traduit par la domination d'une « mentalité qui voit dans la production et dans la consommation les catégories centrales de l'existence humaine ». <sup>20</sup>

En un sens, un lecteur habitué à la pensée de Schmitt ne sera guère surpris par ce genre de développement. Que la succession de “secteurs dominants” commande un vaste mouvement des représentations symboliques, que ce mouvement ait, à son tour, un effet déterminant sur l'ensemble des puissances, des institutions et des ordres sociaux définissant la physionomie d'une “époque” – tout cela n'est au fond qu'une reprise de l'argument déjà exposé dans le troisième chapitre de la *Politische Theologie* de 1922 : les représentations « métaphysiques, sociologiques et politiques » forment une unité cohérente (une « image du monde », comme l'écrivait alors Schmitt), et elles entretiennent nécessairement un rapport de correspondance avec les structures sociales. <sup>21</sup> Le conférencier se contente ici d'enrichir cette thèse grâce à une périodisation de l'histoire de la modernité occidentale, rapportant chaque époque au “secteur dominant” qui

---

telle que, de leur principe d'action, du secret de leurs succès politiques, et modifiant la disposition des masses à se laisser impressionner » (ibid.,

p. 134).

19 Ibid., p. 135.

20 Ibid., p. 136.

21 Supra, p. 111 sqq.

en détermine les domaines du pensable et du possible. « Tous les concepts, toutes les notions relevant de la sphère de la culture [...], tout prend son sens concret, historique, dans la perspective du secteur central qui seul en fournit la clé ».

Si l'exposé a le mérite d'être clair, l'intérêt immédiat d'une telle construction *weltgeschichtliche* peut soulever des doutes. Que gagne-t-on, en somme, avec un tel découpage ? En quoi celui-ci renseigne-t-il sur la situation spécifique de la civilisation européenne face à son "frère extrémiste", le bolchevisme ? En fait, c'est l'issue de ce procès qui intéresse Schmitt, car il veut y trouver le terme définitif du développement de l'Europe moderne. À la centralité de l'économie succède la centralité de la technique, et c'est comme "ère de la technique" qu'il faut caractériser le xx<sup>e</sup> siècle. « Le progrès technique est si étonnant et il entraîne une transformation si rapide des situations sociales et économiques que tous les problèmes moraux, politiques, sociaux et économiques subissent l'emprise de cette réalité. »<sup>22</sup> Le tournant du siècle voit la technique s'abstraire des domaines d'activité existant alors et devenir une dimension *sui generis* de l'expérience humaine. Ce qui néanmoins fait la singularité de cette "ère de la technique" par rapport aux époques antérieures, c'est le désarroi dans lequel il plonge les "élites dirigeantes". Alors que c'était auparavant par l'action des élites que se définissait l'ordre des problèmes fondamentaux et que se déplaçait le centre de gravité d'un secteur à l'autre – d'où l'insistance de Schmitt à assigner, à chaque époque, son "clerc" respectif – l'avènement de la technique s'opère à l'initiative des "grandes masses", qui sont comme subjuguées par son pouvoir de transformation. Aux yeux des élites, la technique demeure complètement opaque : elle ne désigne rien d'autre « que la mort de l'esprit ou qu'une mécanique sans âme », et se montre obstinément rétive à tout effort de mise en sens. Schmitt mentionne ici pêle-mêle les noms de Spengler, Rathenau, Weber, Troeltsch et Scheler comme représentants typiques de cette élite déclinante, désormais confinée au désespoir et à l'inertie. À l'inverse, chez

---

22 "L'ère des neutralisations et des dépolitisations" (1929), in : NP, p. 137.

les masses « avides de conclusions extrêmes », la technique donne lieu à une formidable mythologie qui décuple leur puissance historique :

« Elles ont enjambé tous les stades intermédiaires, caractéristiques de la pensée des élites dirigeantes, et, pour ces masses, la religion des miracles et de l'au-delà s'est métamorphosée, *sans aucune médiation*, en une religion des miracles technologiques. Une religiosité magique se transforme en une technicité tout aussi magique. Ainsi donc le xx<sup>e</sup> siècle à son début se révèle l'ère, non seulement de la technique, mais encore de la foi religieuse en cette même technique. »<sup>23</sup>

L'avènement de la technique s'accompagne d'une crise des élites dans la mesure où elle mobilise une sorte de foi primitive et de sensibilité mythique que l'intelligentsia désenchantée ne peut plus éprouver. Ce qui suscite l'enthousiasme de la masse ne lui semble plus, à elle, qu'une "cage d'acier" que l'esprit a définitivement déserté, mécanique vouée à demeurer étrangère à toute culture. L'intention première de l'exposé de Schmitt est donc d'inverser ce rapport mortifère que l'élite européenne (son auditoire barcelonais, pour l'occasion) entretient depuis la fin du xix<sup>e</sup> siècle avec la technique. Il faut, pour cela, distinguer la technique (*Technik*) de la "technicité" (*Technizität*) :

« On ne saurait admettre [...] que la religion de la technicité soit confondue avec la technique elle-même. L'esprit techniciste, qui est à l'origine de la foi des masses en un activisme tout terrestre et antireligieux, *n'en est pas moins esprit*, peut-être mauvais et diabolique, irréductible cependant à une explication mécaniste et non imputable à la technique. Cet esprit est peut être effrayant, il n'est pas en lui-même un phénomène technique ou mécanique. Il est une conviction fondée sur une métaphysique activiste. »<sup>24</sup>

C'est une faiblesse coupable, ou une erreur de jugement, que de renoncer à « plier à son service le magnifique ensemble d'instruments de la technique moderne ». <sup>25</sup> Signe annonciateur, peut-être, que le temps d'une élite d'un genre nouveau est venu,

---

23 Ibid., je souligne.

24 Ibid., p. 149, je souligne.

25 Ibid., p. 148.

une élite animée par une immédiateté feinte, endurcie par un cynisme d'acier, et pénétrée d'une « foi-comme-si en des valeurs restaurées arbitrairement ». <sup>26</sup> Schmitt exhorte ici son auditoire à emprunter la seule voie qui permet d'éviter le destin d'une élite vieillie, assoupie dans les réflexions et les médiations : la voie d'un *antinihilisme nihiliste*. <sup>27</sup>

Nul doute, néanmoins, que le propos de cette conférence de 1929 excède ce programme d'une politique crypto-fasciste au seul usage des élites autoproclamées de l'Association pour la culture européenne. L'argument qui sert à étayer cette proposition politique recèle aussi une analyse des transformations structurelles qu'a connues l'État européen depuis quatre siècles. Analyse dont Schmitt ne fait ici qu'esquisser les contours, mais qui n'en occupera pas moins une place déterminante dans l'économie de son œuvre, puisqu'elle va lui permettre un va-et-vient incessant entre un plan d'intelligibilité historique de longue durée et les exigences changeantes de l'intervention dans la politique (constitutionnelle) du moment. Il ne faut donc pas perdre de vue le double-rôle que joue, pour lui, le détour par la connaissance historique : il s'agit moins de construire un cadre théorique que de revendiquer à son compte, et pour ses propres projets (aussi indéterminés fussent-ils), "l'autorité de l'histoire". En somme, c'est un dispositif particulièrement efficace de mise en œuvre de la nécessité historique, que le *Kronju-rist* établit à l'occasion de cette conférence de 1929.

Ce qui fait la spécificité du développement de l'Europe moderne – son "noyau", comme ne craint pas de l'affirmer Schmitt – c'est d'être orientée, depuis la fin des guerres de religion, par la recherche d'un "domaine neutre", d'un secteur d'activité où les antagonismes, et plus généralement la relation ami / ennemi, pourraient être dépassés. Le décisionnisme généralisé, dont le motif s'accuse progressivement dans l'œuvre

---

26 Peter Sloterdijk, *Critique de la raison cynique*, trad. H. Hildenbrand, Paris, Bourgois 1987, p. 540.

27 Cf. le commentaire absolument pénétrant de Karl Löwith, "Le décisionnisme occasionnel de Carl Schmitt" (1935), op. cit.

de Schmitt tout au long des années 1920, proposait de voir dans le politique une sorte de foyer existentiel qui irradie (potentiellement) l'ensemble des pratiques humaines et qui permet de les penser sous une forme que Schmitt aime à dire "systématique". En raison de ce primat organisateur et de son implacable objectivité, le politique fournit l'articulation entre "l'image métaphysique qu'un âge se fait du monde" et les puissances sociales qui lui sont contemporaines : il opère, en d'autres mots, une discrimination entre les problèmes essentiels, susceptibles de donner lieu à des affrontements violents, et ceux qui sont jugés périphériques, tout en commandant une série de regroupements concrets. Il fait office d'ultime principe de cohérence du monde humain. Aux xv<sup>e</sup> et xvi<sup>e</sup> siècles, par exemple, le politique s'articule dans les termes du secteur alors dominant, la théologie, de sorte que tous les conflits politiques décisifs trouvent à s'étayer, d'une façon ou d'une autre, sur des controverses théologiques. C'est seulement avec la recherche d'une paix formelle, d'une paix « qui fut non pas tiré[e] de l'idée d'une vie vécue dans la vérité mais seulement obtenu[e] par opposition à la guerre civile confessionnelle »<sup>28</sup>, que s'amorce le processus de neutralisation auquel s'ordonnera, pour les siècles à venir, la succession des secteurs dominants. L'indifférence du Prince en matière religieuse, la séparation entre la soumission extérieure des sujets et leur liberté intérieure intouchable, commande, poursuit Schmitt, l'émergence d'un nouveau secteur dominant : la métaphysique et les sciences physico-mathématiques : « on se détourna donc des argumentations et des concepts controversés de la théologie chrétienne traditionnelle pour construire un système naturel de la théologie, de la métaphysique, de la morale et du droit ».<sup>29</sup> Ce glissement historique est déterminant puisqu'il ouvre un premier « espace de véritable désengagement », un premier domaine neutre, et, corrélativement, permet la formation de l'État absolutiste comme puissance autonome, dégagée des états (*Stände*) féodaux et ecclésiastiques, annulant

---

28 E.-W. Böckenförde, "La naissance de l'État, processus de sécularisation", in : *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 109.

29 "L'ère des neutralisations et des dépolitisations" (1929), in : NP, p. 143.

un droit de résistance diffus, amorphe, au profit d'une relation protection / obéissance univoque. La substitution d'un rapport de sujétion, à faible teneur morale et volontairement superficiel, au lien de fidélité qui tenait ensemble l'*orbis christianus* médiéval constitue à la fois la conquête et la condition d'existence de l'État.

« Le désengagement de l'homme devient l'engagement de l'État. [...] La nécessité d'établir une paix durable incite l'État à concéder à l'individu un for intérieur qui diminue si peu la décision souveraine qu'il lui en devient au contraire indispensable. Que ce for intérieur soit politiquement indifférent est une nécessité constitutive de l'État s'il veut sauvegarder sa forme politique. »<sup>30</sup>

Désormais doté de sa *ratio* propre, l'État moderne émerge du terreau de cette première neutralisation, la neutralisation des antagonismes confessionnels, et avec lui s'établit une nouvelle "couche porteuse", celle des légistes et des politiques, des Jean Bodin, Michel de L'Hospital, William Barclay et Étienne Pasquier. Dans sa forme achevée – la monarchie française du <sup>xvii</sup><sup>e</sup> siècle – le nouvel ordre étatique s'édifie d'abord à travers le médium juridique, lequel ne se maintient, à son tour, que par l'activité continue de l'État, au point que « tout droit public devient droit constitutionnel : *Staats-Recht* ; et tout droit international devient droit des États : *Staaten-Recht* ». <sup>31</sup>

Si le procès de neutralisation qui commande la succession des "secteurs dominants" paraît une proposition très forte pour caractériser l'histoire de l'Europe moderne, cette construction *weltgeschichtliche* demeure marquée par une importante ambiguïté touchant, comme le notait déjà J.-F. Kervégan<sup>32</sup>, à la nature exacte de la relation entre les « images du monde » et la forme concrète de l'organisation étatique (la "direction administrative", pour parler en termes wébériens). Certes, on peut

---

30 Reinhard Koselleck, *Le Règne de la critique*, trad. H. Hildenbrand, Paris, Minuit 1979, p. 32.

31 "La formation de l'esprit français par les légistes" (1942), in : Schmitt, *Du politique*, éd. A. de Benoist, Puiseaux, Pardès 1990, p. 195.

32 Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, op. cit.

concéder à Schmitt que l'apparition de l'État comme entreprise de dégagement du politique, entreprise qui simultanément déclenche la neutralisation et en tire sa force, caractérise en propre le destin de l'Europe moderne. Et l'on peut admettre, du même souffle, que le concept d'État représente « un concept historique, liée à une époque déterminée, un concept concret ».<sup>33</sup> Toutefois, alors qu'il paraît se transformer sous l'impulsion des neutralisations et des déplacements du politique, l'État, précisément en ce qu'il maintient sa pleine altérité face aux autres puissances de socialisation, est désigné comme le seul et unique opérateur de ces neutralisations. On ne sait plus, en somme, si l'on doit prêter à l'État une force motrice propre, une forme d'autonomie fonctionnelle, ou au contraire s'il ne fait que répercuter un mouvement "infrastructural" (la succession des "images du monde") qu'il ne peut maîtriser. La théologie politique de Schmitt oscille ainsi entre, d'une part, un déterminisme soucieux d'imputer les changements physiologiques de l'État à l'émergence de nouvelles représentations du politique et, d'autre part, une approche endogène, qui insisterait sur la capacité de l'État à les susciter et à les mettre à son service.

À défaut de résoudre cette difficulté, la théologie politique généralisée<sup>34</sup> esquisse une typologie des formes d'État que les textes subséquents (*Der Hüter der Verfassung* et *Legalität und Legitimität*) vont venir enrichir. La position du théologique comme "secteur dominant" de l'expérience humaine s'accompagne d'une figure limite de l'État, celle de l'État juridictionnel (*Jurisdiktionsstaat* ou *Justizstaat*), qui trouve son caractère distinctif dans la suprématie de la judicature sur toute autre

---

33 "Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff" (1941), in : VA, p. 383. Quelques lignes plus loin, Schmitt rend hommage à Max Weber pour avoir souligné le sens « historico-concret » de la notion d'État : « Pour Max Weber, l'État est un produit spécifique et une composante du rationalisme occidental, et l'on ne doit pas désigner [par ce terme] les organisations de domination d'autres époques et d'autres cultures ».

34 Cf. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, op. cit., p. 102.

fonction étatique. Cette judicature n'est pas seulement différenciée fonctionnellement ; elle surplombe l'État dans sa totalité et dispose du pouvoir de trancher en dernier ressort l'ensemble des conflits sociaux. La marque déterminante de la souveraineté se présente ici sous la forme d'une "compétence" juridictionnelle, et le roi comme juge de dernier appel, à la fois *legibus solutus* et *legibus alligatus* – dualité que résume la formule de Jean de Salisbury dans son *Policraticus* de 1159 : « Que le Prince, bien qu'il ne soit pas lié par les liens de la Loi, est cependant le serviteur de la Loi, tout comme celui de l'équité. »<sup>35</sup> Selon Schmitt, cette configuration particulière possède une orientation conservatrice et ne convient qu'à des époques organiques, « dotées d'une vision stable du Droit et d'une propriété bien établie », car « on ne peut pas encore parler d'un "État" au sein d'une telle société puisqu'au lieu d'une unité politique, on ne trouve qu'une communauté de droit, communauté apolitique du moins fictivement ».<sup>36</sup>

Reposant sur la neutralisation du domaine théologique et le dépassement de la guerre civile confessionnelle, les siècles de la métaphysique et de la morale sont marqués, quant à eux, par l'émergence et la consolidation de l'absolutisme princier. Le plus souvent contre la résistance des puissances féodales et traditionnelles, le pouvoir patrimonial s'affaire, au moyen d'une direction administrative de plus en plus centralisée, à médiatiser l'ensemble des ordres juridiques présents sur son territoire. Organisés autour d'un pouvoir d'abrogation et de dérogation illimitée, les attributs du souverain sont désormais définis en termes de décision absolue et exécutoire, et ils se regroupent autour de la figure du monarque ainsi que de son conseil (chancelier, maître de l'échiquier, intendants, généraux, etc.). C'est en raison de cette capacité de décision jalousement préservée face aux prétentions des « puissances indirectes » que l'État

---

35 Ernst Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, trad. J.-Ph. Genet et al., repris in : *Œuvres*, Paris, Gallimard (coll. Quarto) 2000, p. 733. Pour un exposé synthétique de cette conception "judiciaire" de la souveraineté, cf. O. Beaud, *La Puissance de l'État*, Paris, P.U.F. 1994, pp. 38-42.

36 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 267.

gouvernemental en est venu à s'identifier à l'État tout court.<sup>37</sup> Qu'il se déclare « neutre entre Rome et Genève » et se dégage du coup des querelles théologiques, l'existence de cet État gouvernemental (*Regierungsstaat*) prend néanmoins appui, dans un premier temps, sur la métaphysique et les sciences naturelles (d'où le développement des doctrines de la *ratio status*, des sciences camérales et de la statistique), avant d'investir le domaine de la morale au sens large, celui des mœurs et de la civilisation (l'idéal du gouvernement "tempéré", le despotisme éclairé, l'émergence de la *Polizeiwissenschaft*).<sup>38</sup>

La migration du politique de la morale vers l'économie, la transfiguration des conflits moraux, culturels, civilisationnels en luttes de classes, s'accompagne d'une nouvelle transformation de l'État qui va imposer sa marque, nous dit Schmitt, sur l'ensemble du XIX<sup>e</sup> siècle : ce sera le siècle de l'État législatif (*Gesetzgebungsstaat*), État dans lequel prédominent des normes générales, formelles et impersonnelles – les lois – qui garantissent un espace de liberté bourgeoise et d'initiative individuelle. Or ces lois, écrit Schmitt dans un passage instructif de son essai de 1932 *Legalität und Legitimität*, s'avèrent en elles-mêmes indissociables d'une forme de séparation des pouvoirs qui se répercute dans l'ensemble des fonctions étatiques :

« L'organisation effective de l'État législatif aboutit toujours à la séparation entre loi et application de la loi, entre législatif et exécutif. Il ne s'agit pas d'une division seulement théorique ou d'une précaution psychologique contre la soif de puissance des hommes. C'est le principe fondateur, positif, immédiatement nécessaire de l'État législatif, dans lequel ce ne sont pas les hommes ou les personnes qui doivent dominer, mais les normes qui doivent valoir. Le sens spécifique et ultime du "principe de la légalité" de l'ensemble de l'activité étatique réside dans le fait qu'il n'y a plus ni domination ni obéissance,

---

37 "Machtpositionen des modernen Staates" (1933), in : VA, p. 367.

38 Cf. Michel Foucault, "Omnes et singulatim : vers une critique de la raison politique", in : *Dits et écrits*, vol. 2, Paris, Gallimard (coll. Quarto) 2001, pp. 953-980.

puisqu' seules des normes valides et impersonnelles sont mises en œuvre. »<sup>39</sup>

Cette préséance absolue accordée à la loi et à l'organe chargé de son élaboration, la solubilité de tout acte étatique dans la loi parlementaire, découle d'« une croyance (typiquement cartésienne) dans les *idées générales* »<sup>40</sup>, dans le pouvoir de la généralité qui garantit l'impersonnalité de la domination et protège « l'idée d'un droit normatif, prévisible, contre la simple adéquation fonctionnelle de mesures et d'ordonnances liées à des situations changeantes ». <sup>41</sup> C'est dans cet élément de prévisibilité et d'objectivité que transparait, selon Schmitt, le rapport entre l'État législatif et la rationalité économique. <sup>42</sup> Mais il ne faut pas conclure pour autant que, dans le cadre du capitalisme de concurrence, l'État législatif fasse figure de "conseil d'administration de la bourgeoisie", pour employer la célèbre formule de Marx. Bien plutôt, c'est l'avènement de l'économie au rang de "secteur dominant" et la cristallisation des antagonismes politiques autour d'elle qui exigent de nouveaux modes de régulation, plus abstraits et plus formels que la chaîne de commandement sur laquelle reposait la bonne marche de l'État exécutif. En raison de cette « dialectique de la neutralisation » qui veut que « le domaine neutre, à peine occupé, se transforme aussitôt en un champ d'affrontement », l'État légi-

---

39 "Legalität und Legitimität", in : VA, p. 264.

40 Ibid., p. 270.

41 Ibid., p. 271.

42 Dans un pamphlet de 1925, Carl Schmitt reprend l'image wébérienne du "cosmos rationalisé" et, toujours à la suite de Weber, qualifie la rationalité économique moderne par les termes de *Sachlichkeit* et de *Berechenbarkeit*. « Un merveilleux mécanisme rationnel se met au service de toute demande, toujours avec le même sérieux et la même précision, qu'il s'agisse d'une chemise de soie, d'un gaz toxique ou d'autre chose. Le rationalisme de la pensée économique s'est habitué à compter avec certains besoins et à ne voir que ce qu'il peut satisfaire. Ce rationalisme s'est constitué dans la grande ville moderne un édifice dans lequel tout se passe de façon prévisible » (*Römischer Katholizismus und politische Form*, Stuttgart, Klett-Cotta 1984, p. 25). Cf. Colliot-Thélène, "Carl Schmitt contre Max Weber", in : *Études wébériennes*, Paris, P.U.F. 2001, à qui nous empruntons une partie de la traduction du passage cité plus haut.

slatif ne peut se montrer entièrement neutre par rapport à l'économie – sauf bien sûr à cesser d'être un État et à basculer dans la guerre civile. Car « l'État qui, à l'ère de l'économique, renonce à discerner et à diriger correctement les faits économiques se voit forcé de se déclarer neutre vis-à-vis des problèmes et des décisions politiques et il renonce de ce fait à toute prétention à la domination ». <sup>43</sup> Aussi, si les impératifs économiques ont semblé commander les transformations de l'État tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, c'est seulement parce que ces impératifs avaient déjà entre-temps acquis un caractère éminemment politique, c'est-à-dire "existentiel", déterminant désormais la grammaire de l'antagonisme ami/ennemi. Qu'en confinant l'exercice du pouvoir au domaine de la loi, l'État législatif se présente volontiers comme une forme "négative" de la souveraineté, cela ne doit abuser : il a toujours été « aussi fort que la situation sociopolitique et que les intérêts privés l'exigeaient ».

« Il a livré la guerre et réprimé les grèves ; avec une marine puissante, il a protégé ses investissements ; avec une armée forte, il a étendu ses frontières ; au moyen de la police, il a maintenu "paix et ordre". Ce fut un État fort précisément dans les sphères dans lesquelles il se devait d'être fort et dans lesquelles il voulut l'être. » <sup>44</sup>

État de justice, État gouvernemental et État législateur définissent ainsi une séquence historique qui trouve son point d'aboutissement dans l'apparition, au sortir de la Grande Guerre, de l'État administratif (*Verwaltungsstaat*). Celui-ci correspond, dans le schéma schmittien, à l'autonomisation de la technique par rapport à l'économie et à son ascension au rang de "secteur dominant". En raison de la date récente de son apparition, en raison surtout de la difficulté persistante à identifier l'"essence" de la technique, le terme d'"État administratif" désigne chez Schmitt une réalité aux contours encore mouvants et incertains. Certes, il faut bien admettre avec

---

43 "L'ère des neutralisations et des dépolitisations" (1929), in : NP, p. 140.

44 Franz Neumann, "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft", op. cit., p. 552.

Max Weber que l'« administration » constitue « le trait distinctif de l'association politique en général ».

« La relation étroite entre l'État et l'administration s'est imposée à notre conscience historique avec une grande netteté au XVI<sup>e</sup> et au XVII<sup>e</sup> siècles, à mesure que l'association politique s'organisait et qu'elle se différenciait, en tant qu'"État", au moyen d'un appareil bureaucratique opérationnel, de la simple communauté de "préservation du droit". »<sup>45</sup>

C'est pourquoi il devient difficile d'envisager un État administratif pur sans s'enfermer dans un raisonnement tautologique. Provisoirement, Carl Schmitt préférera donc caractériser cette nouvelle configuration de la puissance étatique à l'aune de son « expression spécifique », qu'il identifie comme étant « la mesure [*Maßnahme*] déterminée uniquement en fonction des circonstances, orientée vers une situation concrète et entièrement motivée par des considérations d'opportunité ».<sup>46</sup> L'État administratif, poursuit Schmitt, est celui qui adopte comme maxime la formule « les choses s'administrent elles-mêmes ». C'est dire que l'appareil administratif acquiert ici une dignité nouvelle, à mesure que ses modalités d'intervention se différencient et se complexifient pour répondre au développement technique. L'importance prise par la radio et le cinéma, sur lesquels Schmitt revient à maintes reprises au début des années 1930, témoigne de ce déplacement :

« On observe chez tous les États de la planète le même phénomène : aucun d'eux ne peut laisser les nouveaux médiums techniques lui glisser des mains. En dépit de toutes les proclamations solennelles de droits et de libertés, malgré l'abolition de la censure, malgré la parité et la neutralité érigées en principe, l'État moderne est forcé d'exercer un contrôle intensif sur la radio et le cinéma. »<sup>47</sup>

En somme, la maîtrise du politique se trouve désormais intimement liée à la capacité de la "direction administrative" à mettre au point de nouvelles régulations, à la fois souples et

---

45 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 267.

46 Ibid., p. 265.

47 "Machtpositionen des modernen Staates" (1933), in : VA, p. 368.

concrètes, et à disposer de celles-ci tout en s’émancipant du pouvoir judiciaire, de la hiérarchie des organes et des garde-fou légaux. “Tournant” ou “virage” (*Wendung*), c’est par ce “concept dynamique” (Koselleck) que Schmitt choisit de nommer le processus par lequel l’État moderne est conduit, sous l’impulsion d’une administration de plus en plus autonome, à épouser l’évolution technique et à faire de ses critères les siens propres.

La théologie, les sciences et la métaphysique, la morale et l’économie – l’accession de chacun de ces domaines au rang de “secteur dominant” déterminait tour à tour une certaine morphologie du politique, une certaine image de la relation ami / ennemi, et délimitait, à sa périphérie, une vaste zone “neutralisée”. D’où s’ensuivait une succession des types d’État, en fonction de leur affinité à certaine figure de l’hostilité et de la neutralité. Nul besoin d’en dire davantage pour voir tout l’intérêt que cette construction historico-conceptuelle revêt pour la théologie politique schmittienne. À partir d’un découpage de l’expérience humaine en divers “secteurs”, elle permet de rendre opératoire la perspective du “décisionnisme élargi” que les ouvrages de 1922 (*Politische Theologie*) et de 1927 (*Der Begriff des Politischen*) s’attachaient à développer. Cette perspective devient maintenant la toile de fond sur laquelle Schmitt entreprend d’exposer la crise qui ébranle l’État moderne depuis le début du xx<sup>e</sup> siècle. À cette crise est associé le terme énigmatique d’“État total”, terme contradictoire – pour autant que l’on envisage l’État comme un dispositif de limitation et de circonscription du politique – qui veut désigner le point d’aboutissement du processus de neutralisation.

Contrairement aux figures antérieures de l’État, l’État administratif ne semble pas devoir assumer une forme institutionnelle distinctive. Il se développe plutôt de façon parasitaire, en s’accrochant aux instances de l’État législatif-parlementaire et en s’infiltrant dans leurs brèches. À suivre Schmitt, il faut en chercher la raison dans la nature même du “secteur dominant” qui lui correspond, la technique, et dans ce qui distingue radi-

calement la « neutralité de la technique » par rapport à la « neutralité de tous les secteurs qui l'ont précédé ». <sup>48</sup> « De la technique pure, lit-on dans la conférence de 1929, on ne saurait tirer aucune de ces conclusions qui se déduisent habituellement à partir des secteurs dominants de la vie spirituelle : ni une conception du progrès de la civilisation, ni un type de clerc ou de chef spirituel, ni un système politique défini ». <sup>49</sup> C'est bien une crainte propre aux élites déclinantes que de croire à l'existence d'une « politique de la technique », politique immanente et exempte d'« esprit », politique parfaitement objectivée et, du coup, imperméable à toute *Führung*. C'est en somme « douter de son propre pouvoir de plier à son service le magnifique ensemble d'instrument de la technique ». <sup>50</sup> Car, enchaîne Schmitt, les principes et les perspectives « exclusivement techniques ne fournissent ni les termes du problème politique ni une réponse à ce problème ». À l'instar de l'État administratif, la technique dessine une constellation en attente de sa forme définitive. La question qui reste ouverte sera donc celle de savoir si ce déficit de représentation est provisoire, ou s'il n'exprime pas un trait plus définitif du destin de l'Europe moderne, la fin de l'ère des neutralisations. <sup>51</sup>

Ce qui est certain, c'est que dans sa recherche de la neutralité, l'État européen a atteint avec la technique un domaine qui lui résiste et le met radicalement en question. Principe dynamique dépourvu de toute aspérité, de toute frontière, de tout *nomos*, la technique ne permet pas de tirer une ligne de front claire qui structurerait et stabiliserait la relation polémique

---

48 "L'ère des neutralisations et des dépolitisations" (1929), in : NP, p. 145.

49 Ibid., p. 146.

50 Ibid., p. 148.

51 Dans un texte particulièrement alambiqué publié en 1939 (qui se présente comme un commentaire de l'ouvrage *Das Reich und die Krankheit der europäischen Kultur* de Christoph Steding), Schmitt présente la notion prussienne d'"empire" (*Reich*) comme un dépassement possible du processus de neutralisation et du "mythe de l'État" qui singularisaient la trajectoire de l'Europe moderne. On trouve une traduction française de ce texte décousu de Schmitt dans *Du politique*, éd. A. de Benoist, Puiseux, Pardès 1990, pp. 101-126.

ami / ennemi. À mieux dire, cette relation, sous l'effet d'une « désagrégation des fronts »<sup>52</sup>, perd en même temps que sa localisation l'implacable objectivité que Carl Schmitt lui attribuait. Aussi, diffuse et diffractée, sans localisation précise, l'expérience de l'affrontement violent s'étend-elle simultanément et indistinctement à l'ensemble des activités sociales et des secteurs de la « vie culturelle ». L'État administratif est, en lui-même, « État total »<sup>53</sup> puisque, comme l'écrit très justement Kervégan, il est « la manifestation transparente, rendue possible par le brouillage des neutralisations traditionnelles, de l'essence du politique »<sup>54</sup> – ou, si l'on veut, le politique pleinement actualisé. « Il clôt ainsi l'histoire moderne en favorisant le renversement, ou l'*Aufhebung*, des neutralisations antérieures. »<sup>55</sup> Il indique le point de basculement de la forme étatique, le moment où celle-ci ne connaît plus rien d'*essentiellement non politique* et, pour cette même raison, plus rien d'*essentiellement politique*. En lui s'exprime en fin de compte le terme *logique* de l'État, une aporie fondatrice qui déchaînerait enfin toute sa potentialité destructrice.

Le virage vers l'État total, l'irruption d'un nouvel “état de nature” – plus ambigu et, par conséquent, plus dangereux que le *bellum omnium contra omnes* – exige le déploiement de stratégies que le constitutionnaliste Hermann Heller a désignées, à l'époque, par le terme suggestif de « libéralisme autoritaire ».<sup>56</sup> Tant politiques que discursives, ces stratégies sous-tendent l'ensemble des interventions de Carl Schmitt entre 1930 et 1933. En un sens, elles tirent les leçons de l'épuisement de la légitimité démocratique, de la puissance de l'identité et de l'*acclamatio*, épuisement que Schmitt sera amené à constater à

---

52 L'expression est de P. Sloterdijk (*Critique de la raison cynique*, op. cit., pp. 513-518).

53 “Legalität und Legitimität”, in : VA, p. 266.

54 Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, op. cit., p. 88.

55 *Ibid.*, p. 107.

56 H. Heller, “Autoritärer Liberalismus” (1933), in : *Gesammelte Schriften*, vol. 3, op. cit., pp. 645-653. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question ultérieurement.

la faveur d'une analyse de l'éclatement du régime weimarien. État total, pluralisme et légalité parlementaire sont les trois fils directeurs qui, s'entrecroisant selon des motifs variables, composent la trame de cette analyse pour le moins idiosyncrasique. La prochaine section s'attardera à en dégager les lignes de force, sur la base du second chapitre de l'important ouvrage *Der Hüter der Verfassung* (1931). Cherchant à cerner avec le plus de précision possible "la situation constitutionnelle concrète du présent", Carl Schmitt pose rien de moins que les prémisses d'une nouvelle compréhension de la légitimité, articulée non plus, cette fois, dans le langage du *mythos* politique mais dans celui, plus prosaïque et plus plastique, de l'analyse sociologique. C'est donc à l'orée d'un moment historique décisif – alors que les forces en présence se mesurent et que les premiers pions s'avancent – que le décisionnisme généralisé schmittien choisit d'adopter un nouveau mode d'intervention théorique, qui sera simultanément sa tactique de combat. Mais le plus étrange est sans doute que ce qui se voulait l'expression d'une décision résolue pour le politique et l'État se soit révélé, dans le choc de la bataille, grevé d'ambivalences et d'indécisions.<sup>57</sup>

### Pluralisme, polycratie et législateur motorisé

La thématique du "virage vers l'État total" apparaît pour la première fois dans l'œuvre de Schmitt au milieu d'une section du second chapitre de l'ouvrage sur le *Gardien de la constitution*. La présence du terme *Lage* dans le titre de ce chapitre ("Die konkrete Verfassungslage der Gegenwart") indique de quel type d'explication il s'agit : une explication qui tient à la caractérisation d'une certaine "situation" à la fois cohérente et contraignante, à la fois "spirituelle" et concrète, déterminant les bornes des possibles politiques, sociaux, humains pour une époque donnée. De fait, l'argument schmittien s'apparente à ce

---

57 Karl Löwith esquisse, en conclusion de son texte de 1939 "Max Weber und seine Nachfolger" (in : *Sämtliche Schriften*, vol. 5, Stuttgart, Metzler 1981, p. 418), un portrait de Schmitt en déserteur.

que l'historien Hayden White nomme une « explication par mise en intrigue » (*explanation by emplotment*), dans laquelle tout le poids de « l'effet explicatif » repose sur la trame narrative et se passe, pour ainsi dire, d'une articulation théorique explicite.<sup>58</sup> En d'autres termes, tout se déroule comme si l'histoire passée contenait déjà, en son sein, un sens univoque et nécessaire, qu'il s'agit seulement pour le savant de reconnaître et de laisser s'exprimer. Avec cette différence que, contrairement aux historiens "réalistes" du XIX<sup>e</sup> siècle auxquels White applique son analyse, le discours et la science du constitutionnaliste Carl Schmitt s'ordonnent entièrement, dès 1929, à l'impératif d'une intervention concrète dans l'arène politique. D'où cet effort incessant, qui traversera toute l'œuvre schmittienne ultérieure, pour amener le lecteur à envisager l'histoire récente, celle du Reich et de la République, en fonction de l'obligation d'une action radicale *hic et nunc*, et pour redoubler le sens univoque du passé par la nécessité actuelle d'une action tout aussi univoque. Et c'est à cette hauteur et en ces termes que se réarticule la question de la légitimité.

Dans l'économie de la pensée schmittienne, la thématique de l'État total s'apparente moins à un concept ou à une hypothèse qu'à un immense piston qui propulse le travail théorique en lui appliquant une pression presque mécanique. À dire vrai, l'État total ne désigne pas un "état" – ce qui supposerait une forme de stabilité et de normalité – ou encore un diagnostic, mais bien une "situation" que Schmitt voudrait toute de négativité et de mobilité. Le "virage vers l'État total" interdit à la pensée de s'inscrire dans une tradition ou de se référer aux notions anciennes ; il est, au contraire, porteur d'une exigence de nouveauté et d'invention qui libère l'analyse de l'embaras de l'ancien. Pour la théorie constitutionnelle tout particulièrement, cette exigence est indissociable d'une condamnation du statu quo, perçu à la fois comme impossible et intenable.

---

58 Hayden White, *Metahistory. The Historical Imagination in Nineteenth-Century Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press 1971, pp. 140-143.

« Si l'État d'aujourd'hui est censé être un État législatif, si survient en outre une extension telle des domaines de la vie et de l'activité de l'État que l'on peut déjà parler d'un virage vers l'État total, et si en même temps le corps législatif devient le théâtre et le centre de la partition pluraliste de l'unité étatique en de nombreux complexes sociaux fortement organisés, il ne sert pas à grand-chose de parler de "souveraineté du Parlement", avec des formules et des contre-formules forgées pour la monarchie constitutionnelle du XIX<sup>e</sup> siècle, dans l'espoir de répondre à la question la plus difficile du droit constitutionnel actuel. »<sup>59</sup>

On pourrait multiplier les exemples de ce procédé rhétorique dans l'œuvre schmittienne des dernières années de la république de Weimar. Ainsi, dans une conférence de janvier 1931, le constitutionnaliste use de ce procédé afin de justifier les politiques de compression dans la fonction publique, mises en œuvre par les décrets du gouvernement Brüning au cours des mois précédents :

« Il serait non seulement faux sur le plan politique, mais sur le plan juridique également, de confier à l'État économique moderne, en guise d'instrument de dernier recours, le seul état d'exception militaro-policié [propre à] un État qui, par principe, ne s'occupe pas d'économie et, comme cela était typique pour tout le XIX<sup>e</sup> siècle, procède de la fiction d'une économie non étatisée et d'un État non économique. Le développement d'un état d'exception économique et financier ne se produit nullement de façon contingente, mais s'enracine profondément dans l'évolution générale de notre État. »<sup>60</sup>

Pour autant, tout cela ne dispense pas d'examiner la teneur propre de l'argument schmittien, ainsi que l'explication de la genèse "socioéconomique" de l'État total qui est convoquée à son appui. Le virage vers l'État total est tout d'abord envisagé par Schmitt à l'échelle macroscopique : son point de départ est la dissolution du modèle classique de l'État de droit du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans la mesure où l'on admet que la division de l'État et de la société civile constituait le fondement du droit

---

59 HV, p. 91.

60 Schmitt, "Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung" (1931), in : VA, p. 259.

politique bourgeois du XIX<sup>e</sup> siècle, la fonction du Parlement dans cette constellation idéaltypique, Schmitt insiste sur ce point, était de servir d'interface entre un État neutre et une société purement privée (c'est-à-dire non étatique, *staatsfreie*) ou, à mieux dire, d'espace de mise en scène de la société face à l'État. En ce sens, l'État du XIX<sup>e</sup> siècle possédait une structure dualiste, il constituait « une mise en balance de deux formes d'État » : État exécutif d'une part – qui n'est autre que l'État moderne tout court puisque celui-ci, comme Schmitt aime à le rappeler, est « en son fond » (*in seinem Kern*) exécutif<sup>61</sup> – État législatif, d'autre part, dont le rôle s'avère essentiellement défensif puisqu'il protège un espace d'activité désétatisé. D'un côté donc, l'État se révélait

« suffisamment fort pour se poser de façon autonome face aux autres forces sociales et pour déterminer à partir de lui-même [leur] regroupement, de sorte que les nombreuses différences à l'intérieur de la société “libre d'État” – oppositions confessionnelles, culturelles, économiques – se trouv[ai]ent relativisées. »<sup>62</sup>

De l'autre, face à cet État solide, autoritaire et aux contours nettement délimités, la société acquiert une forme d'unité qu'on aurait tort de ne considérer que sous son aspect négatif : Schmitt insiste au contraire sur son « sens spécifiquement *politique*, et donc *polémique* ». <sup>63</sup> Dans la “situation concrète”, au centre de cette constellation de forces opposées, le Parlement apparaissait comme l'instance capable de garantir les droits de la société civile, non pas tant parce que son activité doit respecter un principe matériel de justice inscrit dans la constitution – Schmitt au contraire rappelle l'incompatibilité qui existe entre l'État législatif et le principe de la justiciabilité constitutionnelle<sup>64</sup> – mais parce qu'on est assuré que l'assemblée, en raison de sa compo-

---

61 “Machtpositionen des modernen Staates” (1933), in : VA, p. 367.

62 HV, p. 73 (traduit partiellement sous le titre “Le virage vers l'État total”, in : PD, p. 153).

63 HV, p. 74 [PD, p. 154].

64 Schmitt emploie les termes de “*Verfassungsjustiz*” et de “*Staatsgerichtsbarkeit*” (HV, p. 76).

sition (élection entre une pluralité de candidatures indépendantes) et de ses modalités de fonctionnement (procédures de débat contradictoire et de vote à la majorité), n’usera pas de ses pouvoirs pour violer la constitution. Car dans ce schéma dualiste, seul le pouvoir exécutif – pouvoir du prince et des ministres – pourrait porter atteinte à la constitution, laquelle n’est autre chose qu’un pacte entre la représentation nationale et la monarchie patrimoniale. Espace de publicisation et de contrôle du pouvoir gouvernemental, l’assemblée législative incarnait donc un principe de minimisation de la domination.

Cette position particulière du corps législatif et la propriété de contre-pouvoir qui lui est inhérente n’ont été possibles, avertit Schmitt, « que dans une situation bien déterminée ».

« On y suppose toujours que le Parlement, l’assemblée législative, en tant que représentant du peuple ou de la société, [...] voit devant lui, comme partenaire du pacte constitutionnel, un État monarchique de fonctionnaires, indépendant et fort. Dans la mesure où il est représentant du peuple, le Parlement devient alors le véritable gardien de la constitution et son garant, car l’autre partenaire du contrat, le gouvernement, ne l’a conclu que contraint et forcé. »<sup>65</sup>

Or, l’effondrement de l’État monarchique de fonctionnaires (*Beamtenstaat*) et la parlementarisation des fonctions exécutives – ce dernier point étant l’un des *leitmotive* de la critique par Weber de l’État wilhelminien<sup>66</sup> – a fait disparaître la polarités qui sous-tendait cette constellation. Dans l’État législatif pleinement accompli, il ne subsiste plus en principe de distance entre l’État et la société, et le Parlement n’est rien d’autre que l’organe de l’“auto-organisation de la société” *via* l’État. Ce qui intéresse tout spécialement Schmitt dans cette nouvelle donne, fidèle en cela à sa méthode décisionniste, c’est la façon dont cette transformation de la fonction du Parlement se répercute sur la constitution matérielle de l’État, c’est-à-dire sur le fonc-

---

65 HV, p. 78 [PD, p. 160].

66 Wolfgang J. Mommsen, *Max Weber et la politique allemande, 1890-1920*, trad. J. Amsler et al., Paris, P.U.F. 1985, p. 25 sqq.

tionnement effectif des pouvoirs et des instances participant à la “concrétisation définitive” du droit.

Développement, d’abord, d’une exigence de justice constitutionnelle sur la base d’une méfiance envers la toute-puissance de l’État législateur. On exige des garanties contre l’assemblée législative dès l’instant où celle-ci paraît disposer de l’ensemble du pouvoir d’État et que, dégagé de la structure dualiste antérieure, ce pouvoir tend à s’étendre indéfiniment. Schmitt vise ici, sans que la référence ne soit explicite, les appels de plus en plus insistants de certains de ses collègues d’orientation conservatrice – Erich Kaufmann au premier chef – en faveur d’un contrôle de conformité par les juges des lois parlementaires, au regard de principes “naturels” de justice et d’équité. Ces appels ont valeur de symptôme, ils ne sont que de simples « réactions instinctives [*reflexartigen*] » puisque, comme ne craint pas de l’écrire Carl Schmitt, ils ne reposent pas sur « une connaissance concrète de la situation constitutionnelle globale ». <sup>67</sup> Cet appel à l’autorité du juge ne tient pas compte, en somme, des conditions réelles d’effectuation des normes métalégales de justice et d’équité : ou bien, elles se révèlent *in fine* à la disposition du législateur et de sa propre capacité d’interprétation, et l’on ne voit plus très bien en quoi consisterait le pouvoir d’opposition d’un organe judiciaire ; ou bien, ces normes se révèlent indéterminées et controversées, auquel cas il n’est pas du tout certain qu’un organe judiciaire soit le mieux placé pour en assurer la « concrétisation définitive ». <sup>68</sup>

---

67 HV, p. 82 [PD, p. 166].

68 Un raisonnement qui s’appuie sur une distinction que l’on jugera très doctrinaire entre la décision *judiciaire* – réduite pour l’occasion à un simple travail de subsomption – et la décision *politique*. Cette distinction est développée dans un article de 1929 intitulé “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” (1929), in : VA, notamment pp. 78-81. Comme l’a bien vu Kelsen, cette distinction est de part en part “idéologique”. Sur cette question, voir le commentaire éclairant de Stanley L. Paulson, “Arguments conceptuels de Schmitt à l’encontre du contrôle de constitutionnalité et réponse de Kelsen” (in : Herrera [dir.], *Le Droit, le politique*, op. cit.,

Mais la répercussion la plus importante de ce changement dans la position du Parlement – et c’est l’une des contributions indéniables de Schmitt à la théorie constitutionnelle que de l’avoir mise au jour – réside dans l’érosion du concept traditionnel de loi parlementaire, avec comme corollaire direct la débâcle du “système de légalité” propre à l’État législatif. Ce qui pose en effet problème dans la dissolution du dualisme propre à l’État du XIX<sup>e</sup> siècle et dans le “virage vers l’État total”, c’est en fait *la disparition des conditions sous lesquelles la loi parlementaire pouvait constituer un médium d’intervention efficace, prévisible et univoque*. Carl Schmitt cherche à expliquer ce bouleversement “infrastructurel” (si l’on veut) au moyen d’une dialectique du pluralisme et de ce qu’il appelle la “polycratie”, dialectique sur laquelle il vaut la peine de s’attarder quelques instants.<sup>69</sup>

La distance séparant les premières réflexions de Schmitt sur la “situation historico-spirituelle” du parlementarisme, dont faisait état l’ouvrage de 1923, et le diagnostic de crise exposé dans les dernières années de République devient manifeste. Car il n’est plus question, en 1931, d’imputer cette crise à un oubli des fondements métaphysiques du “système” parlementaire, ni à la perte de “crédit” de l’institution. Embrassant un décisionnisme généralisé, la pensée de Schmitt s’est débarrassée de tout résidu émanatiste en même temps que du réalisme conceptuel qui la rendait vulnérable à la critique “wébérienne” de Richard Thoma.<sup>70</sup> Ce dont il est désormais question, au fond, c’est de la capacité des pouvoirs étatiques (entendre, toujours, “exécutifs”) à conserver une quelconque capacité de décision. Que l’État *stricto sensu* puisse perdre cette capacité, qu’il cesse alors d’exister comme État – c’est-à-dire comme dispositif de neutralisation du politique – et qu’il doive céder sa place à un autre

---

pp. 243-259). On peut se demander si cette distinction est compatible avec les prémisses d’une analyse décisionniste cohérente.

69 Nous laissons de côté le problème posé par le fédéralisme, qui fait l’objet d’une section de HV, bien conscient qu’il exigerait un long développement n’ayant pas sa place ici.

70 Cf. supra, p. 173.

dispositif qui ne semble pas encore avoir de nom, l'hypothèse ne pouvait guère être posée en ces termes en 1923. En revanche, entre 1930-1933, c'est cette même hypothèse qui organise l'analytique schmittienne autour de la désuétude de la loi.

En outre, afin de marquer davantage la distance entre les deux stratégies théoriques, Schmitt redouble et complète son explication historico-conceptuelle du "virage vers l'État total" par une genèse que l'on dira "sociopolitique", en ce qu'elle met l'accent sur un processus d'interpénétration de l'État et de la société qui déborde largement le cadre d'un mouvement interne aux doctrines politiques – peu importe l'efficacité "mythique" qu'on leur prête – et aux institutions. Schmitt sait maintenant que la nécessité à l'œuvre dans les concepts et les idées n'est pas directement convertible dans le domaine politique, et que s'il veut mettre une nécessité historique au service de la résurgence de l'État autoritaire, il doit démontrer l'existence d'une causalité matérielle, exogène, devant laquelle la théorie constitutionnelle ne peut que s'incliner.

Le phénomène que Schmitt désigne du nom de « virage vers l'État total » a été examiné par Jürgen Habermas, dans ses travaux sociologiques des années 1960, sous le terme de « reféodalisation de la société ». <sup>71</sup> Tant pour Schmitt que pour Habermas, il s'agit d'un mouvement conjoint de « socialisation de l'État » et d'« étatisation progressive de la société » qui survient à la faveur d'une transformation des modes d'intervention de l'État dans l'économie. Que cette transformation s'inscrive, comme le voulait Habermas, dans l'histoire d'un « capitalisme avancé » qui se décharge de ses contradictions internes en direction des sous-systèmes politique et culturel, ou qu'elle soit le résultat de l'avènement de la technique au rang de « secteur dominant » et d'une « mobilisation totale » des ressources nationales (industrielles, financières, culturelles), cela n'importe pas vraiment. L'essentiel est que le nouvel interventionnisme « a pour origine le fait que les conflits d'intérêts se sont traduits en conflits politiques lorsqu'il n'a plus été possible de les régler

---

71 J. Habermas, *L'Espace public*, op. cit., pp. 149-159.

sur le seul plan de la sphère privée ». <sup>72</sup> Le transfert s'opère du coup dans les deux directions. D'un côté, les puissances privées conflictuelles, dotées de nouveaux moyens d'organisation et de communication, font irruption dans la sphère politique "constitutionnelle" – laquelle tend dès lors, dans le vocabulaire habermassien, « à embrayer directement sur les intérêts de la société bourgeoise » – et investissent les institutions publiques comme autant de positions à occuper ou à conquérir. De l'autre côté, les organismes publics chargés de la redistribution financière, de la planification économique et de l'arbitrage de certains différends entre acteurs socioéconomiques (par exemple, la *Zentralarbeitsgemeinschaft* avant 1924) <sup>73</sup> ressemblent de plus en plus à des entreprises privées et sont soumis à une logique de rentabilité. « On peut donc constater, résume Habermas, entre l'État et la société, et pour ainsi dire "à partir de" ces deux domaines, l'apparition d'une sphère sociale repolitisée qui échappe à la distinction entre "public" et "privé". » <sup>74</sup>

Dans l'ouvrage de 1931 sur *Le gardien de la constitution*, le terme de "pluralisme" recouvre le premier de ces mouvements de transfert. Plutôt qu'une doctrine, la notion de pluralisme s'attache donc à décrire un *état de fait* – Schmitt parle d'un "système pluraliste" – elle n'appartient pas nécessairement à une "vision du monde" ou une conception politique précise. Dans la mesure où il désigne une forme d'organisation et d'agrégation des intérêts, le concept schmittien tend ainsi à s'approcher de la notion de *group pluralism*, mise en vogue dans les années 1960 par les politologues <sup>75</sup>, pour décrire une situation de morcellement des clivages sociaux, de différenciation interne des groupes antagonistes assurant l'existence d'un ordre libéral stable. À l'exception près, cependant, qu'il ne serait jamais venu à l'esprit d'un politologue de penser l'existence de quelque chose comme l'"État" en faisant abstraction de la

---

72 Ibid., p. 150.

73 Cf. Peukert, *La République de Weimar*, op. cit., pp. 132-135 notamment.

74 Habermas, *L'Espace public*, op. cit., p. 150.

75 Robert Dahl, notamment, dans son ouvrage *Polyarchy* (New Haven, Yale University Press 1971).

constellation de groupes et d'organisations qui cherchent à prendre part, à tous les niveaux, au processus de décision politique. « L'État assume simplement une fonction de médiation au sein de la myriade de groupes qui cherchent à déterminer la politique sur un vaste spectre de questions »<sup>76</sup>, il est d'emblée conçu comme une *clearing house*, ce qui pour Schmitt ne peut être que catastrophique. Car ce qui distingue l'usage schmittien du concept de pluralisme, c'est son orientation essentiellement critique : il nomme, écrit Schmitt,

« une pluralité de puissances [*Machtkomplexe*] sociales, fortement organisées par l'État – c'est-à-dire aussi bien par les différents domaines de l'activité étatique que par les frontières des *Länder* et les corporations territoriales autonomes – qui s'emparent de la formation de la volonté étatique, sans cesser pour autant d'être des organisations sociales (non étatiques). »<sup>77</sup>

En bref, le pluralisme décrit une situation dans laquelle des puissances qui veulent demeurer étrangères à l'État *envahissent* l'État. De la présence de ces groupes à la fois étatiques et para-étatiques, solidement rivés aux intérêts économiques ou confessionnels d'un segment de la population, il résulte une métamorphose du régime des partis politiques, le déclin progressif d'associations informelles fondées sur « la proximité, l'affection et l'amitié » au profit des organisations bureaucratiques et disciplinées.<sup>78</sup>

L'occupation de l'assemblée législative par ces groupes parlementaires d'un genre nouveau apparaît pour Schmitt comme un symptôme éloquent de la perte de sa fonction polémique et, du même coup, de la raison de sa prééminence. Plutôt que d'incarner la société face à l'État gouvernemental monarchique, le Parlement devient le vecteur d'une « partition pluraliste » de l'État législatif lui-même.

---

76 Seitzer, *Comparative History and Legal Theory*, op. cit., p. 43.

77 Cf. D. Leydet, "Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy", in : Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics*, op. cit., p. 127, n. 4 ; Schmitt, HV, p. 71.

78 HV, p. 83 sqq. ; cf. également Kirchheimer, "The Waning of Opposition in Parliamentary Regimes" (1957), in : PLSC, p. 293.

« Son unité, ainsi que son identité à lui-même, avaient été jusqu'alors déterminées, rappelle Schmitt, par son antagoniste en politique intérieure, l'État monarchique des militaires et des fonctionnaires qui existait auparavant. Quand celui-ci disparut, le Parlement se divisa pour ainsi dire en lui-même [*in sich auseinander*]. »<sup>79</sup>

L'histoire parlementaire de la république de Weimar illustre évidemment fort bien les tares de cet « État de coalitions partisans instables » :

« majorités imprévisibles, gouvernements incapables de gouverner et irresponsables en raison d'un accord de compromis, suite ininterrompue de compromis conclus entre factions ou partis au désavantage d'un tiers ou de l'État dans son ensemble [...], répartition des positions ou des prébendes publiques [...] entre les membres du parti selon un barème correspondant à la force des diverses fractions et à la situation tactique. »<sup>80</sup>

Mais la question décisive pour la nouvelle analytique schmittienne est de savoir ce qu'il advient maintenant du concept de loi ou, pour être plus précis, des qualités *formelles* de ce singulier médium autour duquel gravite l'ensemble du "système de légalité" assurant la cohérence de l'État législatif. Or le pluralisme des groupes entraîne, lit-on, « un pluralisme des concepts de légalité, qui détruit le respect pour la constitution et transforme les fondations de celle-ci en un terrain incertain, assiégé de tous les côtés ».

« Avec la meilleure des bonnes consciences, le groupe ou la coalition au pouvoir à un moment donné nomme légalité l'emploi de toutes les possibilités légales et de toutes les garanties en vue d'assurer ses positions de force actuelles, la récupération de toutes les compétences étatiques et constitutionnelles par le biais de la législation, de l'administration, d'une politique du personnel, des sanctions disciplinaires et des administrations autonomes. D'où il résulte que la moindre critique ou la moindre mise en cause de sa situation lui apparaît

---

79 HV, p. 82 [PD, p. 167].

80 HV, p. 88.

illégal, subversion ou infraction à l'esprit de la constitution. »<sup>81</sup>

La concurrence, la parfaite symétrie et le caractère désormais fluctuant des concepts de légalité rend la législation parlementaire inopérante puisque, privée de l'univocité que lui assurait jadis l'identité de l'institution parlementaire, elle n'est déjà guère qu'une arme de plus – toute puissante qu'elle soit – dans l'arsenal des “porteurs du pluralisme”. La loi ne peut plus être d'aucun secours pour maîtriser le “virage vers l'État total” puisque, banalisée, elle fait elle-même partie du problème.

À cette socialisation progressive de l'État par les “porteurs du pluralisme” répond, sur un autre versant, l'étatisation de la société, dont témoigne l'émergence de ce que Schmitt nomme la “polycratie”. Le terme est un néologisme forgé par Johannes Popitz, secrétaire d'État et expert en matière de finances publiques, avec lequel Schmitt a entretenu des liens très étroits jusqu'à son exécution pour complot en février 1945. Il recouvre tout cet ensemble d'organismes qui assurent la prestation de certains services publics (notamment les caisses d'assurance-santé) tout en restant autonomes à la fois sur le plan légal et sur celui de la gestion quotidienne.<sup>82</sup> À l'enseigne de la polycratie, il faut également ranger les grandes entreprises nationalisées (les postes et les chemins de fer, par exemple) et les organisations nées d'un partenariat privé / public (les banques centrales, la *Reichsbank*). Les pressions contradictoires en provenance des groupes d'intérêts et des partis politiques occupant le Reichstag rendent impossible, selon Schmitt, l'élaboration d'une planification financière et économique cohérente, laquelle s'avère pourtant nécessaire « même dans les plus petites entités économiques ». « Faute d'une telle unité et d'une telle cohérence, se

---

81 HV, p. 90 [PD, p. 169].

82 Jeffrey Seitzer rapproche ce concept de “polycratie” de la notion de “service public” développée au tournant du siècle en France par Léon Duguit en opposition aux doctrines de la souveraineté de l'État – l'élément décisif étant ici l'existence d'organisations “hybrides” qui assument des fonctions étatiques tout en demeurant relativement autonomes (*Comparative History and Legal Theory*, op. cit., p. 68, n. 4).

développent la cohabitation et la confusion d'une pluralité de porteurs de l'économie publique, largement autonomes et indépendants les uns des autres. »<sup>83</sup>

Prise en elle-même, on pourrait croire que la polycratie ne fait qu'embrasser un mouvement immanent de rationalisation des pratiques économiques, mouvement tendant sans cesse à une plus grande prévisibilité des opérations, obligeant l'État à cibler davantage ses interventions et à tenir compte de leurs possibles effets latéraux. En somme, l'État deviendrait un acteur économique comme les autres, dépourvu de tout privilège et forcé, pour cette raison, de développer une expertise et des modes de gestion plus flexibles. Or ce qui pose problème dans cet état de fait, c'est *l'entrée en combinaison* de ces tendances polycratiques avec les « porteurs du pluralisme ».

« Tout effort pour établir ou imposer un programme économique-financier compréhensif avec des directives unitaires pour l'activité économique publique se heurte à la suspicion et aux obstacles de cette polycratie aux multiples formes, qui est protégée par un mur solide de garanties légales et constitutionnelles. *Cette résistance n'est pourtant pas insurmontable en raison de sa seule force propre, mais plutôt à cause du fait que la polycratie et le pluralisme sont liés l'un à l'autre.* »<sup>84</sup>

C'est en se renforçant mutuellement que polycratie et pluralisme précipitent l'État législatif dans une spirale descendante. Le "système de légalité" – qui n'est déjà plus pour une large part qu'une arme à la disposition de forces sociales para-étatiques en lutte – se dépouille de ses attributs distinctifs en devenant simple outil de planification et de gestion de l'économie publique. Et encore, ajouterait Schmitt, un outil dont la précision demeure, dans le meilleur des cas, douteuse et insuffisante. Pour reprendre les termes d'une analyse actuelle, on dira ainsi de la loi qu'elle s'est métamorphosée en

---

83 HV, p. 91.

84 HV, p. 93, je souligne. À noter que la polycratie peut, à l'inverse, avoir un effet unificateur. C'est bien sûr le cas des banques centrales. Mais elle est alors sans intérêt pour le diagnostic de Schmitt, car elle a un effet neutralisant tout à fait bénéfique pour le régime politique en place.

« une technique de gestion en vue de satisfaire les besoins de l'Administration pour le fonctionnement de nombreux programmes de type assurantiel. Ce mouvement a favorisé le développement de nombreux champs de création de normes (domaines réglementaire et infraréglementaire) qui s'insèrent dans un processus ininterrompu d'élaboration de règles techniques. Cette gradation ne permet plus de différencier qualitativement les règles qui ont pour objet commun l'organisation et le fonctionnement des services publics. »<sup>85</sup>

Sous ce constat catastrophique de la “débâcle de l'État législateur-parlementaire”, on trouve donc le désarroi du juriste face à un processus historique de déformalisation du “système de légalité”, processus dont la république de Weimar marquerait le seuil critique. Il s'agit donc moins d'une crise du parlementarisme au sens strict, comme en 1923, que d'une crise générale de la légalité. La loi, que l'on supposait autrefois « toujours plus judicieuse que le législateur »<sup>86</sup>, est rattrapée par ce législateur. Mais un législateur désormais ramené à sa forme la plus capricieuse et la plus mouvante : coalition fluctuante de puissances sociales conflictuelles, grand gestionnaire de l'économie publique assailli par les impératifs contradictoires émanant de ses propres organismes. Avec l'éclatement de la structure dualiste propre au XIX<sup>e</sup> siècle et l'émancipation de l'État législatif, le tempo du législateur est forcé de s'accélérer et les procédures de se simplifier sans cesse, de sorte que l'on parlera bientôt d'un « législateur motorisé ». <sup>87</sup> Accaparée par ce dernier, la loi n'est alors plus que *voluntas*. Autre façon de dire qu'elle épouse maintenant parfaitement la structure décisionniste que Schmitt repère au cœur de la rationalité juridique.

---

85 Daniel Mockle, “Crise et transformation du modèle légicentrique”, in : J. Boulad-Ayoub (dir.), *L'Amour des lois. La crise de la loi dans les sociétés démocratiques*, Québec, P.U.L. 1996, p. 37 sq., je souligne. Exactement dans le même sens, de Carl Schmitt, cf. “La situation de la science européenne du droit” (1944), trad. M. Scalici, in : *Droits*, n° 14, 1991, p. 128 sq.

86 Schmitt, “La situation de la science européenne du droit”, op. cit., p. 128.

87 Ibid., p. 126.

Mais, faisant cela, la loi ne peut servir d'appui à aucune forme de « domination légitime », puisqu'il devient impossible de trouver en elle « une méthode déterminée selon laquelle les autorités travaillent et fonctionnent ». <sup>88</sup> La légitimité légale – le caractère décisif du « système de légalité » en ce qui a trait au fonctionnement de la « direction administrative » – désignait « la manière dont étaient réglées les affaires, la routine et les habitudes des bureaux, le fonctionnement en gros prévisible, le souci de conserver cette sorte d'existence et le besoin d'une "couverture" en regard d'une instance qui réclame des comptes ». <sup>89</sup> Dès lors que la loi est prise de vitesse par le législateur, et qu'il devient impossible de les distinguer, cette espèce de légitimité devient impossible et la "direction administrative" doit trouver une autre base pour assurer la continuité de ses opérations. Envisagée sous cet angle, la crise de la légalité constitue l'attaque la plus frontale et la plus dévastatrice que l'on peut imaginer contre le "pronostic sociologique" de Max Weber. <sup>90</sup>

## Le libéralisme autoritaire et l'état d'exception économique

Peu importent les forces sur lesquelles il trouve momentanément à s'appuyer, l'État total marque le point de basculement de la forme étatique comme dispositif de désengagement du politique. Retournant le processus des neutralisations contre lui-même, l'avènement de l'État total se trouve inscrit dès l'origine de l'histoire européenne et fait apparaître celle-ci sous les traits d'un destin tragique. Pourtant, en même temps qu'il retrace dans le passé les signes attestant de l'inéluctabilité de ce destin, Carl Schmitt s'affaire à préparer la voie à une nouvelle incarnation du "dieu mortel", à la figure encore incertaine mais portant déjà le titre d'"État fort". <sup>91</sup>

---

88 "Das Problem der Legalität" (1950), in : VA, p. 444 (trad. p. 219).

89 Ibid., p. 444 (trad. p. 219).

90 Ibid., p. 451.

91 Olivier Beaud retrace dans son ouvrage *Les derniers jours de Weimar* (op. cit., pp. 49-72) le glissement des termes d'"État neutre", d'"État total"

Cet appel à un hypothétique “État fort”, la récurrence du terme dans les écrits du Schmitt des années 1931-1932, autorise un rapprochement entre la pensée du constitutionnaliste et le programme de restauration de “l’État autoritaire” mis de l’avant par le chancelier Franz von Papen et son “cabinet de barons”. Non qu’il y ait identité entre les projets de réforme issus du cénacle de Papen et les vues de Schmitt sur la politique constitutionnelle – au contraire, Schmitt n’a eu de cesse de critiquer la naïveté de tels projets, leur préférant le prosaïsme froid et le “cynisme fonctionnel” d’un Brüning<sup>92</sup> – mais on ne peut

---

et d’“État fort” qui survient dans la théorie de Schmitt au cours de l’année 1932. Renvoyons aussi au chapitre que Volker Neumann consacre à cette thématique dans *Der Staat im Bürgerkrieg* (op. cit., pp. 100-137).

- 92 Il faut mentionner notamment la critique schmittienne du projet d’instauration d’une chambre haute chargée de représenter les “forces conservatrices” de la société allemande. L’introduction du bicaméralisme dans le système de Weimar fut une thématique récurrente lors des dernières années du régime républicain, que ce soit sous la forme d’une évolution vers la “démocratie économique” ou d’un retour vers un modèle “organique”. Avancée par le ministère de l’intérieur von Gayl, l’idée d’une chambre haute devient cependant incontournable à la suite d’un discours radiodiffusé (le 12 septembre 1932), dans lequel le chancelier Papen, venant tout juste d’annoncer la dissolution du Reichstag, insiste sur la nécessité d’établir une représentation *ständische* (par “ordres”) afin de court-circuiter le pouvoir de nuisance du Reichstag. Cf. les commentaires critiques de deux jeunes constitutionnalistes, parus à l’époque dans *Die Gesellschaft* : Ernst Fraenkel, “Um die Verfassung” (in : *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, pp. 73-88) et Otto Kirchheimer, “Verfassungsreaktion 1932” (in : FSV, pp. 62-78). On peut s’étonner de l’absence d’inventivité des propositions de réforme avancées par Schmitt lors des dernières années de la république, alors que le débat public se trouvait véritablement envahi par des pamphlets de toutes sortes. Cette absence s’explique par le fait que Schmitt ne croyait pas qu’une réforme de la constitution en vigueur fut possible *hic et nunc*, et que de façon plus profonde, sa méthode décisionniste lui interdisait de prendre au sérieux les exercices spéculatifs d’“ingénierie constitutionnelle” détachés de toute instance d’effectuation concrète. Toute norme constitutionnelle étant caractérisée par une indétermination principielle, il s’agissait plutôt pour Schmitt d’exploiter les multiples possibilités d’interprétation contenues dans le texte de 1919. Exposant cette stratégie lors d’une conférence prononcée devant l’Association pour la défense des intérêts de l’industrie

s'empêcher de noter une congruence remarquable entre les deux rhétoriques. Considérant la "fonction sociale" ou, à tout le moins, l'inscription de cette thématique de l'État autoritaire dans la politique constitutionnelle du moment, on insistera sur le fait que cette congruence tient sans doute moins d'un accord idéologique que d'un recoupement stratégique entre une certaine élite intellectuelle, inquiète de sa propre fragilité, et les représentants du capitalisme industriel allemand, massivement cartellisé.

Dans le dernier article qu'il écrit tout juste avant son exil espagnol – où il trouvera la mort en 1934 – le constitutionnaliste Hermann Heller cherche les raisons de cette alliance entre l'intellect et le grand capital dans les bouleversements socio-économiques qu'a subis la bourgeoisie allemande depuis 1918. Il s'agit, selon Heller, de la pénétration de l'esprit capitaliste à l'intérieur des couches conservatrices, les piliers traditionnels de l'État prusso-allemand. Alors que le conservatisme prussien du XIX<sup>e</sup> siècle « avait eu la force d'inoculer à la bourgeoisie ses propres valeurs et, sur le plan politique, de la féodaliser » – d'où résulte cette formation hybride que fut le « national-libéralisme » allemand – c'est maintenant le processus inverse qui s'opère : « Le capitalisme de la haute bourgeoisie montre une puissance d'assimilation supérieure, le conservatisme abandonne tous ses scrupules anticapitalistes. »<sup>93</sup> Cette métamorphose du conservatisme allemand s'accompagne d'une attitude nouvelle par rapport à l'État, attitude que Heller appelle « libéralisme autoritaire », et qui exige une redéfinition complète du rôle et de la portée des interventions étatiques.

---

chimique, le 4 novembre 1932, Carl Schmitt déclenche l'hilarité de son auditoire lorsqu'il déclare : « En matière de constitution, on ne doit pas débiter par le normatif. En ce sens, j'appartiens à la vieille école allemande de la science du droit : je ne crois pas que notre époque ait la vocation d'écrire des constitutions, et surtout pas le peuple allemand dans le moment présent. Je dis cela d'après l'expérience de Weimar et sur la base d'une certaine connaissance de la chose » (cf. "Konstruktive Verfassungsprobleme" [1932], in : SGN, p. 62 sq.).

93 H. Heller, "Autoritärer Liberalismus" (1933), op. cit., p. 650.

D'une part, le caractère libéral de cet amalgame tient à sa position générale au regard du « problème cardinal de notre temps, la question de l'ordre économique ». « Dès qu'il est question précisément d'économie, l'État autoritaire renonce entièrement à son autorité, et ses porte-parole soi-disant "conservateurs" ne connaissent plus qu'une seule formule : liberté de l'économie par rapport à l'État ! »<sup>94</sup> Avec un enthousiasme qui aurait sans doute effrayé ses ancêtres du siècle précédent, le libéralisme autoritaire appelle ainsi à « un retour à l'économie pure », au « relâchement des liens » qui subordonnent le marché à des impératifs de production et de distribution déterminés par l'État. On parlera alors d'une « désétatisation de l'économie », pour exprimer cette tentative de redonner à la sphère des rapports économiques une « sobre » autonomie, et pour étendre le domaine d'application du droit de propriété afin de limiter le pouvoir d'expropriation, prévu à l'article 153 de la constitution de Weimar.<sup>95</sup> En affublant du qualificatif de « néolibéral » ce programme de réformes visant à « affamer le monstre »<sup>96</sup>, Hermann Heller décrit avec un sens remarquable de l'anticipation le genre de réactions que susciteront, plus près de nous, les difficultés des politiques keynésiennes de l'après-guerre, que ce soit venant de la nouvelle droite, de l'*Ordoliberalismus*, du thatchérisme ou de doctrines politiques inspirées par Milton Friedman.

D'autre part, enkystée dans ce tissu libéral "manchestérien", la composante conservatrice se renforce. En plus de rallier à son étendard la vieille élite wilhelminienne plus ou moins ouvertement opposée au régime républicain, ce nouveau conservatisme

---

94 Ibid.

95 Cf. l'analyse proposée par Otto Kirchheimer dans sa monographie de 1930, *Die Grenzen der Enteignung* (reprise dans FSV, pp. 223-295), et en particulier le 4<sup>e</sup> chapitre : "Die Enteignungsrechtsprechung des Reichsgerichts".

96 Pour une description intéressante de la rationalité inhérente au programme économique "néolibéral", cf. l'article de l'économiste Paul Krugman, "Qui veut la peau de l'État-Providence ?" (*Courrier international*, n° 673, 1<sup>er</sup> oct. 2003).

est désormais entretenu par l'exigence d'un « démantèlement autoritaire de la politique sociale » et par l'usage quotidien « des moyens militaires et d'influence des masses les plus forts (radio, cinéma) »<sup>97</sup> dont dispose désormais l'État centralisé. Ainsi, la transformation rapide des couches porteuses du capitalisme allemand aurait permis cette alliance surprenante entre des élites sociales auparavant antagonistes, alliance scellée par une nouvelle idéologie à configuration variable et à laquelle Heller attribue, pour l'essentiel, la désaffection de l'État de droit et une fascination grandissante à l'endroit du fascisme.<sup>98</sup>

« On peut sans trop de témérité décrire le contenu du libéralisme autoritaire par cette formule : le retrait de l'État "autoritaire" hors de la politique sociale, la désétatisation de l'économie et l'étatisation dictatoriale des fonctions politico-idéologiques [*politisch-geistigen*]. Un tel État se doit d'être "autoritaire" et fort car, comme l'assure Schmitt [...], seul lui peut desserrer les liens "excessifs" entre l'État et l'économie. Cela va de soi ! Car dans un cadre démocratique, le peuple allemand ne supporterait pas longtemps ce néolibéralisme. »<sup>99</sup>

Comme le suggère Hermann Heller, la convergence entre la thématique schmittienne de l'État fort et la rhétorique "nouvel État", déployée à grands frais par Papen, Gayl et consorts<sup>100</sup>, trouve son origine dans une base sociale commune : une bourgeoisie inquiète devant la puissance acquise par les "marxistes" et les syndicats à l'intérieur de l'État républicain, et réconciliée, pour le coup, avec l'autoritarisme wilhelminien. C'est donc la panique sociale qui est au principe de ce nouveau "libéralisme

---

97 Heller, "Autoritärer Liberalismus", op. cit., p. 651 sq.

98 Cf. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur ?*, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1930, notamment p. 7 sq.

99 Heller, "Autoritärer Liberalismus", op. cit., p. 652 sq.

100 *Der neue Staat* est le titre d'un pamphlet de Walter Schotte, publié en 1932, qui expose de façon plus ou moins officielle la doctrine du gouvernement Papen, et qui porte l'empreinte indélébile de la pensée de Möller van den Bruck, le philosophe favori du chancelier et de son *Herrenklub*. C'est d'ailleurs à cet ouvrage que Heller fait référence dans son article "Autoritärer Liberalismus". Pour un résumé de l'idéologie du *neue Staat*, voir la somme classique de Karl D. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik* (Düsseldorf, Droste 1984, pp. 471-479).

autoritaire”. Et le cynisme qu’il engendre s’avère tel que les « bourgeois en peau de lion » (S. Breuer) n’hésiteront plus à sacrifier leurs propres conditions d’existence (les libertés personnelles, civiles et politiques) pour s’assurer le confort et la tranquillité.<sup>101</sup> D’où la posture paradoxale du socialiste Heller qui doit rappeler avec insistance la bourgeoisie à sa tâche historique et défendre ses conquêtes contre ses membres empressés d’en finir. Dans une perspective proche de celle de Heller, Ingeborg Maus résume l’argument ainsi :

« L’idée bourgeoise de restrictions et de protections, détournée [de son sens original], ne s’oriente plus contre l’exécutif, contre un “État” jusque-là séparé d’avec la société, mais plutôt contre le Parlement lui-même. La liberté de la société au sens étroit, c’est-à-dire la liberté des groupes qui parviennent à s’identifier avec l’État, est maintenant menacée par des couches sociales jadis défavorisées, et ne peut plus être garantie que par un État fort. »<sup>102</sup>

Contre l’apocalypse économique-financier de l’État total, tout “retardateur” efficace sera bienvenu – fût-il un major de cavalerie de l’armée de réserve, dont l’intelligence médiocre est compensée par le port élégant du monocle et la certitude inébranlable de compter parmi le “club des seigneurs”.<sup>103</sup>

Reste néanmoins à préciser le rôle joué par Carl Schmitt dans la mise en œuvre de ce “libéralisme autoritaire”. Selon Heller – c’est du moins ce que son article de 1933 laisse entendre – ce rôle est purement instrumental : attaché davantage à la composante conservatrice qu’au néolibéralisme *stricto sensu*<sup>104</sup>,

---

101 Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur ?*, op. cit., p. 23 sq.

102 Ingeborg Maus, “Zur ‘Zäsur’ von 1933 in der Theorie Carl Schmitts”, in : *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, Wilhelm Fink 1986, p. 99.

103 Pour un bon portrait de Papen, cf. Erich Eyck, *A History of the Weimar Republic*, vol. 2, New York, Atheneum 1970, pp. 393-401.

104 Ce que Renato Christi conteste dans son étude *Carl Schmitt and the Authoritarian Liberalism* (Cardiff, University of Wales Press 1998) qui tente plutôt de démontrer que Schmitt a toujours été le représentant fidèle du (néo)libéralisme *contre* les tendances démocratiques dont la constitution de Weimar était porteuse (cf. notamment p. 16 sq.).

il fait figure d'exécutant de haut vol, une sorte de mercenaire dont la tâche se limiterait à mettre au point de nouvelles méthodes de combat et à couvrir juridiquement l'emploi qui en sera fait. Avidé de pouvoir et désireux d'intégrer les cercles gouvernementaux, Schmitt est ainsi amené à mettre ses talents de publiciste au service des groupes réactionnaires qui gravitent autour de Hindenburg, celui de Schleicher au premier chef. Le jeune socialiste Otto Kirchheimer, ancien étudiant et ami de Schmitt, n'est pas loin de le croire, lui aussi, lorsqu'il décrit son maître comme « un homme de l'ombre », « un oracle de l'État dont on devine la présence derrière tous les plans, toutes les machinations et tous les calculs ».<sup>105</sup>

Pour Heller comme pour Kirchheimer, ce qui révèle le mieux le nouvel emploi de Schmitt, c'est sa participation au "coup de Prusse" (*Preussenschlag*) du 20 juillet 1932, par lequel le gouvernement de Papen, usant des pouvoirs d'exécution fédérative prévus à l'alinéa 1 de l'article 48 WRV, démet le ministère du *Land* de Prusse dirigé alors par le social-démocrate Otto Braun. Aux yeux du chancelier, le fait que le gouvernement prussien ait été aux mains des sociaux-démocrates depuis 1918 semblait représenter une menace sérieuse pour la paix et l'ordre public. Il est vrai qu'au début de l'été 1932, les affrontements entre communistes et nazis se font particulièrement sanglants, et la police prussienne paraît impuissante à empêcher que les rues de Berlin ne se transforment en terrain d'exercice pour groupes paramilitaires. À quoi s'ajoute la situation délicate du ministère prussien qui, suite aux élections du 24 avril 1932, perd sa majorité au Landtag (le NSDAP devient la plus importante formation avec 162 sièges, contre 137 pour le SPD) mais qui, en l'absence d'une motion explicite de défiance, conserve la gestion des affaires courantes. Par le décret présidentiel du 20 juillet, Papen est donc nommé commissaire du *Land* de Prusse, le gouvernement Braun est évincé et l'ensemble de la bureaucratie prussienne, dont la police, passe sous le contrôle direct du cabinet fédéral. La réaction de la principale victime de

---

105 Cité in : G. Balakrishnan, *The Enemy*, op. cit., p. 168.

ce coup de force, le SPD, qui décide de porter l'affaire devant le Haut Tribunal d'État (*Staatsgerichtshof*) plutôt que d'appeler à une grève générale, a fait l'objet d'une vive controverse parmi les historiens et les "survivants" de Weimar.<sup>106</sup> Ce qui est certain toutefois, c'est que le jugement du Haut Tribunal ne satisfera personne et qu'il tombera à un moment (octobre 1932) où le processus de décomposition de la légalité constitutionnelle aura déjà franchi son point de non-retour. À l'occasion du procès qui se déroulera à Leipzig, Heller et Schmitt pourront d'ailleurs croiser le fer à plusieurs reprises : Hermann Heller, chargé d'organiser la défense du gouvernement Braun, aura bien du mal à réprimer sa "fougue juvénile" (un reproche que Kelsen lui a jadis adressé) devant ce qu'il perçoit comme une "doctrine opportuniste" (*Situationsjurisprudenz*) bricolée par

---

106 Intéressante controverse notamment entre Arnold Brecht et Karl D. Bracher, qu'il faut mentionner au passage. Alors que Brecht défend le choix du gouvernement Braun-Severing (dont il faisait lui-même partie), en avançant qu'une résistance armée de la part des autorités prussiennes aurait impliqué des risques incalculables et « irresponsables », Bracher soutient qu'il « restait pourtant la possibilité d'une démonstration durable, une manifestation de la volonté inentamée d'auto-affirmation de la démocratie contre une violence momentanément supérieure ». Mais Bracher reconnaît implicitement que cette action d'éclat aurait défié « tout calcul rationnel et justifiable », et que son sens visait le futur : « sauver la conscience démocratique de l'effondrement moral et psychologique des forces républicaines » (Bracher, *Die Auflösung der weimarer Republik*, op. cit., p. 525). Otto Kirchheimer, témoin lui aussi de cet épisode (cf. son intéressant article de 1932, "Verfassungslehre des Preußen-Konflikt", in : FSV), reviendra plus tard, dans le dernier article qu'il écrit avant sa mort en 1965, sur le sens de cette décision : « Les victimes des violences extralégales accompagnant souvent les renversements de régime peuvent toujours recourir aux instances judiciaires, comme le fit jadis le gouvernement du *Land* de Prusse après avoir été évincé en 1932. Mais cet appel aux tribunaux n'a fait que prouver le fait que le gouvernement en question n'était plus disposé à lutter pour sa survie. Que peut faire un juge pour un parti ne voulant plus courir aucun risque au service de sa propre cause ? Cette attitude a suffi à démontrer que la cause était perdue avant même que les amarres de la légalité aient toutes cédées et que l'affaire se soit complètement évaporée » (Kirchheimer, "*Rechtsstaat as Magic Wall*", in : PLSC, p. 439).

l'avocat du *Reich*, son vis-à-vis, Carl Schmitt.<sup>107</sup> Nulle surprise donc que suite à cet épisode Schmitt fut perçu, même par ses collègues plus “modérés” que Heller, comme un pion parfaitement consentant dans le jeu du gouvernement Papen.

Pourtant, à considérer la conférence de Barcelone sur “l'ère des neutralisations” et, de façon plus générale, le problème de l'État total, on pourrait croire que le rôle joué par Schmitt dans le programme du “libéralisme autoritaire” ne relève pas du simple opportunisme. À la volonté de partager la table des puissants s'ajoutent des motifs que l'on dira *théoriques* en ce qu'ils découlent directement du diagnostic posé en 1929 par Schmitt, celui voulant que l'État administratif – c'est-à-dire l'État propre à l'ère de la technique – tende à une liquidation de l'État comme dispositif de neutralisation du politique. En ce sens le “libéralisme autoritaire” peut-être interprété comme une première réponse de Schmitt pour contrer ou, à mieux dire, pour maîtriser un processus historique d'érosion de l'État, processus qu'il sait pourtant inévitable. En conclusion de son essai *Legat-*

---

107 À la fin des audiences, Carl Schmitt aura cette phrase, qui lui vaudra la désapprobation même du très conservateur juge Bumke, président du tribunal : « par qui donc tout cela, la dignité et l'honneur de la Prusse, est-il le mieux préservé ? Par un ministre intérimaire, maintenu en place grâce au stratagème du 12 avril et évincé de ses fonctions le 20 juillet, ou par le président du *Reich* von Hindenburg ? » Pour un tableau du procès et de ses péripéties, on consultera les souvenirs d'Arnold Brecht (*The Political Education of Arnold Brecht. An Autobiography 1884-1970*, Princeton, Princeton University Press 1970), qui était alors ministre dans le cabinet Braun et qui a étroitement collaboré avec Hermann Heller. On portera tout spécialement attention aux pages 360 à 364 qui relatent un bel échange entre Brecht et Schmitt. Pour donner idée du retentissement de ce procès dans les milieux juridiques, mentionnons simplement que la plupart des pièces du dossier *Preuß contra Reich* ont été reproduites dans le *Deutsche Juristenzeitung*, que la décision a été commentée par Hans Kelsen (alors doyen de la faculté de droit de Cologne) dans *Die Justiz* et que, outre Schmitt et Heller, le procès a fait intervenir Gerhard Anschütz et Erwin Jacobi. Pour une analyse des positions respectives de Schmitt, de Kelsen et de Heller sur ce procès, on consultera l'ouvrage de David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy* (op. cit.) qui contient quelques thèses très fortes, en dépit du moralisme un peu agaçant de l'exposé.

*lität und Legitimität*, publié en juin 1932, Carl Schmitt mentionne explicitement la nécessité de dégager de nouveaux espaces désétatisés et dépolitisés.

« Les tendances [à l'État autoritaire] ne se laissent pas ramener à une aspiration réactionnaire ou restauratrice. Il est beaucoup plus important de reconnaître que la cause de l'actuel "État total" ou, plus exactement, de la politisation totale de l'ensemble de l'existence humaine, se trouve dans la démocratie elle-même et qu'il est besoin, comme l'a exposé Heinz O. Ziegler (*Autoritärer oder totaler Staat*, 1932), d'une autorité stable pour entreprendre la nécessaire dépolitisation et pour conquérir à nouveau, à l'extérieur de l'État total, des sphères et des domaines de vie libres. »<sup>108</sup>

Comme toujours il n'est pas facile de savoir à quoi tient cette nécessité, si elle relève du simple constat, ou si on doit plutôt l'entendre comme un impératif, un idéal à atteindre. Mais la référence au texte de Heinz Otto Ziegler, au moment précis où Schmitt semble décidé à abattre ses cartes, révèle sans doute l'angle d'attaque qu'il privilégie. Il vaut donc la peine de porter attention à ce petit ouvrage publié au début de l'année 1932 et qui, introuvable aujourd'hui, eut en son temps un certain écho. À cela s'ajoute que la perspective de Ziegler représente peut-être la formulation la plus aboutie d'une position conservatrice et étatiste classique, soucieuse de sauvegarder l'objectivité de la raison d'État face à la "révolte des masses".

L'exposé de Ziegler trouve son point de départ dans la théorisation schmittienne de la légitimité démocratique (plébiscitaire) : la démocratie, lit-on, s'enracine dans l'identification (*Identifizierung*) de l'État et de la société. C'est cette première "égalisation" (*Gleichsetzung*) qui « porte en elle toutes les identifications successives qui font, selon Carl Schmitt, l'essence de la démocratie ».<sup>109</sup> Ziegler récupère du coup tout le vocabulaire par lequel Schmitt opposait légitimité dynastique et légitimité plébiscitaire : immanence contre transcendance, ré-

---

108 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 340, je souligne.

109 Heinz Otto Ziegler, *Autoritärer oder totaler Staat*, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1932, p. 14.

versibilité contre asymétrie, principe d'identité contre *Authorität*.<sup>110</sup> Ainsi, tant pour Ziegler que pour le Schmitt de 1923, la démocratie désigne moins une forme spécifique de domination qu'un principe dynamique qui tend à rendre problématique la domination *per se*. Polymorphe, le principe d'identité apparaît comme une épreuve, un élément entropique qui se déplace à l'intérieur de l'État, et l'avènement de la légitimité démocratique produit, sur les formes de domination, plus d'effets déstructurants que d'effets structurants. Le principe démocratique de l'identité, poursuit Ziegler, s'est imposé petit à petit, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, sous le vocable de la « souveraineté de la Nation », et c'est sous cette forme qu'il a abouti à la

« collectivisation de la domination, qui signifie en même temps une politisation de la "société". L'assentiment des classes sociales montantes à l'endroit de l'État moderne a été obtenu en présentant le "gouvernement", la "domination", comme l'expression et comme l'organe d'effectuation de la volonté de la société. Mais cela signifie en même temps que, pour ce type d'État qui n'est rien d'autre que l'expression de la société, ses propres principes ne peuvent définir aucune limite à l'exercice du pouvoir ni compétence. »<sup>111</sup>

Privé de toute puissance d'altérité face à ses "sujets", le gouvernement n'est plus que la "fonction" soit d'une volonté populaire exprimée dans une assemblée, soit d'une "direction plébiscitaire". Dans tous les cas, il ne dispose plus d'une « capacité de décision indépendante, autonome et autoritaire ». « Ce n'est pas l'État autoritaire [*autoritärer Herrschaftsstaat*], se concentrant sur ses tâches politiques et s'y limitant, mais plutôt l'État administratif total, qui est la visée immanente dernière de la démocratie nationale. »<sup>112</sup> Et nul besoin, pour étayer ce diagnostic, de chercher un virage vers l'État total, ou de faire intervenir un déplacement du politique vers la technique, car la politique démocratique tend *par elle-même*, dès son origine révolutionnaire, à une mobilisation totalisante. Pour le dire plus

---

110 *Supra*, pp. 150-163.

111 H. O. Ziegler, *Autoritärer oder totaler Staat*, op. cit., p. 15.

112 *Ibid.*

simplement, la légitimité démocratique et l'État total vont toujours de paire selon Ziegler.

Cherchant à conjurer ce risque, le conservatisme de Ziegler exige une rupture très nette avec le principe de la souveraineté nationale.<sup>113</sup> Concevoir l'État comme puissance d'expression d'une collectivité plutôt que comme une structure de domination autoritaire *top-down* conduit nécessairement à une sorte d'*hybris* politique, générateur d'instabilité et de désordre. Détail intéressant, Heinz Otto Ziegler ne fait montre d'aucune sympathie à l'égard des méthodes plébiscitaires du fascisme, contrairement à Carl Schmitt qui invite ses lecteurs à s'instruire du cas italien. Au contraire, les méthodes plébiscitaires, en raison de leurs liens avec la doctrine de la souveraineté populaire, introduisent « une extraordinaire labilité dans l'architecture de l'État » et offrent autant d'occasions de « révolutionner *in perpetuum* les conditions d'exercice de la domination ». <sup>114</sup> Dans le meilleur des cas, l'expérience fasciste présente un croisement incertain entre l'État total et l'État autoritaire. Expérience certes intéressante lorsqu'elle permet de réaffirmer la distance de l'appareil d'État face à la société civile, notamment grâce à la dictature d'un parti monopolistique qui met en échec l'idée d'une participation égale de tous les citoyens à la volonté de l'État. Mais une expérience qui demeure encore trop imprégnée par le centralisme « bonapartiste » et par ses « tendances nationales-démocratiques totalisantes ». <sup>115</sup> La véritable alternative telle que Ziegler la voit se dessiner en ce début d'année 1932, ce sera de décider – « partout où la visée immanente au développement de l'État central et absolu, la mobilisation nationale, n'est pas encore entièrement accomplie » <sup>116</sup> – entre deux tendances développementales. Ou bien l'État total poursuit son entreprise de centralisation, liquidant les derniers garde-fous libéraux qui lui résistent encore, et parachève la colonisation de l'appareil d'État par les intérêts sociaux organisés ; ou bien on

---

113 Ibid., p. 23.

114 Ibid., p. 31.

115 Ibid., p. 37 sq.

116 Ibid., p. 38.

procède à « l'organisation d'un nouvel État autoritaire [*Herrschaftsstaat*], à laquelle on ne peut parvenir que par le dépassement de la dynamique plébiscitaire de la concurrence partisane ». <sup>117</sup> Ziegler demeure assez vague sur la forme que pourrait revêtir ce nouvel État autoritaire, mais il signale tout de même que la dictature d'un parti unique n'est pas une étape obligatoire et que « le principe dualiste de l'authentique constitutionnalisme » (c'est-à-dire de la monarchie limitée du XIX<sup>e</sup> siècle) pourrait constituer une voie praticable. Car ce qui s'avère véritablement décisif pour cette nouvelle configuration politique, c'est le rôle joué par une « élite stable » dont la domination est « assurée institutionnellement », une élite capable de préserver « le contenu durable de la volonté nationale » – la bureaucratie et l'armée – contre les forces socioéconomiques parcellaires et centrifuges. Dépolitisation de la société allemande par l'action d'une élite éclairée : on pourrait difficilement résumer de façon plus prosaïque le programme avancé par le chancelier Papen au lendemain de l'élection présidentielle du 1<sup>er</sup> avril 1932.

Pour Heller, l'État total n'était guère plus qu'un fantasme d'écrivain, « une impossibilité pratique » puisque, depuis les guerres de religion, l'État repose sur un renoncement explicite à incarner la totalité de l'existence humaine. <sup>118</sup> Pour Ziegler, au contraire, l'État total est une idée cauchemardesque, inhérente au dogme de souveraineté populaire, qui traverse comme un fil rouge le développement politique de l'Europe depuis la Révolution française et le mène à une sorte de cataclysme. « La politique, nous dit-il, est ainsi en voie de devenir un processus sans fin de justifications et de révolutions plébiscitaires, ce qui conduit à abandonner l'organisation de l'existence nationale sur la longue durée, à absolutiser les moments plébiscitaires. » <sup>119</sup> Devant ce « virage vers l'État total », les principes libéraux traditionnels s'avèrent à la fois trop faibles, trop formels, trop dé-

---

117 Ibid., p. 39.

118 Heller, "Autoritärer Liberalismus", op. cit., p. 649.

119 Ziegler, *Autoritärer oder totaler Staat*, op. cit., p. 31.

pendants d'une représentation de la généralité sociale pour pouvoir opposer une résistance efficace. Seule « la fermeture monopolistique de l'accès au politique peut, à terme, conduire à une dépolitisation des domaines sociaux ». <sup>120</sup>

Le recouplement entre ce libéralisme à usage exclusif des « élites » et l'autoritarisme de Carl Schmitt est évident. Reste cependant à mesurer la divergence importante qui sépare les deux positions et qui tient au statut du concept clé d'«État total». Alors qu'il paraît désigner, pour Ziegler, une tendance qui – si lourde soit-elle – n'affecte que *partiellement* le cours de l'histoire européenne, l'État total s'inscrit dans le discours schmittien sous le signe d'une nécessité écrasante, que même la théorie la plus sophistiquée ne peut renverser. À l'inverse de Ziegler, Schmitt ne peut guère *s'opposer* à l'État total puisque l'armature même de sa pensée du politique, l'historicisme radical de la théorie des “secteurs dominants” et du décisionnisme généralisé, l'implique *comme un état de fait déjà existant*. Le point de départ d'un “libéralisme autoritaire” conséquent ne sera donc pas la rupture avec les principes plébiscitaires, comme le voudrait Ziegler <sup>121</sup>, mais un acquiescement paradoxal à l'État total. « Il y a un État total. On peut rejeter, avec de grands cris d'indignation et de révolte, la formule “État total” comme barbare, non allemande ou païenne, mais cela ne fera disparaître ce fait. » <sup>122</sup> Il faut, au contraire, politiser cet état de fait que l'on sait inévitable, en faire l'objet d'un choix délibéré, afin de le faire passer d'une condition subie à une forme organisatrice des rapports de domination. Il faut redoubler le discours à l'indicatif par un discours à l'impératif.

Si elle doit subsister, la nouvelle alternative historique sera donc *interne* à l'État total, et c'est pourquoi cette notion d'État

---

120 Ibid., p. 39.

121 « La légitimité plébiscitaire est aujourd'hui le seul système de justification encore reconnu » (Schmitt, “Legalität und Legitimität” [1932], in : VA, p. 340).

122 Schmitt, “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland” (1933), in : VA, p. 360 ; trad. partielle in : Enzo Traverso (dir.), *Le Totalitarisme. Le XX<sup>e</sup> siècle en débat*, Paris, Seuil 2001, pp. 137-146.

total va demeurer, chez Schmitt, volontairement ambivalente. À l'occasion d'une conférence qu'il prononce devant la *Langnamverein*<sup>123</sup> le 23 novembre 1932, en appui au programme d'austérité budgétaire du gouvernement Papen, Carl Schmitt distingue ainsi entre un État total dit "quantitatif" d'une part, formation captive des intérêts partisans et forcée, du coup, de s'épuiser en une série d'interventions économiques incohérentes, et un État total "qualitatif" d'autre part, qui mobilise les nouvelles méthodes de "suggestion et de contrôle des masses" et les met au service de sa capacité à décider en faisant abstraction des processus conflictuels de formation de la volonté, peu importe le sens objectif de ladite décision.<sup>124</sup> Dans le contexte qui est le sien, cette distinction est aussi opportune que péri-leuse.

« La formule d'État total recouvre le constat très juste voulant que l'État actuel dispose de possibilités et d'instruments de puissance nouveaux, d'une intensité inouïe, et dont nous estimons encore mal l'efficacité tant notre vocabulaire et notre imagination restent ancrés dans le XIX<sup>e</sup> siècle. En ce sens, l'État total est simultanément un État particulièrement fort. Il est total *au sens de la qualité et de l'énergie*, de la même façon que l'État fasciste se désigne *stato totalitario*, ce par quoi il veut dire d'abord que les nouveaux instruments du pouvoir appar-

---

123 Littéralement "l'association au long nom", dont le nom véritable était *Verein zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen* (Association pour la défense des intérêts économiques généraux de la Rhénanie et de la Westphalie).

124 Il existe plusieurs versions de cette conférence. Une première version a été publiée sous le titre (erroné) de "Gesunde Wirtschaft im starken Staat" dans les *Mitteilungen des Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen* (vol. 21, n° 1, 1932, pp. 13-32), par les soins de Fritz Springorum. Cette version a été reprise dans le recueil SGN (1995, pp. 71-91). Une version modifiée a été publiée en février 1933, sous le titre "Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland", dans la *Europäische Revue* (reprise ensuite in: VA, pp. 359-366). Certains éléments de la conférence ont été présentés quelques jours auparavant devant l'Association pour la défense des intérêts de l'industrie chimique. On trouvera le texte de cette première présentation reproduit dans le recueil SGN (pp. 55-70) sous le titre "Konstruktive Verfassungsprobleme".

tiennent exclusivement à l'État et sont au service de l'accroissement de sa puissance. Un tel État ne laisse surgir en lui aucune force qui lui soit ennemie, qui l'entrave ou le fragmente. Il ne lui vient pas à l'idée de livrer ces nouveaux instruments de pouvoir à ses ennemis et destructeurs, ni de tolérer que sa puissance soit minée par des slogans quelconques, tels "libéralisme", "État de droit" ou comme on voudra. Il peut distinguer l'ami de l'ennemi. »<sup>125</sup>

L'État total "quantitatif", dont Schmitt a exposé la genèse sociopolitique dans le second chapitre de son ouvrage sur *Le gardien de la constitution*<sup>126</sup>, est total quant à lui « au sens du simple volume et non de l'intensité et de l'énergie politique ». Son caractère amorphe tient, en fait, à l'attrait de l'ancien ou, si l'on préfère, au décalage entre, d'une part, l'investissement du domaine de la technique par le politique et, d'autre part, la persistance d'une organisation de la « direction administrative » suivant les termes de l'État législatif (le système de légalité). L'espace public, le caractère ouvert de la délibération politique, les garanties de l'opposition loyale, la dépersonnalisation des procédures judiciaires et la formalisation des normes constitutionnelles – ce que Schmitt, comme Weber, rassemble sous le vocable "légalité" – tout cela supposait que la technique ne jouait aucun rôle politique, qu'elle ne s'avérait pas en elle-même *décisive* dans l'affrontement des forces antagonistes. Or, nous dit Schmitt, cette prémisse ne tient plus : « Les moyens techniques modernes confèrent même à un petit État et à son gouvernement une puissance et une capacité d'action telles que s'effacent les vieilles représentations aussi bien du pouvoir d'État que de la résistance à celui-ci. »<sup>127</sup> « L'image désuète des émeutes et des barricades », voilà ce qui constituait le point de fusion de l'État législatif-parlementaire. Le spectacle de l'État total "quantitatif", où partis "totaux", organismes quasi étatisés et groupes d'intérêts s'affrontent au moyen de troupes motorisées ou à travers les mass média, offre un contraste saisissant – spectacle d'une guerre civile "froide", d'une parti-

---

125 "Starker Staat und gesunde Wirtschaft" (1932), in : SGN, p. 74.

126 Cf. supra, section précédente.

127 "Starker Staat und gesunde Wirtschaft" (1932), in : SGN, p. 73 sq.

tion “objective” des pouvoirs et des deniers publics par les *potestas indirecta* jusqu’à épuisement des stocks. Par la force des choses, le domaine de l’État s’étend désormais « à un degré monstrueux ».

« Il n’y a rien qui ne soit lié en quelque façon à l’État. Pas même une ligue de quilles qui ne puisse continuer d’exister sans entretenir de bonnes relations avec l’État, c’est-à-dire avec certains partis et avec certains bailleurs de fonds. Cette totalité au sens du volume est le contraire de la vigueur et de la force. L’État allemand actuel est *total par faiblesse* et par manque de résistance, par son incapacité à tenir bon face à l’assaut des partis et des intérêts organisés. Il doit céder à chacun, satisfaire chacun et plaire en même temps à tous les intérêts contradictoires. Son expansion est conséquence, comme nous l’avons dit, non de sa force mais de sa faiblesse. »<sup>128</sup>

Il semble inutile d’insister plus longuement sur le sens hautement polémique et circonstanciel que revêt cette nouvelle alternative interne à l’État total. Devant le millier d’industriels rhénans rassemblés en ce jour de novembre 1932 à Düsseldorf, Carl Schmitt, « par une subtile rhétorique dont il est coutumier », comme le rappelle justement Olivier Beaud,

« réussit à faire passer l’État libéral et social de Weimar pour un horrible État “totalitaire” au sens où l’entendent aujourd’hui par exemple les ultralibéraux. La peinture caricaturale faite de l’État weimarien sous l’expression d’État “total” vise uniquement à mieux le discréditer et à faire rejaillir la splendeur de l’idéal de l’État fort ». <sup>129</sup>

Mais il faut aussi signaler que, posant cette alternative, l’argument de Schmitt se boucle en un cercle parfait : l’État fort devient à la fois la condition préalable et l’effet escompté du « démantèlement autoritaire de la politique sociale » (comme l’appelait Heller). Car ce n’est qu’en se dégageant des divers programmes d’intervention économique et de protection sociale – qui tenaient pour partie aux compromis constitutionnels de 1919, pour partie au régime industriel de l’entre-deux-guerres – que l’État allemand conservera la force nécessaire pour ver-

---

128 Ibid., p. 75.

129 Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, op. cit., p. 70.

rouiller l'accès au politique, et pour repousser les prétentions des *potestas indirecta*. Mais ce n'est inversement qu'en se faisant État fort, c'est-à-dire en disposant des moyens (techniques) de ses ambitions et en monopolisant *d'ores et déjà* l'accès au politique, que l'État administratif du *xx<sup>e</sup>* siècle réussira à imposer son retrait hors de la sphère de l'économie (ce que Heller avait bien noté). Et c'est dans la perspective de ce raisonnement circulaire, où cause et effet s'interchangent, que le titre de la conférence de Schmitt prend tout son sens : "État fort *et* économie saine". En cette fin d'année 1932, la pensée de Schmitt ne s'inquiète pas outre mesure de ce genre de raisonnement circulaire : elle y puise au contraire une force d'affirmation politique peu commune, semblant réussir à conjuguer pour un moment l'enthousiasme et le cynisme.<sup>130</sup>

Les événements du début de l'année 1933 vont priver la catégorie d'État total tant de sa fonction critique que de sa charge analytique. S'il est douteux que la loi d'habilitation du 23 mars, qui confie au nouveau chancelier Adolf Hitler l'essentiel du pouvoir législatif, corresponde à ce qu'il entendait par le terme d'État total "qualitatif"<sup>131</sup>, Carl Schmitt choisit tout de même de

---

130 On trouve dans le texte de 1933 "Machtpositionen in modernen Staates" – un texte qui révèle toute la prégnance du vocabulaire militaire dans la pensée schmittienne – ce passage des plus éloquents : « il en résulte la nécessité d'une vaste planification, orientée vers le long terme, même si l'objectif de cette planification est le rétablissement d'un système économique fonctionnant sans plan [*planlos funktionierenden Wirtschaftssysteme*]. Tant l'élaboration que la mise en œuvre d'une planification économique exige par nature le pouvoir [*Macht*] politique » (VA, p. 371).

131 Le mépris et la méfiance de Schmitt envers les nazis – avant 1933 ! – sont suffisamment connus pour qu'il paraisse inutile d'y revenir. Dans ses conférences de novembre 1932, Schmitt s'attaque directement aux "partis totaux". Quelques mois auparavant, l'ouvrage *Legalität und Legitimität* développait une argumentation très serrée en faveur de l'interdiction préventive de ce genre de parti. Un passage significatif de l'ouvrage a d'ailleurs été publié dans le *Tägliche Rundschau* ("Der Mißbrauch der Legalität", le 19 juillet) quelques jours avant l'élection législative de juillet 1932, selon une orientation explicitement antinazie. Enfin l'implication de Schmitt dans les plans du général Schleicher, visant à dissoudre le Reichstag, à bannir nazis et communistes, puis à reporter d'une année les

ne plus faire jouer le sens polémique de la notion. Prudence ? Sans doute. Mais il faut également admettre qu'en face des actions du nouveau gouvernement, de l'embrigadement des fonctionnaires, de la répression des socialistes et des parades aux flambeaux dans les rues de Berlin, la critique de l'État social pluraliste perd singulièrement de sa pertinence. Dans un article publié en février 1933 qui reprend, quelques jours après la nomination d'Hitler à la chancellerie, la majeure partie de sa conférence de Düsseldorf, Carl Schmitt ajoute une petite phrase qui n'aurait eu guère de sens quelques mois auparavant : « Seule une révolution totale permet de s'opposer à un État total. »<sup>132</sup>

Pour le reste, la notion d'État total échappe déjà largement au contrôle de Schmitt, pour devenir un lieu commun du discours officiel du nouveau régime. Plus tard au cours de la même année, Ernst Forsthoff, un ancien étudiant de Schmitt, fait paraître un petit ouvrage sous le titre explicite de *Der totale Staat*, ouvrage qui témoigne du changement d'orientation du concept. Certes, le point de départ de Forsthoff est encore le diagnostic schmittien d'une transformation de l'État législatif-parlementaire et d'un effacement progressif de la séparation État / société. Mais plutôt que de se dédoubler en une variante "quantitative" et une variante "qualitative", comme chez Schmitt, l'État total vient qualifier globalement le nouveau régime mis en place par la révolution nationale-socialiste : celui-ci, nous dit Forsthoff, est de nature dualiste en ce qu'il cherche à combiner un "ordre de domination" (*Herrschaftsordnung*) et

---

élections prévues à l'article 25 WRV en cas de dissolution, est aujourd'hui largement documenté. À ce chapitre, cf. le récent livre d'Ellen Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar* (op. cit., pp. 154-183), ainsi que la thèse de Lutz Berthold, *Carl Schmitt und der Staatsnotstandplan am Ende der Weimarer Republik* (Berlin, Duncker & Humblot, 1999). Considérant tout cela, on en vient à penser que Schmitt ne dut d'échapper au sort funeste de son ami Schleicher – assassiné par les SS dans la nuit du 30 juin 1934 – qu'à sa capacité à louvoyer et à retourner sa veste.

132 "Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland" (1933), in : VA, p. 360 (Traverso, *Le Totalitarisme*, op. cit., p. 140).

un “ordre populaire” (*Volksordnung*).<sup>133</sup> Alors que le premier s’ordonne à la nécessité de pourvoir au bien-être des masses (*Daseinsvorsorge*), et se résume dès lors à une “direction administrative” au sens le plus fonctionnel du terme, l’ordre populaire constitue le domaine d’une volonté arbitraire et personnelle (*Führung*), et de l’intégration politique de la communauté au moyen d’une weltanschauung antisémite qui en assure l’homogénéité “métaphysique” (!). Que tout ce bricolage conceptuel ne soit qu’un effort vain pour endiguer la politisation de la bureaucratie par les militants du NSDAP n’aura échappé à personne. Mais, si on l’envisage sous un angle purement théorique, ce double-mouvement, formidable, de fondation métaphysique de l’État *et* de réduction de celui-ci à sa base administrative la plus étroite – la “police” – révèle peut-être, par le biais du disciple, une base essentielle de la pensée du professeur Carl Schmitt.<sup>134</sup>

---

133 Cf. la présentation de Reinhard Mehring dans l’anthologie de Jacobson / Schlink (dir.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis* (op. cit., p. 316 sq.). Cette anthologie contient quelques extraits de *Der totale Staat*. Sur le contexte de cet écrit, cf. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, op. cit., pp. 344, 351 sqq., toujours très utile.

134 Nous ne prétendons bien sûr pas réduire l’œuvre considérable de Forsthoff à ce pamphlet sulfureux de 1933. S’il dévoile à très gros traits certains travers de sa pensée politique “technocratique”, il ne doit pas occulter son important travail d’administrativiste et de théoricien de l’État après 1945. Pour s’en convaincre, on consultera son recueil d’articles *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973* (München, Beck 1976), et notamment l’article “Verfassungsprobleme des Sozialstaates” (pp. 50-64) qui rejoint notre propos.

## Section 3

La légitimité supralégale et  
le démantèlement de l'État constitutionnel  
(1932-1933)

*“This page left intentionally blank.”*

## Préambule

*L'auteur, paisiblement assis à son bureau, lance de tous côtés l'arbitraire, cherche à mettre dans son style la rapidité qu'il recommande dans les mesures, se croit revêtu pour un moment du pouvoir, parce qu'il en prêche l'abus, réchauffe sa vie spéculative de tous les développements de force et de puissance dont il décore ses phrases, se donne ainsi quelque chose du plaisir de l'autorité, se répète à tue-tête tous les grands mots de salut du peuple, de loi suprême, d'intérêt public, est en admiration de sa profondeur et s'émerveille de son énergie. Pauvre imbécile ! Il parle à des hommes qui ne demandent pas mieux que de l'écouter et de le rendre un jour la première victime de sa théorie !*

Benjamin Constant, 1806

Commentant rétrospectivement le destin de son petit ouvrage *Légalité et légitimité* paru à l'été 1932, aux dernières heures de la république de Weimar, Carl Schmitt écrit ceci :

« C'était un effort désespéré pour préserver [...] les dernières chances de la constitution de Weimar face à une doctrine juridique qui refusait de poser la question de l'ami et de l'ennemi de la constitution. Cet essai a rencontré une vive résistance de la part de la doctrine constitutionnelle dominante, surtout en raison de la thèse qui y était développée : on ne peut déclarer hors-la-loi un parti que si on postule l'existence d'une constitution supralégale et intangible. »<sup>1</sup>

En clair, la possibilité d'interdire un parti politique extrémiste (c'est-à-dire antidémocratique) dépend de l'existence d'une supralégalité constitutionnelle, d'une normativité supérieure à l'ensemble des dispositions contenues dans le texte de la constitution – une normativité qui dérive toujours, pour Schmitt, d'une décision globale quant à l'identité et à la forme de l'État. Mais on peut aussi inverser les termes de cette proposition, comme nous y exhorte Carl Schmitt lui-même : en présence d'une “norme” suprême de cette nature, *on doit nécessairement*

---

1 Postface de 1954 à “Legalität und Legitimität”, in : VA, p. 345.

*discriminer* les partis politiques sur la base de leurs objectifs, selon qu'ils sont en accord ou non avec ladite norme. Au-delà de la légalité de leurs activités quotidiennes, se pose inévitablement la question de la légitimité de leur existence comme prétendants au pouvoir d'État. La république de Weimar, nous dit Schmitt, est morte pour n'avoir pas su poser cette question. Elle est donc morte par faute de sa neutralité.

Tout le diagnostic schmittien mis de l'avant en 1932 pour expliquer la crise du régime républicain repose sur cette idée que le système de la légalité parlementaire, réduit à un fonctionnalisme neutre et sans aspérité, aboutit forcément à sa propre liquidation. C'est d'une autodestruction du système de la légalité, d'un effondrement interne de l'ordre des pouvoirs, qu'il faut parler. Formidable effondrement que Schmitt cherche à *décrire* et simultanément à *prévenir* au moyen de l'opposition entre légalité et légitimité. C'est le point central autour duquel s'organise le petit ouvrage que Schmitt fait paraître à l'été 1932. La tension qui organise la pensée schmittienne de la crise est désormais celle entre, d'un côté, « l'État législateur-parlementaire avec son système de légalité clos » et, de l'autre, « les formes de légitimation [*Legitimierungsweisen*] des États juridictionnel, administratif et gouvernemental ». Faisant cela, Schmitt congédie les typologies classiques des régimes politiques, celles d'Aristote et de Montesquieu : « l'opposition frontale, incontournable » passe désormais entre la « fiction normative du système clos de la légalité » et toutes les autres formes de légitimité. « C'est là, aujourd'hui, insiste Schmitt, l'opposition décisive, et non celle de la monarchie, de l'aristocratie, de l'oligarchie ou de la démocratie, qui ne sert la plupart du temps qu'à obscurcir et à embrouiller ». <sup>2</sup> Une juste appréhension du « moment présent », de ses périls et de ses possibles, requiert la réactivation de cette dichotomie légalité / légitimité, dont le ressort est autant théorique que polémique. C'est de cette dichotomie que dépend, en bout de ligne,

---

2 Schmitt, "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 266.

l'attitude que Schmitt (suivi ici par plusieurs de ses collègues) adoptera face à l'effondrement de la république de Weimar.

Les sections précédentes ont exposé la façon dont la pensée de Schmitt opérait une *déformation contrôlée* de la problématique wébérienne de la légitimité, jusqu'à aboutir à une compréhension neuve de la rationalité du droit et de la légitimité. La présente section s'attache à reconstruire la position à laquelle Schmitt parvient au cours de l'été 1932 ainsi que la discussion qui s'ouvre avec son jeune disciple, Otto Kirchheimer. Il faut d'entrée de jeu mentionner que cette discussion, toute intéressante qu'elle fut, n'a pas connu d'écho immédiat et n'a que très peu retenu l'attention des contemporains. Il est vrai qu'en cette année 1932, le climat politique étouffant et la brutalisation des antagonismes restreignaient la portée et l'audience qu'un débat théorique pouvait espérer pour lui-même. À cela s'ajoute la complexité des médiations supportant l'échange entre les deux interlocuteurs : se développant au fil de quelques articles (pour Kirchheimer) et d'un petit ouvrage (pour Schmitt), par un jeu de références parfois obliques, le dialogue était condamné à la confidentialité. Même pour un habitué du milieu des constitutionnalistes, il devait paraître passablement marginal puisqu'il se déroulait à l'extérieur du forum de la *Verein des deutschen Staatsrechtslehrer* – le lieu d'expression des grandes querelles théoriques et méthodologiques sous la république de Weimar – et hors des grandes revues savantes de l'époque.<sup>3</sup> Nulle surprise, dès lors, que l'échange entre Schmitt et son disciple de

---

3 Les articles de Kirchheimer sont parus pour l'essentiel en 1932 et 1933 dans les pages de la revue *Die Gesellschaft*. La revue a été fondée au début de la république de Weimar par Rudolf Hilferding, qui souhaitait doter le SPD d'un organe de réflexion théorique. En 1928, le sociologue Albert Salomon reprend la direction de la revue ; l'orientation partisane de la revue se relâche et on pourra y lire les contributions d'une nouvelle génération de théoriciens provenant d'horizons divers (dont Herbert Marcuse, Hannah Arendt, Paul Tillich et Franz Neumann). Cf. E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, op. cit., préface, p. VIII.

gauche soit resté inaperçu de la plupart des historiens.<sup>4</sup> Après la réédition des articles de Kirchheimer<sup>5</sup> dans les années 1960 et 1970, il faudra attendre encore quelques années avant que les travaux de Volker Neumann et William Scheuerman<sup>6</sup> ne jettent un premier éclairage sur ce débat étroitement lié à la chute de la république de Weimar.

La conviction sous-jacente à la présente section est qu'un retour sur les discussions de 1932 permet non seulement d'éclairer de l'intérieur le processus de décomposition de l'ordre républicain, depuis l'établissement du cabinet Brüning (avril 1930) jusqu'au vote de la loi d'habilitation du 30 mars 1933, mais aussi de prendre à rebrousse-poil une compréhension unilatérale et « moralisatrice » de l'échec de la première république allemande, une compréhension longtemps hégémonique en RFA et qui n'est pas très éloignée, dans sa teneur, des exercices auto-apologétiques de Schmitt. L'ordre constitutionnel post-1949 s'est en effet largement adossé à un récit fondateur résumé par le slogan "*Bonn ist nicht Weimar !*", qui insistait sur l'extrême vulnérabilité de la démocratie libérale, voire sur sa tendance naturelle à se livrer sans défense à ses ennemis intérieurs. Dans le fameux jugement de 1956 qui ordonne la dissolution du Parti communiste allemand<sup>7</sup>, la cour constitutionnelle

---

4 Michael Stolleis lui-même, dans son ouvrage monumental sur l'histoire du droit public allemand, n'en fait pas mention.

5 Les articles de Kirchheimer ont tous été réédités chez Suhrkamp (Frankfurt/M.). On compte quatre recueils : *Politik und Verfassung* (1964), *Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat* (1967), *Funktionen des Staats und der Verfassung. Zehn Analysen* (1972) et *Von der Weimarer Republik zum Faschismus. Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung* (1976).

6 Volker Neumann, "Verfassungstheorien politischer Antipoden. Otto Kirchheimer und Carl Schmitt", in : *Kritische Justiz*, vol. 14, n° 3, 1981, pp. 235-254. L'article de Neumann est incontestablement la meilleure étude sur la question. La relation entre Schmitt et Kirchheimer se trouve également au centre du livre de W. E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception* (op. cit.). Cf. plus récemment Riccardo Bavaj, "Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik", in : *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, vol. 55, n° 1, 2007, pp. 33-51.

7 BVerfGE 5, 85, § 245 sq.

de Leipzig évoque explicitement le caractère *wertneutrale* de la constitution de Weimar comme un repoussoir pour avancer l'idée d'une "démocratie engagée" (*streitbare Demokratie*). Weimar apparaît dès lors comme le modèle à éviter.<sup>8</sup> En revenant sur les débats de 1932, la présente section voudrait établir un rapport plus distancié, plus prosaïque et – en un mot – plus productif avec l'expérience constitutionnelle de l'Allemagne de l'entre-deux-guerres.

Très schématiquement, il est possible d'identifier l'enjeu central de la discussion entre Schmitt et son jeune disciple comme celui du rapport entre l'existence présumée d'une supralégalité constitutionnelle et la perspective d'un coup de force effectué pour sauvegarder la constitution. Cette perspective du coup d'État "préservateur" fut celle de Carl Schmitt<sup>9</sup> : une constitution ne peut pas être neutre par rapport à sa propre survie. Il y a un "droit à la durée" qui est immanent à son existence, un droit qui ne relève d'aucune disposition positive et qui, amorphe et diffus, réclame une mise en œuvre irrégulière, discontinue, intermittente, dans les moments de péril extrême. C'est là une perspective assez courante au sein de la mouvance antipositiviste qui anime la doctrine constitutionnelle weimarienne. Au moyen d'une interprétation très large de l'article 109 WRV, plusieurs constitutionnalistes vont s'employer, au fil des années, à transformer les droits fondamentaux de la seconde section de la constitution de Weimar en norme supralégale, s'imposant directement à la volonté du Parlement. On cherche, en procédant de la sorte, à dégager un ordre matériel susceptible de relativiser la légalité parlementaire – ce qui signifie, dans les faits, l'instauration d'un pouvoir de contrôle des lois ordinaires par la magistrature, érigée pour l'occasion en "gardienne de la constitution". La tâche de "préserver la constitution" revient ainsi à la haute magistrature du *Reich*. Or Carl Schmitt refuse cette dernière solution, au motif qu'elle débouche sur une politisation

---

8 Cf. l'analyse typique présentée par Eckhard Jesse, *Streitbare Demokratie*, Berlin, Colloquium 1981, pp. 10-14.

9 C'est la thèse développée par Olivier Beaud dans son ouvrage *Les derniers jours de Weimar* (op. cit.), à laquelle nous adhérons.

du pouvoir judiciaire – un pronostic intimement lié à la singularité de son concept de politique, à sa mobilité et à sa structure décisionniste. Sa préférence ira donc à une solution beaucoup plus spectaculaire : la suppression pure et simple du régime pluraliste des partis, au profit d'un président rassembleur et plébiscitaire. Mais hormis cette divergence – qui n'est bien sûr pas que cosmétique – sur la question de savoir qui sera le “gardien de la constitution”, il faut repérer au sein de la fronde antipositiviste *cette idée d'une “légalité à deux paliers”* (Otto Kirchheimer) comme motif persistant, décliné de diverses façons, aboutissant d'abord à la relativisation, ensuite à l'amputation, enfin au démantèlement du système de la légalité parlementaire au profit d'une légitimité jugée supérieure. Comme l'exprime très bien Ingeborg Maus :

« [Le] processus de destruction, diagnostiqué par Carl Schmitt avec un intérêt partisan, culmine dans une dialectique de la réalisation du droit, suivant laquelle la sauvegarde de la “constitution” exige l'abolition de la légalité constitutionnelle. Sous un concept de constitution complètement informel, dont le cœur est réduit à “la protection de la liberté et de la propriété” au sens de la libre propriété, et qu'il fait jouer contre les dispositions constitutionnelles positives, [Schmitt] décrit simplement ce qu'il appelle ailleurs les présupposés sociologiques de l'État de droit bourgeois : la situation normale à l'intérieur de laquelle seulement les normes peuvent valoir. [...] La défense d'un droit “supérieur” coïncide avec la garantie du statu quo social et se trouve prise en charge par un exécutif affranchi de toute contrainte légale. »<sup>10</sup>

Contrairement aux autres protagonistes du front antipositiviste, qui se contentent d'ériger en hâte des digues jusnaturalistes et de plaider en faveur d'un pouvoir accru des tribunaux, le juriste Carl Schmitt décide, en 1932, de jouer les conseillers du Prince.<sup>11</sup> Avec quelques ministres du cabinet Papen, avec le gé-

---

10 I. Maus, “Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats”, in : *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, op. cit., p. 42.

11 La nature exacte du rapport que Carl Schmitt entretenait avec les derniers cabinets de la république de Weimar – la portée de sa contribution aux “plans d'état d'urgence” (*Staatsnotstandplan*) élaborés par chacun d'eux –

néral Schleicher et ses aides de camp, Schmitt travaille à la préparation d'un coup d'État "constitutionnel", destiné à dégager la "véritable" constitution allemande de sa gangue légaliste,

---

fait aujourd'hui encore l'objet de controverses savantes. Le caractère secret des faits en question, la disparition de certains documents, l'accès difficile aux sources (provenant d'archives personnelles) et les suspicions politiques entourant ce genre de spéculations, tout cela rend la discussion assez laborieuse. Les deux articles de référence, et dont les perspectives s'opposent diamétralement, sont celui de l'élève de Schmitt, et historien du droit, Ernst Rudolf Huber, "Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit" (in : H. Quaritsch [dir.], *Complexio Oppositorum*, Berlin, Duncker & Humblot 1988) et celui de Heinrich Muth, "Carl Schmitt in der deutsche Innenpolitik des Sommers 1932" (*Historische Zeitschrift*, n° 1, 1971, pp. 75-147). On trouvera aussi quelques éléments dans Joseph Bendersky, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich* (op. cit.), surtout en ce qui concerne la période Brüning (avril 1930 à mai 1932, qui nous intéresse moins ici). Pour la période des cabinets Papen et Schleicher (de juin 1932 à janvier 1933), le travail faisant pour l'instant autorité est celui de Lutz Berthold, *Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am Ende der Weimarer Republik* (op. cit.), qui s'appuie sur de nouvelles pièces retrouvées dans le *Nachlaß* de Schmitt. Bien que guidé par un souci du détail remarquable, on peut reprocher à Berthold sa perspective d'ensemble qui l'inscrit, hélas, au sein d'une tendance apologétique déjà fort abondante. Selon un paradoxe qui n'aurait pas déplu à Schmitt, les deux grands partis républicains, le Zentrum et le SPD, sont rendus responsables – en partie, du moins – de l'échec de ce que Berthold nous présente comme la "dernière chance" de la république : les manœuvres de coulisse du général Schleicher. C'est la peur que lui inspirait ces deux redoutables chiens de garde de la république (!) qui aurait finalement amené le président Hindenburg à reculer, à refuser de violer la constitution comme l'y incitait son conseiller Schleicher, et à appeler Hitler au pouvoir. « Une crainte qui était pleinement justifiée, nous apprend Berthold, car ce ne sont plus seulement les partis extrémistes, mais aussi les partis démocratiques – le SPD et le Zentrum – qui menacent le Président de conséquences politiques et juridiques malheureuses au cas où il déciderait de reporter les élections » (p. 9). En d'autres termes, les forces démocratiques ont rendu hésitants leurs agresseurs et les ont empêché de sauver tranquillement la république. Jamais Berthold n'examine la relation pourtant évidente qui unit toute cette logique du "plan de la dernière chance", la décomposition du pouvoir qu'elle entraîne, et la facilité relative avec laquelle les nazis ont pu s'emparer de l'État au début de l'année 1933. Sur cette relation, cf. notamment Peukert, *La République de Weimar*, op. cit., p. 265.

et à la délivrer de sa neutralité.<sup>12</sup> Derrière toutes les manœuvres de coulisse, toujours la même logique implacable : il faut empê-

---

12 Sans entrer dans les détails de la polémique indiquée à la note précédente, il convient tout de même de fixer quelques repères historiques. On sait que, outre sa consultation juridique (*Gutachten*) justifiant l'extension des pouvoirs de l'article 48 en matière de finance pour le compte de Brüning (cf. supra, p. 188, n. 12) et sa participation au *Preußenschlag* en 1932, Carl Schmitt a contribué à l'élaboration d'un plan d'urgence pour le gouvernement Papen, avec son collègue Erwin Jacobi. Comme il a déjà été mentionné, Schmitt n'entretenait pas de véritable affinité intellectuelle avec Papen et son cénacle ; la convergence entre l'idéologie "révolutionnaire-conservatrice" du *neue Staat* et le réalisme constitutionnel de Schmitt paraît hautement "circonstancielle" – nous pouvons suivre Lutz Berthold sur ce point. Schmitt n'adhère pas non plus aux projets de réforme à saveur "*ständische*" du ministre von Gayl. En vérité, c'est avec le général Schleicher (alors ministre de la guerre et confident de Hindenburg) et avec son aide de camp (le lieutenant Ott) que Schmitt entretient les contacts les plus étroits, et c'est par leur entremise que ses positions théoriques sont intégrées aux manigances du cabinet Papen. En août 1932, le cabinet adopte un plan dont on retrouvera l'ébauche dans les papiers de Schmitt : d'abord, la dissolution du Reichstag, l'ajournement des élections au moyen de l'article 48 (en violation de l'article 25) et l'instauration d'une dictature présidentielle ; puis, l'interdiction des partis politiques "hostiles" (c'est-à-dire ceux qui feront mine de résister) et la confiscation des forces de police des *Länder* au profit du gouvernement fédéral. Si Schmitt s'est visiblement occupé de l'aspect technique du plan, c'est en recourant à l'argumentaire développé par un autre juriste, Johannes Heckel, que le chancelier Papen va justifier le plan auprès du président Hindenburg, le 30 août 1932, à Neudeck. Selon Heckel, à côté des pouvoirs d'exception du président (au termes de l'article 48), qui s'appliquent en cas de dysfonctionnement temporaire de l'ordre constitutionnel (*Verfassungsstörung*, telle une insurrection), il existe un "droit constitutionnel de nécessité" implicite qui concerne les situations de blocage permanent (*Verfassungslähmung*) et qui permet d'introduire des modifications à la constitution en vigueur au moyen d'un "appel au peuple". Excédant le cadre de la légalité constitutionnelle, la justesse des actions du président est désormais gagée sur son devoir de loyauté envers « la constitution comme totalité ». « Par cette "intention constitutionnelle", nous dit Heckel, l'action posée en cas de nécessité se distingue de la violation de la constitution ou du coup d'État » (J. Heckel, cité in : L. Berthold, *Carl Schmitt und der Staatsnotstandplan*, op. cit., p. 69, qui mentionne que Heckel dérive explicitement le terme de "constitution comme totalité" de la distinction schmittienne entre "constitution" et "loi constitutionnelle").

cher que la constitution de Weimar puisse être employée contre elle-même, il faut violer les dispositions constitutionnelles individuelles, le système de la légalité, pour sauver la constitution comme totalité. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette proposition et sur les formulations multiples qu'elle a connues. Retenons simplement, pour l'heure, que la position de Schmitt débouche, en 1932, sur une apologie du coup d'État préservateur. Depuis la crise du 18 fructidor de l'an v jusqu'à l'Algérie des années 1990, ce genre d'exercice nourrit une abondante littérature politique, souvent plus proche du pamphlet que de la réflexion rigoureuse. Ce qui fait tout l'intérêt du petit ouvrage *Légalité et légitimité* ainsi que des arguments développés par Carl Schmitt entre l'été 1932 et le mois de mai 1933 (moment de son volte-face en faveur des nazis), ce qui leur confère une certaine plausibilité, c'est qu'ils combinent un axiome de doctrine constitutionnelle – la préséance de la légitimité d'une constitution comme totalité ordonnée sur la “simple” légalité constitutionnelle formelle – avec une description empirique, voire opé-

---

Visiblement convaincu par cet argument, Hindenburg accorde à Papen un décret de dissolution dont il fera un usage malheureux moins de deux semaines plus tard, lors de la séance du Reichstag du 12 septembre. Le plan d'urgence de Schmitt va ensuite resurgir en janvier 1933, alors que Schleicher, agissant maintenant à titre de chancelier, cherche à convaincre Hindenburg – en vain cette fois – de dissoudre à nouveau le Reichstag et de reporter indéfiniment les élections législatives. Or, il semble qu'entretiens Schmitt se soit mis à douter de la volonté du vieux maréchal et qu'il ait recommandé à Schleicher une solution plus modeste, soit un engagement formel de la part du président à l'effet qu'il ne reconnaîtrait pas un vote de défiance du Reichstag en l'absence d'alternative positive – ce qui constituerait, selon Schmitt, le sens “authentique” de l'article 54 (cf. toujours Berthold, *Carl Schmitt und der Staatsnotstandplan*, op. cit., p. 72 sq.). La suite est connue : pressé par son entourage de se défaire d'un conseiller devenu encombrant, Hindenburg donne congé au cabinet Schleicher le 28 janvier 1933 et appelle Hitler à la chancellerie. Le plan d'urgence de Schmitt peut retourner pour de bon dans les cartons : le temps de la résistance est terminé, celui de la compromission commence. Pour une discussion subtile des positions respectives de Heckel et de Schmitt, cf. le très bel article de S. Koriath, “Rettung oder Überwindung der Demokratie” (op. cit.), un article auquel le présent travail doit beaucoup.

ratoire, de la crise du régime de Weimar. Aussi, pour critiquer les positions de son mentor, Otto Kirchheimer devra-t-il mener son offensive sur ces deux fronts, théorique et empirique, en montrant comment le diagnostic de Schmitt participe de plain-pied au processus pathologique qu'il cherche à décrire et dont, en réalité, il précipite l'issue.

La présente section s'attachera à analyser l'ouvrage *Légalité et légitimité*, les positions développées par Schmitt en 1932-1933, et le genre de réponse que Kirchheimer va tenter de leur opposer. Il s'agit donc de saisir, au prisme de cette confrontation (exemplaire à bien des égards), la façon dont la dichotomie légalité / légitimité a pu opérer politiquement. Avec le recul historique, cette confrontation pouvait sembler vaine ; Kirchheimer, qui n'a que 28 ans lorsqu'il décide d'affronter Carl Schmitt, va vite se retrouver, à l'instar de ses collègues plus âgés Hermann Heller et Ernst Fraenkel, dans la posture paradoxale du socialiste forcé de défendre les conquêtes de l'État de droit bourgeois, contre une bourgeoisie de plus en plus prompte à les sacrifier au profit de l'ordre et de la tranquillité.<sup>13</sup> Posture qui n'est pas tellement différente, quant à ses implications pratiques, de celle d'un positiviste crépusculaire comme Gerhard Anschütz. Homme d'engagement, de revues et d'articles savants, Kirchheimer ne dispose pas – et ne prétendra jamais disposer – d'une grande théorie systématique. Après 1930, son attachement au marxisme est demeuré assez distendu, erratique et circonstanciel : il s'agit surtout pour lui, comme il l'écrira en 1964, « dans une époque bornée par les noms de Staline, de Hitler et de McCarthy, [...] de déceler les méca-

---

13 Posture que, reprenant les termes de Carlos Miguel Herrera, on pourrait qualifier de "défensive institutionnelle" (cf. Herrera, "Constitution et social-démocratie à Weimar", in : *Droit et gauche. Pour une identification*, Québec, P.U.L. 2003, p. 109). C'est cette position qu'exprime Otto Wels dans son discours au Reichstag le 23 mars 1933, lorsqu'il expose le refus du SPD d'appuyer la loi d'habilitation réclamée par le nouveau chancelier Hitler : « La Constitution de Weimar n'est pas une constitution socialiste. Mais nous restons fidèles aux principes de l'État de droit, d'égalité juridique et de droit social qui y sont inscrits ».

nismes essentiels de l'ordre et des désordres politiques ». <sup>14</sup> Rien dans tout cela qui puisse faire longtemps barrage aux ambitions théorético-politiques d'un Schmitt. Lorsqu'il prend le chemin de l'exil en 1933 – d'abord pour Paris, puis pour New York en 1938 – le jeune Kirchheimer ne peut guère se targuer d'avoir ne serait-ce qu'ébranlé son redoutable adversaire.

Pourtant, la réplique que Kirchheimer oppose à *Légalité et légitimité* est non seulement des plus solides, comme on le verra, mais elle a aussi le mérite de mettre en lumière l'arrière-plan conceptuel contre lequel s'adosse la polarisation légalité / légitimité dont Schmitt (et bien d'autres) fait usage pour décrire la décomposition de la république de Weimar. Pour le dire de façon sommaire, Kirchheimer retrouve chez son maître le fil de l'argument wébérien, et c'est ce qui lui permettra de prendre à revers le diagnostic de Schmitt. Il ne faut cependant pas s'y méprendre : Kirchheimer n'est pas un "wébérien" – pas plus que Schmitt d'ailleurs – mais il est conduit, à l'occasion de son débat avec Schmitt, à restituer la teneur et le tranchant de l'analyse wébérienne de la légitimité mieux que ceux qui se sont appliqués, par la suite, à la défendre ou à la condamner. Car, ose-t-on croire, ce n'est qu'à partir de son point de basculement que l'idéaltype de la légitimité légale-rationnelle acquiert une réelle consistance et que, du même coup, la réalité qu'il désigne se laisse pleinement déchiffrer. La spécificité de ce type de légitimité tient, pour Kirchheimer comme pour Weber, à ce qu'il autorise le déploiement de rapports ouvertement conflictuels et contradictoires. Cassant la logique du jeu à somme nulle qu'instaure inévitablement la légitimité traditionnelle au sein d'une société divisée et pluraliste, elle conserve

---

14 Kirchheimer, "Vorbemerkung", in : PV, p. 7. On se référera à la très belle préface écrite par John H. Herz qui ouvre le recueil posthume PLSC, notamment les pages IX et XI, dans lesquelles Herz insiste sur le caractère éclaté et épars de l'œuvre de son ami diparu.

dans une indétermination dernière la question des fins de l'État.<sup>15</sup>

Si elle paraît d'abord commandée par une situation critique et par le sentiment de l'urgence politique, cette discussion entre Schmitt et Kirchheimer ramène donc au premier plan la question du sens de l'héritage de Max Weber. En revenant à l'amont de la pensée schmittienne de la crise, il la prend à revers et en donne à voir les ressorts intimes. Procédant de la sorte, on évitera peut-être, comme c'est encore souvent le cas aujourd'hui, de prendre pour argent comptant les diagnostics de Carl Schmitt sur l'autoliquidation de la démocratie "formelle" (dont Weimar serait l'exemple parfait). Et on s'autorisera à voir comment ce genre de diagnostics – issus de considérations apparemment froides et dégrisées – repose sur des prises de positions, théoriques et pratiques, d'une rare radicalité.

---

15 On retrouve là, au fond, une préoccupation qui va demeurer celle de Kirchheimer tout au long de sa vie, et qui court en filigrane de ses articles sur le problème de l'opposition dans les démocraties libérales et de son *magnum opus* de 1961 sur la "justice politique". Cf. le ch. II de *Political Justice. The Use of Judicial Procedures for Political Ends*, Princeton, Princeton University Press 1961, pp. 25-45.

## Chapitre 5

### L'effondrement du système de la légalité parlementaire

*Un avion tournoie au-dessus du bâtiment, d'où sortent encore de légers nuages de fumée. Devant l'un des portails stationnent des voitures de pompiers. À un angle de la Siegesalle, là où les gens sont les plus nombreux à se presser, un astucieux vendeur à la sauvette propose des bonbons à l'eucalyptus. Sans cesse de nouvelles troupes d'écoliers se mêlent aux adultes. Ils flairent l'excitation et se réjouissent innocemment de la sensation. Quand ils seront grands, l'histoire leur apprendra quel sens devait avoir en réalité l'incendie du Reichstag.*

Siegfried Kracauer, le 28 février 1933

En 1928, à l'occasion d'un des passages les plus remarquables de son grand traité *Verfassungslehre*, Carl Schmitt se livre à un examen des formes concrètes que peut prendre le principe parlementaire dans une démocratie libérale, c'est-à-dire la responsabilité du pouvoir exécutif face à une assemblée élue de représentants du peuple. Le parlementarisme, y apprend-on, est une forme hybride de direction politique, combinaison incertaine d'éléments monarchiques, aristocratiques et démocratiques. En tout cas, « ce n'est pas une forme politique en soi ».<sup>1</sup> C'est pourquoi Schmitt identifie quatre configurations idéaltypiques, quatre « sous-systèmes différents du système parlementaire » : le parlementarisme strict (prédominance absolue de la majorité parlementaire du moment, style Troisième république), le système du premier ministre (prédominance du chef de l'exécutif, qui assume la direction politique générale et qui engage sa responsabilité personnelle, ce qui était l'idéal de Max Weber), le système du cabinet (prédominance du conseil des ministres,

---

1 TC, p. 452.

dont le chef est désigné au moyen d'un compromis), le système présidentiel enfin (persistance d'un élément monarchique, d'un pouvoir neutre qui assure la médiation entre le législatif et l'exécutif). À défaut d'un ensemble de règles claires et cohérentes, ces quatre sous-systèmes potentiels coexistent au sein de la constitution de 1919, et chacun d'eux peut prendre appui sur certaines dispositions précises (respectivement les articles 54, 56, 58 et 41). « Les rapports mutuels entre ces diverses possibilités forment, conclut Schmitt, le véritable problème du gouvernement parlementaire du *Reich* allemand d'après la constitution de Weimar. »<sup>2</sup>

Comme toujours, l'exposé de Schmitt répond à la situation politique du moment : il s'agit de montrer que, loin d'être fixe, le système parlementaire instauré en 1919 repose sur des fondations mouvantes et qu'il peut être appelé à évoluer rapidement. En 1928, alors que la République semble solide et les années sombres déjà loin derrière, Carl Schmitt tient à conserver ouverts tous les possibles. Pas d'attachement hâtif, pas de crispation doctrinaire, pas de chipotage légaliste surtout : « Il y a toute une foule de nuances dans l'usage des diverses possibilités qui restent toutes dans le cadre de la réglementation légiconstitutionnelle [*verfassungsgesetzliche*], et il n'y a ni *inconstitutionnalité ni modification ou altération de la constitution lorsqu'une de ces possibilités se réalise à la place de l'autre.* »<sup>3</sup> En un sens, cette attitude circonspecte apparaît comme un corollaire de la méthode décisionniste, de ce que l'on a appelé plus haut le "décisionnisme restreint", c'est-à-dire la prise en compte du caractère absolu et autonome de la médiation (la décision) qui concrétise la norme. Une constitution au sens formel ne désigne jamais qu'un ensemble de possibles constitutionnels dont la réalisation dépend d'un jeu contingent d'instances.

Mais l'essentiel est ailleurs. Certes, concède Schmitt, la tendance actuelle – on songe aux chanceliers Wilhelm Marx et Hans Luther – va dans le sens d'un système de cabinet, fondé

---

2 TC, p. 489.

3 TC, p. 496, je souligne.

sur des coalitions partisans changeantes. Mais il n'est pas interdit d'imaginer une inversion. Il serait tout à fait possible, et légal, que le président décide soudain de nommer un chancelier sur la base d'un programme précis, unilatéral et sans compromis ; que ce chancelier ne décide de s'assurer d'une majorité parlementaire qu'a posteriori, de façon à garder sa marge de manœuvre ; et qu'enfin « le président décrète la dissolution du Reichstag si cette majorité ne se forme pas ». <sup>4</sup> Schmitt décrit ici avec une force d'anticipation remarquable, à deux années d'intervalle, la pratique des "cabinets présidentiels" que vont développer Brüning et ses successeurs.

L'établissement d'un cabinet *überparteilich*, l'usage extensif des pouvoirs d'exception prévus à l'article 48, la dissolution du Reichstag comme arme politique – le dispositif gouvernemental qui se met en place à l'été 1930 possède une vertu intrinsèque aux yeux du constitutionnaliste Carl Schmitt : il bloque le cycle de la politique parlementaire, il verrouille enfin la direction politique et rend impossible le retour au jeu antérieur des compromis partisans – ne serait-ce qu'en raison du résultat des élections du 14 septembre 1930. <sup>5</sup> Plus question désormais pour le juriste de contempler le chatoyant éventail des possibles constitutionnels, l'heure est à l'approfondissement de nouvelles régulations, se substituant aux lois parlementaires désuètes, et à la consolidation d'un nouveau régime politique. <sup>6</sup> C'est à cet en-

---

4 Ibid.

5 Les élections de 1930 consacrent le NSDAP second parti d'Allemagne (il passe de 12 à 107 sièges), derrière le SPD (143 sièges) et devant le Zentrum (68 sièges).

6 Sur le "régime" de Brüning, citons le commentaire pénétrant de Sebastian Haffner : « à ma connaissance, le régime de Brüning a été la première esquisse et pour ainsi dire la maquette d'une forme de gouvernement qui a été imitée depuis dans de nombreux pays d'Europe : une semi-dictature au nom de la démocratie et pour empêcher une véritable dictature. Quiconque se donnerait la peine d'étudier à fond le système de Brüning y trouverait tous les éléments qui font en fin de compte de ce mode de gouvernement, de façon presque inéluctable, le modèle de ce qu'il est censé combattre : c'est un système qui décourage ses propres adeptes, sape ses propres positions, accoutume à la privation de liberté, se montre incapable de

droit précis, notons-le, que l'argument du "virage vers l'État total" vient s'insérer et que la nécessité historique dont il est porteur déploie tous ses effets.<sup>7</sup>

« Un gouvernement fort et concentré, qui prend appui sur des bases démocratiques et qui trouve l'approbation et l'acclamation du peuple, est un gouvernement comme les autres. Si l'on veut ni renoncer à l'État ni préparer [...] des coups de force, il ne reste qu'à exploiter cette possibilité constitutionnelle et faire valoir le sens des dispositions constitutionnelles contre les procédés parfaitement anticonstitutionnels [*verfassungswidrig*] des coalitions instables. »<sup>8</sup>

Sous l'effet d'une concentration du pouvoir au profit de l'exécutif, de l'armée et de la bureaucratie, le paysage institutionnel se simplifie, et déjà les contours de l'État autoritaire redeviennent lisibles.

L'essai *Légalité et légitimité*, publié à l'été 1932<sup>9</sup>, exprime de façon transparente cette option en faveur d'une solution autoritaire. Mais il s'agit aussi d'un discours au statut volontairement ambigu, comme on verra, puisqu'il prétend constater une transformation historique contraignante, à l'œuvre *hic et nunc*, et invite simultanément à faire de cette transformation l'objet d'une décision résolue. Procédant de la sorte, Carl Schmitt est conduit à reprendre plusieurs éléments d'analyse dispersés dans ses écrits des années 1928 à 1931 (concernant la montée des ordonnances législatives et le déclin de la loi, l'impossible neutralité de la constitution, la légitimité plébiscitaire du président, l'état d'exception économique, etc.), à les combiner, et à les insérer dans le vaste tableau du "virage vers l'État total".

---

s'opposer à la propagande ennemie, abandonne l'initiative à ses adversaires et finalement renonce au moment où la situation aboutit à une épreuve de force » (*Histoire d'un Allemand. Souvenirs 1914-1933* [1940], trad. B. Hébert, Arles, Actes Sud 2003, p. 133 sq.).

7 Supra, p. 184 sq.

8 "Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates" (1930), in : VA, p. 57 sq.

9 L'essai a été achevé le 10 juin 1932, si l'on en croit la notice que Schmitt place en première page, donc dans les jours suivant la première dissolution du Reichstag par le nouveau chancelier Papen (le 4 juin).

## La légitimité légale et l'État législatif-parlementaire

Plusieurs lecteurs avisés – et c'est le cas notamment de Johannes Winckelmann<sup>10</sup> – ont très tôt senti que c'est à partir d'une objection fondamentale à l'égard du concept wébérien de domination légale (*legale Herrschaft*) que se déploie l'argument de Schmitt dans sa brochure de 1932. À l'instar de la *Théologie politique* dix ans plus tôt, l'enjeu théorique majeur de *Légalité et légitimité* serait donc une tentative pour rompre avec la démarche sociologique du “maître” Max Weber, tout en préservant avec celle-ci quelques points d'attache superficiels. Chez Weber, la domination légale-rationnelle est un idéaltype. Elle désigne une configuration bien précise que peuvent prendre les rapports d'autorité (*Herrschaft kraft Autorität*).<sup>11</sup> Une configuration qui s'accompagne d'abord de formes stéréotypées de commandement et d'obéissance, qui se distingue ensuite par une revendication spécifique de légitimité, attachée à une règle impersonnelle, et qui implique enfin un mode particulier de fonctionnement de la “direction administrative” (sur la base de la “compétence” ou de l'habilitation). Comme tous les idéaux-types wébériens, la domination légale-rationnelle n'a de signification qu'en lien étroit avec les autres formes de domination, traditionnelle et charismatique, auxquelles elle s'oppose. Carl Schmitt aurait bien mesuré l'importance de cette opposition. Il aurait bien perçu, également, que le seul dessein du triptyque wébérien légalité / charisme / tradition, est de mettre en relief ce qui distingue l'État constitutionnel moderne des autres groupements de domination.

Là où Schmitt s'opposerait donc à son “maître”, c'est dans son refus de reconnaître la légalité comme l'assise d'une forme distincte de légitimité. Le point est décisif et révélateur, aux yeux de Schmitt : si Weber a pu aussi aisément faire de la légalité un type de légitimité à part entière, c'est parce qu'il avait au

---

10 Johannes Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen, Mohr 1952.

11 Supra, p. 40 sq.

préalable calqué sa compréhension de la légitimité en général – compréhension extrêmement formelle, comme on l’a vu<sup>12</sup> – sur « le principe de légalité » (*Prinzip der Gesetzmäßigkeit*), caractéristique de l’État constitutionnel du tournant du siècle, c’est-à-dire « le fonctionnalisme bureaucratique », « la routine et les habitudes des bureaux », « le fonctionnement en gros prévisible ».<sup>13</sup>

« Et c’est en ce sens, écrira Schmitt en 1932, qu’il faut comprendre la proposition de Max Weber : “la légalité peut valoir comme légitimité” ; ou encore : “la forme de légitimité aujourd’hui la plus courante est la croyance en la légalité”. Ici, légalité et légitimité sont ramenées à une notion commune de légitimité, alors que justement la légalité signifie l’antithèse de la légitimité. »<sup>14</sup>

Malgré toute sa sophistication théorique, la sociologie wébérienne ne ferait donc que reproduire les termes du discours “officiel” secrété par le système de la légalité parlementaire. L’idée voulant que la légitimité puisse être identique à la légalité est le produit d’une formation historique bien déterminée – celle de l’État législatif (*Gesetzgebungsstaat*) – et le fait que cette identité paraisse de moins en moins évidente constitue un témoin de la faillite de cette forme d’État.

En s’appuyant sur la lecture proposée par Winckelmann, on pourrait tenter un premier repérage de cette confrontation autour du problème de la légitimité légale. Alors qu’il s’agit pour Weber de décrire « la structure d’un type de légitimité » au

---

12 Supra, notamment p. 43.

13 “Le problème de la légalité” (1950), in : *Du politique*, op. cit., p. 218.

14 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 269. Schmitt mentionne, à la phrase suivante, l’essai “Legalität und Legitimität” de son disciple Otto Kirchheimer. L’essai en question devait paraître dans la livraison de juillet de la revue *Die Gesellschaft*, ce qui indique que Schmitt avait eu l’occasion de le lire avant sa publication. C’est un renvoi étrange, puisqu’il vise un passage plutôt accessoire dans l’argument de Kirchheimer, et il n’est pas évident de savoir à l’appui de quoi il est sollicité. Le renvoi laisse néanmoins penser que Schmitt a bien senti la proximité entre la position développée par Kirchheimer à l’été 1932 et celle que Weber exposait notamment dans ses *Trois types purs de domination légitime*.

moyen d'« un concept englobant de légalité, spécifiquement sociologique, qui correspond à l'acception courante dans le domaine de la théorie de l'État », Carl Schmitt développe à l'inverse « une notion de légalité qui doit être comprise en un sens constitutionnel et organisationnel, comme une condition (strictement) formelle de validité des lois (propre à l'État législatif), légalité critiquée et rejetée comme forme de légitimité en raison de son absence de contenu matériel ». <sup>15</sup> Pour Johannes Winckelmann, qui s'attachait à défendre l'image d'un Max Weber libéral bon teint, il ne fait pas de doute que la critique schmittienne aurait fait mouche *si* l'idéaltype de la légalité en était resté à ce formalisme. Mais, poursuit Winckelmann, la compréhension wébérienne de la légalité réfère en réalité à une « authentique » légitimité, tirée « de principes rationnels en valeur, faisant l'objet d'un *consensus omni* (par opposition aux principes traditionnels ou religieux, et à la croyance au charisme) ». La critique de Schmitt serait donc sans objet puisque, dans le cas de la légalité, « les principes régulateurs pour l'établissement des normes et leur concrétisation » découlent de « postulats rationnels en valeur » sur lesquels cependant – Winckelmann doit bien l'admettre – Weber est demeuré peu disert.

L'interprétation de Winckelmann présente d'innombrables difficultés et paraît, en bout de ligne, peu probable. Elle procède plus du désir de doter la nouvelle république allemande de 1949 d'une lignée de pères fondateurs, libéraux et bons démocrates – rappelons que l'ouvrage paraît en 1952 en R.F.A. – que d'un souci de fidélité au texte wébérien. Winckelmann cherche à tirer Max Weber du côté d'une pensée du droit naturel rationnel, en tentant d'interpréter la domination légale comme un phénomène relevant simultanément d'une fondation *wertrationale* et de la légalité positive – ce qui devient problématique dès que l'on prend acte de l'abîme qui sépare,

---

15 J. Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, op. cit., p. 60. Toutes les parenthèses sont de Winckelmann lui-même.

d'une part, la "domination légitime" (qui concerne la forme de la relation commandement / obéissance) et, de l'autre, les "ordres légitimes" (qui s'attachent au sens visé par ceux qui y adhèrent). S'il est indéniable que, passant de Max Weber à Carl Schmitt, le sens même de la "légalité" change, cette transformation ne se laisse pas ramener, comme le voudrait Winckelmann<sup>16</sup>, à l'abandon d'une rationalité axiologique implicite. Cette transformation tient plutôt à un bouleversement dans l'armature même du concept de légitimité et dans le rôle qu'il joue au sein de la pensée politique.

Dans *Légalité et légitimité*, Carl Schmitt s'efforce d'interpréter la crise de la république de Weimar dans la perspective de ce qu'il appelle, dès la première phrase de son ouvrage, la « débâcle de l'État législatif-parlementaire », assimilant aussitôt celle-ci à une autodestruction de la légitimité légale-rationnelle. La thèse avancée par Schmitt est que, loin d'être accidentelle, cette tendance à l'autodestruction est inscrite au cœur même de cet ersatz de légitimité, en raison de son formalisme et de sa neutralité. Comme il a déjà fait mention, l'idée de légitimité légale, la possibilité de concevoir une identité entre légalité et légitimité, est indissociablement liée, aux yeux de Schmitt, à un type singulier d'État : l'État législateur-parlementaire. Ce n'est que dans ce type d'État que la réalisation du droit a pris la forme d'un « système clos de légalité ». Bien sûr, Schmitt n'ignore pas que cette représentation d'un « système clos de légalité » est, pour une large part, une « fiction normativiste »<sup>17</sup> ou un postulat propre à la *science* du droit. Il n'empêche que cette représentation dévoile le fait décisif : la suprématie d'un certain mode d'effectuation du droit, d'un certain type de

---

16 Dans son ouvrage *Le Désenchantement de l'État* (op. cit., p. 234), Colliot-Thélène résume élégamment l'objection décisive contre cette lecture *wertrationale* de la légitimité légale : « si la rationalité en valeur était effectivement, aux yeux de Max Weber, le fondement extrapositif de la légitimité légale, on ne voit pas pourquoi il aurait négligé de la mentionner, comme il le fit du caractère sacré de la tradition ou de la vertu héroïque ou exemplaire du personnage charismatique ».

17 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 266.

“régulations” (*Normierungen*) auxquelles on reconnaît des “qualités” spécifiques, et « sous lesquelles viennent s’ordonner toutes les autres fonctions publiques ». L’État législatif est donc avant tout un État *légicentrique* : l’ensemble de son fonctionnement s’organise autour de la loi impersonnelle, « c’est-à-dire d’une norme générale, déterminée à l’avance, conçue pour la durée, et dont le contenu est mesurable et estimable ».<sup>18</sup>

Pendant, un décisionniste conséquent ne peut se satisfaire d’une telle caractérisation, et c’est pourquoi Schmitt accole immédiatement à l’attribut de “législatif” celui de “parlementaire”. L’organisation légicentrique de l’État renvoie donc à la suprématie de l’instance qui peut prétendre créer seule la loi, c’est-à-dire le Parlement. « La primauté et la position centrale du Parlement, précise Schmitt, repose sur le fait que, en tant que “corps légiférant”, il édicte des normes avec toute la dignité du *législateur*. »<sup>19</sup> Notons au passage qu’en faisant dériver la suprématie parlementaire de la prééminence du *médium légal*, Carl Schmitt renverse les termes de l’analyse qu’il proposait, dix ans auparavant, dans son essai sur le parlementarisme – où la suprématie du Parlement relevait plutôt, on s’en souviendra, d’une foi en la discussion publique « menée avec sérieux ».<sup>20</sup>

---

18 Ibid., p. 263.

19 Ibid., in : VA, p. 263. Les italiques indiquent que le français apparaît dans l’original.

20 Supra, p. 151 sqq. En opérant cette inversion, Carl Schmitt ne parvient plus à expliquer pourquoi c’est précisément le parlement, à l’exclusion de toute autre instance, qui dispose du monopole de l’élaboration de la loi. Car, en l’absence du privilège qu’accorde la “foi en la discussion”, on peut aisément imaginer des dispositifs institutionnels au sein desquels la loi proviendrait de la collaboration de plusieurs pouvoirs distincts, et où le Parlement ne serait pas en position dominante ; c’est la situation qui prévalait jadis dans la monarchie limitée du XIX<sup>e</sup> siècle et, à suivre l’interprétation que Philippe Blachère donne de la décision du Conseil constitutionnel du 23 août 1985, ce serait aujourd’hui le cas de la pratique constitutionnelle française, qui rompt ainsi avec la conception “malbergienne” de la législation (cf. Ph. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, P.U.F. 2001). Quoi qu’il en soit, le passage entre ces deux compréhensions de la suprématie parlementaire et du légicentrisme – celle

L'assimilation de l'idéaltype wébérien de la légitimité légale à une représentation, ou encore à une "fiction" qui serait propre à l'État législateur-parlementaire participe autant d'un effort de clarification conceptuelle que d'un dessein polémique. Il s'agit, d'une part, de bien préciser ce que l'idée de "légalité" implique, afin de faire entendre sa dissonance avec la pratique de législation par ordonnances, qui s'impose depuis l'été 1930 à la faveur des cabinets Brüning et Papen. Schmitt procède ici par réduction "décisionniste", selon une stratégie consistant à rabattre le terme de *Legalität* (légalité au sens large) sur celui de *Gesetz-mäßigkeit* (légalité au sens technique), puis à ramener ce dernier à l'image du *Gesetzabsolutismus* (l'absolutisme législatif), d'une machine législative (*Statutenmaschine*) sans frein ni cran d'arrêt, qui s'offre comme une cible facile à la méfiance des juristes antipositivistes. Lorsqu'on met entre parenthèses la valorisation dont elle a fait l'objet par le constitutionnalisme libéral des siècles antérieurs, de John Locke<sup>21</sup> à Benjamin Constant – et que Schmitt associe parfois à un désir de prévisibilité typique de la société bourgeoise émergente<sup>22</sup> – la légalité signifie simplement la prédominance des décisions parlementaires par rapport aux autres actes étatiques et aux diverses sources du droit. « Les représentations propres à la science et à la pratique du

---

de 1923 (fondée sur la "métaphysique" de la "discussion perpétuelle") et celle de 1932 (reposant sur la supériorité d'un médium, sur son adéquation à l'accession de la technique au rang de "secteur dominant") – illustre bien l'ampleur du remaniement survenu dans la pensée schmittienne, en dépit d'une unité apparente, à la faveur du tournant "sociologique" et de l'apparition du thème du "virage vers l'État total".

21 Au ch. 11 du *Second traité du gouvernement civil* (§ 136-137), Locke opposait le gouvernement arbitraire, exercé par « décrets improvisés » et soumis au caprice du dirigeant, et le gouvernement qui procède au moyen de "*standing laws*", les lois *stables* et *promulguées*. « Tout le pouvoir que possède le gouvernement n'étant que pour le bien de la société, il ne doit pas être *arbitraire* ni s'exercer selon le bon plaisir, mais il doit s'exercer *par des lois stables et promulguées*, en sorte que le peuple puisse connaître ses devoirs et vivre en toute quiétude et sûreté à l'intérieur des limites fixées par la loi » (cf. John Locke, *Le second traité du gouvernement*, trad. J.-F. Spitz, Paris, P.U.F. 1994, p. 98 sqq.).

22 Cf. F. Neumann, *The Rule of Law*, op. cit., p. 256 sq.

droit sont commandées par une série d'équivalences : droit = loi, loi = régulation étatique élaborée avec le concours de l'assemblée représentative. » Tel est l'axiome de base : « L'État, c'est la loi [*Gesetz*], et la loi c'est l'État. » Du coup, « l'obéissance n'est due qu'à la loi ; *c'est seulement face à la loi que le droit de résistance cesse de valoir*. Il n'y a plus d'autorité ou de commandement venant d'en haut, il n'y a que de la légalité [*Legalität*] ». <sup>23</sup>

Nous reviendrons un peu plus loin sur ce qui découle de cet axiome quant au fonctionnement de l'État législateur-parlementaire. Mais il faut relever tout de suite l'évocation du droit de résistance – ou plutôt l'évocation de sa négation – par Schmitt. Elle révèle un point de convergence remarquable entre les registres théorique et polémique. C'est un procédé qui revient à quelques reprises dans les pages de l'essai de 1932. L'utilisation du “droit de résistance” – surtout dans le contexte de l'été sanglant de 1932, alors que Berlin se trouve au bord de la guerre civile – permet de conduire la logique de la légitimité légale (du “système de la légalité parlementaire”) à son ultime radicalité : l'identification du droit *lato sensu* à la simple (*ein-fache*) loi parlementaire doit être parfaite. Équivalence sans reste, elle implique l'absorption de tout droit exogène, et donc aussi du droit à la « légitime défense ».

« La confiance [dans cette identité] demeure le présupposé de toute constitution soucieuse d'organiser l'État législatif-parlementaire sous la forme de l'État de droit. Sans quoi l'État législatif-parlementaire ne serait qu'un absolutisme plutôt compliqué, la revendication d'une obéissance inconditionnée un acte de violence ouverte, et la renonciation au droit de résistance une irresponsable stupidité. » <sup>24</sup>

Ainsi, le fait de ressentir (ne serait-ce qu'intuitivement) le besoin de préserver un recours *juridique* quelconque à l'endroit du législateur parlementaire se transforme aussitôt en argument valant contre la légitimité légale-rationnelle. Il en souligne l'in-

---

23 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 276, je souligne.

24 Ibid., p. 278.

vraisemblance, voire la profonde absurdité. Les travaux de Kurt Wolzendorff, à la fin de l'empire et au début de la république de Weimar, ont sans doute attiré l'attention de Schmitt<sup>25</sup>, ainsi que de plusieurs de ses collègues, sur l'importance du "retournement" (*Umleitung*) du droit de résistance médiéval par le constitutionnalisme moderne. Mais il n'est pas trop téméraire de penser que cette allusion au droit de résistance vise aussi à répondre à un passage du texte de son disciple Kirchheimer, dans lequel le jeune constitutionnaliste expose non une scission entre le droit de résistance et la légitimité légale (ou "le système de la légalité parlementaire"), mais plutôt une continuité, inscrite sous le signe d'un processus de rationalisation formelle.

« En fait, on peut aller jusqu'à identifier la marque distinctive de l'État moderne comme l'absence d'un droit de résistance, comme sa réduction à un catalogue de droits fondamentaux constitutionnellement garantis. À la place d'un droit de résistance indéterminé, dont la force tient uniquement à son ancrage dans la conscience populaire – c'est-à-dire, en même temps, à son caractère matériellement illimité – se substitue un concept rationalisé de loi. »<sup>26</sup>

La fonction de "l'opposition loyale", l'existence de protections publiques dont peut se prévaloir chacun des groupes politiques en concurrence, la disjonction entre le droit politique et le droit commun, l'impersonnalité des normes constitutionnelles – tout cela se trouve lié de manière *intrinsèque* et *indissociable* à un mouvement historique de rationalisation du droit, qui engage en même temps une « formalisation du concept de légalité, grâce à laquelle un contrôle efficace de l'administration devient possible ». <sup>27</sup> Ce qui implique, inversement, qu'une érosion ou une relativisation des droits de l'opposition se traduira par une régression dans la rationalité de la domination ou, plus exactement, par une déformalisation de la légalité – thématique qui

---

25 Schmitt cite Wolzendorff à quelques reprises dans son œuvre weimarienne, dans la *Théologie politique* de 1922 notamment. On trouve une référence à Wolzendorff dans "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 287.

26 Kirchheimer, "Legalität und Legitimität" (1932), in : PH, p. 9.

27 Ibid., p. 9 sq.

occupe une place centrale dans l'analyse de la décomposition de la république de Weimar proposée par Kirchheimer.<sup>28</sup>

Mais il est un autre point où l'assignation de la légitimité légale au modèle de l'État législatif-parlementaire croise les registres polémique et théorique, et c'est dans le refus opposé par Schmitt à la notion d'"État de droit". Saisi par le décisionnisme, le terme d'État de droit revêt deux significations différentes – l'une restrictive, l'autre globale – et il s'avère, dans les deux cas, pareillement inutile. D'un côté, l'État de droit ne désigne que « l'ensemble des dispositifs servant à contrôler l'État », à limiter et à rendre prévisible l'exercice de la puissance publique, dispositifs qui demeurent inextricablement liés au système parlementaire. Aussi s'agit-il simplement, selon cette première acception, d'un autre terme pour désigner l'État législateur-parlementaire, terme plus honorable sans doute, mais qui décrit la même réalité. C'est *grosso modo* la thèse développée par Schmitt dans sa *Théorie de la constitution* de 1928, puis reprise la même année, sur un ton plus pamphlétaire, dans l'article "Der bürgerliche Rechtsstaat".<sup>29</sup> En 1932, après que le contrôle

---

28 Ulrich K. Preuss, qui se qualifie lui-même parfois de "schmittien de gauche" tout en se réclamant fréquemment de l'œuvre de Kirchheimer, reprend ce traitement du droit de résistance dans son article "Legalität, Loyalität, Legitimität" (1977), repris in : *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität*, Frankfurt/M., Fischer 1984. « Le plus grand mérite du système de la légalité réside dans la suppression du droit de résistance. Dès lors que la loi est la plus haute expression de la volonté populaire et que sa prétention à la validité en découle directement, il ne peut plus y avoir un droit "plus élevé" ou "suprême" qui justifie l'individu de désobéir ou de résister à la loi, au nom d'un contenu qualitatif qui soi-disant aurait préséance. La résistance n'est justifiable que lorsque la loi n'est pas l'expression de la volonté populaire, c'est-à-dire lorsque la procédure transformant la souveraineté du peuple en une volonté politique organisée et contraignante [*einen verbindlichen politischen Ordnungswillen*] est violée ».

29 "Der bürgerliche Rechtsstaat" (1928), in : SGN, pp. 44-50 (trad. J.-L. Pesteil, in : *Du politique*, op. cit., p. 33 sq.). Schmitt rappelle cette thèse à la première page de son ouvrage de 1932 : « Ce qu'on entend par "État de droit" sur le continent européen depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, ce n'est en

judiciaire des lois fut devenu l'un de ses objets de réflexion, Carl Schmitt va admettre que la notion d'État de droit peut aussi s'étendre à l'État juridictionnel (*Justizstaat*), c'est-à-dire à « un État dont les décisions politiques ultimes sont soumises à une instance judiciaire indépendante, sans responsabilité politique, peu importe que le juge exerce une juridiction civile "ordinaire", administrative ou soi-disant "constitutionnelle" [*Staatsgerichtsbarkeit*] ». <sup>30</sup> Dans l'État juridictionnel, explique Schmitt, le juge concrétise l'idée de droit sans passer par le détour d'une norme explicite, générale, préétablie ; et dans la mesure où « le juge dit immédiatement le droit, et que ce droit vaut aussi contre le législateur et contre ses lois » <sup>31</sup>, l'État juridictionnel peut revendiquer, avec une certaine plausibilité, le titre d'État de droit *contre* le système de la légalité parlementaire. Mais c'est alors une tout autre acception du terme d'État de droit qui est mobilisée, acception à laquelle Schmitt reproche son extrême généralité et son caractère purement polémique : chacun revendique pour lui l'exclusivité de l'État de droit, se drape de son prestige, et discrédite l'adversaire en le qualifiant d'« ennemi de l'État de droit ». <sup>32</sup> La notion perd ainsi tout caractère opératoire pour la théorie constitutionnelle. Dans les deux acceptions, l'État de droit n'est qu'un slogan qu'on lance, et dont l'efficacité décroît avec l'usage. C'est pourquoi, dans la perspective décisionniste de Schmitt, les tentatives d'un Hermann Heller (dans sa brochure *Rechtsstaat oder Diktatur ?* de 1930) pour faire de l'État de droit – tout "social" fût-il – un pôle de résistance contre le fascisme vont sembler parfaitement vaines. <sup>33</sup>

---

réalité que l'État législatif, ou plus précisément l'État législatif-parlementaire » (VA, p. 263).

30 "Freiheitsrechte und Institutionelle Garantien der Reichsverfassung" (1931), in : VA, p. 165, n. 2.

31 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 265.

32 Ibid., p. 274.

33 Cf. Herrera, "Constitution et social-démocratie à Weimar", in : *Droit et gauche*, op. cit., p. 111.

Bref, soit l'État de droit s'identifie au "système de la légalité parlementaire", et le terme paraît alors superflu ; soit il s'applique indifféremment à n'importe quel type d'État, puisque tout État prétend, par définition, réaliser une certaine "idée de droit". Chose certaine, aux yeux de Schmitt, la notion n'a aucune valeur analytique,

« c'est plutôt grâce à la distinction entre l'État législatif, l'État juridictionnel, l'État gouvernemental et l'État administratif qu'on peut repérer les caractéristiques spécifiques par lesquelles les propriétés concrètes du système de la légalité et sa situation actuelle [*seine heutige Lage*] se laissent saisir de la manière la plus significative. »<sup>34</sup>

Quelle est donc cette "situation" ? Comme il a été suggéré au chapitre 4, Carl Schmitt développe cette typologie des formes d'État en rapport étroit avec la théorie des neutralisations exposée dans sa conférence de Barcelone de 1929. Même si la typologie de 1932 ne correspond pas parfaitement à la séquence historique décrite en 1929, elle s'organise néanmoins autour d'une tension importante entre l'État administratif et les autres formes d'État, tension qui traduit assez fidèlement l'avènement de la technique au rang de secteur dominant, tel que l'envisageait la théorie des neutralisations. Au premier coup d'œil, la tétrade de 1932 – bien davantage encore que le triptyque wébérien des formes de domination légitime – semble passablement déséquilibrée. À une extrémité, l'État législatif-parlementaire, dont on apprend qu'il se distingue des autres formes étatiques selon un "clivage décisif" qui est nul autre que celui de la légalité et de la légitimité. À l'autre extrémité, l'État administratif, dont Schmitt rappelle, citant Weber, qu'il constitue non seulement la basse continue de l'histoire de l'État, mais également le terminus d'un vaste mouvement de migration du politique, le « virage vers l'État total » : « L'État total, lit-on, est par sa nature même un État administratif, même lorsqu'il se sert du pouvoir judiciaire – des juridictions criminelles, civiles, administratives ou constitutionnelles – comme d'un instrument

---

34 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 274.

ou un correctif. »<sup>35</sup> Puis à quelque part au milieu, l'État juridictionnel et l'État gouvernemental qui, selon des modalités incertaines certes, ne semblent représenter que des stations intermédiaires dans la trajectoire menant de l'État législatif à l'État administratif.

Nombreux sont les lecteurs qui ont souligné le caractère idéaltypique de cette classification des formes d'État, et qui ont voulu y voir une extension de la méthode wébérienne.<sup>36</sup> Carl Schmitt lui-même semble cautionner ce genre de lecture lorsqu'il insiste sur les « couplages » et les « mélanges » qui apparaissent nécessairement « dans la réalité historique », puisqu'on retrouve à l'intérieur de chaque manifestation de l'État, lit-on, « un élément de législation, d'administration, comme de décision judiciaire ». <sup>37</sup> Pourtant, ce n'est pas à cause de sa souplesse et de sa plasticité – des qualités dont nous savons combien Carl Schmitt les tient peu en estime – mais en raison de sa compacité, de sa force de simplification, que la tétrade de 1932 est la mieux adéquate à saisir le “*staatlichen Gegenwart*”. Les types d'État peuvent bien se chevaucher, chacun repose néanmoins sur la centralité acquise historiquement par un *médium spécifique*, par un mode distinctif de réalisation du droit qui va se révéler, au moment décisif, primordial. Pour l'État gouvernemental, c'est le commandement (*Befehl*) ; pour l'État juridictionnel la décision judiciaire ; pour l'État administratif la directive.

Aussi le moment présent, la décomposition du régime de Weimar, doit-il être compris comme *une entrée en crise de la loi en tant que médium primordial du droit*, comme l'épuisement de sa rationalité intrinsèque et de sa capacité décisionnelle au sens le plus large, c'est-à-dire de son pouvoir de “concrétisation définitive” de l'idée de droit. À partir de là, ce

---

35 Ibid., p. 266.

36 Ainsi Norbert Campagna dans son ouvrage fort bien fait *Le Droit, le politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt* (Québec, P.U.L. 2004, p. 29).

37 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 265.

sont essentiellement deux tangentes qui s'offrent au diagnostic schmittien. Il pourra, en aval, considérer l'inefficacité de la loi, l'irrationalité qu'elle introduit dans les domaines où elle intervient, son incapacité à répondre aux exigences d'une planification économique cohérente (que rend pourtant nécessaire la démobilisation, la crise fiscale, la cartellisation, les programmes d'assurance sociale), sa caducité, enfin, face au développement de nouveaux types de régulation para-étatiques.<sup>38</sup> Même s'il ne se prive pas de souligner l'inadéquation de la loi face aux mutations formidables que connaît l'économie allemande de l'entre-deux-guerres, Schmitt s'en tient surtout à des constats généraux. Ce type d'analyse engage une véritable "économie politique de la loi", et ce sera la voie que vont privilégier, après la Seconde Guerre mondiale, certains disciples de Schmitt, Ernst Forsthoff notamment. Entre 1930 et 1933 – et sans doute plus tard encore – Carl Schmitt va préférer décrire la crise du médium de la loi *en amont*, non pas à l'aune de ses *outputs* décevants, mais plutôt en regard de *son incapacité à organiser concrètement l'exercice de la domination*, c'est-à-dire à structurer une "direction administrative", donc à produire un ordre étatique solide et prévisible. La crise du modèle classique de la loi prendra la forme, aux yeux de Schmitt, d'un dysfonctionnement de la procédure législative, entraînant une érosion du "concept de loi" dont les effets déstabilisants se diffusent à *l'intérieur même* de l'ordre étatique et en compromettent la pérennité. Il s'agira donc moins de porter attention à la mise en échec de la doctrine constitutionnelle en vigueur – et même, oserons-nous dire, à la défaite de l'imagination juridique<sup>39</sup> –

---

38 Cf. Daniel Mockle, "L'éviction du droit par l'invention de son double : les mécanismes néoréglementaires en droit public", in : *Les Cahiers du droit*, vol. 44, n° 3, sept. 2003, pp. 297-360.

39 En 1944, dans ce qu'il appelle son "testament", Schmitt exprime son anxiété face à la situation (*Lage*) critique de la science européenne du droit depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, depuis que le "positivisme statutaire" (*gesetzliche Positivismus*) s'est imposé et a subordonné la science du droit à la loi positive, c'est-à-dire au législateur. « Jamais plus la science du droit ne rattrapera la loi », la tâche du juriste-savant s'épuise désormais dans « une suite interminable de commentaires et d'interprétations d'ordonnan-

qu'à une faillite de la capacité strictement régulatrice de la loi ordinaire, même si, pour Schmitt, les deux perspectives se recourent.

---

ces constamment modifiées, provenant d'instances étatiques qui sont d'ailleurs elles-mêmes les plus capables de savoir et de dire quelle est leur véritable volonté, et quel est le sens et le but de leurs ordonnances » ("Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft" [1944], in : VA, p. 400 ; trad. in : *Droits*, n° 14, 1991, pp. 115-140). Si la science du droit a tout de même pu se maintenir et prospérer pendant la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, c'est seulement, explique Schmitt, parce que l'élaboration des lois est demeurée encore quelque temps dépendante du travail des juristes-savants (notamment en matière de codification), et parce que son rythme est resté en phase avec celui, nécessairement lent, de la science et de la doctrine. La crise de l'État législatif – Schmitt a laissé tomber l'adjectif "parlementaire" en 1944 – désigne le moment où cette symbiose illusoire se brise, au début de la Première Guerre mondiale, lorsque la plupart des États adoptent des méthodes de législation simplifiées et accélérées. C'est-à-dire, en somme, au moment où le tempo législatif s'accélère et où les modes de régulation paralogaux se multiplient, jusqu'à emporter les distinctions traditionnelles entre la loi, la mesure d'exception, l'ordonnance législative, etc. L'apparition du "législateur motorisé" (pour employer l'image suggestive de Schmitt) achève de soumettre la science du droit à une procédure législative technicisée, "industrialisée" et indifférente à tout contenu. Notons qu'en 1938, cette "motorisation" n'apparaissait pas, aux yeux de Schmitt, dans une lumière aussi catastrophique qu'en 1944 : au contraire, le constitutionnaliste applaudissait à l'extension de la *Führung* national-socialiste – appelée pudiquement « la doctrine et la pratique allemandes en matière de législation simplifiée » – parce qu'elle épousait parfaitement les « développements récents de notre vie publique » et les conduisait à leur dernière conséquence « en supprimant carrément la séparation des pouvoirs [...] et en instaurant une véritable législation gouvernementale » (cf. "L'évolution récente du problème des délégations législatives", in : *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, vol. 2, Paris, Sirey 1938, p. 205). En 1944, c'est un Carl Schmitt beaucoup plus conservateur qui appelle à une réévaluation du rapport entre la science du droit et le droit positif-étatique, réévaluation qui est en même temps *une lutte de l'imagination juridique pour sa propre survie*. « Dans sa soumission à la simple légalité d'un devoir-être tout "positif", elle perd sa dignité de science et s'abaisse à n'être plus que l'instrument, pas particulièrement utile d'ailleurs, d'une entreprise de prothèses [*Prothesen-Betrieb*] traitant la terre en *tabula rasa* d'une planification sans espace ni droit » (VA, p. 421).

La forme concrète prise par l'État législatif-parlementaire et par sa "direction administrative", son mode de fonctionnement effectif – tout cela dérive directement de la centralité de la loi comme médium privilégié pour la "concrétisation définitive" de "l'idée de droit". C'est donc un type d'organisation à la fois historiquement situé et cohérent, que Schmitt va décrire en reprenant la caractérisation proposée jadis par Otto Mayer dans son *Traité de droit administratif*.<sup>40</sup>

- La propriété de la loi, c'est d'abord de créer du droit objectif, impersonnel, dont la validité est universelle. C'est par cet aspect qu'elle s'oppose à la directive administrative ou au commandement (*Befehl*), ceux-ci s'adressant exclusivement à un cercle limité d'individus, instances ou fonctionnaires spécialement habilités, auxquels on prescrit des actions qu'ils sont seuls à pouvoir poser. Mais c'est aussi en vertu de cette objectivité qu'une "volonté de la loi", exempte de contradictions, se détache de la volonté (simplement subjective) du législateur, des motifs accidentels qui président à son élaboration et des tractations qui en déterminent les dispositions.

« La loi elle-même, dans sa formulation authentique [...] apparaît comme une puissance impersonnelle, objective et refermée sur elle-même, à la différence des simples matériaux et motifs de la loi, dans lesquels s'expriment de façon souvent contradictoire les opinions personnelles des hommes qui participent au pouvoir législatif. »<sup>41</sup>

- La loi représente aussi, dans un second temps, la forme la plus élevée de l'activité étatique, c'est-à-dire qu'elle a présence sur l'administration et la juridiction. D'où dérive, d'un

---

40 Traité très influent dont la première édition remonte à 1883-1885. L'œuvre d'Otto Mayer illustre bien la façon dont le droit administratif a servi, dans l'Allemagne wilhelminienne, d'incubateur à l'idéal libéral du *Rechtsstaat*. Ingeborg Maus ira même jusqu'à y déceler une « intention démocratique latente », qui résiderait dans « l'extension du règne de la loi et, avec lui, de la représentation populaire à des domaines de la puissance étatique qui jusque-là lui résistait obstinément » (I. Maus, "Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats", op. cit., p. 35).

41 "Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft" (1944), in : VA, p. 401.

côté, l'impératif de conformité des actes administratifs à l'égard des lois et, de l'autre, l'indépendance du juge comme corollaire de sa soumission à la forme objective de la loi (et seulement à celle-ci).

- La loi, enfin, jouit du monopole de l'empiètement sur la sphère de liberté garantie par les droits fondamentaux. C'est la fameuse doctrine de la "réserve de la loi" (*Vorbehalt des Gesetz*) qui – insiste Schmitt à plusieurs reprises – constitue la pierre de touche de l'État législatif : seule la loi peut autoriser l'administration à limiter les droits autrement illimités des citoyens, et elle le fait par la force de sa seule volonté, par le simple respect des exigences de la procédure législative, en l'absence de tout contrôle extérieur.

« En d'autres termes, de résumer Schmitt avec emphase, le gardien ultime de tous les droits, le dernier garant de l'ordre existant, la source suprême de toute légalité, l'assurance finale et la dernière sauvegarde contre l'injustice [*Unrecht*], c'est le législateur et ce qui résulte de la procédure législative. L'abus du pouvoir législatif [...] doit demeurer [impensable], *puisque'il en résulterait aussitôt une forme d'État différemment constituée, une structure et une organisation complètement autres.* »<sup>42</sup>

Cette attention portée à l'organisation de la "direction administrative" et à la spécificité du médium technique qu'elle emploie, la tentative pour établir une taxinomie des formes d'État en regard des effets structurants (ou déstructurants) produits par une certaine prétention à l'autorité, voilà qui rappelle la démarche "sociologique" de Weber. Le contraste avec la compréhension de la légitimité développée dans le sillage de l'essai de 1923 sur le parlementarisme paraît pourtant saisissant : alors que Carl Schmitt s'efforçait en 1923 de penser la crise du "système parlementaire" en fonction du passage historiquement advenu d'une forme statique de légitimité (la légitimité dynastique) à une forme plus dynamique, fondée sur l'identité et pensée dans les termes du mythe (la légitimité démocratique), l'exposé de 1932 construit une théorie de la légitimité sur la base d'une dif-

---

42 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 276, je souligne.

férenciation entre les médiums de l'activité étatique (ou, pour employer les termes de Weber, du "groupement de domination"). Les transformations de la légitimité, le passage d'un "type" à l'autre, n'est donc plus le fait d'un mystérieux bouleversement symbolique, mais le simple corollaire de la succession des "secteurs dominants" et du processus de neutralisation qui rythme le développement de l'Europe moderne. Et c'est ainsi que la crise de la "légitimité légale" – Schmitt se méfie de ce terme – est rapportée à la "débâcle de l'État législatif-parlementaire", laquelle s'explique à son tour par l'épuisement de la capacité organisatrice de la loi, par son caractère foncièrement inadapté à l'avènement d'un nouveau "secteur dominant", celui de la technique.

Ce recouplement partiel entre les démarches de Schmitt et de Weber, entre la sociologie historique du maître de Heidelberg et le décisionnisme généralisé de son "fils naturel", ne doit cependant pas abuser. La volonté commune d'inscrire le problème de la légitimité au fondement d'une description des formes de domination, et de l'analyser à l'aune de ses conséquences sur la "direction administrative", ne peut masquer la résistance acharnée que Schmitt oppose à la description wébérienne de "légalité", de même qu'à l'extension que Weber donne à ce concept. Carl Schmitt veut expliquer la dislocation du système de la légalité justement par le fait qu'il est devenu le mécanisme formel que Weber a toujours prétendu qu'il était. Il lui faut pour cela mettre en relief un certain nombre de présupposés (*Voraussetzungen*) plus substantiels auxquels la description wébérienne demeurerait aveugle. « *On ne doit pas oublier*, rappelle Schmitt, que l'État législatif-parlementaire, avec son système et son idéal d'une légalité close et sans faille [...] a développé *un système de justification* d'un genre tout à fait particulier. »<sup>43</sup> Ainsi, si le diagnostic de "débâcle de l'État parlementaire" s'appuie bel et bien sur le constat d'un échec du médium légal à régler efficacement l'activité de la "direction administrative", Schmitt se sépare pourtant de la démarche wébérienne lorsqu'il cherche à

---

43 Ibid., p. 269.

expliquer cette mise en échec : pour le constitutionnaliste, comme on verra, la raison ultime de l'effondrement de la "légitimité légale" réside dans l'érosion de ses "présupposés" et de son "système de justification".

Pour la sociologie wébérienne, la légalité désigne un mode de domination légitime, une certaine morphologie du rapport commandement / obéissance que l'on peut décrire sans égard à l'univers de représentations, de justifications, de normes, de "fictions" qui l'accompagne. Ou plus exactement, tout cet univers, qui relève du "sens dogmatique"<sup>44</sup>, se voit mis ici entre parenthèses. Certes, il peut servir d'indice ou de point d'appui pour construire un ensemble d'idéaltypes, *mais jamais il ne constitue en lui-même un principe d'intelligibilité*. À l'inverse, pour le conceptualisme impénitent de Carl Schmitt, le "système de la légalité" apparaît indissociable d'un "système de justifications". Le destin historique du premier est fatalement lié à l'approfondissement, aux tensions et aux contradictions qui vont surgir au sein du second. Sans doute, la "débâcle de l'État législateur-parlementaire" ne relève-t-elle plus, comme en 1923, d'une érosion des "fondements spirituels" du parlementarisme, c'est-à-dire d'un épuisement de la puissance mythique contenue dans la métaphysique de la discussion<sup>45</sup> ; elle relève désormais de l'incapacité de la loi à structurer efficacement le fonctionnement de la "direction administrative". Il n'empêche que c'est par la dissolution du "système de justifications" contre lequel s'adossait le modèle légicentrique classique que s'explique cette incapacité. Une dissolution qui est envisagée ici selon *une dialectique interne au concept même de la loi parlementaire*, dialectique de l'abstraction et de la dévalorisation. L'idée de la loi comme pure *voluntas*, radicalisée sous l'effet de l'idéal démocratique<sup>46</sup>, accentue sa formalisation, son indétermination, et

---

44 Cf. supra, p. 34 sq.

45 Cf. supra, pp. 164-170.

46 Ce que Schmitt appelle le "concept politique" de loi, à savoir la loi comme « volonté concrète, commandement et acte de souveraineté » (cf. TC, p. 284 sq. ; également F. L. Neumann, *The Rule of Law*, op. cit., p. 45).

son dynamisme, jusqu'à aboutir à « un pluralisme des concepts de légalité, qui détruit le respect pour la constitution et transforme ses fondations en un terrain incertain, assiégé de tous les côtés ». <sup>47</sup>

Le reproche que Carl Schmitt adresse au triptyque wébérien, c'est donc d'admettre trop rapidement la légalité comme une forme *originnaire* et *autonome* de la légitimité, et de rendre du coup inconcevable son effondrement. Tel que l'envisage Schmitt, la catégorie wébérienne de la domination légale-rationnelle repose sur une *Legalitätsglaube*, sur une foi en la légalité qui aurait comme sens la négation du « principe de la supériorité et de l'autorité [*Obrigkeit* et *Autorität*] ». <sup>48</sup> Or, une telle foi, loin d'être originnaire, loin de conférer un fondement autonome à l'activité du "groupement de domination", apparaît au contraire dérivée de "présupposés" plus massifs, qui tendent aujourd'hui à paraître dissonants et à se désagréger. La notion wébérienne de la légalité, en somme, ne repose pas sur son propre fond mais serait comme « le dernier résidu d'une "religion primitive de la loi" ». <sup>49</sup>

Aussi, si un clivage sépare bel et bien, comme on a dit, l'État législatif-parlementaire des autres types d'États, il ne tient pas à l'autoréférentialité que conférerait le "système clos de légalité", à la possibilité de se passer du renvoi à un étalon extérieur, mais plutôt au caractère abstrait éthéré qui marque ledit étalon. À vrai dire, tous les types d'États décrits par Schmitt s'organisent en fonction de la référence à un principe partiellement extérieur, dont ils sont débiteurs et qui n'est pas à leur disposition : l'État juridictionnel réfère à « l'ethos du juge qui dit immédiatement le droit au nom de la justice » <sup>50</sup>, l'État gouvernemental au pathos de la gloire, de l'honneur et de la majesté princière, l'État administratif à « la nécessité objective », à « l'adéquation concrète et immédiate de ses mesures [...] en regard de la

---

47 HV, p. 91.

48 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 269.

49 Ibid., p. 279.

50 Ibid., p. 265.

situation présente ». En ce qui concerne l'État législatif, Schmitt mentionne l'idée d'un droit ordonné, stable et prévisible, composé de normes générales et rationnelles.<sup>51</sup> Il ne s'agit bien sûr pas pour Schmitt de "reconstruire" ou de clarifier l'univers normatif de l'État législatif, afin de lui donner une nouvelle vigueur : il s'agit plutôt de repérer l'endroit où la clôture du système de la légalité s'ouvre sur l'extérieur et trahit sa propre vulnérabilité.

### Dialectique de la légalité

Le pathos de la légalité est donc, suivant sa formule originelle, un pathos de la loi, la *croiance* en certaines qualités inhérentes à la norme comme loi. Au sein du constitutionnalisme du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle, ce pathos a trouvé à s'exprimer sous la forme d'un concept matériel de loi, étroitement lié au modèle dualiste de la monarchie limitée et – Schmitt s'empresse de le spécifier – à « la situation [*Lage*] politique concrète du XIX<sup>e</sup> siècle ». <sup>52</sup> En ce sens, c'est un concept « polémique-politique » ou, plus exactement, c'est un mécanisme de défense. Face à l'arbitraire de l'État patrimonial, qui dispose d'une armée régulière et d'un imposant appareil bureaucratique, la loi représente l'impersonnalité de la raison et la généralité du *Bürger*. La loi incarne ces deux qualités en vertu de sa formulation générale : le propre de la loi est d'envisager les choses « en masse ». <sup>53</sup> « La loi au sens matériel est une norme de droit ou une proposition juridique qui détermine "ce qui doit être juste pour tous" [*was rechtens sein soll für jedermann*]. » <sup>54</sup> Contrairement au commandement ou à l'ordre, lesquels n'ont de validité « qu'à l'intérieur des organes du pouvoir exécutif », la loi exprime un contenu universel, qui vaut pour tous les citoyens, et l'élément de particularité, de

---

51 Ibid., p. 270 sq.

52 Ibid., p. 280.

53 Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Flammarion 1966, p. 73 sqq.

54 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 279.

contrainte nécessaire à sa mise en œuvre ne vient s'y ajouter qu'a posteriori. La puissance attribuée à la généralité<sup>55</sup> est telle que la protection des libertés individuelles paraît comme immanente, intrinsèque à ce concept matériel de loi. C'est pourquoi il n'y a guère de place, dans le cadre du "système de justification" de l'État législatif, pour une défense spéciale des droits fondamentaux *contre* la volonté de la loi – ou, du moins, l'existence de ce genre de mécanisme devrait révéler quelque chose sur l'état de désagrégation alors atteint par ce « système de justification ». En somme, c'est grâce à sa position d'extériorité vis-à-vis un pouvoir d'État puissant, autoritaire et déjà bien organisé, que la loi peut être dite "gardienne du droit", comme l'écrivait Robert von Mohl au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle.

Mais ce concept matériel de loi possède aussi une acception plus restreinte et plus technique. Selon cette seconde acception, la loi désigne l'unique moyen par lequel la puissance publique (en principe limité et mesurable) peut empiéter sur "la liberté et la propriété des citoyens" (en principe illimitée). C'est en fait, selon cette représentation dualiste (dont Schmitt ne laisse pas de souligner la désuétude en regard du "virage vers l'État total") le seul véritable point d'articulation entre la sphère politique de l'État et celle dépolitisée de la liberté individuelle, à la différence de l'ordonnance administrative<sup>56</sup>, qui reste confinée à la première, et de l'échange contractuel, qui demeure interne à la seconde. La loi est certes toute-puissante – d'où l'importance de la notion de "réserve de la loi" mentionnée plus haut – mais cette toute-puissance se déploie de façon ordonnée, méthodique et, surtout, prévisible. *Berechenbarkeit* est le maître mot : la définition matérielle d'un "domaine de la loi", circonscrit et exclusif, permet la préservation du tissu de confiance et d'attentes réciproques sur lequel repose l'activité autonome des individus. L'exemple classique, auquel le jeune Kirchheimer va d'ailleurs

---

55 Schmitt associe « la foi dans la rationalité et dans l'idéalité du normativisme [de l'État législatif-parlementaire] » « aux peuples et aux époques qui savent encore cultiver la croyance (typiquement cartésienne) dans les idées générales » ("Legalität und Legitimität" [1932], in : VA, p. 270).

56 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 280.

consacrer un petit ouvrage en 1930<sup>57</sup>, est ici celui de l'expropriation. À l'aune du concept matériel de loi, l'empiètement sur la sphère de la propriété privée est autorisé uniquement "sur le fondement d'une loi" (selon la formule consacrée). Le droit de propriété établi à l'article 153 WRV pourra donc être contourné ou limité dans un cas précis, sans indemnité, si et seulement si cette dérogation correspond au contenu *explicite* de la loi. Le cas échéant, l'expropriation apparaît essentielle à la mise en œuvre de la loi et, en tant que volonté objective de la loi, elle n'est pas susceptible d'une contestation judiciaire ou autre. Il s'agit, en termes techniques, d'une dissolution de droits (*Rechtsauflösung*). Par contre, une atteinte à la propriété résultant d'une action posée par les autorités sans que la loi ne prévoie explicitement une dérogation à l'article 153 – une expropriation qui est seulement *fortuite* à l'application de ladite loi – donne droit à une compensation, puisqu'il faut restaurer la confiance et la prévisibilité compromises par l'intervention irrégulière de la puissance publique. Ce qu'il faut compenser, en somme, c'est la part d'arbitraire, c'est-à-dire la part non couverte explicitement par la loi ou, si l'on veut, « le moment de l'accidentalité [*Moment der Zufälligkeit*] ». <sup>58</sup> Au-delà du reflet d'une « croyance typiquement cartésienne aux *idées générales* », les critères d'impersonnalité et d'universalité con-

---

57 Kirchheimer, "Die Grenzen der Enteignung" (1930), in : FSV, pp. 223-295. L'étude de Kirchheimer critique l'extension de la catégorie d'expropriation par la pratique judiciaire et la doctrine : en amont, parce qu'elle vient de plus en plus englober et qualifier des actes législatifs visant pourtant expressément la dissolution de droits (réforme agraire, modification de zonage, etc.) ; en aval, puisqu'elle s'applique désormais aux effets latéraux des politiques économiques et fiscales. « La logique immanente d'un concept d'expropriation aussi étendu conduit à des conséquences monstrueuses [...]. Les dommages financiers causés à certains groupes par les lois tarifaires ou les lois antimonopole, obligent l'État à des dédommagements ; il doit verser des compensations lorsque ses "opérations publiques" (c'est-à-dire gouverner) causent une baisse des taux de profit ou la fermeture d'une entreprise [...]. En fait, cette extension du concept d'expropriation aboutit à garantir le statu quo qui existe aujourd'hui entre la propriété privée et l'État » (p. 275 sq.).

58 Kirchheimer, "Die Grenzen der Enteignung", in : FSV, p. 271.

tenus dans la conception matérielle de la loi viennent ainsi répondre aux impératifs – autrement prosaïques – de la société industrielle et du capitalisme de concurrence, ou encore, suivant le grand récit schmittien, à l'avènement de l'économie au stade de "secteur dominant".

C'est donc dans cette double acception – norme générale, universelle, impersonnelle *et* garantie de la prévisibilité et (donc) de la liberté face aux interventions des divers organes de l'État – que le concept matériel de loi constitue, aux yeux de Schmitt, le socle premier du "système de la légalité", son "pré-supposé" le plus essentiel. Selon Johannes Winckelmann, Carl Schmitt proposerait ici sous le terme de "système de la légalité" une description assez fidèle de l'idéaltype wébérien de la légitimité légale, dont elle ferait bien sentir le fondement axiologique (à propos duquel, comme on a dit, Weber lui-même serait resté trop laconique). Le rapport de dépendance réciproque que le concept matériel de loi instaure entre, d'un côté, la protection d'un ensemble de libertés fondamentales et, de l'autre, les caractéristiques distinctives du médium de la loi "classique" fait ressortir le lien de la légitimité légale « avec un ordre de valeurs [*Wertordnung*] ». « La légitimité de la légalité repose donc, conclut Winckelmann, sur la défense et la réalisation des valeurs fondamentales, constitutives d'une communauté. »<sup>59</sup>

Par son inscription dans un "système de justification", par son immersion dans un ordre de la "croyance", le "système de la légalité" est une expression de la légitimité de l'État, au même titre que la majesté dynastique propre à l'État gouvernemental ou l'eudémonisme technocratique de l'État administratif. Osons ici une première conclusion : il n'y a au fond, pour Schmitt, qu'une seule forme véritable de la légitimité – celle du mythe politique, porteur d'homogénéité "spirituelle". La légitimité, c'est la mainmise sur « le monopole de la significa-

---

59 Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, op. cit., p. 75.

tion ». <sup>60</sup> Il ne s'agit là que d'un autre terme pour désigner la capacité de l'État (ou d'un groupement de domination quelconque) à mobiliser avec succès "l'effectivité primaire du politique", la logique discriminatoire ami/ennemi, au moyen d'images compactes, identificatrices ou polémiques. Et c'est à une telle réduction que Schmitt aspire lorsqu'il ramène ainsi le "système de la légalité" de l'État législatif-parlementaire à une conception matérielle de la loi. Dire que le concept matériel de loi, caractéristique du constitutionnalisme du XIX<sup>e</sup> siècle, constitue le "présupposé" fondamental du "système de la légalité", c'est mettre au jour le fondement d'une croyance ancienne, à laquelle il paraît désormais impossible d'adhérer car elle n'a plus de répondant dans la "situation" actuelle. Ce faisant, l'analyse de Schmitt ne paraît guère très éloignée de l'idée de "crédibilité" <sup>61</sup> ou de "crédit" à laquelle aboutissait l'essai de 1923 sur le parlementarisme : la désagrégation d'une institution répond, de façon plus ou moins directe, à la perte de crédibilité qui affecte ses fondements spirituels. Traduite dans le vocabulaire de l'essai de 1932, la proposition se lit comme suit : l'effondrement du système de la légalité parlementaire correspond, en fait, à l'incapacité de la conception "classique" de la loi à ordonner adéquatement les pouvoirs de l'État, en raison de son caractère hautement invraisemblable, dissonant – donc politiquement inefficace. Le mystère de la "légitimité légale" telle que l'envisage Schmitt ne serait rien d'autre que son adéquation à une certaine configuration du politique ordonnée autour de catégories et de clivages d'ordre économique, catégories et cli-

---

60 Schmitt, "Donoso Cortès", cité in : V. Neumann, *Der Staat im Bürgerkrieg*, op. cit., p. 64, n. 115.

61 Schmitt emploie à plusieurs reprises les noms *Glauben* et *Überzeugungskraft* ainsi que l'adjectif *glaubhaft* pour désigner le fondement de la "légitimité légale". Parlant par exemple du principe de la décision majoritaire, Schmitt écrit qu'il peut se maintenir seulement si « [die] *Voraussetzung seines Gerechtigkeitsprinzips noch irgendwie glaubhaft ist* » (cf. "Legalität und Legitimität" [1932], in : VA, p. 287). À la toute fin du premier chapitre, Schmitt écrit encore : « *verliert [...] die Legalitätsgrundlage des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates jeden Glauben* » (p. 292).

vages dont le “virage vers l’État total” marque l’irréversible désagrégation.

D’où cette question : Que se passe-t-il lorsque le concept matériel de loi devient opaque, lorsqu’il perd sa “légitimité”, et lorsque la situation à laquelle il était lié bascule dans le passé ? Certes, admet Schmitt, l’érosion du concept matériel de loi ne se traduit pas *ipso facto* par l’entrée en crise de l’État législatif-parlementaire. Car aussi longtemps que « l’on considère sans condition ni réserve ce qui a été décidé via la procédure législative comme le droit positif qui seul fait autorité »<sup>62</sup>, aussi longtemps donc que les postulats organisateurs du légicentrisme ne sont pas explicitement contredits, *la légitimité légale demeure en sursis*. Schmitt décrit ici un processus de *formalisation* à l’issue duquel le “présupposé” matériel – dont il avait déjà souligné le caractère passablement abstrait – vient à s’effacer devant les institutions qu’il rend possibles, et se voit remplacé par divers expédients. Selon les termes de Schmitt, le concept matériel de loi “rayonne” ou “irradie” (*ausstrahlte*) l’ensemble de la procédure législative, lui confère une “dignité” particulière et autorise, à terme, son détachement « de son origine et de sa source, c’est-à-dire sa relation objective au Droit ». <sup>63</sup> Il n’est alors plus nécessaire que ce qui résulte de la procédure législative corresponde à un quelconque étalon matériel puisque cela *vaut désormais comme loi*.

« Le législateur crée ce qu’il veut par la procédure législative ; il s’agit toujours d’une “loi” et en résulte toujours du “droit”. Avec ce déplacement, la voie est désormais libre pour une représentation absolument “neutre” de la légalité, une représentation dépourvue de qualité et de valeur, une représentation sans contenu, formaliste, fonctionnaliste. »<sup>64</sup>

Cette dialectique entre ce que Weber aurait appelé rationalisation matérielle et rationalisation formelle est accélérée par l’image de législateur absolu que véhicule l’idéal révolution-

---

62 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 277.

63 Ibid., p. 280.

64 Ibid.

naire démocratique. Dès l'instant où la loi est envisagée comme "expression de la volonté générale", les exigences attachées au concept matériel de loi se relâchent, leur sens tend à s'effacer devant l'identification massive de la volonté de la Nation à la décision prise par ses représentants. En un sens, l'imaginaire démocratique couve une compréhension "politique" de la loi.<sup>65</sup> Une telle compréhension, rappelle aussitôt Schmitt, n'est pas pour autant *voraussetzunglos formal*, exempte de tout présupposé. Elle repose encore sur un résidu « mythologique » puissant, « la confiance dans la congruence entre la majorité parlementaire et la volonté homogène du peuple »<sup>66</sup>, qui fait office d'ultime substrat matériel et de clé de voûte du système de la légalité. Il n'empêche : cette logique "plébiscitaire" de l'identité démocratique a beau fournir un appui additionnel au système de la légalité de l'État législatif-parlementaire, il possède aussi un effet dissolvant sur le concept matériel de loi dont dépend, à l'origine, la "crédibilité" du système de la légalité ainsi que son rôle organisateur au sein de l'État.

Qu'elle soit envisagée sous l'angle de l'avènement de la démocratie ou sous celui de la précision croissante de la procédure législative, de sa technicisation et de sa "motorisation", la formalisation de la notion classique de loi débouche sur une atti-

---

65 Schmitt renvoie ici à la célèbre formule de l'abbé Sieyès dans *Qu'est-ce que le Tiers État ?* : « il suffit qu'il le veuille », en omettant de mentionner que cette phrase – qui se lit en fait « De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle le veuille ; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême » – s'applique non au législateur ordinaire, *mais au pouvoir constituant de la nation*, un pouvoir qui selon sa définition même ne peut pas être limité par les pouvoirs constitués. Il n'est pas abusif de parler ici d'un détournement de sens dans la mesure où Sieyès introduit lui-même cette distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués quelques pages plus loin, ce qui a pour effet de nuancer un éventuel "absolutisme législatif". Pour une tentative de trouver dans la pensée de Sieyès et dans la distinction entre pouvoirs constituant / constitué l'origine d'une tradition "continentale" du constitutionnalisme libéral (distincte du modèle madisonien des *checks and balances*), cf. Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob 1998, pp. 12 sq., 147-156.

66 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 281.

tude fonctionnelle, instrumentale, pragmatique par rapport au système de la légalité, attitude qui achève d'en saper les "présupposés" et d'en compromettre les conditions d'efficacité. Comment dès lors, suivant la perspective dessinée par Schmitt, expliquer sa survie ? Comment se fait-il que « le système de la légalité [...] puisse perdurer sans conduire en pratique à des contradictions internes autodestructrices » ?<sup>67</sup> La difficulté ne se posait guère avant la mise en place de l'ordre constitutionnel de 1919. La monarchie limitée wilhelminienne incorporait certes plusieurs composantes de l'État législatif-parlementaire – notamment par son aspect "*rechtsstaatlich*". Néanmoins, un nombre important d'obstacles et de contrepoids s'opposaient encore à une conception matérielle de la loi – aussi bien à l'intérieur de la procédure législative (bicaméralisme, parlementarisme "négatif") qu'à l'extérieur (absence de responsabilité ministérielle, fédéralisme, importance de la bureaucratie dans l'élaboration des lois) – et excluait que le "système de la légalité" puisse déployer ses effets autodestructeurs. Si elle était acceptée sur le plan doctrinal, souvent en tant que postulat de la science du droit, la primauté du législateur parlementaire et de "ses" lois est demeurée, en pratique, une position incertaine. Il faudra attendre, indique Schmitt, le brouillage du clivage État / société, la dislocation de la structure dualiste de la monarchie « *konstitutionelle* »<sup>68</sup> et l'identification de la loi avec la volonté populaire, pour que la "dignité" du législateur soit établie au-delà de toute contestation.

C'est l'ordre constitutionnel de 1919 – le seul qui intéresse véritablement Schmitt dans l'essai *Legalität und Legitimität* – qui marque le moment triomphal de cette identification. En statuant que « les lois du *Reich* sont votés par le Reichstag », l'article 68 WRV entérine de manière irréversible le passage à l'État législatif-parlementaire, en même temps qu'il annonce la substitution du concept matériel par une notion "neutre" et sans aspérité, à l'entière disposition du législateur. Ce conflit entre la

---

67 Ibid., p. 283.

68 Ibid., p. 281.

décision en faveur d'un type d'État déterminé et l'accélération d'un processus qui tend à en saper les conditions d'existence forme la donnée de base du diagnostic d'autoliquidation posé par Schmitt en 1932.

« Il appartient à un mode de pensée purement fonctionnaliste de comprendre le droit et la loi comme la décision quelconque d'une majorité parlementaire quelconque, sans relation à un contenu particulier. Droit, loi et légalité deviennent dès lors des procédures et des méthodes de vote, indifférentes par rapport à tout contenu et accessibles à tout contenu. »<sup>69</sup>

La nouveauté introduite par la constitution de Weimar, c'est l'importance acquise soudain par les procédures conflictuelles d'élaboration de la loi, par leur neutralité et leur ouverture (*Offenheit*) généralisée, par le principe de la décision majoritaire qui en constitue la pierre d'assise. C'est en référence à ces procédures que s'organise désormais l'ordre des pouvoirs constitués, c'est sur elles que se règle la compétition entre les partis. Il s'agit là d'une étape supplémentaire dans la formalisation du concept de loi et dans l'autonomisation du "système de la légalité" par rapport aux "présupposés" qui en assurent la crédibilité – c'est-à-dire, dans le vocabulaire schmittien, sa "légitimité".

Mais, ajoute du même souffle Carl Schmitt, si impartiales soit-elles, les procédures ne peuvent pas être complètement neutres, elles ne peuvent pas être neutres par rapport à leur propre existence et à leur propre survie. Elles sont gagées sur le postulat d'une "homogénéité nationale indivisible", puisque lui seul fournit la garantie qu'il n'y aura pas domination de la minorité défaite par la majorité victorieuse. « La méthode de formation de la volonté par une décision à la majorité est sensée et admissible seulement lorsque l'on présuppose l'homogénéité substantielle du peuple dans son ensemble. »<sup>70</sup> Nous retrouvons encore ici un élément d'explication déjà présent dans l'essai de 1923 sur le parlementarisme, même si sa récupération en 1932

---

69 Ibid., p. 283.

70 Ibid., p. 284.

obéit à un dessein quelque peu différent : l'homogénéité est l'ultime condition de la légalité parlementaire – alors qu'en 1923 elle caractérisait la “logique démocratique” de façon générale – en ce qu'elle garantit contre un accaparement de la procédure législative et empêche que celle-ci ne devienne l'instrument d'oppression d'une majorité sur une minorité. Sous cette condition de l'homogénéité, le vote majoritaire n'apparaît que comme la « mise au jour d'un accord latent, présupposé, déjà présent » au sein du peuple. Et, en s'y ralliant, la minorité ne fait qu'obéir à sa propre, à sa véritable volonté.

Dans une recension critique de *Legalität und Legitimität*, publiée en 1933 dans les pages de l'*Archiv für Sozialwissenschaft*, Otto Kirchheimer indiquait que le fait de s'en remettre à l'homogénéité comme ultime fondement de l'unité politique est un symptôme sûr de sa perte d'évidence et de son affaiblissement.<sup>71</sup> La démarche de Schmitt semble donner raison à son jeune disciple : le postulat de l'homogénéité, qui est présentée comme condition de fonctionnement du principe majoritaire, semble en effet si lourd et si dissonant dans le contexte de l'éclatement de la république de Weimar, qu'il est permis de penser que Schmitt l'introduit uniquement afin de souligner le niveau de dislocation déjà atteint par le “système de la légalité”. L'argument schmittien paraît usé. L'impossibilité manifeste de prétendre à une telle homogénéité, le spectacle offert par la multiplication des lignes de clivage, la polarisation des antagonismes politiques, voilà qui devrait mener à la conclusion que les procédures législatives n'ont plus de sens et que chaque décision majoritaire implique le “viol” (*Vergewaltigung*) de la fraction mise en minorité. Mais si l'écart entre l'institution, prise dans son épaisseur empirique, et son principe annonce une faillite prochaine, il ne dit cependant rien de la forme que doit prendre le processus de décomposition et ne délivre pas de la tâche d'en rendre raison.

---

71 Kirchheimer (avec Nathan Leites), “Bemerkungen zu Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*” (1933), in : VWRf, p. 120 sq.

Voilà, pour Schmitt, le point de départ, pour comprendre la république de Weimar et la situation de l'été 1932. Depuis 1919, la légitimité légale est une coquille vide ; elle n'a jamais été adéquate à son principe et ne se maintient en fait que grâce à un ersatz procédural, « le principe de la chance égale ».

« Lorsqu'on perfectionne davantage cette procédure neutre, indifférente à tout contenu, lorsqu'on la pousse jusqu'à l'absurdité d'une méthode mathématique-arithmétique de désignation de la majorité – un principe matériel de justice devra malgré tout être présupposé, afin que l'ensemble du système de la légalité ne s'effondre pas aussitôt : le principe voulant que tous les mouvements, opinions et orientations concevables aient *une chance égale et inconditionnelle d'obtenir la majorité.* »<sup>72</sup>

Ce principe de la chance égale ne confère évidemment pas une assise très solide au système de la légalité parlementaire ; il représente plutôt la charge dynamique minimale dont le système a besoin pour continuer d'exister et ne pas se bloquer, « la maxime d'autopréservation existentiellement nécessaire », comme l'appelle Schmitt. C'est un principe d'ouverture et d'« indétermination »<sup>73</sup>, donc tout de négativité : il vise à prémunir contre l'installation d'un pouvoir fixe (Schmitt emploie le terme suggestif de « caillots de pouvoir »)<sup>74</sup>, en conservant la possibilité d'une alternance entre majorité et minorité. Ce que Schmitt veut faire entendre, c'est que bien qu'il s'agisse d'un « présupposé » du système de la légalité, il ne relève pas de sa « justification » et ne participe en rien à sa légitimation, à la différence des autres principes exposés jusqu'à présent (le pathos de la légalité, le concept matériel de loi, le postulat de l'homogénéité démocratique). Il est immanent au système lui-même et n'en exprime que les règles empiriques de fonctionnement, le mode d'emploi en quelque sorte. « Même le fonctionnalisme des majorités arithmétiques le plus accompli ne peut renoncer à cette condition fondamentale et indispensable

---

72 « Legalität und Legitimität » (1932), in : VA, p. 285.

73 Ibid., p. 287.

74 Le terme *Machtklumpen*, par exemple dans *ibid.*, p. 345.

de sa légalité. »<sup>75</sup> L'État législatif-parlementaire ne peut se défaire de ce principe, sauf précisément à cesser d'être un État législatif-parlementaire.<sup>76</sup>

### La prime politique, les pièges de la légalité et les usages du pouvoir

Le point central autour duquel pivote toute l'analyse schmittienne de la crise de l'été 1932, c'est l'existence d'une tension insoutenable entre, d'un côté, le principe de la chance égale et, de l'autre, ce qu'implique concrètement l'exercice du pouvoir au sein de l'État législatif-parlementaire. Une fois franchi un certain seuil de formalisation, l'État législatif-parlementaire est travaillé par une puissante contradiction. Sans l'intervention d'un pouvoir extérieur – pouvoir judiciaire, exécutif plébiscitaire, direction bureaucratique autonomisée – il est condamné à s'écrouler comme un château de cartes.

Cette contradiction interne se décline, suivant la perspective décisionniste de Schmitt, sur deux plans distincts : celui de la *Geltung* (la “validité” normative) et la *Geltenmachung* (la “mise en œuvre”).

Sur le plan de la stricte validité d'abord, le principe de la chance s'accorde mal avec le monopole du pouvoir légal par la majorité. Dès l'instant où il refuse toute définition matérielle de la loi au profit d'un critère strictement formel ou “politique”, le système de la légalité affirme sa neutralité devant le juste et l'injuste, le droit et le non-droit : le droit, à mieux dire, c'est tout ce que décidera le législateur parlementaire, c'est-à-dire la majorité du moment. La conséquence la plus immédiate est que « le pouvoir légal, par “nécessité conceptuelle”, ne peut plus

---

75 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 285.

76 Ibid., p. 289, où Schmitt écrit : « Ainsi, tout tient au principe de la chance égale dans la conquête du pouvoir à l'intérieur de l'État. Ce principe serait-il abandonné, l'État législatif-parlementaire lui-même [...] le serait aussi ».

commettre d'injustice »<sup>77</sup> puisque celui qui en dispose aura toujours la possibilité de rendre le droit conforme à sa volonté. Cette mainmise exclusive sur la validité (*Geltung*), qui confère une plasticité inégalée au droit et l'absolution inconditionnelle à la majorité du moment, rend caduques les catégories traditionnelles de tyrannie et d'usurpation. Il ne saurait en effet y avoir de tyrannie ou d'usurpation là où celui qui exerce le pouvoir a la possibilité de transformer n'importe quel de ses actes en normes juridiques irréprochables. Mais le plus important en ce qui a trait au principe de la chance égale, c'est le corollaire obligé de ce monopole de la légalité : la mainmise sur l'illégalité. Il sera non seulement possible pour la majorité en place *hic et nunc* de déclarer hors-la-loi ses concurrents, mais une telle conduite pourra lui paraître exigée par l'urgence de défendre l'intégrité du régime face à un adversaire menaçant. Celui qui dispose du pouvoir légal "normatif" est aussitôt maître de la distinction entre ce qui relève du rôle de l'opposition loyale et ce qui exprime une intention subversive, incompatible avec les principes d'un "ordre libre et démocratique". Pour reprendre une phrase de Schmitt souvent citée, phrase que l'expérience de nombreuses dictatures post-démocratiques a rendu presque banale, la majorité en place « peut légalement fermer derrière elle la porte de la légalité, par laquelle elle est entrée, et traiter les partis politiques adverses, qui peut-être frappent déjà avec leurs bottes contre la porte close, comme de vulgaires criminels ». <sup>78</sup> Le formalisme du système de la légalité, en abaissant la loi à la hauteur du législateur, puis le législateur à la hauteur du groupe parlementaire majoritaire, aboutit à un conflit majorité / minorité qui compromet l'existence même du principe de la chance égale.

En dépit de son aspect spectaculaire, Carl Schmitt porte moins d'attention au pouvoir légal en son sens étroitement "normatif", c'est-à-dire au fait de disposer en propre de la "va-

---

77 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 286.

78 Ibid.

lidité”. Il s’intéresse davantage à la “prime supralégale” ou encore la “plus-value politique”, qui bonifie la possession du pouvoir légal, et qui relève plutôt de la *Geltenmachung* que de la *Geltung*. « Le plus important, poursuit Schmitt, c’est que le monopole de la mise en œuvre [*Geltenmachung*] des lois en vigueur confère [à la majorité] la possession légale de l’appareil d’État et, avec cela, un pouvoir politique excédant largement la simple “validité” des normes [*Normen-“Geltung”*]. »<sup>79</sup> “Plus-value politique” : voici une trouvaille dont Carl Schmitt est visiblement fier et qu’il va conserver jusque dans les pages de son tout dernier texte publié.<sup>80</sup> Elle vise à exprimer l’irréductible positivité de l’État, au moment même où celui-ci tend à se réduire à un terrain de rencontre entre forces antagonistes. Elle désigne un pouvoir supranormatif, plus discret que le “pouvoir légal” mais d’un maniement plus difficile. Nul doute que Schmitt cherche ici à circonscrire le terrain d’intervention du *Kronjurist*, du juriste de l’ombre qui enseignera au Prince un usage du pouvoir ne figurant pas dans les traités de droit constitutionnel. On pourrait donc dire que le terme de “prime politique” participe de ce que Kirchheimer dénonçait, à l’occasion du “coup de Prusse” de juin 1932, comme « le virage du droit constitutionnel vers une théorie des techniques de domination ». <sup>81</sup> Mais cette prédilection de Schmitt pour la prime politique tient aussi à ce qu’elle apporte la preuve définitive de la justesse des conclusions que le décisionnisme tire quant à la nature de la rationalité juridique. La plus-value politique révèle en effet, dans toute son ampleur, l’autonomie du processus de réalisation du droit face à l’élément étroitement normatif (l’idée de droit). Elle vient nommer le surplus d’autorité que dégage nécessairement une norme juridique du fait, écrivait Schmitt en 1922, « qu’elle ne s’applique pas elle-même » et qu’elle nourrit

---

79 Ibid., p. 288.

80 Schmitt, “Die legale Weltrevolution”, in : *Der Staat*, vol. 17, 1978, p. 322 sq., un passage où Schmitt reprend le concept de « *politischen Prämien auf den staatlich-legalen Machtbesitz* », qu’il avait développé en 1932.

81 Kirchheimer, “Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts” (1932), in : FSV, p. 45.

une double incertitude – incertitude quant à son sens littéral, incertitude quant à l'instance qui pourra l'appliquer.<sup>82</sup>

S'adressant aux puissants du moment, la notion de "prime supralégale" indique des voies nouvelles, ou à mieux dire des sentiers cachés, qui s'offrent à ceux qui auront la détermination nécessaire pour sortir le régime de Weimar de la crise qui l'ébranle. C'est donc une construction éminemment pragmatique. Cependant, dans l'optique d'une théorie constitutionnelle « réaliste »<sup>83</sup>, elle dévoile aussi, dans sa nudité, l'essence de la médiation qui concrétise la norme juridique. Certes, c'est dans les situations anormales, au moment où l'ordre des pouvoirs constitués ressemble à un terrain d'affrontement, que ses effets se font pleinement sentir. Mais, même dans les temps plus tranquilles, on pourra retrouver les trois éléments qui la composent. D'abord, le pouvoir de fixer les critères indéfinis et flous, « l'interprétation concrète » de notions telles que « ordre et sécurité », « intention hostile », « état de nécessité » ou « intérêt vital », sans lesquelles aucun État ne peut se maintenir et « qui tirent leur contenu concret de leur application concrète ».<sup>84</sup> Il s'agit de la possibilité d'exploiter à son profit l'incertitude "en amont"<sup>85</sup>, l'indétermination quant au sens exact de la norme, et d'imposer une interprétation qui fasse autorité. Ensuite, la présomption de légalité, qui joue toujours en faveur du détenteur du pouvoir légal et qui, dans les cas de doutes et de contestations, équivaut pratiquement à une présomption de compétence à son endroit. Enfin, dernière composante, directement liée à la précédente, l'exécution immédiate dont bénéficient les décisions prises par le détenteur du pouvoir légal, même lorsque subsistent des voies de recours juridiques puisque, comme l'indique Schmitt avec un sens de l'anticipation qui laisse songeur, « dans une course de vitesse entre l'exécutif et le judi-

---

82 Cf. supra, p. 95 sq.

83 Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, op. cit., p. 205.

84 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 288. L'emploi de l'adjectif "concret" devient extrêmement fréquent dans l'œuvre de Schmitt à partir de 1930.

85 Cf. supra, p. 95.

ciaire, le judiciaire arrivera le plus souvent trop tard ». <sup>86</sup> Suivant le fil de l'argument décisionniste, on pourra dire de ces deux dernières composantes – présomption de légalité et exécution immédiate – qu'elles découlent directement de l'incertitude « à l'amont », c'est-à-dire de la question de savoir qui précisément assurera, en tant qu'*auctoritaris interpositio*, la concrétisation de la norme.

Il faut mettre au crédit de la méthode d'analyse décisionniste d'avoir montré la rationalité juridique – *die spezifische Eigenart der Rechtsform*, comme l'appelait la *Théologie politique* de 1922 – s'incarner et se rendre lisible sous les traits d'un pouvoir supralégal, qui excède toute normativité, même s'il doit toujours prendre appui sur une norme à réaliser. Certes, Schmitt introduit quelques nuances. Il souligne d'abord que la prime politique n'acquiert une telle importance que dans « un type d'État ordonné par la légalité » <sup>87</sup> ; ensuite, que la situation de crise constitutionnelle en radicalise les effets jusqu'à les rendre imprévisibles ; enfin, que la plus-value politique est hypostasiée par l'avènement de l'État total quantitatif, mettant à la disposition des autorités publiques un pouvoir de prélèvement fiscal et d'intervention d'une ampleur inédite. <sup>88</sup> Il n'empêche, c'est bien le caractère autonome de la médiation chargée de concrétiser le droit qui, sous les traits de cette plus-value politique, se matérialise. Guidé par son réalisme intransigeant, le décisionnisme est ainsi conduit à repérer au sein de l'édifice constitutionnel, dans les replis de l'ordre normatif, *un pouvoir immédiatement effectif et localisable* – fut-ce dans une caserne, dans un ministère ou dans un commissariat de police. Et c'est ici que le décisionnisme révèle son affinité avec une certaine idée du

---

86 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 288. C'est sans doute ici que le lien entre la notion schmittienne de "plus-value politique" et "l'art de servir les puissants" se révèle le plus crûment. C'est fort de ce genre de considérations que le cabinet Papen entreprend en juillet 1932 son coup contre le gouvernement prussien, sachant bien qu'une éventuelle décision du *Staatsgerichtshof* – fût-elle défavorable – surviendra trop tard.

87 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 288.

88 Ibid., p. 291.

putsch, idée voulant que le pouvoir se matérialise, qu'il occupe un certain espace délimité, et qu'on puisse par conséquent s'en emparer. Tout matériel, tout présent, donc tout disponible, il ne s'agit donc plus de le *susciter* mais d'en user à la manière d'un instrument docile.<sup>89</sup> Idée un peu naïve, certes, mais qui possède tout de même un corollaire effrayant : il n'y a pas de différence essentielle entre la conquête – ou la “sauvegarde”, comme on voudra – du pouvoir et son exercice régulier. Les mêmes impératifs et les mêmes tactiques valent dans les deux cas. Du coup, la différence tend à s'effacer entre l'espace politique et le baraquement militaire : les deux apparaissent entièrement ordonnés à la logique de l'affrontement. La politique devient alors bel et bien la continuité de la guerre (civile) par d'autres moyens.

Cette condensation du pouvoir supranormatif de l'État, sa précipitation sous la forme d'une “prime” offerte au détenteur de la majorité parlementaire, tout cela sert en 1932 à indiquer la fragilité du principe de la chance égale et à « dévoiler l'opposition insurmontable entre la prime à la possession légale du pouvoir et le caractère ouvert de la chance égale de conquérir le pouvoir politique ».<sup>90</sup> Déjà, le monopole du pouvoir légal “normatif” dont jouit la majorité du moment et la présomption de légalité ébranlaient la crédibilité du principe de la chance égale. Elle conduisait l'adversaire en minorité, privé de tout recours, à se crispier dans la posture de l'extrémisme ; car si la majorité devient l'État, la minorité doit nécessairement s'en trouver exclue et, « *explicitement* ou *implicitement*, elle considère illégal le pouvoir en place ».<sup>91</sup> Mais, plus important

---

89 « Lorsque Schmitt défend une sorte de réalisme constitutionnel [...], il reprend une tradition honorable illustrée, dans la philosophie politique, par Montesquieu et Hegel, et, dans la doctrine juridique, par Savigny. Mais lorsqu'il théorise le coup d'État, il fait surtout penser à Curzio Malaparte ». Il y aurait lieu de nuancer l'opposition tracée ici par Olivier Beaud (*Les derniers jours de Weimar*, op. cit., p. 205), en considérant comment, chez Schmitt, la notion de “plus-value politique” et la croyance en la matérialité du pouvoir font office de point de contact entre les deux pans de son univers intellectuel.

90 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 289.

91 Ibid., p. 291.

encore, l'impératif de la chance égale s'avère aussi une notion *situationsgebundenen*, une notion dont la détermination est l'affaire du détenteur du pouvoir légal, donc de la majorité du moment. « Elle détermine pour elle-même la marge d'action qu'elle permet à l'adversaire politique ; elle détermine donc pour elle-même où commence l'illégalité du concurrent. Il ne s'agit manifestement plus d'une concurrence loyale, ni d'une chance égale. »<sup>92</sup>

Carl Schmitt décrit ici, de manière saisissante, ce qu'on pourrait appeler la "ruse objective" du principe de la chance égale. La relation mortifère qui s'établit entre le principe de la chance égale et la "plus-value politique" transforme le rapport majorité / minorité en un jeu à somme nulle, la seule action sensée pour chacun des partis en présence consistant à frapper avant d'être frappé. À mieux dire, il n'est pas simplement *subjectivement désirable* pour ces partis considérés individuellement, mais *objectivement nécessaire en regard du fonctionnement même du principe de la chance égale*, que chacun anticipe la déloyauté et la fourberie de ses adversaires, et prévienne leur velléité *de ne pas respecter* le principe lorsqu'ils seront en mesure de le faire. En d'autres termes, c'est l'impératif "existentiel" (et non simplement "normatif") d'autoconservation du principe qui précipite les forces antagonistes dans la surenchère et la fuite en avant.

« Le principe de la chance égale est d'une telle sensibilité, que le simple fait de mettre sérieusement en doute l'entière loyauté des dispositions [*Gesinnung*] des participants rend son application impossible. Car on ne peut évidemment offrir une chance égale qu'à ceux dont on est certain qu'ils l'offriront à leur tour ; toute autre attitude aboutirait non seulement, en pratique, à un suicide, mais constituerait aussi *une atteinte au principe lui-même*. »<sup>93</sup>

Faute d'une légitimité bien assurée, en l'absence d'un pôle d'identification ou d'une "croyance" capable d'imprimer le sentiment de l'homogénéité, la question de l'ennemi et de l'ami

---

92 Ibid., p. 289.

93 Ibid., p. 289 sq., je souligne.

se propage, et chaque parti est invité à y répondre pour lui-même et à jouer « les gardiens de la constitution ». <sup>94</sup>

La résolution du gouvernement Papen, en avril 1932, de ne plus s'appuyer sur les partis du Reichstag, et même de décider quels partis et quelles organisations sont "ennemis de l'État", n'est que le pendant de cette ruse objective qu'instaure le principe procédural de la chance égale – dernier avatar de la "légitimité" légale. Le gouvernement prend acte du caractère inviable et autocontradictoire du système de la légalité parlementaire, sitôt que son principe cesse d'être "crédible" et que disparaît la confiance mutuelle des protagonistes. Poussant comme il le fait l'un des partis à s'ériger en tiers impartial, en pouvoir neutre <sup>95</sup> à qui il revient de désigner a priori qui va respecter la légalité et qui non, le système de la légalité en arrive donc à se liquider lui-même. Le verdict de Carl Schmitt est clair et sans appel : le système de la légalité n'offre aucune solution à la situation critique qu'il engendre. « *Dès lors que, de part et d'autre, s'effondrent les présupposés inhérents au système de la légalité, [...] il ne reste aucune issue.* » <sup>96</sup> Une fois déclenché le processus de formalisation de la légalité, une même nécessité semble mener du rejet de toute définition matérielle de la loi au culte du législateur, puis au principe de la chance égale, et enfin à sa dislocation. La légalité est alors conduite au bout de sa logique "systémique" et l'analyse de Schmitt atteint son terme :

---

94 Ibid., p. 291.

95 Schmitt emploie souvent l'expression dont usait Benjamin Constant pour désigner le « pouvoir préservateur », un pouvoir « préservant de leur froissement réciproque les différentes branches du gouvernement » (cf. les *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, éd. H. Grange, Paris, Aubier 1991, pp. 387-404, 415 sqq. tout spécialement). Il existe entre ces deux concepts de "pouvoir neutre" – celui de Schmitt et celui de Constant – un écart considérable dont la pleine mesure a échappé à la plupart des commentateurs et des disciples de Schmitt. Sur la question du "pouvoir neutre", on se référera au travail de Marcel Gauchet, *La Révolution des pouvoirs* (Paris, Gallimard 1995).

96 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 290. Le passage est souligné dans l'original.

le système de la légalité ne pouvant plus rien nous apprendre sur le moment présent, il faut plutôt porter attention aux transformations souterraines qui *sont déjà à l'œuvre* dans la réalité constitutionnelle. « Ce qui importe finalement, c'est de savoir qui au bout du compte aura en main la puissance légale et constituera son pouvoir sur un nouveau fondement, au moment où l'ensemble du système de la légalité sera jeté de côté. »<sup>97</sup>

---

97 Ibid., p. 293.

*“This page left intentionally blank.”*

## Chapitre 6

### Légitimité contre légalité Autopsie d'une constitution

*Au fil de l'histoire constitutionnelle de l'Europe continentale, la séparation antithétique de la légalité et de la légitimité est devenue le destin de l'État.*

Carl Schmitt, 1954

La crise politique de l'été 1932 résulte, pour une bonne part, des manœuvres plus ou moins adroites de l'exécutif fédéral – « qui a en main la puissance légale » – en vue de sortir de cette guerre civile larvée, résultant de ce que Schmitt décrit comme la “ruse objective” du principe de la chance égale. Refusant de demeurer un belligérant parmi d'autres, la cabinet Papen tente donc de « constituer son pouvoir sur un nouveau fondement », autre que celui de la légitimité légale. Or, si la débâcle de l'État législatif ne fait guère de doute, si le germe de mort était présent dès l'origine<sup>1</sup>, la situation qui en résulte n'est toutefois pas aussi lisible. Davantage qu'un destin tout tracé d'avance, Carl Schmitt cherche maintenant à préciser des trajectoires possibles, en prenant appui sur ce qu'il croit être une donnée détermi-

---

1 Il est possible de déceler dans l'ouvrage de 1938 sur le Léviathan une extension et une radicalisation de la problématique de la “crise de la loi” dessinée dans *Legalität und Legitimität* : là où Schmitt imputait, en 1932, l'effondrement de l'État législatif à un évidage, une neutralisation et une formalisation de son médium privilégié – la loi au sens classique – le petit ouvrage de 1938 trouve la cause de l'échec de l'État comme forme politique dans la “restriction individualiste” opérée par Hobbes : la distinction entre la croyance (intérieure) et la confession (extérieure). Cette distinction, écrit Schmitt, « est devenue le germe de mort qui a détruit de l'intérieur le puissant Léviathan et qui a eu raison du dieu mortel » (cf. Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Hobbes*, op. cit., p. 116 sq.).

nante : la concurrence des législateurs. En raison de son “système de justifications” – dont Schmitt s’est efforcé d’établir la cohérence – l’État législateur-parlementaire n’admettait à l’origine qu’un seul législateur et une seule source du droit. Il s’agit de l’axiome du système de la légalité parlementaire : le droit est droit légiféré, la loi médiatise l’ensemble des sources de droit, lesquelles ne valent dès lors plus en elles-mêmes mais seulement à titre de contenu objectif de la loi. Or l’évolution de la constitution de Weimar, tant à l’épreuve des événements politiques que sous la pression des nouveaux développements de la doctrine, offre le spectacle d’un ordre légicentrique qui se relâche, de régulations paralégales qui se multiplient, enfin de trois “législateurs extraordinaires” qui coexistent et face auxquels le législateur “ordinaire” fait piètre figure. La stratégie argumentative de Schmitt est adroite, en ce qu’elle lui permet de recycler et d’appliquer à une situation de crise des éléments d’analyse développés quelques années plus tôt. D’abord, l’existence d’une constitution “positive” et supralégale, supérieure à l’ensemble des dispositions constitutionnelles ; ensuite, la puissance irrésistible de la composante plébiscitaire au sein de la “logique démocratique de l’identité” ; enfin, l’éviction de la loi parlementaire au profit de la mesure et de “l’ordonnance législative”.

### L’impossible neutralité de la constitution

Le premier des législateurs concurrents identifiés par Schmitt – le législateur extraordinaire *ratione materiae* – sera appelé, faute d’un meilleur terme, “législateur constitutionnel”. Carl Schmitt avance l’idée voulant que, à côté du système de la légalité parlementaire, la constitution de Weimar ait donné naissance à un assortiment riche et touffu de droits “substantiels” (*sachinhaltlichen*).<sup>2</sup> Des droits au statut encore incertain certes,

---

2 Il s’agit en fait de la seconde section de la constitution de Weimar – les articles 109 à 165 – qui couvre de l’égalité devant la loi à la sécurité sociale, en passant par la politique familiale, les cultes religieux et les relations de travail, et qui reflète le compromis à l’origine de la constitution

mais qui forment, et c'est la thèse défendue ici par Carl Schmitt, une « deuxième constitution, hétérogène par rapport à la première section qui organise l'État législatif-parlementaire ».

L'opposition entre les deux sections de la constitution de Weimar fut un motif récurrent au sein des controverses savantes entre constitutionnalistes, un motif que l'on retrouve exprimé par Schmitt en 1930, notamment à l'occasion d'une conférence à Breslau.<sup>3</sup> Toutefois, alors qu'il portait en 1930 un jugement d'une grande sévérité sur la seconde section de la constitution et sur les nombreuses contradictions qu'elle renferme – pour privilégier la partie organisationnelle – son appréciation s'inverse du tout au tout en 1932. La première section aboutit désormais, comme on le sait, à un dispositif “fonctionnaliste”, axiologiquement neutre, entièrement ordonné au principe de la chance égale, alors que la seconde section s'avère soudain contenir les bases d'un ordre social concret ou, à tout le moins, « la tentative pour établir un ordre substantiel ».<sup>4</sup> À première vue, on pourrait penser que Schmitt suit une trajectoire identique à celle empruntée avant lui par plusieurs de ses collègues antipositivistes, trajectoire conduisant de la réticence face aux droits contenus dans la seconde section jusqu'à leur utilisation comme cran

---

républicaine de 1919. Il faut mentionner que ce catalogue bigarré ne figurait pas dans les ébauches et les propositions préparées par Hugo Preuss entre novembre 1918 et février 1919. Pour Preuss, comme pour Max Weber qui collaborait alors avec lui, la garantie véritable des droits fondamentaux – les *Freiheitsrechte* – ne pouvait résider que dans l'aspect organisationnel de la constitution, dans la régularité procédurale et la séparation des pouvoirs. On attribue souvent la paternité de cette seconde section à Friedrich Naumann et à son christianisme social. Sur le compromis de Weimar et son impact quant à la seconde section de la WRV, on peut se reporter au commentaire laconique mais très juste du juriste Franz Neumann, “The Decay of German Democracy”, 1933 (repris in : *The Rule of Law Under Siege. Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, éd. et trad. W. Scheuerman, Berkeley, University of California Press 1996, pp. 29-43), et à l'analyse proposée par Detlev Peukert dans sa synthèse *La République de Weimar* (op. cit., p. 50 sq.).

3 Je suis ici les précieuses indications de Beaud, *Les Derniers jours de Weimar*, op. cit., p. 83 sq.

4 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 344 sq.

d'arrêt contre "l'absolutisme parlementaire". La doctrine constitutionnelle d'avant-guerre ne faisait guère de cas, à de rares exceptions près, de tels droits fondamentaux "substantiels" et les réduisait à des déclarations strictement symboliques ; aussi il faudra attendre quelques années pour assister à une prise de conscience, lente mais irréversible, de leur valeur proprement juridique.<sup>5</sup> Mais l'objectif de Schmitt est autrement ambitieux que de protéger la définition traditionnelle de l'ordre bourgeois, de la propriété privée et de la famille, en confiant leur défense à une magistrature conservatrice. Établir une limite à la souveraineté du Parlement n'est pour Schmitt qu'une première étape, un objectif périphérique : c'est une autre façon de confirmer la dislocation des présupposés du système de la légalité parlementaire. Pour Schmitt, on retrouve dans cette seconde section de la constitution rien de moins que l'ébauche d'une "contre-constitution" (*Gegen-Verfassung*)<sup>6</sup> capable de faire pièce au système de la légalité parlementaire. La question qui demeure ouverte est de savoir qui pourra y prendre appui.

C'est en s'attaquant au problème du pouvoir d'amendement que Carl Schmitt choisit d'aborder ce qu'il perçoit comme un conflit inévitable, inhérent à la constitution de 1919, « entre la neutralité en valeur [*Wertneutralität*] de la première section et la profusion de valeurs [*Wertfülle*] de la seconde ». Le point de départ est donné par l'article 76 de la constitution de Weimar, qui établit une compétence de législation constitutionnelle accompagnée d'une procédure renforcée (accord des deux tiers des députés présents au Reichstag, eux-mêmes comptant pour au moins deux tiers de la députation totale, à quoi s'ajoute l'accord de deux tiers des représentants du *Reichsrat*). Cette compétence relève du législateur – l'amendement est introduit, lit-on, "par voie de législation" – et les exigences procédurales, parfaitement classiques, ne semblent pas soulever de difficulté particulière. Surtout, en coulant le pouvoir d'amendement à

---

5 Sur l'assimilation des droits fondamentaux par la doctrine, cf. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, op. cit., p. 110.

6 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 307.

l'intérieur du pouvoir législatif, en refusant d'isoler l'organe constituant comme dans la tradition américaine, cette disposition paraît parfaitement congruente avec le système de la légalité parlementaire et avec ses "présupposés". Comme l'indiquait Gerhard Anschütz dans son grand commentaire sur la constitution de Weimar,

« la loi constitutionnelle et la loi ordinaire sont l'expression d'un seul et même pouvoir, le pouvoir législatif. L'idée d'un pouvoir constituant spécifique, différent du pouvoir législatif et supérieur à lui est, contrairement à ce qui prévaut aux États-Unis, étrangère au droit constitutionnel allemand d'hier comme d'aujourd'hui. La constitution n'est pas au-dessus du législatif, mais à sa disposition [*steht nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben*]. »<sup>7</sup>

Aux yeux de Schmitt, toutes les données du problème sont là. Une telle compréhension de l'article 76 confond, sous la catégorie de révision constitutionnelle, deux éventualités très différentes : d'un côté, la modification de dispositions constitutionnelles précises, circonscrites et, de l'autre, la transformation de l'ordre constitutionnel dans son ensemble ou de l'une de ses composantes essentielles. Le point central que Schmitt cherche ici à établir, c'est l'idée d'une différence qualitative entre le premier cas de figure, celle de la révision de certaines règles constitutionnelles, et le second, qui relève du pouvoir constituant et qui, pour cette raison (!), ne peut jamais être ramené dans les limites d'une compétence déterminée. Distinction essentielle que la "doctrine dominante" a rendu opaque en la dégradant en une simple différence quantitative. C'est là véritablement la tête de pont de la thèse développée dans "Legalität und Legitimität".

Car que signifie, au fond, le renforcement des exigences pour l'atteinte de la majorité ? L'augmentation d'un seuil numérique est parfaitement insignifiante, nous dit Schmitt. Prise en elle-même, c'est-à-dire sous son aspect étroitement technique,

---

7 Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14<sup>e</sup> éd., réimp. de l'original de 1933, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1960, p. 401.

une majorité renforcée ne peut jamais être justifiée – pourquoi  $2/3$ , et non  $3/4$  ou  $5/8$  ? Ce qui seul importe pour la théorie constitutionnelle, c'est « le supposé démocratique de l'homogénéité » qui sous-tend ce genre de renforcement et qui heurte de plein fouet un dispositif législatif entièrement formalisé, réduit à un fonctionnalisme neutre et indifférent à tout contenu. « Chaque vote, rappelle Schmitt, a la fonction de conduire à un accord, non par la suprématie d'une majorité dominant la minorité, mais par la confirmation de l'unanimité qui doit toujours exister à un niveau plus profond. »<sup>8</sup> Loin d'être commandé par une méfiance envers la majorité, le renforcement s'appuie à l'inverse sur *une confiance préalable*, corollaire de la logique démocratique de l'identité, telle que conçue par Schmitt. Le malheur de la doctrine dominante, celle d'Anschütz et de ses disciples, c'est de renoncer à ce fondement – ou, à mieux dire, de chercher sciemment à ne pas le voir. Le pouvoir de modifier la constitution est réduit à une simple “compétence”, à une extension de la procédure législative, soumise comme elle à l'impératif de neutralité, de non-discrimination et au principe de la chance égale. Du coup, non seulement la constitution offre à ses ennemis un procédé légal pour sa propre abolition, mais sa marche quotidienne produit des effets de plus en plus déstabilisants sur l'organisation de l'État. L'article 76 conduit directement au point d'indécision de la constitution de Weimar.

Si les constituants de 1919 s'étaient tenus à une constitution parfaitement “formelle” (à l'exemple des lois constitutionnelles françaises de 1875), c'est-à-dire à une constitution exempte de droits fondamentaux et dépourvue de procédure “renforcée” de révision<sup>9</sup>, l'interprétation de l'article 76 ne revêtirait pas une

---

8 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 295.

9 Nous laissons de côté la question de savoir si la loi de 1884, qui précisait que « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision », modifiait effectivement ou non la procédure *wertneutrale* décrite à l'article 8, alinéas 1 à 3, des lois de 1875. C'est la thèse développée, toujours avec beaucoup de science, par O. Beaud dans *La Puissance de l'État* (op. cit., p. 381 sqq. notamment), mais elle semble

telle importance aux yeux de Schmitt. Si le problème du législateur concurrent se pose, c'est parce que l'on trouve, à l'intérieur du texte de 1919, « dans une proportion jusqu'à présent inconnue dans l'histoire constitutionnelle », « de nombreux "ancrages", garanties, déclarations d'inviolabilité, protections et autres *entrenchements* matériels »<sup>10</sup> contre lesquels butte le législateur parlementaire, sans pour autant que leur teneur juridique ne soit clairement déterminée ou qu'un dispositif institutionnel ne prenne en charge leur effectuation. Comme toujours, l'incohérence est un mal mortel en matière de constitution, et Schmitt exclut d'emblée que, laissé à lui-même, le régime puisse y survivre.<sup>11</sup>

D'un côté, il ne fait guère de doute que l'État législatif, en raison du caractère très exigeant de son "système de justification", soit incapable d'intégrer des éléments étrangers qui, établissant des protections et des garanties spécifiques, heurtent le principe de la chance égale. Car « reconnaître le besoin ou la désirabilité de protéger certains groupes ou intérêts menacés par la majorité conduit en fait à les mettre complètement hors de portée du fonctionnalisme et de la contingence du suffrage parlementaire ».<sup>12</sup> D'un autre côté, si on adopte l'interprétation avancée par la "doctrine dominante", l'article 76 confère au législateur parlementaire un pouvoir de transformation de l'ordre constitutionnel *in toto*, et donc la possibilité de déroger ou encore de rayer d'un trait de plume les droits matériels garantis

---

procéder par projection rétrospective (un choix méthodologique d'ailleurs pleinement assumé par l'auteur). Il n'empêche, pour la grande majorité des constitutionnalistes français et allemands de l'époque – Schmitt y compris – les lois constitutionnelles de 1875 demeuraient l'exemple parfait d'une constitution neutre et soumise au jeu des majorités parlementaires.

10 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 293.

11 En développant l'idée d'un "dialogue institutionnel" entre les tribunaux et le législateur parlementaire, Jeffrey Seitzer montre de façon détaillée comment Schmitt est enclin à dénier aux régimes politiques toute capacité d'adaptation et combien il sous-estime l'importance de la variable temporelle dans la stabilisation d'un système constitutionnel (cf. Seitzer, *Comparative History and Legal Theory*, op. cit.).

12 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 296.

par cette deuxième section.<sup>13</sup> En cherchant ainsi à préserver l'intégrité du système de la légalité parlementaire, l'article 76 aboutit paradoxalement à mettre l'ensemble de la constitution, toutes dispositions confondues, à la merci du législateur parlementaire. Ce qui devait être un instrument de protection de la constitution s'avère, en réalité, un piège mortel. Carl Schmitt ne manque pas de souligner l'absurdité d'un pareil raisonnement, qui consacre la compétence de révision comme « le vrai noyau et le seul contenu de la constitution »<sup>14</sup> : non seulement il semble évident que cette compétence ne peut pas être absolue et auto-fondée, c'est-à-dire qu'elle suppose toujours préalablement la constitution comme unité effective et valide, mais la consistance même des droits fondamentaux devient, en face d'un tel pouvoir, problématique. « Il n'est guère conséquent de les soustraire au fonctionnalisme arithmétique par le biais d'un renforcement purement quantitatif et, simultanément, de les y soumettre. »<sup>15</sup>

La seule solution à cette disparité, Carl Schmitt l'aperçoit dans l'idée voulant que la seconde section de la constitution soit « tout simplement le fragment d'une constitution d'un autre type », d'une constitution qui s'opposerait à la neutralité de la première moitié, organisationnelle, établissant l'État législatif-parlementaire. La question à laquelle le constitutionnaliste doit alors répondre est de savoir à quoi ressemblera le reste de cette constitution dont il tient déjà un fragment. Quelle forme concrète prendra – puisque c'est ce qui importe dans toute situation critique – sa partie organisationnelle ?

Cette dichotomie entre *Wertneutralität* et *Wertinhalt* – entre aspect formel et aspect matériel – semble-t-elle trop doctrinaire ? Sans doute. On pourra notamment rétorquer à Carl

---

13 Schmitt évoque ici l'hypothèse – sordide à ses yeux – d'un groupe parlementaire athée qui s'assure les voix d'un petit parti de la classe moyenne pour un amendement visant à laïciser l'État, en échange d'une réduction des taux d'intérêts.

14 TC, p. 149.

15 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 298.

Schmitt que l'inclusion de garanties "matérielles" à l'intérieur d'une constitution ne compromet pas nécessairement le fonctionnement de l'État législatif-parlementaire. C'est l'argument que Kirchheimer va objecter à son mentor dans son étude de 1933 : loin de s'opposer au système de la légalité parlementaire, les garanties que l'on trouve dans la seconde section de la constitution de 1919 doivent être envisagées comme son complément. Parmi ces garanties, le jeune constitutionnaliste distingue d'abord les normes dites « de fixation » (*Fixierungsnormen*)<sup>16</sup> – les seules qui « correspondent à un substrat réel », dans la mesure où elles s'adressent immédiatement aux organes de l'État – par rapport aux normes programmatiques et aux normes d'autorisation (*Ermächtigungsnormen*), qui demandent d'être mises en vigueur par une loi ultérieure. Ce sont bien sûr les normes de fixation que Schmitt oppose à la neutralité du principe de la chance égale. Or, à bien y regarder, les choses se révèlent plus complexes. Dans les cas où les rapports majorité / minorité sont stables et routiniers, les normes de fixation, en retirant certains objets du champ des controverses politiques, renforcent l'équilibre général du régime : « Elles réduisent les surfaces de friction et augmentent la capacité de la démocratie à fonctionner convenablement. »<sup>17</sup> À l'inverse, dans les situations où majorités et minorités changent souvent, les normes de fixation augmentent la loyauté envers la constitution des groupes qu'elles protègent et leur inspirent « un rapport positif à la démocratie en général ». La chose est également vraie, dans une large mesure, des normes programmatiques, qui sont autant de promesses susceptibles de lier certains groupes minoritaires. Mais l'objection de Kirchheimer se veut surtout comme un appel à la retenue théorique : « on dira donc des dispositions matérielles de la seconde section de la constitution qu'elles

---

16 Kirchheimer (avec N. Leites), "Bemerkungen zu Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*" (1933), in : VWRf, p. 125. Le terme vient de la contribution de Schmitt au *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (2 vol., Tübingen, Mohr 1930-1932) dirigé par Gerhard Anschütz et Richard Thoma.

17 Kirchheimer (avec N. Leites), "Bemerkungen zu Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*" (1933), in : VWRf, p. 125.

n'autorisent aucun constat définitif quant à leur conséquence sur la bonne marche de la démocratie. Leur effet intégrateur ou désintégrateur est déterminé par leur contenu et le milieu social ». <sup>18</sup> Ce qui équivaut, au fond, à reprendre contre Schmitt l'accusation de réalisme conceptuel, accusation déjà formulée par Richard Thoma quelques années plus tôt, dans les pages de la même revue. <sup>19</sup>

Mais là où l'argument schmittien paraît plus solide, c'est lorsqu'il avance – de façon laconique, il est vrai, dans les pages de l'essai de 1932 – la thèse de la limitation matérielle du pouvoir d'amendement ou, si l'on préfère, de la différence entre révision et modification de la constitution. C'est là une thèse qui fait écho à la doctrine américaine des *limitations upon amending power*, même si la seule référence explicite de Schmitt va plutôt aux idées de Maurice Hauriou sur la supralégalité constitutionnelle. <sup>20</sup> Elle cherche à renverser la compréhension positiviste des dispositions relatives à la révision, compréhension selon laquelle la compétence de révision ne connaît aucune limite matérielle dès lors que la procédure prescrite (majorité renforcée, extension des délais, possibilité d'un veto, etc.) est respectée. Il importe peu, envisagé ainsi sous cet angle, que la proposition de révision soit très vaste ou très restreinte, qu'elle modifie la forme même de l'État ou qu'elle abroge seulement l'article le plus obscur. La conclusion qui découle logiquement de cette position "classique", largement dominante au-

---

18 Ibid., p. 127.

19 Supra, p. 173 sqq. L'article de Kirchheimer a été publié dans l'*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*.

20 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 311. Cf. également Beaud, *La Puissance de l'État*, op. cit., pp. 337-340. On peut penser que l'absence de référence à la doctrine constitutionnelle américaine tient probablement moins à une méconnaissance de Schmitt qu'au fait que la thèse des *limitations upon the amending power* est historiquement liée à la préservation de la forme fédérale de l'Union – ce qui sert très mal, on le devine, les desseins d'un légiste occupé, à l'été 1932, à démanteler le fédéralisme et à placer sous tutelle les *Länder* qui ont eu le mauvais goût d'élire des ministères sociaux-démocrates.

jourd'hui<sup>21</sup>, c'est que la compétence de révision devient la mesure de la constitution, le critère pour déterminer ce qui relève ou non de l'ordre constitutionnel. Car en établissant une procédure législative renforcée pour l'élaboration de certaines normes, elle *crée* la constitution comme telle. C'est désormais à partir de cette procédure, et d'elle seule, que l'on peut différencier certaines normes quant à leur caractère formel et les désigner comme "constitution". Il ne peut donc pas y avoir de constitution sans pouvoir d'amendement, puisqu'il n'y aurait alors aucune différence de niveau entre la loi ordinaire et la disposition constitutionnelle. C'est à cette compréhension, alors défendue par Richard Grau, que s'en prend Schmitt pour la première fois dans la préface de la seconde édition de *Die Diktatur* (1927) : « La constitution est chacune des lois constitutionnelles ; une loi constitutionnelle, du point de vue "formel" est une loi qui ne peut être révisée que sous des conditions complexes, stipulées à l'article 76. »<sup>22</sup>

Pour renverser cette compréhension de la relation entre pouvoir d'amendement et constitution, il faut admettre que le besoin pour une procédure d'amendement renforcée découle d'une supériorité matérielle, que l'on reconnaît d'emblée à la constitution. Autrement dit, ce sera la valeur de la constitution, son existence effective et sa *légitimité*, qui auront préséance et qui, pour être protégées, exigeront une procédure d'amendement plus rigide, partiellement dégagée du jeu de la légalité parlementaire. De là, on peut déduire – et c'est le pivot de la thèse de la limitation matérielle de la révision – que le pouvoir d'amendement *ne peut jamais être neutre par rapport à son objet*, qu'il prend nécessairement parti pour l'ordre constitutionnel en vigueur, et qu'il ne peut servir qu'à protéger, à prolonger ou à développer l'"esprit" de cette constitution. Pour le dire autrement, son exercice est soumis à des contraintes immanentes, non écrites et endogènes, tenant à l'essence de

---

21 Cf. par exemple le traité de *Droit constitutionnel* de Louis Favoreu et al., 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz 1999, p. 130 sq.

22 D, p. 10. Carl Schmitt recycle cette critique dans TC, pp. 158, 250.

toute constitution, qui est d'articuler une préférence ou une "décision" en faveur d'un certain type d'ordre "matériel". « Que la "constitution" puisse être révisée ne veut pas dire que les décisions politiques fondamentales qui constituent la substance même de la constitution peuvent être abrogées à tout moment par le Parlement. »<sup>23</sup> Il faut discriminer, à l'aune de la "décision fondamentale" qu'elle recèle, entre les révisions que la constitution autorise – celles qui approfondissent ladite "décision" et en tirent de nouvelles conséquences – et les révisions qui y contreviennent, celles qui vont à l'encontre de cette décision et proposent, de façon plus ou moins explicite, de remplacer l'ordre constitutionnel existant par un autre. Seules les premières sont autorisées par l'article 76. Les autres ne peuvent être mises en œuvre que par l'intervention du pouvoir constituant originaire ou, plus exactement, par son "irruption" puisque l'introduction d'une modification de cette ampleur ne peut jamais être ramenée dans les limites d'une compétence définie, c'est-à-dire d'un pouvoir régulier et "ordinaire".<sup>24</sup>

Là où le positivisme classique, guidé par son souci de systématisme et de clarification logique, procède au moyen d'une série d'identifications (pouvoir d'amendement = pouvoir de modifier la constitution en entier = pouvoir constituant), la thèse schmittienne de la limitation matérielle introduit entre ces termes des disjonctions décisives. On méconnaîtrait toute la radicalité de la position de Schmitt en y voyant simplement un plaidoyer en faveur de l'introduction, dans le texte constitutionnel lui-même, de clauses limitant le pouvoir de révision, à l'exemple des dispositions de la loi constitutionnelle d'août 1884 ou des clauses dites "éternelles" que l'on retrouve aujourd'hui dans nombre de constitutions.<sup>25</sup> Schmitt émet

---

23 TC, p. 156.

24 Schmitt écrit qu'il ne s'agit pas d'« une compétence [*Zuständigkeit*] normale au sens d'une compétence [*Kompetenz*], c'est-à-dire d'un domaine d'action réglé et délimité » (TC, p. 241).

25 On pense ici aux clauses incluses dans la constitution, qui interdisent de proposer une révision affectant la "nature du régime", les "droits de l'homme", la "forme fédérale de l'État", etc. Pour un tour d'horizon, cf.

même quelques réserves quant à la pertinence de ce genre de limitations, non en raison de leur statut logique problématique<sup>26</sup>, mais parce que, demeurant dans l'orbite du droit constitutionnel positif, leur force de contrainte demeure dépendante, à l'instar de tout élément dogmatique, d'une instance concrète d'effectuation. Une constitution peut bien se doter de ce genre de crans d'arrêt, en aucun cas ceux-ci ne viendront remplacer ou épuiser les limites matérielles décrites par Schmitt. Ne relevant ni du droit positif *stricto sensu*, ni d'un mystérieux droit naturel, il s'agit de limites qui sont *autonomes* et *inhérentes* à toute constitution, qu'elles y figurent en toutes lettres ou non. En d'autres termes, leur existence précède leur reconnaissance par le droit positif et, en quelque sorte, l'excède. Par-delà toute disposition constitutionnelle spécifique, il suffit à Schmitt, rappelle avec justesse Olivier Beaud, « de s'appuyer sur le texte constitutionnel pour en déduire un *principe de légitimité* inhérent à toute constitution ». <sup>27</sup> Il faut prendre au sérieux cette insistance de Schmitt sur la "positivité" – le terme devant être ici entendu au sens large et non positiviste d'"effectivité" – des limites matérielles qu'il cherche à décrire. Contrairement à plusieurs de ses collègues, Heinrich Triepel au premier chef, il ne s'agit pas ici d'un effort pour retrouver des étalons axiologiques transcendants et immuables, quoique vagues ; ce serait plutôt « un combat pour la défense de la légitimité du droit »<sup>28</sup>, une résistance à sa réduction au formalisme mécanisé du système de la légalité parlementaire.

En 1933, dans la dernière édition de son grand traité sur la constitution de Weimar, Gerhard Anschütz s'inquiète de l'apparition d'une nouvelle doctrine « qui aperçoit dans l'article 76 non seulement l'attribution mais aussi une *limitation*

---

Marie-Françoise Rigaux, *La Théorie des limites matérielles à la fonction constituante*, Bruxelles, Ferdinand Larcier 1985, pp. 44-51.

26 Cette clause, qui fait partie du texte de la constitution, est-elle elle-même abrogeable suivant la procédure prévue pour une révision constitutionnelle ?

27 Beaud, *La Puissance de l'État*, op. cit., p. 349, je souligne.

28 Ibid., p. 341.

de la compétence de réviser la constitution ». C'est une doctrine qui, précise Anschütz,

« limite l'application de l'article 76 à la modification de dispositions de moindre importance et en tire la conséquence que les modifications *principielles*, les "modifications du système constitutionnel", les modifications affectant "les décisions politiques fondamentales, formant la substance de la constitution" – ou comme on voudra les appeler – ne peuvent pas être réalisées au moyen d'une décision du législateur à la majorité qualifiée, telle que prévue à l'article 76. »<sup>29</sup>

Carl Schmitt n'est donc pas seul à opposer à l'interprétation positiviste de l'article 76 l'idée d'une limite matérielle du pouvoir d'amendement. Outre Heinrich Triepel, dont il a été question plus haut, il se retrouve aux côtés de Carl Bilfinger, de Hans Gerber et de Otto Koellreutter, des juristes qui n'ont accordé à l'ordre constitutionnel de 1919 qu'un appui ambigu, et qui vont tous trois se retrouver dans les rangs du parti national-socialiste avant mai 1933. Le paradoxe ne laisse pas d'étonner : alors que les constitutionnalistes qui adhèrent à la République et à l'idéal démocratique (Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Walter Jellinek) vont s'opposer à la thèse des limites matérielles au pouvoir de révision – qui paraît pourtant servir l'ordre (républicain) en vigueur – ce sont les futurs protagonistes de la "révolution nationale" et les fossoyeurs de l'ordre constitutionnel qui montent au front pour protéger la "substance" de la constitution, contre un prétendu « fonctionnalisme vide de tout contenu, livrant toute valeur matérielle à la merci de la majorité du moment ». <sup>30</sup> Nul doute que l'on touche ici au cœur du conflit entre légitimité politique et légalité constitutionnelle, au point précis où l'appel à la sauvegarde de la constitution bascule dans une invitation à son "dépassement" et au sacrifice de certaines dispositions au profit de l'ensemble.

---

29 G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, op. cit.

30 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 299. Sur ce paradoxe, cf. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, op. cit., p. 114.

Ce qui échappe néanmoins au regard surplombant de Gerhard Anschütz, c'est la grande diversité de prémisses et d'objectifs qui distingue les tenants de la thèse des limites matérielles. Anschütz se borne à repérer chez les tenants de la "nouvelle doctrine" une prédilection pour l'expression immédiate du peuple – « une législation par le peuple à l'extérieur du cadre de la constitution ! », s'étonne-t-il. Dans le cas de Schmitt, la distinction entre une révision restreinte, affectant certaines dispositions, et une modification qui porte atteinte à l'ordre constitutionnel comme tel – la première demeurant interne au droit positif, la seconde ne pouvant s'opérer que par un pouvoir constituant posé dans une extériorité radicale – prolonge une dichotomie plus fondamentale et plus ancienne entre *Verfassung* et *Verfassungsgesetz*, entre constitution et lois constitutionnelles.<sup>31</sup> Exposée au premier chapitre dans la *Verfassungslehre* de 1928, cette dichotomie dépasse la simple distinction conceptuelle entre une constitution « absolue » (un ordre global, effectif, « existentiel » en ce sens qu'il précède chacune de ses composantes) et une constitution « relative » (une accumulation de dispositions plus ou moins autonomes).<sup>32</sup> C'est, pour Schmitt, une autre façon de rendre compte du postulat de base de l'approche décisionniste, à savoir l'idée d'une autonomie du processus de concrétisation du droit, ou encore l'indépendance radicale des « normes de réalisation du droit » par rapport aux « règles de droit » elles-mêmes : « aucune norme, ni supérieure ni inférieure, ne s'interprète et ne s'applique elle-même ; aucune validité normative ne se réalise d'elle-même ; et il n'y a

---

31 Voilà pourquoi il semble légitime de penser, à la suite de Claude Klein (*Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, P.U.F. 1997, p. 103), que c'est Carl Schmitt qui le premier « formula de façon claire et dépourvue de toute ambiguïté la théorie de la limitation du pouvoir de révision ». Tant dans son ouvrage *La Puissance de l'État* que dans sa préface à la *Théorie de la constitution* de Carl Schmitt, Olivier Beaud a beaucoup insisté sur l'importance de cette distinction entre *Verfassung* et *Verfassungsgesetz* pour la pensée schmittienne, tout en s'efforçant de faire ressortir sa productivité pour la théorie constitutionnelle actuelle.

32 TC, p. 142. Cf. Norbert Campagna, *Le Droit, le politique et la guerre*, op. cit., p. 33.

pas non plus [...] une hiérarchie de normes, mais seulement [...] une hiérarchie d'instances ». <sup>33</sup> Ce que recouvre le terme de *Verfassung*, en son sens plein et « positif » <sup>34</sup>, ce n'est rien d'autre que cette hiérarchie d'instances dont dépend la possibilité même du droit, l'armature sur laquelle se déploie l'ordre légiconstitutionnel (*verfassungsgesetzlich*).

On tient, avec cette dichotomie, une pièce centrale de l'herméneutique constitutionnelle schmittienne, puisque c'est toujours à cette dichotomie que doit se rapporter l'analyse des dispositions spécifiques, et c'est elle qui permet de dégager le sens des notions présentes dans la constitution. Au chapitre 11 de la *Verfassungslehre* de 1928, Schmitt s'emploie ainsi à interpréter, outre celui de "révision", les termes de "dérogation", de "contentieux constitutionnel" et de "haute trahison". Dans tous les cas, il s'agit de repenser le sens de la "sauvegarde" de la constitution (*Schutz der Verfassung*) à l'aune de cette dichotomie fondamentale.

« "La" constitution en tant que complexe unitaire formé des 181 articles de la constitution de Weimar, avec leur contenu bigarré, et des nombreux amendements constitutionnels adoptés par voie législative depuis 1919 – on doit bien distinguer tout cela lorsque l'on parle simplement de sauvegarde de "la" constitution. La constitution est, dans sa substance positive, *une décision politique concrète concernant le genre et la forme de l'existence politique* (une république, une démocratie parlementaire, un État de droit bourgeois, une organisation fédérative). » <sup>35</sup>

Ce qui ne peut être soumis aveuglément au pouvoir de l'article 76, ce qui constitue le présupposé existentiel de ce pouvoir et de cette compétence, ce serait donc la partie organisationnelle de la constitution de Weimar, c'est-à-dire sa *première* section. C'est la thèse développée dans la *Théorie de la constitution*, puis dans les deux conférences de Breslau de 1930. Il

---

33 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 307 sq.

34 TC, p. 152.

35 "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung" (1931), in : VA, p. 69 sq.  
Dans le même sens, cf. TC, p. 152.

s'agit, en réalité, d'une extension du "minimum organisationnel" identifié par Schmitt à l'occasion de son analyse, en avril 1924, des pouvoirs d'urgence établis à l'article 48 WRV : le Reichstag, le *Reichsrat*, le président du *Reich* et le cabinet ministériel fédéral – en somme le cœur de l'État législatif-parlementaire.<sup>36</sup> Que le noyau essentiel de la constitution de Weimar soit formé d'une décision en faveur d'une certaine "forme politique" – celle du "gouvernement parlementaire" – cela ne signifie pas qu'elle corresponde à un dispositif institutionnel précis. L'exemple des quatre "sous-systèmes" parlementaires mentionnés plus haut le confirme : la "décision globale" ne porte que sur les grands principes, ceux-ci pourront, partant de là, donner lieu à diverses configurations possibles, appelées à évoluer dans le temps, sans que cela ne porte atteinte à la constitution en tant que telle.<sup>37</sup>

Jusqu'en 1932, la thèse schmittienne des limites matérielles au pouvoir d'amendement servait à défendre la teneur d'une "décision politique" conçue en termes étroitement organisationnels : le pouvoir d'amendement doit demeurer au service d'une république parlementaire et fédérale. Le renversement que l'on observe dans les pages de *Legalität und Legitimität* apparaît d'autant plus stupéfiant, qu'il aboutit à une relativisation considérable de la partie organisationnelle de la constitution, désormais accusée de conduire à un fonctionnalisme sans contenu. Une relativisation qui tourne au profit de la seconde partie, substantielle, assimilée jusqu'ici à un catalogue incohérent, produit d'un compromis dilatoire. Il est vrai qu'à l'été 1932, si Schmitt avait persisté à considérer la république parlementaire comme la "décision globale" sous-jacente à la constitution de Weimar, il aurait été obligé de conclure au caractère anticonstitutionnel des manœuvres du chancelier Papen et du général Schleicher. En 1932, la distinction entre une "véritable"

---

36 "Le pouvoir de dictature du président du *Reich* au sens de l'article 48", in : D, pp. 241-244. Cf. Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, 3<sup>e</sup> éd., New Brunswick, Transaction 2002 (1948), p. 69.

37 Cf. supra, p. 255 sq.

constitution et la “simple” légalité constitutionnelle – la représentation d’une « légalité à deux paliers » comme l’appelle Kirchheimer – exprime toujours une limitation intrinsèque au pouvoir de modifier la constitution, mais *c’est l’identité du “noyau” à protéger qui change alors.*

S’agit-il d’un changement cosmétique, sous la surface duquel un même objectif demeure ? On serait, à première vue, tentés de le croire. C’est toujours la lutte contre l’illusion positiviste, contre l’idée d’une possible neutralité de la constitution qui commande, en 1921, en 1928 comme en 1932, l’effort théorique de Schmitt. Une réaction qui découle de « cette idée toute simple, de bon sens même : comment peut-on imaginer que les auteurs d’une constitution aient pu prévoir et justifier la possibilité même de l’anéantissement de leur œuvre par une révision ? »<sup>38</sup> Peu importe, au fond, le contenu propre de la décision qu’exprime la constitution positive, peu importe la “substance” ou le “contenu axiologique” (*Wertinhalte*) qui en forme le noyau, l’essentiel est que s’y donne à voir une opposition nette – tant sur le plan conceptuel que sur celui de l’effectivité politique – entre, d’une part, une constitution “formelle”, réduite à un ensemble de normes homogènes, transformables à volonté, et, de l’autre, une constitution “matérielle”, qui isole un ensemble de principes fondamentaux, qualitativement supérieurs aux autres normes constitutionnelles, « au maintien et à la défense desquels les règles organisationnelles de “l’État” doivent concourir ».

« Ils renferment une dignité supralégale qui les place au-delà des règles constitutionnelles-organisationnelles servant à leur protection [...]. Ils possèdent, comme l’écrit le grand constitutionnaliste français Maurice Hauriou, une “supralégalité constitutionnelle” qui les élève non seulement au-dessus des lois ordinaires, mais au-dessus également de la loi constitutionnelle [*Verfassungsgesetz*] écrite, et qui interdit leur suppression au moyen d’un amendement par voie législative. »<sup>39</sup>

---

38 Beaud, *La Puissance de l’État*, op. cit., p. 341.

39 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 311. On trouve également un renvoi au *Précis de droit constitutionnel* de Maurice Hauriou – qualifié

C'est là le sens du débat sur les limites de l'article 76 WRV – un débat qui autrement paraît dépourvu de tout enjeu pratique. Car comment croire qu'un parlement, au sein duquel il est impossible de trouver la majorité nécessaire au vote du budget, puisse soudain accoucher d'une majorité de deux tiers, suffisante pour changer l'ordre constitutionnel *uno actu* ? L'intérêt pour l'article 76 tient plutôt au fait qu'il présente un terrain de rencontre, un point d'intersection entre le système de la légalité et un ordre de garanties matérielles, relevant d'une forme de légitimité plus massive et moins équivoque : la prétention à incarner fidèlement une "forme sociale allemande", à égale distance du libéralisme anglo-saxon et du bolchevisme russe. C'est pourquoi son sens et sa portée demeurent si incertains. Du côté positiviste, l'article 76 paraît le prolongement logique de la suprématie de la loi parlementaire ; et on voit mal selon quel critère objectif (c'est-à-dire non politique) on pourrait distinguer, à l'intérieur du texte constitutionnel, ce qui est essentiel de ce qui ne l'est pas. Sous cet angle, la distinction schmittienne entre *Verfassung* et *Verfassungsgesetz* est assimilée à « un renversement quasi jusnaturaliste du droit positif ». <sup>40</sup> Du côté de la thèse de la limitation matérielle, on défend l'idée inverse : la partialité fondamentale de toute constitution et sa nécessaire identité à elle-même, par-delà le détail de ses dispositions. La première qualité d'une constitution, c'est d'exister de facto sous la forme d'un ordre concret et de structurer l'exercice de la domination. Aucune

---

pour l'occasion de *Staatstheoretiker* – dans l'article d'Otto Kirchheimer "Legalität und Legitimität", publié dans *Die Gesellschaft*, quelques semaines avant l'ouvrage de Schmitt. Il vaut la peine de signaler cette référence car elle fait voir la divergence qui se creuse entre Kirchheimer et son mentor. « La "superlégalité constitutionnelle" ne signifie pourtant rien d'autre que la reconnaissance de la légitimité d'un système de valeurs déterminé. Qu'il existe ou non en France une légitimité juridique attachée à l'ordre des droits individuels, une légitimité surplombant le texte constitutionnel et les lois écrites, ce n'est certainement pas le cas en Allemagne » (in : PH, p. 20). Nous reviendrons sur ce point dans la dernière section de notre ouvrage.

40 Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, op. cit., p. 114.

constitution ne peut acquiescer à sa perte. De cette volonté d'autoconservation, il résulte que le pouvoir de réviser la constitution ne peut porter atteinte à la substance intime de l'ordre constitutionnel. Autre façon de dire que la compétence de révision n'est que partielle, qu'elle ne porte que sur les lois constitutionnelles, jamais sur la constitution en tant que telle, dont elle présuppose au contraire la valeur et l'intangibilité. Dans cette perspective, l'interprétation positiviste de l'article 76, l'interprétation voulant que le pouvoir d'amendement soit formellement illimité, représente rien de moins qu'une « dénaturation de la révision ».<sup>41</sup>

### Supralégalité et constitution

Mais encore faut-il prendre la pleine mesure du renversement qui s'opère dans la pensée de Schmitt entre 1928 et 1932, c'est-à-dire entre, d'un côté, la défense du "minimum organisationnel" intouchable contenu dans la première section de la constitution et, de l'autre, l'abandon de cette première section au profit de la seconde, jugée plus "substantielle". Il faut, surtout, se faire attentif au choix des termes : ce n'est pas une "autre constitution" mais bien une "contre-constitution" (*Gegenverfassung*) que Schmitt prétend trouver dans cette seconde section. En décisionniste conséquent, Carl Schmitt n'ignore pas le déficit institutionnel dont souffre la seconde section de la constitution de Weimar – un déficit que le *Reichspräsident*, les législations d'exception et la pratique des cabinets extraparlimentaires pourront, comme nous le verrons, pallier. Non seulement cette seconde moitié, laissée à elle-même, s'avère incapable de répondre à la question "qui décide ?", mais l'étendue des garanties matérielles qu'elle contient demeure passablement indéterminée. Son pouvoir est déstructurant avant tout, et ce n'est qu'au contact de l'organisation de l'État législatif-parlementaire qu'il se manifeste pleinement.

---

41 L'expression est d'Olivier Beaud, mais elle résume bien l'appréciation de Schmitt (cf. *La Puissance de l'État*, op. cit., p. 341).

L'argument de Schmitt se recentre ici sur l'aspect "administratif", au sens wébérien du terme : la véritable efficacité de la supralégalité constitutionnelle, sa zone d'impact si l'on veut, se trouve dans le fonctionnement de ce que Weber appelle la "direction administrative". Certes, il y a bel et bien "contradiction" entre la *Wertneutralität* du système de la légalité parlementaire et la *Wertbetonung* des garanties constitutionnelles matérielles. Mais cette contradiction reste abstraite, conceptuelle. À ce titre, elle est insuffisante, elle ne devient politiquement effective qu'à condition de s'incarner dans des formes organisationnelles concrètes. Elle deviendra alors, écrit Schmitt « une contradiction immédiatement structurelle et organisationnelle, à savoir la contradiction entre l'État judiciaire et l'État législatif-parlementaire ».

« Une constitution qui pour une large part subordonne les lois ordinaires à des dispositions constitutionnelles matérielles, ne modifie pas seulement le postulat de base de la décision majoritaire et le système de la légalité qui y prend appui ; elle transforme jusque dans son fondement même la structure organisationnelle [organisatorische Gefüge] de l'État législatif. »<sup>42</sup>

Une constitution où le pouvoir du législateur ordinaire est soumis à des normes ou à des principes supralégaux tend à compromettre le système de la légalité parlementaire. Au nombre des effets dévastateurs qui résultent d'une telle supralégalité constitutionnelle, il en est un qui retient particulièrement l'attention de Schmitt. Toute l'organisation de l'État législatif-parlementaire repose sur une disjonction entre la norme objective et sa mise en œuvre, et c'est de cette disjonction, qui est aussi une subordination, que découlent les attributs de généralité et d'impersonnalité propres à cette forme d'État. Or l'introduction d'une supralégalité tend à brouiller cette séparation, en permettant à des instances chargées d'appliquer la loi d'en limiter la portée et d'en modifier le contenu. L'unilatéralité et la cohérence organisationnelle se voient alors compromises. Plus précisément, la supralégalité porte en elle la possibilité d'une concurrence de normes, qui équivaut toujours, pour le

---

42 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 307, je souligne.

regard décisionniste, à une concurrence entre les instances chargées de leur “concrétisation définitive”. Les pouvoirs constitués, les organes subordonnés, le pouvoir exécutif et les différents corps administratifs qui doivent appliquer les lois votées par le législateur ordinaire, ont désormais le loisir de contester leur validité au nom de garanties matérielles imprécises. Ainsi, selon un remarquable paradoxe, la force d’impact de la supralégalité croît en fonction de son absence de détermination.<sup>43</sup> Car avec l’introduction d’une légitimité amorphe et flottante, offerte en partage à tous les pouvoirs constitués, c’est l’ensemble du système de la légalité qui se voit placé sous réserve d’un “bloc constitutionnel” intouchable, dont chacun voudra se prétendre le gardien. Il s’agit là d’une situation transitoire, mais Schmitt la considère néanmoins révélatrice de ce qui attend le régime de Weimar dans un futur proche ; lorsqu’il n’y pas encore d’institution formellement désignée pour protéger la “légalité supérieure” contre les empiètements de la “légalité ordinaire” – en somme, lorsque l’État législatif n’a pas encore complètement cédé sa place à un autre type d’État – la possibilité demeure ouverte qu’une cour de justice, une direction ou une agence gouvernementale quelconque détermine les limites de la loi ordinaire qu’elle est censée appliquer, à l’aune d’un principe constitutionnel plus élevé.

Cette concurrence d’instances peut déboucher sur une pluralité de configurations étatiques, que Schmitt résume sous la forme d’une grande alternative. Dans l’hypothèse où une loi ordinaire fait l’objet d’une contestation ou d’une réinterprétation par une instance “subordonnée” (exécutif, administration ou magistrature), soit le législateur se plie devant le fait accompli, abroge sa loi et « reconnaît ainsi [...] un nouveau gardien de la constitution »<sup>44</sup> ; soit il cherche à résister à son rival, en prenant appui sur l’un ou l’autre des pouvoirs de l’État, et on obtient alors une suite de compromis et de rapports de force (*Machtkomplexe*) changeants, « aussi longtemps que [...] le

---

43 Ibid., p. 308.

44 Ibid., p. 309.

pouvoir d'une décision créatrice d'unité ne vient pas mettre fin à cette forme confuse d'État ». Dans tous les cas, l'introduction d'une supralégalité constitutionnelle agira comme une "contre-constitution" face à la constitution de Weimar puisque, contestant le "système de justification" sur lequel repose la légalité parlementaire (droit = loi générale = volonté du législateur, etc.), elle en détraque le fonctionnement et en compromet la cohésion sur le plan *organisationnel*.

L'argument schmittien conjugue donc une explication conceptuelle, en termes de "présupposés" conceptuels, avec une description des *effets* réels (empiriques) de la supralégalité, c'est-à-dire de la concurrence des instances que déclenche l'incertitude quant au sens du texte constitutionnel. On trouvera ici un extrait de *Legalität und Legitimität* qui laisse bien voir toute la complexité de cet argument.

« En raison de la division du système de la légalité entre une forme supérieure et une forme inférieure de légalité – même s'il s'agit en apparence d'une simple distinction quantitative ou arithmétique entre deux types de majorités – l'État législatif se voit ébranlé jusque dans son organisation intime. Des séparations, des freins et des contrepoids *internes* à la *procédure* législative, tel le système bicaméral et autres mécanismes, n'anéantissent pas l'État législatif, aussi longtemps que les lois qui en résultent conservent une valeur qualitative unitaire. À l'inverse, la différence entre des lois matérielles d'un type supérieur et d'un type inférieur évince le législateur de sa position normative centrale, position par laquelle se définit justement un État législatif. Cette différence enfonce un coin dans l'architecture d'ensemble de l'État législatif et la modifie, par le simple fait que, grâce à leur mainmise sur la légalité supérieure et à leur rôle dans sa mise en œuvre, des instances et des organisations surgissent qui surplombent le législateur ordinaire et le dominant. »<sup>45</sup>

Dans sa critique de l'ouvrage *Legalität und Legitimität*, Kirchheimer a bien indiqué le sens dans lequel se déploie en réalité l'argument schmittien : l'apparition d'une supralégalité dans le texte de 1919 « induit une modification de la structure

---

45 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 309.

organisationnelle de l'État législatif-parlementaire, qui élimine la suprématie du Parlement en faveur d'un élément juridictionnel ». <sup>46</sup> Adhérant à la "méthode" décisionniste de celui qui fut son mentor, Kirchheimer reconnaît la pertinence et la justesse de ce constat. L'histoire de la constitution de Weimar témoigne bel et bien d'une tendance de plus en plus accusée vers l'État juridictionnel, tendance qui n'est pas freinée mais, au contraire, nourrie et accélérée par le « virage vers l'État total ». « On voit maintenant s'ouvrir la perspective d'une singulière alliance entre des éléments relevant de l'État juridictionnel et d'autres relevant de l'État administratif. »

Mais là où l'appréciation du disciple diverge de celle du maître, c'est en ce qui a trait aux causes profondes de cette évolution. Otto Kirchheimer s'appuie sur l'exemple du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis – qui est à bien des égards l'exemple parfait de l'État juridictionnel – pour faire remarquer que, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, ce n'est pas sur la base de garanties matérielles que la Cour suprême a assuré sa prééminence sur le Congrès, mais bien par une extension de la clause du *due process of law* du 14<sup>e</sup> amendement, conçue en termes étroitement procéduraux (respect de la liberté contractuelle). <sup>47</sup>

---

46 Kirchheimer, "Bemerkungen zu Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*" (1933), in : VWRf, p. 126. Otto Kirchheimer est, à notre connaissance, le premier (et l'un des seuls) à avoir bien mesuré la portée de l'argument sur le plan proprement organisationnel, et non simplement comme une opposition conceptuelle.

47 La clause du "*due process of law*", introduite par le 14<sup>e</sup> amendement (extension de la "citoyenneté légale" à toute personne née sur le sol américain), était interprétée de façon extrêmement large en matière économique, afin d'invalider toute intervention des états fédérés dans la liberté des contrats. « *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States ; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law ; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law* ». C'est sur la base de cette clause "formelle" que la Cour va s'ériger en instance dotée du pouvoir ultime d'interprétation de la Constitution au tournant du siècle. La décision emblématique de cette jurisprudence est *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905). Il faut noter la célèbre dissidence du juge Oliver W. Holmes dans cette affaire, ne serait-ce que

En comparaison à la constitution de Weimar et à son catalogue de “droits et devoirs fondamentaux”, la constitution américaine présente pourtant un bel exemple d’orthodoxie formaliste. Voilà qui n’a pas empêché la Cour suprême des États-Unis de lancer, sous le signe d’une jurisprudence “restrictiviste”, un véritable assaut contre la législation visant la protection sociale et la réglementation des conditions de travail, à un point tel que Charles Beard a pu parler d’une « *supremacy of the federal judiciary in matters involving persons and propriety* ». <sup>48</sup> Le développement de la jurisprudence de la Cour suprême antérieure au *New Deal* contredit donc *via negativa* la corrélation dessinée par Schmitt entre la montée de l’État juridictionnel et la présence de garanties constitutionnelles de type “matériel”. Autre façon de dire que le décisionnisme de Carl Schmitt, en cherchant à lier de façon univoque les transformations de la réalité constitutionnelle à une modification du “système de justification”, demeure étrangement aveugle aux déterminations “sociales” – ici au régime de propriété du capitalisme concurrentiel, dans sa double opposition au régime de propriété agricole et au mouvement ouvrier. C’est pourquoi, aux yeux du jeune Kirchheimer, le décisionnisme doit être complété par une

---

parce qu’elle recoupe les positions de Kirchheimer. « *A constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or a laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgement upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States* » (p. 76, je souligne). On peut également se référer à l’arrêt *United States v. E.C. Knight co.* 156 U.S. 1 (1895). Otto Kirchheimer analyse plus en détails les soubassements de cette jurisprudence “formelle” dans un article publié alors qu’il vivait en exil, “Zur Geschichte des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten von Amerika” (in : *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 14, n° 4, 1934, pp. 453-457 notamment). On retrouve le même argument, dirigé contre l’analyse schmittienne, dans l’article “Die Verfassungsreform” (1932), in : VWRP, p. 100.

48 Cité par Kirchheimer, “Bemerkungen zu Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*” (1933), in : VWRP, p. 128.

approche sociologique plus englobante.<sup>49</sup> Non à dessein de démasquer le caractère illusoire de l'autonomie que le positiviste attribue aux formes juridiques, mais à l'inverse pour identifier les forces extrajuridiques *qui, précisément, travaillent à son érosion* – c'est-à-dire à l'effacement de « la frontière entre le droit acquis et la pure facticité ».<sup>50</sup>

### Légitimité plébiscitaire et pouvoir exécutif

À suivre Schmitt, l'apparition d'un ensemble de droits spécifiques et de garanties matérielles à l'intérieur de la constitution de Weimar ouvrirait donc une première zone de tension entre légalité et légitimité. Certes on pourra critiquer, avec le jeune Kirchheimer, le tour doctrinaire qu'il y a à opposer ainsi, d'un côté, la richesse "substantielle" de la seconde section de la constitution de 1919 et, de l'autre, le "formalisme" aveugle de la première. On pourra aussi rester dubitatif devant le volte-face opéré par Schmitt entre 1928 et 1932 quant à la "substance" de la constitution – c'est-à-dire quant à la teneur de la "décision globale" qu'elle renferme. On pourra enfin nourrir quelques soupçons à l'endroit des desseins plus pratiques et moins avouables qui motivent le maniement de ce genre de dichotomies. Il demeure néanmoins que, pour Schmitt, l'apparition d'un ensemble de garanties matérielles à l'intérieur de la constitution de Weimar – formant une masse opaque et étrangère au formalisme du système de la légalité – ébranle l'organisation légicentrique propre à l'État législatif-parlementaire. Le malaise est assez sensible pour qu'on conclue à la présence, dans la constitution de Weimar elle-même, d'une "contre-constitution",

---

49 « Cela veut dire simplement [qu'il faut] tenir compte de la pluralité des développements constitutionnels possibles, provenant non de la seule sphère de la constitution elle-même, mais aussi des autres sphères » (Kirchheimer, "Bemerkungen zu Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*" [1933], in : VVRF, p. 151).

50 Kirchheimer, "Die Grenzen der Enteignung" (1930), in : FSV, p. 294. « Lorsque les droits acquis servent à dissimuler le maintien du statu quo, le statu quo lui-même devient un droit acquis ».

et donc à l'existence d'un second législateur qu'on dira "constitutionnel", un législateur *ratione materiae* évoluant à côté du législateur ordinaire. Certaines "matières" deviennent soudain inaccessibles aux interventions du législateur, elles sont retirées de son rayon d'action et placées sous la garde d'un législateur "constitutionnel".

Mais qui est donc ce législateur mystérieux, qui seul dispose de la substance de la constitution ? Pour le positiviste, comme nous avons vu, il n'y a là aucun mystère : l'article 76 WRV établit une procédure par laquelle le législateur parlementaire *devient*, moyennant l'obtention d'une majorité renforcée, ce législateur constitutionnel. Si Schmitt met tant d'efforts à développer la thèse de la limitation matérielle du pouvoir de révision, *c'est précisément pour bloquer la voie à ce genre d'extension du système de la légalité*. On peut bien encadrer par des règles "légiconstitutionnelles" le pouvoir de réviser le texte de la constitution, on peut bien faire de ce pouvoir une "compétence" – à la fois habilitation et limitation – il est cependant impossible d'enserrer dans cette compétence le pouvoir de modifier l'ordre constitutionnel *dans son essence*. Ce dernier ne peut en aucun cas être à la disposition du législateur. La légalité parlementaire, ainsi que le principe de la chance égale qui en est le dernier ressort, ne reposent pas sur leur propre fond ; elles dépendent de l'unité et de la cohérence d'une décision "constituante" efficace, productrice d'homogénéité et de régularité. C'est là l'irréductible principe de légitimité que la formalisation du droit constitutionnel depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle a cherché en vain à contourner. L'article 76 WRV – à mieux dire, la possibilité de son extension – devient alors le terrain où s'affrontent un système de la légalité cherchant à conserver la maîtrise du texte constitutionnel (la thèse de l'illimitation formelle de la révision) et la légitimité de la constitution conçue comme « unité de l'État en tant qu'ordre ». <sup>51</sup>

« L'essence de toute constitution réside dans l'organisation. [...] C'est la constitution qui décide précisément ce qu'est l'État

---

51 D, p. 240.

en tant que totalité. »<sup>52</sup> Nul doute que, mesurée à l'aune d'un tel critère, la constitution de Weimar représente un échec constitutionnel.<sup>53</sup> Sa première section, la section "organisationnelle", contenait bien une décision en faveur d'une forme politique républicaine, parlementaire et fédérale, et Schmitt n'exclut pas, à la fin de son essai de 1932, qu'elle eût pu être viable si seulement s'était dégagé au sein du Parlement « une volonté décisive et homogène ». <sup>54</sup> Mais le Parlement s'est rapidement changé en "théâtre du système pluraliste", et cet état de fait a réduit la légalité à un enjeu important certes, mais parmi d'autres, à l'intérieur d'une lutte aux proportions plus vastes. « Jusqu'à présent, note Schmitt, tout demeure sur les rails du système de justification antérieur, tout fonctionne suivant les vieilles formules » : les partis en lutte tiennent à conserver intacte la façade du système de la légalité, même si leur pratique en sape continuellement les bases. Vermoulu, le système de la légalité leur permet encore « d'apparaître ici comme "État", là comme "simple parti" [...] de jouir d'une influence considérable sur la formation de la volonté étatique sans courir le risque du politique ». <sup>55</sup> Quant à la seconde section de la constitution, la section dite "substantielle", elle demeure muette en ce qui concerne l'ordre et le fonctionnement des pouvoirs chargés de la mettre en œuvre. Elle a beau être dépositaire d'une légitimité supérieure, elle demeure disponible à qui pourra s'en faire le protecteur – tribunal, président, bureaucratie. C'est pourquoi Schmitt lui attribue un potentiel déstructurant face à la légalité parlementaire mais, à ce qu'il semble, aucune vertu organisa-

---

52 Ibid.

53 Selon Ellen Kennedy, l'expérience constitutionnelle de Weimar est marquée d'un triple échec : d'abord échec du constitutionnalisme comme théorie libérale du politique, ensuite échec de l'ordre constitutionnel et de l'organisation des pouvoirs, enfin échec de la légalité constitutionnelle, c'est-à-dire de « la constitution comme référent des discours juridiques et politiques, et comme cadre de l'action politique » (cf. Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, op. cit., p. 155).

54 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 336.

55 Ibid., p. 338.

trice. La question qui demeure ouverte, c'est donc celle de l'identité de ce protecteur.

Pour répondre à cette question, Carl Schmitt nous invite à revenir, encore une fois, sur la première section de la constitution de 1919. Ce qui semblait à prime abord un mécanisme harmonieux, tout entier ordonné par la légalité parlementaire et le principe de la chance égale, s'avère en réalité traversé par deux zones de tension majeures. D'abord, par certaines dispositions des articles 73, 74 et 76 WRV, la constitution de 1919 introduit un autre législateur – législateur *ratione suprematis* – le peuple s'exprimant directement à l'occasion d'un référendum, sans l'intermédiaire de la représentation parlementaire. En dépit de l'expérience peu concluante de la république de Weimar en matière de référendums, Carl Schmitt veut voir dans ces dispositions la reconnaissance d'une autre source de légitimité, la légitimité plébiscitaire, « seul type de justification de l'État que l'on peut généralement reconnaître aujourd'hui comme valide ». <sup>56</sup> Ensuite, l'article 48 WRV définissant les pouvoirs d'exception du président a ouvert la porte à une pratique de législation déléguée et extraparlamentaire, une pratique intensive, approuvée par les tribunaux et la doctrine bien que non prévue dans le texte de 1919, et qui doit trouver son principe ordonnateur et sa "justification" ailleurs que dans le système de la légalité. C'est le troisième législateur extraordinaire, législateur *ratione necessitatis*, celui dont l'effet est le plus immédiat et le plus dévastateur. Certes, le pouvoir de dictature du président aux termes de l'article 48 est un thème récurrent – pour ne pas dire une obsession – chez Schmitt depuis le début des années 1920. Toutefois, alors que Schmitt s'efforçait jusqu'alors de penser ce pouvoir comme *impliqué* par le système de la légalité parlementaire, il s'agit maintenant de faire ressortir *leur incompatibilité mutuelle*. À terme, Schmitt prédit la substitution de la loi ordinaire par la mesure (*Maßnahme*). Ainsi, si la seconde section de la constitution de Weimar abrite un "droit" supralégal, hors de portée du législateur ordinaire, la première

---

56 Ibid., p. 340.

section renferme quant à elle une instance plébiscitaire *et* un pouvoir de dérogation illimité, tous deux affranchis de l'orbite de la légalité parlementaire. Les pièces du puzzle sont réunies, il ne reste plus qu'à les combiner pour voir apparaître une nouvelle constitution allemande, une nouvelle organisation des pouvoirs centrée autour d'un exécutif *überparteilich*, conjuguant la figure paternelle du président du *Reich*<sup>57</sup> avec la célérité des décisions gouvernementales et la *Sachlichkeit* de quelques secrétaires d'État.

La coexistence d'un principe représentatif classique et d'une composante plébiscitaire à l'intérieur de l'édifice constitutionnel de 1919 est un fait relevé par la plupart des historiens. Elle confère à la république de Weimar son aspect hybride, qui heurte la stricte orthodoxie constitutionnelle. Elle découle de la volonté des constituants allemands d'éviter l'instabilité propre au régime d'assemblée de type Troisième république. C'était bien sûr la position partagée, au sein du Comité de constitution,

---

57 Dans son étude sur la culture de Weimar Peter Gay analyse la manière dont le conflit père-fils est parvenu « à symboliser la situation politique » (*Le Suicide d'une république. Weimar 1918-1933*, trad. J.-F. Sené, Paris, Calmann-Lévy 1993, p. 147) et attire l'attention sur le phénomène de la « revanche du père ». Brisée par la révolte des fils entre 1918-1923, l'autorité paternelle devient en effet, une fois restaurée par la force, le gage de la paix et de la concorde familiale. Le récit du châtement du jeune Frédéric II, tel que mis en scène dans la pièce à succès de Goltz *Vater und Sohne* (1925), de même que le dénouement du célèbre *Metropolis* de Fritz Lang (1927) cristallisent cette représentation d'un père à nouveau triomphant mais magnanime. Sur le plan politique, notons que l'année 1925 est marquée par l'élection du maréchal à la retraite et octogénaire Paul von Hindenburg à la présidence de la république, au terme d'une campagne qui exaltait simultanément l'autorité de la période impériale et le dépassement des antagonismes partisans (« *Wählt einen Mann, nicht eine Partei!* »). S'interrogeant sur le contraste entre les capacités médiocres du vieil homme et les espoirs démesurés qu'il éveille, Ernst Fraenkel concluait : « Le peuple allemand souffre d'un complexe du grand-père » (cf. « *Hindenburg als Mythos* » [1927], in : *Gesammelte Schriften. Band I. Recht und Politik in der Weimarer Republik*, éd. H. Buchstein, Baden-Baden, Nomos 1999, p. 265).

par Hugo Preuss et, comme l'on sait, par Max Weber<sup>58</sup> ; mais on peut sans doute y voir la conséquence d'un climat d'esprit plus général – que reflète l'ouvrage influent de Robert Redslob *Die parlamentarische Regierung*, paru en 1918<sup>59</sup> – un climat de méfiance envers l'omnipotence du Parlement, doublé d'une volonté de réaliser « une conception allemande de la démocratie ». <sup>60</sup> Envisagée sous cet angle, c'est au président du *Reich*, directement élu au suffrage universel, que s'attache la composante plébiscitaire : « Ici apparaît la signification profonde du président du *Reich*. Il représente la nation au même titre que le Reichstag, et en même temps il la représente autrement car il la représente dans son unité. » <sup>61</sup> Or si Schmitt choisit de voir ici non simplement un contrepois politique, mais bien un *législa-*

---

58 Max Weber fait paraître dans la *Berliner Börsezeitung* le 25 février 1919 un article où il appelle à une élection du *Reichspräsident* au suffrage universel. Rappelons en effet que Friedrich Ebert fut élu président par l'Assemblée nationale, le 11 février 1919. C'est un texte très court, qui rappelle de façon incisive la position de Weber quant au rôle central qu'il réservait à un président dans une démocratie de masse. Weber termine son plaidoyer par ces mots : « Un président élu par le peuple, en tant que chef de l'exécutif, chef de l'attribution des postes au sein de l'administration et (éventuellement) dépositaire d'un veto suspensif, du droit de dissoudre le parlement et d'en appeler au peuple, est le protecteur de l'authentique démocratie, celle qui ne se résume pas à l'abandon impuissant à une clique, mais à la soumission à des chefs politiques que l'on a choisis soi-même » (Weber, "Der Reichspräsident" [1919], in : *Gesammelte Politische Schriften*, éd. Marianne Weber, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1921, p. 501 [*Œuvres politiques*, trad. E. Kaufmann, Paris, Albin Michel 2004, p. 506 sq.]).

59 Pasquale Pasquino attire l'attention sur cette filiation dans sa préface à PD, p. 7. Il reproduit aussi une intervention, judicieusement dénichée, du député Ablass prononcée lors des débats de l'Assemblée nationale au début de l'année 1919 : « Ces deux instances, le parlement aussi bien que le président, ont leur origine dans la même source, à savoir la volonté du peuple. Nous avons dès lors la garantie que si la volonté d'un de ces deux organes suprêmes s'égaré dans une direction quelconque, l'autre pourra la corriger. *Nous arrivons ainsi à posséder, en la personne du président, un contrepois à l'omnipotence du Reichstag* » (PD, p. 8, je souligne).

60 René Capitant, "Le rôle politique du président du *Reich*" (1932), repris en annexe aux *Écrits constitutionnels*, Paris, C.N.R.S. 1982, p. 437.

61 Ibid.

teur concurrent et même “suprême”, c’est parce qu’en plus de l’élection du président au suffrage universel, la constitution de 1919 établit, aux articles 73, 74(3) et 76(2), des éléments de législation populaire, dont le sens exact et la portée demeurent, il est vrai, incertains.

On doit distinguer deux procédures de législation populaire présentes dans la constitution de Weimar, le référendum (*Volksentscheidung*) et l’initiative populaire (*Volksbegehren*). Selon la première, le vote populaire intervient pour trancher un conflit entre les organes de l’État ; il peut être suscité par le président pour contrer une loi du Reichstag (article 73,1) ou pour dénouer une impasse entre le Reichsrat et le Reichstag (article 74,3) ; par une fraction du Reichstag pour forcer l’adoption d’un projet de loi (article 73,2) ; par le Reichsrat, enfin, pour s’opposer à un amendement constitutionnel voté par le Reichstag. La position du peuple se réduit alors à celle d’un arbitre, auquel on fait appel à l’occasion du processus législatif ordinaire. Tous les articles compris en 68 et 77 concernent la confection des lois, ils forment la pièce maîtresse de l’État législatif-parlementaire. Dans le cas de l’initiative populaire, l’article 73(3) énonce qu’un projet de loi peut être soumis au Reichstag sur demande d’un tiers du corps électoral et que, dans l’éventualité d’un vote négatif, le projet doit faire l’objet d’un vote populaire. Ainsi, alors que le référendum met en scène le peuple comme « la dernière instance qui décide en cas d’un conflit à l’issue de la procédure législative parlementaire »<sup>62</sup>, l’initiative populaire introduit dans l’ordre constitutionnel « une procédure législative populaire autonome [relevant] de la démocratie directe », qui se déploie « de façon parallèle et concurrente » vis-à-vis « la procédure législative parlementaire ordinaire ».<sup>63</sup> Dans cette dernière situation, la décision populaire ne se coule plus dans le moule de la loi ordinaire, mais se révèle au contraire comme une puissance indépendante, qui pourra même se substituer à la

---

62 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 312, je souligne.

63 Ibid., p. 313.

loi. Le monopole de la légalité parlementaire se trouve ainsi expressément entamé.

Nulle surprise, dès lors, que le positivisme tende d'abord à minimiser l'hétérogénéité entre les deux formes de plébiscites, puis à réduire le plébiscite lui-même à une simple annexe de la procédure parlementaire. On insiste alors, comme le fait Kirchheimer dans son essai critique de 1933, sur la racine commune de ces deux formes de législation comme expression de la souveraineté populaire.<sup>64</sup> Mais la question conserve, pour Schmitt, tout son tranchant : sur quelle base faut-il envisager leur coexistence au sein d'un même ordre constitutionnel ? Dans *Legalität und Legitimität*, Carl Schmitt rappelle à ce sujet l'interprétation proposée quelques années plus tôt par son collègue Erwin Jacobi, une position qu'il présente d'emblée comme le développement conséquent du "principe de l'État démocratique" : l'expression directe de la volonté populaire est supérieure à toutes les autres formes de décisions étatiques, y compris les lois parlementaires, avec cette conséquence qu'« une loi provenant d'une décision référendaire ne peut pas être abrogée ou amendée au moyen d'une loi votée par le Reichstag ».<sup>65</sup> L'identité d'origine entre la légalité parlementaire et la décision plébiscitaire aboutit ainsi à subordonner la première à la seconde, au motif que cette dernière se trouve « dans une plus grande proximité du souverain ».<sup>66</sup>

Toute conséquente qu'elle soit, cette conclusion n'emporte pas l'adhésion de Schmitt. Il faut rappeler que, en dépit de l'étroite association qu'il dessine entre l'homogénéité démocratique et l'*acclamatio* plébiscitaire, le constitutionnaliste Carl Schmitt s'est toujours méfié des mécanismes de législation po-

---

64 Kirchheimer, "Bemerkungen zu Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*" (1933), in : VWRf, p. 148. « Il s'agit ici de différentes formes organisationnelles du même type de légitimité. [...] Il n'existe aucune différence structurelle entre le peuple s'exprimant dans le cadre de la constitution et le parlement : les deux sont des "pouvoirs constitués" » (les italiques indiquent le français dans le texte original).

65 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 313.

66 Erwin Jacobi, cité in : *ibid.*

pulaire. Ainsi, en 1927, à l'occasion d'une brochure tombée aujourd'hui dans l'oubli, il prenait position contre l'idée que des matières financières – le budget, au premier chef – puissent faire l'objet d'un vote populaire : le budget repose en effet sur une planification rigoureuse, un exercice sur lequel l'intervention directe et intempestive de la volonté populaire aurait un effet perturbateur.<sup>67</sup> L'hommage rendu en 1932 aux procédures de législation populaire demande donc à être qualifié : il relève davantage du désir d'user de toutes les armes disponibles contre le système de la légalité parlementaire, que d'une adhésion sincère à l'idéal de la démocratie directe. C'est en soulignant que les constituants de 1919 « n'ont sans doute pas voulu expressément remplacer l'État parlementaire et son système de la légalité par le système plébiscitaire de la démocratie directe » que Schmitt exprime ses réserves face à la position de Jacobi. La constitution de Weimar est pleine de demi-mesures, de stades intermédiaires, de clairs-obscurs, et ne semble contenir aucune véritable résolution : côte à côte, elle dispose deux « systèmes de justification » – celui de la légalité parlementaire et celui de la légitimité plébiscitaire démocratique<sup>68</sup> – sans rien offrir qui puisse les médiatiser. C'est sur ce point que Schmitt se fait fort d'insister : « En regard [de son] caractère incomplet et non systématique [...], il est impossible de discerner au moyen d'une argumentation juridique rationnelle, lequel des deux systèmes a préséance sur l'autre. »<sup>69</sup>

Le conflit entre légalité et légitimité ne se déchaîne donc pas uniquement à la périphérie de l'État législatif-parlementaire ; Schmitt le voit surgir du sein même du « système de la légalité », c'est-à-dire à l'intérieur de la section « organisationnelle » et des dispositions relatives à la compétence législative (articles 68 à 77). La force d'impact de la légitimité plébiscitaire tient ainsi, pour une large part, à sa nature équivoque : elle réussit à

---

67 Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von unmittelbaren Demokratie*, Berlin, Walter de Gruyter 1927, p. 22.

68 « Legalität und Legitimität » (1932), in : VA, p. 319.

69 Ibid., p. 318.

prendre appui sur les formes classiques de la représentation parlementaire, dont elle accentue certains traits “démocratiques” (l’élection, la mise en scène de la volonté générale, le face-à-face du peuple et du pouvoir) mais qu’elle se garde d’attaquer frontalement. C’est la raison pour laquelle Schmitt ne peut adhérer à la position radicale de Jacobi : la légitimité plébiscitaire ne met pas véritablement en échec la représentation parlementaire, elle en change seulement la nature ou, précise Schmitt, la “qualité”. Le Parlement « se transforme en une simple *courroie de transmission* [*Zwischenschaltung*] du système plébiscitaire, mais la procédure législative établie par la constitution, et le système de la légalité qui s’y appuie, demeurent inchangés ». <sup>70</sup> D’une part, parce que l’on peut encore, de façon plausible, ramener les votations populaires à l’intérieur de la procédure législative “classique” (au sens de l’article 68 alinéa 2). Selon les termes des articles 73(1), 73(2), 74(3) et 76(2), il est encore possible d’assimiler la décision référendaire à une loi comme les autres. D’autre part, parce qu’avec le déclin des délibérations parlementaires, l’organisation des partis de masses et l’effacement du député derrière la discipline partisane, la légitimité plébiscitaire prend de facto le relais du “rationalisme relatif” propre à l’âge d’or du parlementarisme. <sup>71</sup> Le témoin le plus éloquent d’une telle conversion réside dans le changement opéré quant à la signification du mandat et de l’élection en général, qui n’est plus une méthode de sélection des « capables », comme elle l’était chez Sieyès et Guizot, mais une simple « procédure plébiscitaire ». <sup>72</sup> La vieille institution se

---

70 Ibid., p. 315.

71 Que l’institution parlementaire ait depuis longtemps troqué la “foi dans la discussion” au profit de la légitimité plébiscitaire, c’était un point que soulevait Richard Thoma, dans sa critique de *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (en 1925), contre l’affirmation schmittienne de la désuétude du parlement. Supra, p. 173 sq. De façon générale, cette conversion plébiscitaire des institutions parlementaires est décrite par Bernard Manin, dans ses *Principes du gouvernement représentatif* (op. cit., p. 264 sq.), sous la forme d’un passage du parlementarisme à la démocratie des partis.

72 “Legalität und Legitimität” (1932), in : VA, p. 339.

trouve donc préservée et comme recyclée, mais le système de la légalité parlementaire, plutôt que d'y trouver une nouvelle vigueur, s'érode davantage puisqu'il doit désormais composer avec un adversaire qui lui est à la fois extérieur et intérieur.

Il y a donc, résume Schmitt, deux types différents de "logique" (*Folgerichtigkeit*) à l'œuvre : d'abord, une légitimité plébiscitaire "pure", s'exprimant sous la forme de l'initiative populaire et de l'élection du président du *Reich* au suffrage universel direct ; ensuite, une légalité parlementaire déjà entachée d'éléments plébiscitaires. « Sur la base de considérations démocratiques, la constitution de Weimar a fait du peuple [...] un législateur extraordinaire, à côté du Parlement (le législateur ordinaire), et a ajouté une dose de légitimité plébiscitaire au système de l'État législatif, ordonné entièrement à la légalité. »<sup>73</sup>

Le grand bénéficiaire de cette "cohabitation non systématique" (*unsystematischen Nebeneinander*) de la légalité parlementaire et de la légitimité plébiscitaire, c'est l'exécutif, et tout particulièrement le président du *Reich*. Carl Schmitt va insister sur ce point en conclusion de son essai de 1932. La légitimité plébiscitaire a beau avoir pour elle la force de l'évidence et de l'univocité – force que la légalité parlementaire a perdu à mesure que progressait sa formalisation – elle demeure néanmoins toujours dans la dépendance d'une "question posée" (*Fragestellung*) et d'une instance à même de poser ladite question. « La légitimité plébiscitaire nécessite un gouvernement ou n'importe qu'elle autre instance autoritaire, dont on peut croire qu'elle posera correctement la bonne question et qu'elle n'abusera pas de cet important pouvoir de soumettre des questions [au peuple]. »<sup>74</sup> Contrairement à la légalité parlementaire, la légitimité plébiscitaire ne se donne donc pas d'emblée comme un système clos et autoréférentiel. Elle nécessite un apport extérieur, une charge initiale qu'elle a pour fonction

---

73 Ibid., p. 318.

74 Ibid., p. 341.

d'accroître et d'amplifier. Cette autorité, ce pouvoir de poser la bonne question au peuple, ajoute aussitôt Carl Schmitt,

« peut provenir de diverses sources : des suites d'un grand succès politique ; des résidus d'autorité encore présents, hérités d'un âge prédémocratique ; ou du respect dont jouit une élite paradémocratique. [...] Le manteau de la légitimité plébiscitaire est ample, pourvu de multiples poches, et peut recouvrir beaucoup de choses. »<sup>75</sup>

Voilà qui représente à la fois la force et la faiblesse de la légitimité plébiscitaire : le face-à-face du peuple et du chef est une épreuve incertaine, dont la maîtrise suppose une position de pouvoir conquise préalablement et par d'autres moyens. Aussi est-ce avec justesse qu'Olivier Beaud rappelle le refus opposé par Schmitt au modèle du césarisme ou de la « démocratie plébiscitaire »<sup>76</sup>, auquel pourtant il est coutume de l'associer. S'il est indéniable que Schmitt avance bel et bien une compréhension plébiscitaire ou "acclamatoire" de la démocratie, il faut cependant noter qu'elle ne représente pas, prise en elle-même, un remède à la crise du régime de Weimar. Ou plus exactement : la thérapeutique schmittienne *suppose* la légitimité plébiscitaire comme son point de départ, mais ne s'y réduit pas.

### L'état d'exception permanent

La supériorité de facto de l'exécutif présidentiel – ce qui lui permet de cueillir les fruits de la légitimité plébiscitaire – tient au rapport intime qu'il entretient avec l'État administratif, dont on sait déjà à quel point l'avènement irrésistible constitue, aux yeux de Schmitt, le trait dominant de l'époque contemporaine. Plus exactement, grâce à l'article 48(2) WRV portant sur les pouvoirs d'exception<sup>77</sup>, le cabinet fédéral et le président ont

---

75 Ibid.

76 Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, op. cit., p. 80 sq.

77 L'article 48 comprend cinq alinéas. Le premier concerne les pouvoirs d'« exécution fédérative », il établit la possibilité pour le gouvernement fédéral de forcer un *Land* récalcitrant « à remplir ses obligations constitutionnelles avec l'aide de la force armée ». Le second, qui est historique-

développé une pratique législative parallèle, fondée sur une extension considérable du concept d'ordonnance, permettant de contourner un législateur parlementaire que le jeu des coalitions d'abord, puis le résultat des élections du 14 septembre 1930<sup>78</sup>, a rendu dysfonctionnel. Il est dès lors courant, dans la doctrine publiciste, de parler d'un pouvoir d'"ordonnance législative" (*gesetzvertretende Verordnung* – une ordonnance se substituant à la loi) pour désigner cet instrument juridique hybride, à mi-chemin entre la loi et la mesure, et pour décrire le brouillage entre ce qui relève de l'élaboration des lois et ce qui relève de leur mise en œuvre. Les mesures décrétées sur la base des pou-

---

ment le plus important, autorise le président à « mettre en œuvre les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre et de la sûreté publique » et à suspendre la liberté personnelle (article 114), l'inviolabilité du domicile et du secret postal (articles 115 et 117), la liberté d'expression (article 118), le droit de réunion et d'association (articles 123 et 124), la garantie de la propriété privée (article 153). En l'absence d'une procédure de législation simplifiée – la seule possibilité étant le détour par une loi d'habilitation, procédé peu commode car équivalant à un amendement constitutionnel – c'est cette compétence, conçue à l'origine pour répondre à des situations d'urgence militaire et de troubles civils, qui va servir de voie de contournement d'un parlement dont le tempo est jugé trop lent. L'alinéa 3 établit cependant un élément de contrôle parlementaire : le président doit retirer ces mesures à la demande du Reichstag. L'alinéa 4 confère aux gouvernements des *Länder* les mêmes pouvoirs que ceux accordés au gouvernement du *Reich* par l'alinéa 2. Enfin, l'alinéa 5 stipule qu'« une loi du *Reich* déterminera les détails », une loi qui, en quatorze ans, ne verra jamais le jour. Pour une étude détaillée de l'article 48 et de son destin historique, on pourra consulter deux monographies classiques, reposant plus ou moins explicitement sur l'interprétation proposée par Carl Schmitt en 1924 : Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship* (op. cit., pp. 31-73) et Frederick Watkins, *The Failure of Constitutional Emergency Power under the German Republic* (Cambridge, Harvard University Press 1940).

78 Supra, p. 187. Dans un article publié alors qu'il vivait à Londres, Kirchheimer écrit dans un style qui rappelle Tocqueville : « *After the elections of 1930, the only possible form of government was the bureaucratic system of Bruening, keeping up such an amount of political liberty as there is in every community which is looking for its master, who is yet to come* » (Kirchheimer, "The Growth and the Decay of the Weimar Constitution", in : *The Contemporary Review*, vol. 144, n° 815, nov. 1933, p. 565).

voirs d'exception de l'article 48(2) se voient accordées les privilèges dont jouissent les lois parlementaires : la primauté de la loi (*Vorrang*) par rapport à toutes les autres normes, et la réserve de la loi (*Vorbehalt*) – c'est-à-dire le pouvoir exclusif d'empiéter sur les droits fondamentaux garantis par la constitution.

À l'inverse des procédures de législation populaire et des plébiscites, nous avons affaire ici – Schmitt le souligne – à une pratique législative qui non seulement n'est pas prévue par la lettre de la constitution de 1919<sup>79</sup>, mais qui paraît aussi contraire à son esprit. En 1924 déjà, Schmitt avait développé, à l'occasion du premier symposium de l'Association allemande des professeurs de droit public, une interprétation de l'article 48 comme pouvoir de dictature.<sup>80</sup> Schmitt dégageait alors trois limites inhérentes au pouvoir dictatorial.

- En premier lieu, si le dictateur peut déroger à n'importe quelle disposition constitutionnelle, il le fait de façon incidente et ponctuelle ; il ne s'agit donc pas de la suspension générale d'un ensemble déterminé de droits. Une telle suspension *s'ajoute*, le cas échéant (et c'est le cas de l'article 48(2) WRV qui autorise expressément la suspension des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153), au pouvoir dictatorial comme tel.

- Deuxièmement, l'existence d'un noyau organisationnel intangible qui doit être respecté si l'on veut éviter qu'une dictature devienne souveraine et annule en toute légalité l'ordre constitutionnel qu'elle est censée protéger. Il existe, écrit à ce propos Schmitt, « un minimum organique supposé par l'article 48 lui-même dans sa réglementation de l'état d'exception, minimum qui ne doit ni connaître d'entrave à son [fonctionnement] ni être supprimé, fût-ce au moyen de mesures factuelles ». <sup>81</sup> Ce noyau comprend le président, le gouverne-

---

79 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 319.

80 D, pp. 207-259.

81 D, p. 241.

ment fédéral et le Reichstag – les trois organes qui sont mentionnés dans l'énoncé même de l'article 48. Cette seconde limite découle du sens même de la commission, dont Carl Schmitt a fait la pierre d'assise de son concept de dictature.<sup>82</sup>

- Enfin, l'action du dictateur se déploie dans le domaine de la mesure, et non dans celui de la loi proprement dite. Schmitt réfère encore une fois au concept matériel de loi, typique de la doctrine constitutionnelle du XIX<sup>e</sup> siècle, pour établir un strict parallélisme entre le corpus législatif "normal" et le champ "a-juridique" d'intervention du dictateur. L'article 48 contenant une autorisation indéfinie à prendre des *mesures*, Schmitt insiste sur son caractère essentiellement non législatif :

« Le président du *Reich*, lit-on, n'est pas un législateur. [...] Il ne peut pas commettre d'actes qui [...] soient revêtus d'une forme juridique au point de cesser d'être exclusivement déterminés par les circonstances concrètes, donc de cesser d'être des mesures. Il ne peut pas non plus, en invoquant l'article 48, déclarer la guerre conformément à l'article 45 de la Constitution du *Reich*, ni établir le budget en vertu de l'article 85. »<sup>83</sup>

L'usage très large fait par le cabinet Brüning des pouvoirs présidentiels d'exception – usage approuvé par la jurisprudence du *Staatsgerichtshof* et par la doctrine constitutionnelle dominante (celle d'Anschütz et de Thoma), en plus d'être "toléré" par le Reichstag – outrepassé visiblement ces limitations exposées six ans plus tôt par Carl Schmitt. « C'est un fait aujourd'hui unanimement reconnu que les pouvoirs extraordinaires conférés au président du *Reich* par la constitution à l'article 48 contiennent aussi un droit d'émettre des ordonnances qui se substituent aux lois du *Reich*. »<sup>84</sup> La porosité de

---

82 Cf. A. Simard, "De la dictature légitime à la légitimité de la dictature", in : G. Roher (dir.), *La Légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, op. cit.; ainsi que John McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship. Toward a Theory of Constitutional Emergency Powers", in : *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n° 1, 1997, pp. 163-187.

83 D, p. 248.

84 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 319. Dans *Legalität und Legitimität* (VA, p. 327 sq.), Schmitt défend encore la justesse de son

catégories jadis hermétiques indique bien, aux yeux de Schmitt, la perte d'évidence qui affecte le système de la légalité parlementaire. Non seulement cette hybridation de la mesure et de la loi n'est pas contestée, mais on va jusqu'à refuser toute pertinence à leur distinction. Du coup, c'est la différence entre l'exercice de la dictature et celui de la législation, entre les circonstances exceptionnelles et l'ordre normal, qui devient inintelligible.

Carl Schmitt impute le brouillage et l'opacité conceptuelle non à une pratique gouvernementale dérégulée, mais à une doctrine constitutionnelle trop formaliste, et plus généralement à la science du droit : c'est elle qui a d'abord laissé se perdre le sens originel, c'est-à-dire matériel, de la notion de loi. « La cause de cette confusion dans les affaires constitutionnelles et dans le droit public réside dans la dégénérescence du concept de loi [*Entartung des Gesetzesbegriffs*]. »<sup>85</sup> Le désir de rendre conforme à la loi une pratique des pouvoirs d'exception répon-

---

interprétation de 1924 des pouvoirs dictatoriaux de l'article 48 et de leurs limites. À ses yeux, cette interprétation était exacte au moment où elle a été formulée, et si on doit aujourd'hui la laisser de côté, c'est parce que les pouvoirs d'exception ont entre-temps changé de nature et que, de précédent en précédent, une nouvelle définition est venue s'imposer. À l'occasion d'une conférence donnée à l'hiver 1931, dans laquelle il cherche à justifier l'usage de l'article 48 par le gouvernement Brüning, Carl Schmitt se fait explicite : « La doctrine constitutionnelle a contribué à produire ce résultat, dans la mesure où elle a mis sur un pied d'égalité le président et le législateur ordinaire. Lors du congrès des professeurs de droit public de 1924, j'ai tenté de montrer, avec Erwin Jacobi, que cette mise à égalité était théoriquement erronée, car seul le pouvoir d'ordonner des *mesures* est conféré au président. Je tiens encore aujourd'hui pour une erreur théorique de ne pas distinguer entre mesure et loi. Mais voilà, comme il arrive très souvent dans la vie juridique, et particulièrement dans la vie constitutionnelle, une erreur théorique devient le fondement d'un nouveau droit ou, en tout cas, d'une pratique juridique qui comble ce qu'il y avait de provisoire [dans l'article 48] ». Le paragraphe 5 de l'article prévoyait en effet, dès 1919, qu'une loi du *Reich* allait définir les modalités d'emploi des pouvoirs présidentiels d'exception, une loi qui n'a jamais été adoptée. Cf. "Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung" (1931), in : VA, p. 242.

85 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 331.

dant aux nécessités objectives du moment, a conduit à élever les pouvoirs d'exception eux-mêmes au rang de législateur. Effet paradoxal du légalisme et du positivisme weimarien, le caractère de la loi est attribué indifféremment à toute ordonnance décrétée sur la base de l'article 48(2), dans le but de "normaliser" la pratique des pouvoirs d'exception. Voilà ce qui autorise Schmitt, après avoir farouchement défendu dès 1924 l'idée d'une distinction tranchée entre le pouvoir législatif et celui d'ordonner des mesures, à identifier dans l'article 48 un troisième législateur extraordinaire, le législateur *ratione necessitatis*. « En raison de son double-fondement remarquable »<sup>86</sup>, ce nouveau législateur aura la possibilité d'intervenir au moyen soit d'une ordonnance dotée des mêmes privilèges que ceux dont jouit une loi parlementaire, soit de mesures exceptionnelles, discrétionnaires mais temporaires.

Peut-on vraiment dire qu'il s'agit là d'un législateur concurrent, autonome ? L'utilisation de l'article 48 n'est-il pas soumis au pouvoir de contrôle du Reichstag ? Ne doit-il pas faire l'objet d'une "tolérance" au moins implicite de la part du législateur ordinaire ? Il est vrai qu'aux termes de l'article 48(3), le Parlement a le pouvoir de demander le retrait des mesures et – on le suppose – des ordonnances législatives édictées par le président. Mais ce contrôle n'est efficace qu'en apparence, et il devient complètement inutile advenant des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire lorsque l'article 48 entre réellement en action. « Puisque le Reichstag peut exiger l'abrogation de chaque mesure, la supériorité du législateur extraordinaire ne peut pas s'exposer à découvert »<sup>87</sup> concède Schmitt. Mais elle n'en est pas moins réelle. Elle provient essentiellement de deux facteurs. D'une part, si le législateur *ratione necessitatis* n'est pas le maître suprême du "pouvoir légal" au sens étroitement normatif, c'est bel et bien lui qui dispose de la "prime supralégale", cette fameuse "plus-value politique" liée à la possession de l'appareil d'État. Le président et son cabinet décident eux-

---

86 Ibid., p. 325.

87 Ibid., p. 321.

mêmes des conditions de mise en œuvre de leur propre pouvoir : c'est à eux qu'il revient de décider si ces conditions sont réunies *hic et nunc*. C'est à eux qu'il revient d'apprécier les "mesures nécessaires" pour un retour à la normalité constitutionnelle. Ce sont eux, en somme, qui possèdent le pouvoir d'"interprétation concrète" des concepts et des normes juridiques. À quoi s'ajoute le fait que l'article 48 assure aussi à qui le manie l'avantage de l'exécution immédiate et le pouvoir du fait accompli. Lorsqu'il choisit de le faire, le Reichstag interviendra toujours trop tard – sans compter que la plupart des décisions prises en état d'exception s'avèrent, par nature, irréversibles. « En particulier, Schmitt sent-il le besoin de préciser, les mesures particulièrement énergiques, tels l'assaut armé ou l'exécution d'une personne, ne peuvent guère être "invalidées". »

D'autre part, outre cette mainmise sur la "prime supralégale", le législateur extraordinaire de l'article 48 jouit d'un autre avantage : il ne connaît plus la « séparation organisationnelle entre la loi et l'application de la loi », une séparation qui, à l'inverse, est impliquée dans la définition même de l'État législatif-parlementaire.<sup>88</sup> Pour le législateur parlementaire, cette disjonction loi / application est essentielle puisque c'est d'elle que découle l'élément de prévisibilité, d'impersonnalité, de « régularité » (*Gesetzmäßigkeit*) assurant le fonctionnement de sa « direction administrative »<sup>89</sup> et, par contrecoup, l'ensemble des « protections institutionnelles propres à l'État de droit ».<sup>90</sup> La loi doit posséder un contenu normatif, abstrait et général, formulé de façon prospective. Si on accepte l'idée que l'article 48(2) confère au président, en plus du pouvoir (dérogatoire, factuel et concret) de dictature, la compétence de décréter des ordonnances législatives, ce qui disparaît, ce n'est pas seulement la division législatif / exécutif, mais aussi *le clivage entre*

---

88 Ibid., p. 264.

89 Il s'agit, rappelle Schmitt au début de *Legalität und Legitimität* (VA, p. 364), du « *unmittelbar notwendig konstruktive Grundprinzip des Gesetzgebungsstaates* ».

90 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 323.

*le droit comme tel et la réalisation du droit.* Le législateur extraordinaire de l'article 48(2) conjugue « les deux dans une seule et même personne ; lorsqu'il en décide ainsi, un acte qui ne relèverait autrement que de l'application du droit acquiert aussitôt un caractère "législatif" ». <sup>91</sup> C'est un législateur qui intervient des deux côtés en même temps et qui, pour cette raison, ne peut jamais être pris en défaut. Il pourra par exemple émettre « un ordre qui constituerait "en soi" une mesure de police », mais de telle sorte qu'il paraîtra découler directement d'une loi ordinaire, échappant ainsi au contrôle des tribunaux administratifs. <sup>92</sup>

C'est là que réside, aux yeux de Schmitt, le nœud du problème pour le système de la légalité : le législateur extraordinaire *ratione necessitatis* réalise ce qui, dans la monographie de 1921 sur la dictature, faisait figure de suprême sacrilège – la rétroaction des impératifs techniques (c'est-à-dire non juridique) de réalisation du droit, qui s'imposent au seul dictateur, sur le contenu des normes à réaliser (c'est-à-dire sur les lois proprement dites). Le législateur exceptionnel dispose du moyen de transfigurer la moindre décision *ad hoc*, la moindre dérogation temporaire, la moindre intervention arbitraire en conséquence logique et inattaquable d'une loi taillée sur mesure pour l'occasion. La dignité de la loi ne sert alors plus qu'à couvrir un ensemble chatoyant de mesures et de règlements de toute nature, à les parer à l'avance contre toute contestation possible.

« En d'autres mots, résume Schmitt, le législateur extraordinaire unit en lui-même la législation et l'application de la loi, et il peut se charger lui-même de l'exécution des normes qu'il a édictées, ce que le législateur ordinaire de l'État législatif-parlementaire ne peut pas faire, dans la mesure où il respecte encore la division des pouvoirs essentielle à l'État législatif et la séparation entre la loi et son application. » <sup>93</sup>

C'est donc moins une interprétation sophistiquée du texte de la constitution de Weimar qui permet au constitutionnaliste de

---

91 Ibid.

92 Ibid.

93 Ibid.

cerner les contours de ce troisième législateur extraordinaire, qu'une pratique à laquelle les tribunaux et les juristes de l'époque – Schmitt compris – ont accordé un brevet de constitutionnalité. Entre l'interprétation des « pouvoirs de dictature du président du *Reich* » que Schmitt exposait avec beaucoup de science en 1924 et la doctrine qui prête au président et à son chancelier un pouvoir étendu de législation par décret, le volte-face semble complet.<sup>94</sup> Schmitt justifie ce renversement de position par la règle du précédent ; non seulement aucune des « ordonnances législatives » n'a fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité par un tribunal compétent, mais aucune non plus ne s'est vue abrogée par le Reichstag pour des raisons de forme. Pire, c'est à la défaillance du Reichstag qu'il faut, suivant Schmitt, imputer l'importance prise par les précédents dans la définition du pouvoir présidentiel d'ordonnance.<sup>95</sup> En l'absence d'une loi d'exécution – telle qu'elle était prévue au paragraphe 5 de l'article 48 et qui aurait fixé les conditions d'application des pouvoirs d'exception – les précédents ont acquis un pouvoir démesuré. Ils ont travaillé sans cesse à élargir le champ d'action de ce nouveau législateur.

De la part d'un juriste qui se réclame du décisionnisme le plus radical, cette évocation du précédent pourra sembler pétri d'opportunisme.<sup>96</sup> Mais là où l'argument de Schmitt prend un tour plutôt audacieux, c'est lorsqu'il reconnaît au législateur extraordinaire de l'article 48 le pouvoir de déroger à la consti-

---

94 Rappelons le commentaire du secrétaire d'État Herbert Dorn dans sa lettre à Brüning du 30 juillet 1930, lorsqu'il se réjouissait de voir Schmitt justifier l'utilisation de l'article 48 en matière de législation économique et de finance, alors qu'il était jusqu'à présent « l'un des seuls juristes à refuser par principe de reconnaître le droit d'émettre des décrets sur la base de l'article 48 » (cf. supra, p. 188, n. 12).

95 Schmitt, "Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung" (1931), in : VA, p. 237.

96 Dans une conférence prononcée en novembre devant les représentants de l'industrie chimique, Carl Schmitt parle de cette nouvelle pratique de l'article 48 comme d'une « adaptation tout à fait raisonnable » aux circonstances du moment ("Konstruktive Verfassungsprobleme" [1932], in : SGN, p. 63).

tution et peut-être même celui de la modifier. En tant qu'*ordonnance législative*, une décision de l'exécutif présidentiel devrait logiquement se limiter au domaine de la loi. Pourtant, certaines ordonnances *ont déjà* imposé des entorses au principe du fédéralisme et à quelques autres dispositions constitutionnelles, « d'une façon qui n'aurait pas été permise à une loi ordinaire »<sup>97</sup>, tout en obtenant l'aval du *Staatsgerichtshof* et de la doctrine. C'est que, signale Schmitt, on accorde maintenant à la compétence législative de l'article 48 un "domaine réglementaire autonome" (*eine "selbständige Zuständigkeitsvorschrift"*) qui n'exclut pas le pouvoir d'introduire des amendements "légiconstitutionnels". À quoi se superpose le pouvoir dérogatoire des *mesures* exceptionnelles que l'on accorde à ce législateur extraordinaire. Carl Schmitt mobilise ici le modèle de la dictature : l'article 48 est essentiellement un pouvoir de sauvegarde de la constitution, il ne doit certes pas porter atteinte à la constitution dans son essence, mais il autorise la violation ou le contournement de certaines dispositions constitutionnelles dans le but d'assurer la pérennité et l'identité de la constitution. La conséquence à tirer est limpide : « Cela ne signifie rien d'autre que les dispositions "organisationnelles" et "ordinaires" de la constitution de Weimar ne constituent plus un obstacle pour les pouvoirs extraordinaires prévus à l'article 48. »<sup>98</sup>

Voilà qui n'est pas rien au moment où, en l'absence de toute majorité praticable suite à l'arrivée de Papen à la chancellerie et aux élections du 30 juillet 1932, s'impose l'urgence de réformer la constitution. Mais ce qui est le plus remarquable, c'est la façon dont cette soudaine "découverte" d'un pouvoir de révision constitutionnelle inhérent à l'article 48 s'accorde avec l'idée d'une supralégalité constitutionnelle contenue dans la seconde section de la constitution de Weimar. En fait, les deux "législateurs" extraordinaires – le législateur "constitutionnel" et le législateur "exceptionnel" – semblent se renforcer mutuellement. L'article 48 se trouve tout simplement mis au service de

---

97 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 326.

98 Ibid.

la seconde section : s'il permet de modifier les dispositions dites "organisationnelles", c'est toujours dans le but de préserver le "noyau substantiel" de la constitution, noyau qui s'avère, par principe, intouchable. En somme, c'est désormais cette seconde section qui constitue l'"idée de droit" dont s'autorise l'action a-normée du dictateur, tout législateur qu'il soit.

Schmitt illustre cette co-implication entre les pouvoirs présidentiels d'urgence et la supralégalité en s'appuyant sur l'histoire de la genèse de l'alinéa 2 de l'article 48. En plus du pouvoir de mettre en œuvre les « mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre et de la sûreté publique », l'alinéa 2 énumère, comme il a déjà été mentionné, sept droits fondamentaux qui peuvent être suspendus en cas de nécessité. Ces droits devaient former, selon les plans initiaux soumis par Hugo Preuss en février 1919, l'ensemble des libertés garanties par la constitution. Ce qui signifie que le dictateur pouvait, à l'origine, suspendre formellement l'ensemble des droits fondamentaux. Ce n'est que dans les mois suivants, « dans la précipitation de l'été 1919 », que cette section va connaître son véritable développement : « L'énumération demeure inchangée, excepté en ce qui a trait à la numérotation des articles, alors que la section concernant les droits fondamentaux se dilate rapidement pour devenir la seconde section de la constitution, sans que l'on prenne vraiment conscience des effets induits [par cette expansion]. »<sup>99</sup> L'avènement de cette supralégalité, de ce « morceau d'une seconde constitution d'un genre tout nouveau », renverse la relation originaire entre les pouvoirs d'exception et la section "organisationnelle". Cette dernière est désormais relativisée, sa dignité constitutionnelle demande à être qualifiée. Face à elle, l'article 48 assume la forme d'un pouvoir d'amendement déformalisé, indépendant de toute réglementation "légiconstitutionnelle" puisque directement lié à la "substance" de la constitution, telle que l'expose sa seconde section, et à sa préservation.

---

99 "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 330.

## La constitution et l'art du possible

Il serait possible de résumer le conflit entre légalité et légitimité – tel qu'il s'expose à l'été 1932, au miroir de l'essai de Carl Schmitt – à une confrontation entre, d'un côté, l'article 76 interprété suivant la stricte orthodoxie positiviste et, de l'autre, l'article 48 auquel on adjoint un massif supralégal, aux contours encore mal délimités. Pour la théorie constitutionnelle, c'est en effet à cette alternative que semble aboutir la crise ouverte en mars 1930 par l'installation d'un "cabinet présidentiel", indépendant du Reichstag et s'appuyant massivement sur les pouvoirs d'exception. Le nouveau régime a semblé fonctionner sans trop de heurts entre l'élection du 14 septembre 1930 et le printemps 1932, alors que les politiques de la chancellerie bénéficiaient de la tolérance tacite des grandes formations républicaines. Observateur de la scène politique, Kirchheimer notait au début de l'année 1932 :

« Aussi longtemps que le cabinet Brüning et le président du *Reich* se portaient garants d'une certaine neutralité envers tous les groupes politiques, il était possible de considérer l'irrégularité de notre situation constitutionnelle, dans laquelle l'exception a remplacé la règle, la mesure la loi, un gouvernement intérimaire le gouvernement responsable, comme un stade transitoire autorisant l'espoir d'un retour au gouvernement constitutionnel et démocratique. »<sup>100</sup>

Avec l'avènement du cabinet Papen, au printemps 1932, la "neutralité" et le mépris raffiné de Brüning à l'endroit du Parlement font place à une hostilité franche et ouverte. Le nouveau cabinet – que l'on a surnommé le "cabinet des barons" – entend en finir avec le jeu de "tolérance" du Reichstag. Dans un discours prononcé à Munich le 12 septembre 1932, Papen annonce son projet d'« ériger un pouvoir d'État puissant et au-dessus des partis, un pouvoir dont les forces politiques et sociales ne disposeront pas à leur guise comme d'un jouet, mais qui se tiendra impassiblement au-dessus d'eux tel un *rocher de*

---

100 Kirchheimer, "Die staatsrechtliche Problem des Reichstags Auflösung" (1932), in : FSV, p. 28.

*bronze*\* ». Voilà une belle façon de consommer la rupture avec cet équilibre subtil, fait d'intrigues et de malentendus, maintenu par Brüning. Devant l'absence de toute majorité parlementaire, devant l'inutilité manifeste du droit de dissolution prévu à l'article 25 (chaque utilisation ne faisant qu'empirer la situation), devant l'impossibilité de procéder à un amendement constitutionnel aux termes de l'article 76 (qui exige une majorité des deux tiers), le maître mot devient celui de *Verfassungslähmung*, "blocage constitutionnel". C'est à cette aune que doit désormais se mesurer tout effort de théorisation. Quel peut être l'apport du constitutionnaliste à la solution d'une crise qui compromet sa propre discipline, qui en détraque les outils et les concepts ? Dès lors qu'il refuse de s'en remettre à la "force normative du factuel" (c'est-à-dire au coup d'État), que peut faire le juriste ? Existe-t-il une voie de sortie qui, pour être extérieure à l'ordre constitutionnel en vigueur, n'en relève pas moins du Droit et non de la simple Force ? La question se pose de façon impérieuse, et l'on observe à partir de l'été 1932 la multiplication des brochures, articles et pamphlets animés par cette interrogation. Au fond, peu importe qu'elle fut articulée de manière explicite ou non, chaque constitutionnaliste doit tenter une réponse, car il s'agit d'une question qui met en cause sa propre identité disciplinaire, intellectuelle et – *last but not least* – professionnelle.

Recoupant la dichotomie légalité / légitimité dessinée par Carl Schmitt, on doit repérer dans l'enchevêtrement des positions une grande alternative quant à l'attitude adoptée par les constitutionnalistes face au blocage de 1932. La première posture serait celle que Stefan Koriöth a désigné par le terme de « normativité par la légalité ».<sup>101</sup> C'est l'attitude qui, reposant sur une interprétation rigoureusement positiviste de la constitution de 1919, c'est-à-dire sur l'idée de l'inviolabilité de chacun de ses 165 articles, n'admet aucun autre critère de juridicité que la légalité. À mieux dire, la légalité épuise la légitimité de la

---

\* En français dans le texte.

101 S. Koriöth, "Rettung oder Überwindung der Demokratie", op. cit., p. 511.

constitution. On n'admet pas de principe supralégal, supérieur au texte de 1919 et aux amendements qui y ont été apportés, pouvant servir de point d'appui à une suspension ou à un contournement de la constitution. Que le Parlement ne puisse plus fonctionner convenablement, que la majorité des sièges soit occupée par les membres de factions antirépublicaines, il s'agit là exclusivement de questions de fait, de questions politiques à vrai dire, qui n'ont aucune incidence *quant au droit*.

En dépit d'un ton que l'on pourra juger professoral ou doctrinaire, c'est une posture éminemment critique. S'en tenir au droit positif, cela signifie surtout, en 1932, démasquer les efforts de collègues qui, sous le couvert d'une interprétation "scientifique" de la constitution, y pratiquent diverses amputations, et exposer celles-ci pour ce qu'elles sont : des violations de la constitution, des coups de force que le juriste ne peut cautionner, aussi "nécessaires" soient-ils. À vrai dire, la catégorie même de "nécessité" et son maniement doivent aussitôt éveiller les soupçons.

« Lorsque le Parlement, l'opinion publique et les tribunaux tolèrent une conduite de l'exécutif qui viole la constitution, parce qu'elle paraît "justifiée par de soi-disant nécessités politiques (c'est-à-dire l'obligation d'empêcher des incidents irréparables [...])", cela doit être désigné, du point de vue juridique, comme une "révolution partielle victorieuse (ou un coup d'État partiel)". »<sup>102</sup>

Voilà qui ne veut certes pas dire que le juriste doit s'abstenir de chercher des alternatives en dehors de la légalité, qu'il ne doit pas appuyer l'usage de la force lorsque la situation l'exige. Mais il le fait à titre de simple citoyen, en assumant pleinement le risque du politique. « Ici s'arrête le droit public » : au-delà de cette limite, sa science ne peut plus lui être d'aucun secours, elle ne peut ni le délivrer du risque, ni conférer une aura de justice à des mesures qui se déploient à l'extérieur du domaine du Droit.

---

102 Ibid., p. 517 sq. Les extraits cités sont de Richard Thoma, "Der Vorbehalt der Legislative", in : G. Anschütz / R. Thoma (dir.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2, Tübingen, Mohr 1932, p. 231.

Il est aujourd'hui commun, avec le recul historique, de ridiculiser cette posture étroitement légaliste et défensive – qui fut celle de Gerhard Anschütz, Richard Thoma et Walter Jellinek, mais aussi celle de Hans Kelsen et, à partir de prémisses complètement différentes, comme nous le verrons, celle d'Otto Kirchheimer. Replacée dans le contexte qui était le sien, elle suggère cependant un rapport remarquablement réflexif à l'engagement politique. C'est un rapport empreint de modestie, adossé à la conviction que même la théorie constitutionnelle la plus sophistiquée ne peut combler le gouffre entre la pensée et l'action politique. En cherchant à le faire, le théoricien ne joue pas seulement à l'apprenti sorcier, mais il cède aussi au fantasme du surplomb et s'expose à de redoutables retours de flamme.<sup>103</sup>

Suivant cette voie de la « normativité par la légalité », l'article 76 représente la seule voie praticable pour transformer l'ordre constitutionnel en vigueur.<sup>104</sup> Cette proposition implique au moins deux corollaires : premièrement, qu'il n'existe pas d'autres façons légales d'opérer une révision constitutionnelle que la procédure décrite à l'article 76. Ensuite, que la compétence d'amendement établie à l'article 76 s'étend à l'ensemble de la constitution, qu'elle s'applique indifféremment à toutes les dispositions, et qu'elle se voit ainsi élevée au rang de *critère de constitutionnalité* – d'où sa filiation naturelle avec le « pouvoir constituant ». <sup>105</sup> Le monopole du pouvoir d'amendement, sa concentration en une seule compétence, a pour conséquence de le rendre formellement illimité. C'est sur ce point – la plasticité intégrale de l'ordre constitutionnel – que l'identité de la légitimité et de la légalité engage un parti pris politique. Même s'il n'est pas sans poser quelques difficultés au plan de la logique

---

103 Cf. la citation de Constant en exergue à la présente section.

104 G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, op. cit., p. 403.

105 Cf. Cl. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, op. cit., pp. 115-

121.

formelle (le fameux paradoxe de Ross)<sup>106</sup>, cet idéal de plasticité renvoie à la critique du droit naturel, à l'autonomie du droit par rapport à la morale et aux pouvoirs de la tradition, à la conscience de la relativité dernière des principes fondateurs et, en bout de ligne, à une défense de la démocratie comme régime de l'indétermination.<sup>107</sup>

Face à la "normativité par la légalité", et le plus souvent en opposition consciente à elle, se définit une seconde posture que l'on choisira de désigner, toujours d'après Korioth, par le terme de "positivité sous condition". Elle trouve son point de départ théorique dans l'opposition de la légalité et de la légitimité, dans la conception voulant que la légitimité de la constitution excède le "système de la légalité" par elle établi. Exposée de façon prosaïque, c'est l'idée que la véritable substance de la constitution ne réside pas à l'intérieur du texte écrit à proprement parler, qu'elle possède un mode d'existence différent de celui de la "simple" positivité légale. La constitution positive fait figure de symptôme ou de manifestation extérieure d'une constitution matérielle, véritable, immédiatement effective. En découle, malgré une grande diversité d'options méthodologiques, un procédé d'interprétation qui relativise chacune des dis-

---

106 Paradoxe selon lequel il est impossible pour une règle d'amendement (l'article V de la constitution américaine est l'exemple choisi par Ross) de déterminer les conditions de son propre amendement. La procédure d'amendement d'une norme quelconque doit nécessairement se trouver au-dessus de ladite norme. L'idée d'un pouvoir d'amendement illimité et autoréférentiel (*self-embracing*) relève, ajoute Ross, d'une croyance en une "force magique" (cf. Geoffrey Marshall, *Constitutional Theory*, Oxford, Oxford University Press 1971, pp. 46-49).

107 C'est ce que Kelsen exprimait avec une certaine candeur, encore en 1932 : « Celui qui tient des vérités et des valeurs absolues pour fermées à l'esprit humain doit considérer, non seulement sa propre opinion, mais aussi l'opinion contraire d'autrui à tout le moins comme possible. C'est pourquoi l'idée démocratique suppose une philosophie relativiste. La démocratie estime la volonté politique de tous égale, de même qu'elle respecte également toutes les croyances, toutes les opinions politiques. C'est pour cette raison qu'elle donne à toutes les convictions politiques la même possibilité de s'exprimer et d'essayer de conquérir, par une libre concurrence, le cœur des hommes ».

positions constitutionnelles et s'efforce d'en dégager le sens en l'inscrivant dans un tout cohérent, organique. Ainsi de l'article 76, qui se voit limité par l'"identité" de la constitution et qui ne peut donc pas servir à l'altérer ; ainsi de l'article 54 sur la responsabilité du chancelier et des ministres, qui ne doit pas être compris comme un droit d'obstruction au service de majorités "négatives" (KPD-NSDAP-DNVP), mais comme une fonction essentielle au maintien de la vie parlementaire. Un procédé d'interprétation, en somme, diamétralement opposé au constructivisme et à l'exégèse positivistes, dont le grand traité d'Anschütz demeure l'ultime monument. Le lien entre cette posture de la "positivité sous condition" et le front antipositiviste de Weimar s'avère d'ailleurs évident : on peut dire sans trop de témérité que cette "positivité conditionnelle" procède d'une extension du mot d'ordre lancé par Erich Kaufmann en 1926 : « *Das Gesetz ist nicht die einzige Erscheinungsform des Rechts.* »<sup>108</sup> Toutefois, dans la situation de blocage qui est celle de 1932, c'est moins une nostalgie jusnaturaliste qui fait office de point de convergence, qu'un mode de pensée dualiste opposant le droit positif en vigueur et une normativité constitutionnelle suprapositive.<sup>109</sup> Certes, ce dualisme peut revêtir plusieurs formes : *Verfassungsrecht* et *Verfassung* pour Smend, *Verfassungsgesetz* et *Verfassungsgesetz* pour Schmitt, *constitutio viva* et *constitutio scriptura* pour Heckel. Mais le point décisif sur lequel tous s'accordent, c'est que, sous la pression des événements, ce dualisme non seulement autorise, mais rend impérative la mise hors circuit de la légalité et du législateur parlementaire.

Au programme de la *Verfassungserfüllung*, du « respect de la constitution » qui est celui des Anschütz, Thoma et Jellinek, s'oppose donc celui de la *Verfassungsbewahrung*, de la « suspension de la constitution », avancé par Johannes Heckel à

---

108 Erich Kaufmann, "Die Gleichheit von dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung", in : *Veröffentlichen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 3, Berlin, Walter de Gruyter 1927, p. 20.

109 Koriath, "Rettung oder Überwindung der Demokratie", op. cit., p. 520.

la fin de l'année 1932.<sup>110</sup> Comme il a déjà été mentionné plus haut<sup>111</sup>, Heckel décèle à l'intérieur de la constitution de Weimar, comme de toute constitution, un « droit constitutionnel de nécessité », un droit à la survie implicite, non formel, distinct de l'article 48 et autorisant les pouvoirs publics encore en état de le faire à agir en dehors des limites légales, dans la mesure où leur action demeure guidée par « une intention constitutionnelle » (*Verfassungszintention*) – ce qui veut dire, pour Heckel, par la volonté d'introduire sans tarder une révision de la constitution susceptible de la rendre à nouveau opérationnelle. Voilà une “procédure” de révision qui semble épouser à merveille la dichotomie légalité / légitimité dessinée par Schmitt et les conclusions qu'il en tire. Pourtant, l'« intention constitutionnelle » et « le devoir de loyauté envers la constitution comme totalité »<sup>112</sup> trahissent un raisonnement téléologique aussi loin

---

110 Dans un article important (“Verfassungserfüllung – Verfassungsbewahrung – Verfassungsauflösung. Positionen des Staatsrechtslehre in der Staatskrise der Weimarer Republik”, in : H. A. Winkler (dir.), *Die deutsche Staatskrise 1930-1933*, München, Oldenbourg 1993, pp. 183-199), Dieter Grimm tente de décrire l'attitude des constitutionnalistes face au blocage de 1932 en utilisant la typologie respect / suspension / dissolution de la constitution. Alors que les positions de Walter Jellinek et de Johannes Heckel servent à illustrer respectivement le respect et la suspension, la position développée par Schmitt dans les pages de *Legalität und Legitimität* est rangée à l'enseigne de la “dissolution de la constitution”. En suivant l'article de Koriath, nous avons choisi de nous éloigner de ce triptyque car, comme le note Koriath lui-même (“Rettung oder Überwindung der Demokratie”, op. cit., p. 511, n. 16), il accorde beaucoup trop d'importance à l'objectif recherché (le “but”) par les constitutionnalistes, et tend à laisser de côté les stratégies argumentatives déployées par chacun d'eux (la “méthode”, si l'on veut).

111 Supra, p. 250, n. 12.

112 Johannes Heckel, “Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand”, in : *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 22, 1933, p. 311. Conservateur luthérien, d'abord hostile au nazisme, Heckel ne va cependant pas tarder à rallier le nouveau pouvoir après 1933. En 1934, il est nommé professeur de droit canon à Munich et développe un discours antisémite autour de la nécessité de bouter l'esprit juif hors du droit allemand. Cf. son article “Der Einbruch des jüdischen Geistes in das deutsche Staats- und Kirchenrecht durch Friedrich Julius Stahl”, in : *Historische Zeitschrift*, vol. 155, 1937,

que possible du décisionnisme schmittien et de son réalisme intransigeant. Pour Schmitt, une révision expresse n'est ni souhaitable ni même possible ; la seule solution envisageable tient à l'exploitation de toutes les possibilités – légales ou non – offertes à qui dispose du pouvoir, toujours factuel, de « concrétisation définitive » du droit. « Sans même introduire une seule nouvelle norme, il existe, rappelait Schmitt à la fin de l'année 1932 une grande marge de manœuvre ». Il s'agit seulement, « à une époque où l'on abuse des formes légales, de faire usage de certaines possibilités d'interprétation ». <sup>113</sup> Le discours de Carl Schmitt a valeur d'invitation à l'endroit de ses alliés politiques – le général Schleicher au premier chef – et c'est la raison pour laquelle Schmitt insiste tant sur les multiples usages possibles de l'article 48 et de la prime supralégale. Nul doute que, pour forcer la main de ces alliés et les amener à prendre les devants, il faille exacerber les tensions et les fêlures déjà existantes. Il faut montrer que non seulement la digue *peut* céder, mais qu'elle *va* le faire et même qu'elle l'a *déjà* fait – ce à quoi s'emploie avec science l'essai de 1932. C'est en ce sens qu'il faut conclure, suivant Olivier Beaud, que Schmitt « n'a pas besoin de *révision* de la constitution car l'*interprétation* lui suffit ». <sup>114</sup>

---

pp. 506-541. On gagnerait à comparer les trajectoires respectives de Heckel et Schmitt.

113 Schmitt, "Konstruktive Verfassungsprobleme" (1932), in : SGN, p. 62 sq.

114 Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, op. cit., p. 240. On se surprend à trouver de nombreuses affinités entre la « stratégie » déployée par Schmitt en 1932 et celle du « saboteur constitutionnel » telle que décrite par Fraenkel, dans son article "Verfassungsreform und Sozialdemokratie", publié à la fin de 1932 (repris in : *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, op. cit., p. 92). Le saboteur constitutionnel est celui qui cherche « à créer artificiellement la nécessité d'un coup d'État » en accentuant les difficultés déjà présentes dans l'ordre constitutionnel et en résistant, avec un entêtement doctrinaire, à tout effort pour « remettre le bateau à flot ».

*“This page left intentionally blank.”*

## Chapitre 7

### Sauver Weimar ? Otto Kirchheimer en 1932-1933

*La dynamique psychique accélérée de notre époque se manifeste aussi dans le fait qu'une institution paraîtra surannée avant même d'avoir pu faire ses preuves.*

Otto Kirchheimer, 1933

Pour les contemporains qui avaient l'occasion de le côtoyer, le jeune Otto Kirchheimer pouvait apparaître comme l'*alter ego* de Carl Schmitt, simple prolongement des idées et de la personnalité de son *Doktorvater*. Il semble que Schmitt lui-même fut marqué par cet étudiant brillant venu le trouver à Bonn, si l'on en croit les références aux travaux de Kirchheimer – toutes exagérément élogieuses – que l'on trouve disséminées dans ses écrits des années 1930-1932. En dépit de la radicalisation des antagonismes politiques qui devait les faire basculer dans des camps opposés<sup>1</sup>, Kirchheimer et Schmitt sont restés en contact

---

1 Après avoir obtenu son doctorat, Kirchheimer s'établit à Erfurt puis à Berlin, où il travaille quelque temps comme stagiaire dans le cabinet d'avocats de Neumann et Fraenkel. Il continue de participer activement (avec Franz Neumann) au séminaire de Carl Schmitt, lorsque ce dernier décide de reprendre la chaire de Hugo Preuss à la *Handelshochschule* de Berlin. Suite à la nomination du cabinet Papen et au *Preußenschlag* du 20 juillet 1932, la situation politique devient un sujet que les deux hommes préférèrent tenir à l'écart de leurs échanges. Ernst Huber, qui était alors l'étudiant de Carl Schmitt, rapporte le souvenir d'une longue balade dans les rues de Berlin, le 6 novembre 1932, en compagnie de Schmitt et de Kirchheimer. La ville était alors paralysée par une grève des transports et l'atmosphère de crise générale était palpable. « En présence de Kirchheimer, rappelle Huber, nous ne parlions pas des plans d'état d'urgence [...], mais il est clair que Schmitt considérait déjà la situation comme sans issue » (cité in : Kennedy, *Constitutional Failure*, op. cit., p. 167).

étroit jusqu'à la toute fin de la République et continuèrent à s'échanger des manuscrits en attente de publication alors même qu'ils polémiquaient entre eux.<sup>2</sup> Bien qu'il ait tenté à quelques reprises, pendant le régime nazi et sa période d'exil à Paris, de compromettre la carrière de *Kronjurist* de son ancien maître<sup>3</sup>, Kirchheimer a très tôt renoué contact avec "l'ennemi" après la guerre et est allé lui rendre visite dans sa retraite de Plettenburg.<sup>4</sup>

---

2 V. Neumann, "Verfassungstheorien politischer Antipoden", op. cit., p. 239.

3 Réfugié à Paris, Otto Kirchheimer rédige en 1935 une brochure intitulée *Staatsgefüge und Recht des dritten Reiches*, dans laquelle il développe une critique incisive des changements introduits par le régime nazi en matière de droit criminel, de droit commercial et de droit du travail. Une brochure remarquable qui anticipe, sous plusieurs aspects, non seulement les travaux à venir de Kirchheimer traitant de la déformalisation du droit criminel, mais également les ouvrages de ses compagnons d'armes Ernst Fraenkel (*The Dual State*, 1941) et Franz Neumann (*Behemoth*, 1942). Kirchheimer fait paraître ce travail sous un pseudonyme, en reproduisant la facture des ouvrages publiés dans une collection dirigée par Carl Schmitt, alors conseiller d'État. L'ouvrage est introduit clandestinement en Allemagne, dans le dessein de compromettre la position récemment conquise par Schmitt et de le rendre suspect aux yeux de ses nouveaux protecteurs.

4 La rupture définitive entre les deux hommes va survenir à l'été 1961. Otto Kirchheimer, alors professeur à Columbia University, a tout mis en œuvre pour faire échouer un candidat au doctorat dont le travail portait sur la pensée de Carl Schmitt. Kirchheimer jugeait la thèse exagérément complaisante et soupçonnait que son objectif véritable était la réhabilitation de Schmitt aux États-Unis. Il est vrai que l'étudiant entretenait déjà des rapports personnels avec Schmitt et son cercle, et que le travail s'attache surtout à dépeindre une image respectable de Schmitt en penseur "classique" de la raison d'État, mettant au cœur de cette posture intellectuelle la relation entre protection et obéissance. L'étudiant en question s'appelait George Schwab et on peut lire sa thèse (d'abord publiée chez Duncker & Humblot en 1970) sous le titre *The Challenge of the Exception*. Il vaut la peine de citer la question qui orientait la recherche puisqu'elle laisse entrevoir la stratégie apologétique : « *Were the ideas developed by Schmitt between 1921 and 1933 in harmony with the Weimar constitution, or were they hostile to its republican spirit, and to what extent did Schmitt's ideas between 1933 and 1936 reflect Nazi ideology ?* » Le destin de l'ouvrage et l'écho considérable qu'il a connu dans le milieu de la "gauche antilibé-

Entre les deux hommes, les points de convergence intellectuels sont, il est vrai, aussi nombreux que décisifs. Comme son mentor, Kirchheimer s'introduit à la théorie constitutionnelle après un bref détour par le droit criminel – ce qui n'est pas négligeable lorsqu'on sait l'importance que revêt le modèle de la décision pénale pour la caractérisation par Schmitt de "la forme spécifique du juridique". Davantage que Schmitt du reste, Kirchheimer demeurera fortement attaché au droit criminel, jusqu'à développer à la fin des années 1930 une vaste réflexion sur les transformations qu'il a connues depuis le capitalisme et sur son éventuelle instrumentalisation : c'est ce qui formera la base de sa collaboration, par ailleurs très limitée et pleine d'équivoques, avec l'"école de Francfort".<sup>5</sup>

Outre ce passage préalable par le droit criminel, Schmitt et Kirchheimer ont en commun une forte prédilection pour le politique. Aux yeux de Schmitt comme de Kirchheimer, la théorie constitutionnelle est, dans son principe, théorie politique. Ce qui ne veut pas dire que les deux juristes endossent nécessairement la méthode antipositiviste développée par Triepel et consorts – Kirchheimer n'a jamais pris véritablement position dans ce "conflit de méthode"<sup>6</sup> – mais ils s'efforcent tous deux de conce-

---

rale" américaine (notamment dans les pages de la revue *Telos*) semblent confirmer les soupçons de Kirchheimer.

- 5 Sur la relation houleuse d'Otto Kirchheimer (et de Franz Neumann) à l'*Institut für Sozialforschung*, cf. Rolf Wiggerhaus, *L'École de Francfort. Histoire, développement, signification*, trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, P.U.F. 1993, pp. 211-233. Alors qu'il était en exil à Paris, Kirchheimer fut contacté par l'*Institut* afin de compléter et de traduire de l'allemand vers l'anglais le manuscrit d'une histoire critique du régime pénal commandée par Horkheimer à l'historien Georg Rusche. C'est ce qui deviendra *Punishment and Social Structure*, premier livre de la fameuse "école" à être publié aux États-Unis. Pour une mise en contexte de l'ouvrage, cf. la très riche introduction de René Lévy et Hartwig Zander à l'édition française de *Peine et structure sociale*, trad. Fr. Laroche, Paris, Cerf 1994.
- 6 Il faut mentionner la sympathie curieuse de Kirchheimer pour Hans Kelsen (cf. par exemple "Remarques sur la théorie de la souveraineté nationale en Allemagne et en France", in : *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, vol. 4, n° 3-4, 1934, p. 251, n. 1), qui contraste avec les réserves qu'il exprime inmanquablement à l'endroit de

voir une forme de réversibilité entre la rationalité juridique et la logique du politique. Dans la mesure où l'élaboration théorique participe elle-même de l'objet qu'elle décrit, elle s'insère dans un espace traversé par des lignes de clivage et des démarcations polémiques. Enfin, Kirchheimer partage avec son maître un goût évident pour le genre de l'essai<sup>7</sup> au détriment des grands ouvrages systématiques, de même que pour les références idiosyncrasiques ou, à tout le moins, inhabituelles (à Donoso Cortès, Bernanos, etc.). De façon générale, on dira de cet éclectisme qu'il est étroitement lié à l'*épistémè* décisionniste qui orientent les travaux et du maître et du disciple. Il s'agit d'accorder plus d'importance à l'intuition immédiatement politique qu'à la formulation d'hypothèses et de concepts cohérents. Pour le décisionniste, les formules puissantes, évocatrices et aphoristiques, ont une valeur cognitive supérieure aux constructions savantes, car elles permettent d'éclairer un phénomène à partir de ses marges, d'une façon qui en fait voir les véritables lignes de force. En ce sens, la pratique de la théorie relève autant, sinon plus, de l'esthétique que de la logique.<sup>8</sup> Nulle surprise dès lors, en considérant ces multiples convergences, de

---

son camarade de parti Hermann Heller. Si l'on en croit Wolfgang Luthardt, « sur le plan de la *méthode* constitutionnelle, Kirchheimer part du fait que la constitution de Weimar, dans sa forme arrêtée en août 1919, représente le *seul* fondement valide pour *toutes* les controverses et toutes les décisions constitutionnelles. Il opte ici pour le *positivisme juridique* » (W. Luthardt, "Bemerkungen zu Otto Kirchheimers Arbeiten bis 1933", in : VWRP, p. 18). Nous examinerons plus tard de quelle façon cet étrange positivisme affecte la position défendue par Kirchheimer dans les débats de 1932 autour de la réforme constitutionnelle.

- 7 La plupart des "ouvrages" publiés par Schmitt sous la république de Weimar sont en fait des recueils ou des collages d'articles. Les exceptions notables sont *Politische Romantik* (1919), *Die Diktatur* (1921), *Verfassungslehre* (1928) et *Legalität und Legitimität* (1932). Outre sa brochure *Weimar – und dann was ?*, Kirchheimer a publié en 1930 une courte monographie sur les limites du concept d'expropriation (cf. supra, p. 280, n. 57).
- 8 Sur tous ces aspects, cf. les remarques très pertinentes de V. Neumann, *Der Staat im Bürgerkrieg*, op. cit., pp. 235-239. « Pour qu'un concept puisse "éclairer", il doit se mesurer aux exigences qui sont celles d'une œuvre d'art : harmonie intrinsèque, justesse de ton, plasticité » (p. 237).

constater que toute l'œuvre weimarienne de Kirchheimer porte la marque d'un dialogue ininterrompu avec Carl Schmitt.

Lorsqu'il choisit de faire porter sa thèse de doctorat sur « la théorie de l'État dans le bolchevisme », le jeune juriste sait qu'il pénètre dans un territoire qui a été ratissé par son aîné cinq ans auparavant, à l'occasion du dernier chapitre de son essai sur le parlementarisme.<sup>9</sup> En 1923, dans *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Schmitt expliquait la faillite des institutions parlementaires en la rapportant à la dissolution de leurs fondements spirituels, sous l'action d'une nouvelle forme de légitimité – celle de l'identité des gouvernants et des gouvernés, ou encore de l'homogénéité démocratique. Au fond, Carl Schmitt développait la thèse voulant que le parlementarisme était demeuré un mouvement déterminant dans l'histoire européenne tant et aussi longtemps qu'il avait réussi à donner une figure visible à cette homogénéité. Cette convergence entre la “métaphysique de la discussion” propre au parlementarisme et la “logique démocratique de l'identité” était donc accidentelle et temporaire. Incapable de susciter de nouveaux mythes identificatoires, le parlementarisme a par la suite progressivement perdu son évidence, et ne repose plus aujourd'hui que sur un ensemble d'expédients techniques, ce qui a pour conséquence de l'exposer en permanence à une crise de légitimité.<sup>10</sup>

En 1928, le jeune Kirchheimer reprend ces éléments d'analyse et les met au service d'une célébration de l'énergie politique et de la radicalité du léninisme, qu'il oppose à l'optimisme légaliste de la social-démocratie allemande. À l'instar de Schmitt, Kirchheimer développe alors une compréhension “acclamatoire” et “identitaire” de la légitimité démocratique, une compréhension profondément antiwébérienne suivant laquelle la légitimité se rapporte moins à une forme organisationnelle spécifique qu'aux conditions générales de l'unité politique. Elle désigne avant tout, pour Kirchheimer, « une

---

9 PD, pp. 81-95.

10 Supra, p. 147 sq.

coïncidence matérielle de valeurs » ou encore une « identité de valeurs » (*Werteinheit*)<sup>11</sup> à laquelle les institutions publiques doivent correspondre de manière crédible. La survie d'un groupement de domination et de sa « direction administrative » dépendra de sa capacité à se couler dans cette identité et à en épouser les contours. Aussi la « logique démocratique de l'identité » aura-t-elle comme corollaire ce que Coicaud appelle « un rapport d'homogénéité entre les normes sociales et politiques qui engendre une continuité entre les valeurs de la société et les lois ». <sup>12</sup> La légitimité démocratique implique « que chaque individu prenne part à la communion en un peuple de tous ceux qui partagent certaines valeurs communes. Dès l'instant où une partie importante du peuple [...] cesse de reconnaître les valeurs communes comme les siennes et entre en conflit avec elles, la démocratie perd son sens originel ». <sup>13</sup> Et c'est dans cette perspective que la décision majoritaire prend tout son sens ; comme pour Schmitt, elle représente pour Kirchheimer « l'application d'une technique éprouvée en vue de trancher les différends concernant les moyens techniques les plus appropriés pour atteindre les principes de base auxquels tout le monde adhère ». <sup>14</sup> Elle fait fond sur un accord tacite auquel elle donne un contenu articulé, spécifique mais temporaire, un accord sans lequel elle ne serait qu'un moyen d'oppression à la disposition de la majorité du moment. Simple procédé technique, la décision majoritaire ne possède donc aucune propriété démocratique intrinsèque. « Le principe majoritaire est intelligible uniquement en référence à une communauté objective de valeurs [*Wertgemeinschaft*] qui est aujourd'hui le sens de la démocratie. » <sup>15</sup>

---

11 Kirchheimer, "Zur Staatslehre der Sozialismus und Bolschewismus" (1928), in : VWRP, p. 34.

12 J.-M. Coicaud, *Légitimité et politique*, op. cit., p. 23.

13 "Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus" (1928), in : VWRP, p. 33.

14 "Weimar – und dann was ?" (1930), in : PV, p. 17.

15 Ibid.

Pour Carl Schmitt, la mobilité des discriminations et des regroupements ami / ennemi – susceptibles de s’infiltrer, comme on sait, dans n’importe quelle relation humaine<sup>16</sup> – représente une épreuve permanente, un principe d’incertitude qu’aucun dispositif institutionnel ne peut maîtriser parfaitement. L’identité démocratique, rappelait Schmitt dans un texte de 1926, entraîne inmanquablement « l’exclusion de l’hétérogène ». À mieux dire, l’identité acquiert une teneur politique aussitôt que se manifeste la volonté « d’écarter ou de tenir loin de soi l’étranger et le non semblable, celui qui menace l’homogénéité ».<sup>17</sup> C’est la raison pour laquelle la légitimité démocratique inaugure une ère de dynamisme et d’entropie, dans laquelle l’effectivité du politique peut surgir depuis n’importe quel secteur d’activité. On connaît déjà le moyen indiqué par Schmitt pour maîtriser ce risque : le mythe, l’image mythique qui permet de fixer la discrimination ami / ennemi en suscitant, en même temps que le sens de l’homogénéité, « un nouveau sentiment de l’ordre, de la discipline, de la hiérarchie ».<sup>18</sup> Dans le cadre de la légitimité démocratique, toute politique efficace sera, qu’elle le veuille ou non, une politique mythique – ce qui ne veut pas forcément dire une politique dépourvue de rationalité. Car un mythe est étonnamment malléable ; la force identificatoire et vitale qu’il recèle pourra aisément être mise au service d’un but quelconque. Mais le mythe est avant tout “fabricable”, et sa “fabrication” ne pourra être que le fait d’un cercle restreint et privilégié. Comme le signale Volker Neumann, « cette opposition entre la confection du mythe et la croyance au mythe permet de révéler dans le mythe une mystification des masses ».<sup>19</sup> D’où résulte, toujours suivant Neumann, ce croisement si caractéristique de la pensée schmittienne entre « un étaticisme élitiste et les croyances des masses ».

---

16 Cette mobilité du politique constitue l’une des prémisses anthropologiques du décisionnisme “généralisé” (cf. supra, p. 115 sq. ; cf. également Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, op. cit., p. 73 sq.).

17 Préface à la seconde éd., in : PD, p. 106.

18 PD, p. 94.

19 V. Neumann, *Der Staat im Bürgerkrieg*, op. cit., p. 70.

C'est dans sa lecture de Marx que Kirchheimer découvre, pour sa part, la discrimination fondamentale qui forme la donnée de base de l'ordre politique contemporain : « De plus en plus, la société se scinde en deux grands camps hostiles, en deux grandes classes qui s'affrontent directement. »<sup>20</sup> Là où l'on trouvait jadis des camps hétérogènes et un enchevêtrement d'oppositions fragmentées, l'extension du mode de production capitaliste dresse une ligne de front claire, en fonction de laquelle se mesure maintenant le coefficient politique de tout conflit et toute activité humaine. Si la discrimination ami / ennemi restait pour Schmitt de l'ordre de l'« existantialité formelle »<sup>21</sup>, elle acquiert désormais, chez son jeune disciple, une figure historique concrète et nécessaire, qui est celle de la lutte des classes. Que ce singulier amalgame entre Marx et Schmitt soit cohérent ou non importe guère pour notre propos. L'essentiel est qu'il aboutit à une compréhension mythologique de l'action politique et de la légitimité, compréhension reproduisant à quelques nuances près celle exposée par Schmitt en 1923. D'une part, et contrairement à une idéologie ou à une utopie, la réalité du mythe paraît massive, et son efficacité immédiatement créatrice ; il représente, selon le mot de Sorel, « un moyen d'agir sur le présent », alors que l'idéologie et l'utopie demeurent des projections et des « constructions intellectuelles », désespérément dépourvues de toute *unmittelbare Gegenwartswirkung*.<sup>22</sup> Aussi le mythe du prolétariat révolutionnaire –

---

20 Karl Marx / Friedrich Engels, *Manifeste du Parti communiste*, trad. inconnu, Paris, éd. 10/18 1962, p. 21.

21 L'expression est de Karl Löwith.

22 "Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus" (1928), in : VWRf, p. 41. Un an plus tard, le jeune Kirchheimer va réévaluer, de façon positive cette fois, l'efficacité politique de l'utopie. À propos de la social-démocratie allemande, il écrit en manière d'autocritique : « Nous avons pris la facticité pure comme le Veau d'or. Nous avons dansé autour d'elle et sommes devenus des *Realpolitiker* qui construisent, avec les pièces d'un présent déjà révolu, un futur toujours plus désespéré. On se moque de l'utopie, car elle ne parle que du lendemain, mais on n'a pas encore compris qu'il n'existe guère de frontière entre aujourd'hui et demain. L'utopie d'aujourd'hui est la réalité de demain. Et la conscience que l'avenir est compris dans cette utopie, c'est là la force motrice de l'utopie.

lequel est, lit-on, « le mythe d'aujourd'hui » – doit-il moins à la pensée de Marx proprement dite, qu'à celles de Bakounine, de Sorel et de Lénine. Ce n'est plus une détermination économique (son expropriation complète dans les rapports de production capitalistes) qui sert de substrat au prolétariat, mais la possibilité pour chaque travailleur de prendre part à un combat historique, d'être « les héros d'une nouvelle légende, préparant le commencement d'une nouvelle époque de l'histoire ». <sup>23</sup> C'est là le point essentiel pour Kirchheimer comme pour Schmitt : l'effectivité du mythe se mesure à l'aune de

« la capacité à susciter un regroupement politique véritablement décisif en faveur de valeurs [*ein politische Wertgruppierung entschiedenster Art*]. Une fois pénétré de la nécessité de la lutte finale et de sa grandeur, il ne craint rien davantage que de se retrouver face à un ennemi qui n'en est plus un, et il espère que la futilité de chercher une voie de sortie va s'imposer à la bourgeoisie, qu'elle l'obligera à se ressaisir et à engager le combat avec toute la dignité requise. » <sup>24</sup>

L'image mythique – celle du prolétariat en lutte – constitue donc une réponse au défi de la légitimité démocratique. Elle confère une forme concrète, lisible à la discrimination ami / ennemi, elle fait émerger chacun des camps dans une opposition aussi essentielle que réciproque. Mais, épousant au plus près la logique du politique, elle s'efforce aussi d'en circonscrire les effets et d'exploiter l'énergie ainsi dégagée. C'est qu'au mythe s'attache un type spécifique de « direction administrative » ou, à tout le moins, « un principe organisationnel » distinctif – celui de l'élite insurrectionnelle, de l'avant-garde éclairée dont le fonctionnement « ne repose pas sur la subordination à la loi, mais plutôt sur la conscience révolutionnaire ». <sup>25</sup> Voilà qui sup-

---

C'est ainsi que, comme il y a de cela plusieurs années, nous nous retrouvons aujourd'hui de retour au point de départ. Nous devons tout apprendre à nouveau » (“Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse” [1929], in : VWRWF, p. 76).

23 “Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus” (1928), in : VWRWF, p. 42.

24 Ibid., p. 43.

25 Ibid., p. 47.

pose une forme ou une autre de mainmise sur cette “conscience”, son assignation à un corps d’individus déterminés, son incarnation dans un ordre sensible qui, à défaut de connaître une expression formelle, doit tout de même assumer une forme minimalement déterminée. Et c’est là, à suivre Kirchheimer, la fonction assumée par « la doctrine officielle du léninisme selon laquelle le Parti communiste est le guide du prolétariat, son seul véritable représentant dans le vaste combat contre la domination universelle de la bourgeoisie ». <sup>26</sup>

On dira donc que le jeune Kirchheimer prolonge la compréhension “mythologique” de la légitimité exposée par Carl Schmitt en 1923, dans son essai sur le parlementarisme. La question qui se posait naturellement au terme de l’essai de Schmitt, c’était celle de savoir de quelle façon l’épuisement du potentiel mythique de la discussion publique allait affecter le dispositif de l’État constitutionnel (celui de Weimar, au premier chef). En 1923, il faut le rappeler, Schmitt ne désespérait pas complètement de l’État législatif-parlementaire. Il lui restait encore la possibilité de donner carrière à un nouveau mythe, de mettre à son service des techniques acclamatoires inédites, d’accueillir de nouvelles expérimentations autoritaires – et c’est sur cet arrière-fond qu’il convient de lire la *Verfassungslehre*. En proposant de comprendre le parti révolutionnaire bolchevik comme la figure contemporaine de la politique mythique, en

---

26 Ibid., p. 43. Il y a quelques années, Claude Lefort soulignait le lien étroit qui unit le discours révolutionnaire léniniste et l’organisation du parti bolchevik. « La mythologie de la révolution, a-t-on observé, ne naît pas avec le bolchevisme, mais celui-ci est à l’origine de la mythologie du parti. La révolution devient pour ainsi dire incorporée. Se vouloir révolutionnaire, c’est désormais admettre qu’il n’y a rien qui soit possible, rien qui soit seulement pensable, hors du cadre du parti » (Lefort, *La Complication. Retour sur le communisme*, Paris, Fayard 1999, p. 182). Signalons en passant qu’il y aurait des parallèles intéressants à tracer entre la compréhension du totalitarisme développée par Lefort, notamment dans *Un homme en trop* (Paris, Seuil 1976), et certains développements que Kirchheimer consacre au droit nazi dans ses travaux des années 1940, même s’il est évident que l’opposition démocratie / totalitarisme n’est pas aussi tranchée chez Kirchheimer que chez Lefort.

l'opposant à un parlementarisme exsangue, Kirchheimer brûle les étapes : l'opposition entre un État structuré par l'image mythique et un État qui en est dépourvu offre une première mouture à la dichotomie légalité / légitimité. Face à l'État soviétique qui incarne la "démocratie valorielle" (*Wertdemokratie*), la démocratie occidentale « qui a triomphé en Allemagne à l'issue de la guerre » paraît reposer uniquement sur des procédures abstraites et impersonnelles, ouvertes à une grande diversité de contenus, évitant soigneusement toute partialité et reportant toute décision exigeante. La faiblesse de cette démocratie parlementaire "a-mythique", c'est d'être toute négative : « La caractéristique de cette démocratie formelle est l'absence de valeurs susceptibles d'être confrontées par des valeurs contraires, à moins que l'on envisage cette absence de valeur comme une valeur en soi. »<sup>27</sup> À l'exact opposé du mythe qui « restaure la représentation du caractère intégral du Droit », le principe de la légalité opère une formalisation du droit constitutionnel et une neutralisation de l'appareil d'État.

« La juridisation pénètre ainsi dans tous les domaines. On cherche à éviter toute décision autoritaire, peu importe son objet, peu importe qu'il s'agisse des pouvoirs de dictature du président du *Reich* ou de la résolution d'un conflit de travail ; tout est neutralisé au moyen de cette formalisation juridique. »<sup>28</sup>

Là où la légitimité démocratique relève de la puissance homogénéisante du mythe, de sa capacité à provoquer un regroupement ami / ennemi, la légalité parlementaire s'accommode de l'hétérogénéité, du brouillage des identités et de l'indétermination. Elle vit d'un débat perpétuel, au sein

---

27 "Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus" (1928), in : VWRF, p. 34. Kirchheimer dit emprunter l'opposition entre démocratie formelle et démocratie valorielle à Max Adler. Adler opposait la "démocratie sociale" à la "démocratie politique" (dans sa brochure *Politische oder soziale Demokratie*, 1926), ce qui porte à confusion, note Kirchheimer, « dans la mesure où toute démocratie, en tant que mise en forme de l'État, relève du politique ».

28 "Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus" (1928), in : VWRF, p. 36.

duquel l'affrontement décisif semble perpétuellement différé. C'est pour cette raison que, suivant la lecture de la lutte de classes proposée par Kirchheimer, l'État législatif-parlementaire s'avère indissociable d'une situation politique ambiguë, où une classe n'est plus assez forte pour dominer et où une autre n'est pas encore assez forte pour prendre sa place.<sup>29</sup> Cette situation d'équilibre, tendue et précaire, qui est celle qui prévaut en Europe occidentale depuis le dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle. En 1919, ce n'est pas par l'effet d'une décision globale du peuple allemand que se met en place la démocratie parlementaire, contrairement à ce que Schmitt pouvait croire encore en 1928. La démocratie parlementaire n'a pas de substance propre, elle ne peut provenir que de l'égale faiblesse des classes antagonistes en présence, aboutissant du coup à un « accord tacite pour laisser aux élections et aux majorités qui en résultent, aussi longtemps que l'équilibre persiste, le soin de choisir qui dispose du gouvernement ». <sup>30</sup> Elle est le produit, en somme, d'un blocage historique imprévu, inouï, dont tout porte à croire qu'il ne durera pas. C'est là une perspective décisive pour comprendre l'antinomie légalité / légitimité, et c'est en la suivant que le jeune disciple de Schmitt pourra dépeindre la constitution de Weimar comme « une constitution sans décision ». <sup>31</sup> Une constitution qui n'en est pas vraiment une, puisqu'elle offre à chaque adversaire des retranchements et des ressources stratégiques à exploiter en prévision d'une reprise de la lutte. Plongé dans cette constellation de forces qui se contrebalancent, le principe de l'État de droit lui-même, qui était autrefois l'arme privilégiée de la bourgeoisie libérale (*Besitz und Bildung*) contre l'État patrimonial, se transforme en un jeu de positions labiles, réversibles, reproduisant toute perturbation ou tout glissement dans l'équilibre des forces. Voilà ce que Carl Schmitt

---

29 Cf. "Bedeutungswandel des Parlamentarismus" (1928), in : VWRP, p. 63. Kirchheimer s'inspire abondamment de l'analyse de la Seconde République exposée par Marx dans *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte* (1852).

30 "Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus" (1928), in : VWRP, p. 35.

31 "Weimar – und dann was ?" (1930), in : PV, p. 52.

cherchera à décrire, en 1932, comme l'abandon progressif d'un concept de loi matériellement délimité, au profit de critères formels : « Le *Rechtsstaat* tel qu'il est visible aujourd'hui, une fois dépassée l'étape du libéralisme classique, la transposition de toute relation objective en termes de mécanique juridique, c'est là le caractère essentiel de l'État à une époque d'équilibre des classes. »<sup>32</sup>

### Le renversement des fronts et le légalisme défensif

C'est en fonction de cette lecture "mythologisante" du léninisme, une lecture bien sûr fortement teintée par Schmitt, qu'Otto Kirchheimer propose de comprendre la situation constitutionnelle de la république de Weimar. Le couple légalité / légitimité émerge comme la pièce centrale d'un diagnostic qui peut parfois sonner comme un appel au combat. L'étrange, pourtant, c'est que le jeune Kirchheimer ne fut jamais léniniste, et que son opposition au Parti communiste a toujours été vive. En réalité, Kirchheimer fut jusqu'à la fin un militant de l'aile gauche du SPD, même s'il ne ménageait pas ses critiques à l'endroit de l'*establishment* du parti et des positions constitutionnelles développées par Franz Neumann et Hermann Heller, auxquels il reproche leur "politique de tolérance" face au cabinet Brüning.<sup>33</sup> La fougue juvénile et le ton incisif lui servaient à

---

32 "Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus" (1928), in : VVRF, p. 37.

33 Concernant l'ambiguïté de la position de Heller, cf. E. Kennedy, "The Politics of Toleration in late Weimar. Hermann Heller's Analysis of Fascism and Political Culture", in : *History of Political Thought*, vol. 5, n° 1, 1984, pp. 109-127. On sait que Franz Neumann sera amené, après avril 1933, à rejeter ses espoirs réformistes jugés naïfs, au profit d'une posture beaucoup plus radicale, plus matérialiste, mais toujours aussi problématique. Cf. Herrera, "La social-démocratie et la notion d'État de droit à Weimar", in : *Droit et gauche*, op. cit., pp. 140-143. Alors qu'il refusait jadis l'idée que la constitution de Weimar fut une "constitution sans décision", en l'assimilant à la ligne du KPD, Franz Neumann affirmera, quelques années plus tard (en 1936), son accord avec le diagnostic de son ami Kirchheimer, à une époque où Kirchheimer lui-même n'y adhérait plus.

souligner l'absurde d'une situation dans laquelle seules les forces sociales-démocrates se réfèrent encore à la légalité constitutionnelle, alors que leurs adversaires de gauche comme de droite – le DNVP de Hugenberg, notamment – font de moins en moins mystère de leurs objectifs antirépublicains. Ainsi, si Kirchheimer puise abondamment à la source schmittienne, c'est toujours pour adresser des mises en garde à son propre parti et à ses propres alliés, pour leur rappeler les conditions précaires qui supportent la légalité constitutionnelle et, par le fait même, fondent leur propre capacité d'action. Lors d'une journée célébrant le dixième anniversaire de la constitution (en 1930), Kirchheimer laissait tomber cet avertissement :

« La constitution de Weimar repose à l'origine sur un compromis entre la bourgeoisie et la social-démocratie, un compromis visant à "maintenir l'État" [*staatserhaltenden*"]. La bourgeoisie tenait à ce compromis aussi longtemps qu'elle croyait ne pas pouvoir se passer de la social-démocratie pour le maintien de son État. La démocratie de compromis s'est progressivement changée en démocratie de camps d'armées. La social-démocratie ne doit donc laisser aucun doute chez ses partisans [...], à l'effet que le temps du compromis est terminé, et que celui de l'autoconservation par le maintien de l'État [*der staatserhaltenden Selbsterhaltung*] a commencé. »<sup>34</sup>

Tous les lecteurs de Kirchheimer ont noté l'importante rupture qui survient dans la trajectoire du jeune constitutionnaliste au cours de l'année 1930. Les motifs sont bien sûr de plusieurs ordres – biographiques, politiques, intellectuels. Nous nous bornerons à signaler un élément décisif : le retrait du gouvernement Müller, le 30 mars 1930, qui oblige les forces républicaines à lutter à front renversé. Rejeté dans l'opposition, le SPD occupe désormais une position défensive, face à un exécutif présidentiel qui se fait fort d'exploiter et de précipiter l'érosion du système parlementaire. Pour Kirchheimer, les événements politiques de l'année 1930 servent de révélateur : voilà que se dévoile une affinité inquiétante entre de larges segments de la

---

34 Kirchheimer, "Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems. Auch ein Beitrag zum Verfassungstag" (1930), in : VWRFF, p. 95.

bourgeoisie, autrefois libérale, et un pouvoir exécutif de plus en plus concentré. Si les sociaux-démocrates allemands sont confinés à l'immobilisme depuis les élections de juin 1920, la morphologie de leurs vis-à-vis bourgeois a connu, quant à elle, de profondes modifications. Dès le début de la période dite de "stabilité relative" (1923-1929), on a pu observer une conversion des classes bourgeoises, aboutissant en 1930 à ce que Kirchheimer appelle « la réduction complète de la conscience [*Bewußtseinshaltung*] bourgeoise à son substrat économique ». <sup>35</sup>

« À la place d'une bourgeoisie indépendante, qui surmonte la différenciation de ses intérêts économiques au moyen d'une conscience culturelle et politique homogène, apparaît l'absolutisme des groupements et des associations économiques, auquel de larges couches de la moyenne bourgeoisie ainsi que de la petite et moyenne paysannerie ne sont liées qu'extérieurement, par une prospérité factice et non plus par une position politique fondamentale. » <sup>36</sup>

En même temps qu'elle rend malaisée la formation des majorités gouvernementales et le fonctionnement de l'institution parlementaire, l'implosion de la bourgeoisie, sa défection des partis libéraux traditionnels au profit de groupes d'intérêt étrangers au jeu parlementaire, favorise une nouvelle pratique de l'article 48 WRV et des prérogatives de l'exécutif. Face au besoin d'intégration de la bourgeoisie, le dispositif de la légalité parlementaire paraît désormais trop lent et incertain. Il doit céder sa place à un nouveau législateur, détaché des partis politiques, et chargé de représenter les intérêts de la classe bourgeoise dans sa globalité (la nécessité d'assainir les finances publiques, par exemple) contre les groupes individuels qui la composent ou qui la représentent au Parlement. <sup>37</sup> C'est là, au yeux de Kirchheimer, la clé du succès du cabinet Brüning, de

---

35 "Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts" (1932), in : FSV, p. 43.

36 Ibid., p. 42 sq.

37 "Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems" (1930), in : VWRF, p. 95.

ses politiques d'austérité et de l'état d'exception économique, dont on a vu en Carl Schmitt un supporteur enthousiaste.

Cette conversion soudaine de la bourgeoisie force le jeune Kirchheimer à abandonner sa compréhension de la démocratie constitutionnelle : ce n'est désormais plus la lutte "mythique" entre le prolétariat et la bourgeoisie qui doit servir de point de référence pour éclairer la nature et le destin de la légalité parlementaire, mais un processus de "cartellisation" qui déploie ses effets à l'intérieur des classes bourgeoises.<sup>38</sup> Suivant cette voie, on pourra dire que Kirchheimer s'éloigne et de Lénine et de Schmitt, pour retrouver l'inspiration qui guidait Marx dans *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte*, lorsqu'il expliquait la chute de la République de 1848 non par l'intensification des luttes de classes, mais par le rapport ambivalent et circonstanciel que la bourgeoisie en général – le Parti de l'ordre en particulier – nouait au parlementarisme et aux libertés publiques.

« La bourgeoisie reconnaît que son propre intérêt commande qu'elle soit protégée du danger de sa propre domination ; que pour établir le calme dans le pays, il importe avant tout de ramener le calme au Parlement bourgeois ; que pour maintenir intacte sa puissance sociale, il faut briser sa puissance politique ; que les bourgeois privés ne peuvent continuer à exploiter les autres classes et à jouir tranquillement de la propriété, de la famille, de la religion et de l'ordre qu'à condition que leur classe soit condamnée [...] à la nullité politique. »<sup>39</sup>

---

38 Kirchheimer, "Changes in the Structure of Political Compromise" (1941), in : PLSC, p. 141.

39 Karl Marx, *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte* (1852), in : *Les Lutttes de classes en France*, éd. M. Rubel, Paris, Gallimard 1994, p. 233. Face au destin des Papen, Schleicher et autres "conservateurs révolutionnaires", Schmitt aurait eu avantage à méditer cette remarque de Marx, où la puissance critique de l'ironie atteint son sommet : « C'est ainsi que la bourgeoisie prodigue ses applaudissements serviles au coup d'État du 2 décembre, à l'anéantissement du Parlement, à la ruine de sa propre domination, à la dictature de Bonaparte. Au tonnerre d'applaudissements du 25 novembre répondit la canonnade du 4 décembre, et c'est la maison de M. Sallandrouze, celui qui avait été le plus ardent à crier bravo, qui reçut le plus grand nombre d'obus » (p. 288).

Ultimement, c'est l'intérêt régressif de ce que Marx appelle la « masse extraparlamentaire de la bourgeoisie » qui retire à ses propres représentants politiques toute marge de manœuvre face au chef de l'exécutif, qui sape la légalité parlementaire et qui livre la République à un aventurier « élevé sur le pavois par une soldatesque ivre, qu'il a acheté avec de l'eau-de-vie et du saucisson ». <sup>40</sup>

Ce qui avant tout soulève l'intérêt du jeune constitutionnaliste, c'est la façon dont cet effort de démantèlement se répercute au sein de sa propre discipline, la doctrine constitutionnelle. Il se manifeste d'abord par le rejet du légicentrisme, par « le renoncement définitif aux sections de la constitution de Weimar qui donnent une prééminence incontestable dans la hiérarchie des sources du droit, aux lois parlementaires [exprimant] la volonté populaire ». <sup>41</sup> Un rejet qui était, comme il a été mentionné, l'un des traits dominants du mouvement antipositiviste dans la théorie constitutionnelle weimarienne. <sup>42</sup> Pour Kirchheimer, comme pour son ami Franz Neumann plus tard, le décentrement du droit par rapport à la loi parlementaire relève moins d'un développement interne à la théorie – d'un “changement de paradigme” si l'on veut – que de la traduction, en langage théorique, des craintes inspirées par l'élargissement de la représentation nationale aux travailleurs, aux femmes et aux non propriétaires.

De là, le démantèlement de la légalité parlementaire se poursuit, toujours sur le plan doctrinal, par le changement de fonction de la théorie constitutionnelle, par « le déplacement de [ses] fondements axiomatiques ». <sup>43</sup> Car si la loi positive se voit déclassée au profit d'autres types de normes, il n'est guère de raison pour que la constitution elle-même continue d'être l'unique point de référence « pour répondre au questions de

---

40 Ibid., p. 233.

41 “Der Verfassungslehre des Preußen-Konflikts” (1932), in : FSV, p. 44.

42 Supra, p. 129 sqq.

43 “Der Verfassungslehre des Preußen-Konflikts” (1932), in : FSV, p. 45.

droit positif». <sup>44</sup> Il ne s'agit pas seulement de contester la productivité de la méthode positiviste à la Laband, ni d'y intégrer des éléments sociologiques ou historiques, mais de l'asservir à l'exercice effectif de la domination. En somme, il s'agit désormais de juger la valeur d'une théorie en fonction de sa capacité à servir *hic et nunc* le groupe disposant de l'appareil d'État. « Soumise à la loi de l'offre et de la demande », la théorie s'avilite et se change en savoir hermétique, à l'usage exclusif du Prince et de sa bureaucratie – l'exemple parfait étant bien sûr l'effort du conseiller Carl Schmitt pour défendre la légalité du coup de Prusse du 20 juillet 1932. <sup>45</sup>

Enfin, dernière transformation accompagnant le démantèlement de la légalité parlementaire, Kirchheimer relève l'abandon de la compréhension libérale et *rechtsstaatliche* des droits fondamentaux, au profit d'une conception plus "sociologique" et institutionnaliste, qui fait du groupe *et non de l'individu* le sujet privilégié du droit. Il faut moins y voir la disparition pure et simple des droits-libertés traditionnels que, précise Kirchheimer, leur "absorption" par des regroupements monopolistiques et leur conversion en « un ensemble de garanties liées à l'existence de groupes sociaux accrédités ». <sup>46</sup>

« Les droits de propriété deviennent un écran de protection pour les monopoles, la liberté de religion est employée à renforcer les corporations religieuses existantes, et la liberté d'expression et d'association doit recevoir la protection de puissantes organisations pour être reconnue. C'est le groupe social, dans la mesure où il est reconnu par d'autres groupes,

---

44 Ibid., p. 44.

45 Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, op. cit., p. 123 sq.

46 Kirchheimer fait référence à la doctrine exposée par Schmitt en 1931, et reprise par son élève Ernst Huber l'année suivante. Sur la doctrine schmittienne des "garanties institutionnelles" comme base de départ pour une relecture autoritaire de la constitution de Weimar, cf. Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, op. cit., pp. 89-93. On pourra également se référer au célèbre article de Franz Neumann, "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft" (op. cit.), qui voit dans l'institutionnalisme de Schmitt la « doctrine juridique de l'État autoritaire ».

qui reçoit une protection, et non l'individu. Le membre d'un groupe trouve l'autorité publique disposée à le protéger contre son propre groupe seulement dans les cas extrêmes, ou lorsque la légitimité du groupe est passablement problématique. Et si jamais un des droits individuels traditionnels se voit menacé, il ne pourra prévaloir que sous la forme d'une garantie attachée à un groupe. L'individu est ainsi contraint d'adhérer au groupe, et ceci consolide, en retour, le statut du groupe. »<sup>47</sup>

De façon générale, le démantèlement de la légalité parlementaire s'accompagne d'une transformation du rôle joué par les compromis dans la formation de la volonté politique, ainsi que d'une relativisation du droit d'opposition. Puisque les compromis décisifs n'interviennent plus qu'à l'extérieur de l'arène parlementaire, entre un certain nombre de grandes organisations (syndicats, cartels, associations d'intérêts, armée, bureaucratie, groupes paramilitaires, etc.), les garanties de l'opposition sont désormais conçues exclusivement en termes de "pluralisme", c'est-à-dire en fonction d'un état d'équilibre général qu'il faut faire perdurer. On voit ici se dessiner une première problématisation du phénomène du « déclin de l'opposition », qui va occuper Otto Kirchheimer dans les années 1950.<sup>48</sup>

Le renversement des fronts politiques qui survient au cours de l'année 1930 engage donc une relecture ou, à mieux dire, une reformulation de l'opposition légalité / légitimité sur le fond, cette fois, de l'autonomisation du pouvoir exécutif et de sa bureaucratie. Ce n'est plus la légitimité démocratique, la "logique de l'identité" et la puissance homogénéisante du mythe qui menacent d'emporter une légalité parlementaire neutre, technique et formaliste ; ce n'est plus au Sujet révolutionnaire prolétarien que celle-ci doit faire face. Elle se trouve au contraire ébranlée en son sein même, par la défection de ses "couches porteuses" (pour employer la terminologie wébérienne) traditionnelles et

---

47 Kirchheimer, "Changes in the Structure of Political Compromise" (1941), in : PLSC, p. 141 sq.

48 Cf. "The Waning of Opposition in Parliamentary Regimes" (1957), in : PLSC, pp. 292-318.

par l'érosion de ses prémisses sociologiques les plus élémentaires.

En 1930, l'abandon par Kirchheimer de la compréhension "mythologique" de la légitimité aboutit à ce qu'il convient d'appeler un *légalisme défensif*. Il s'agit d'une position étrange et paradoxale, qui paraîtra sur plusieurs points n'être qu'une image renversée de celle alors défendue par son mentor Carl Schmitt. Ce dernier, on le sait, endosse pleinement la césure entre légalité et légitimité. Il y voit le témoignage et la conséquence nécessaire d'une crise du médium de la loi – une crise précipitée par le "virage vers l'État total" et la migration du politique vers le domaine de la technique. Il est, pour le dire autrement, dans l'ordre des choses que la légitimité se braque tôt ou tard contre la simple légalité, et tout système constitutionnel qui refuse de facto de choisir entre les deux principes contradictoires court à sa perte. C'est là un constat que Kirchheimer n'admet plus que partiellement : il reconnaît certes dans la disjonction entre le "système de la légalité" et le besoin d'une légitimité supérieure le symptôme d'une crise profonde, mais il en trouve l'origine dans un effort concerté, de la part de certaines élites conservatrices, de l'armée et de la grande industrie, pour saboter l'ordre constitutionnel de 1919.<sup>49</sup> La pièce maîtresse de cette entreprise – son opérateur privilégié, si l'on veut – c'est la bureaucratie fédérale. Face à un Parlement qui incarne, comme l'écrivait Marx, « le régime de l'agitation, lequel [...] vit de la lutte et par la lutte »<sup>50</sup>, la fonction publique du *Reich*, drapée dans sa tradition de neutralité et d'impartialité, se présente comme un pôle de résistance. Cependant que l'usage continu des pouvoirs d'exception de l'article 48 lui ouvre un champ d'action d'une ampleur inédite, elle cherche à compenser la perte de son assise légale-parlementaire « en renforçant sa relation et son engagement vis-à-vis le peuple comme totalité ».<sup>51</sup> On touche ici au point névralgique du

---

49 Pour une analyse similaire, cf. notamment Peukert, *La République de Weimar. Les années de crise de la modernité*, op. cit., p. 268 sq.

50 Marx, *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte* (1852), op. cit., p. 232.

51 Kirchheimer, "Legalität und Legitimität" (1932), in : PH, p. 7.

diagnostic posé par Kirchheimer : le retournement de la légitimité contre la légalité, la déformalisation de l'ordre constitutionnel, sa soumission à un impératif matériel (« l'indiscutable justesse » de l'action du gouvernement)<sup>52</sup>, ce ne sont là que *les manifestations les plus spectaculaires d'une autonomisation de l'appareil bureaucratique*, un processus que la pensée de Carl Schmitt, malgré toute sa sophistication, ne fait que calquer docilement.

« En tant qu'instance neutre de médiation, qui agit comme un tiers dans une situation d'équilibre relatif entre les groupes sociaux, la bureaucratie est devenue la puissance décisive en Allemagne, en raison de son caractère fermé et de sa relation étroite avec la force armée (dont elle assure la coordination). Elle est la porteuse [*Trägerin*] de la nouvelle légitimité, qui clôt l'ère de la légalité démocratique-parlementaire. »<sup>53</sup>

La scission entre légalité et légitimité – ou, à mieux dire, l'émergence d'un principe de légitimité qui surplombe le fonctionnement du système de la légalité – n'est donc ni nécessaire ni irréversible. Contrairement à ce que Schmitt voudrait faire croire, il ne s'agit pas d'un “destin” auquel on doit acquiescer. À vrai dire, le légalisme défensif regarde avec une grande méfiance cette évolution. Il refuse par principe les solutions qui exigent la mise à l'écart des dispositions organisationnelles et du “système de la légalité”, au bénéfice d'une légitimité attachée à la constitution comme “totalité”. Bien qu'en regard du blocage constitutionnel de l'été 1932 il suive une ligne de conduite similaire à celle de Gerhard Anschütz ou de Richard Thoma (la “normativité par la légalité”), il faut toutefois se garder d'assimiler trop rapidement cette posture à un positivisme de facture classique. Comme dans le cas de Weber, Otto Kirchheimer invite à ce que l'on osera nommer un positivisme “réfléch” ; son attachement à la légalité est affranchi de l'optimisme et des espoirs qu'y investissaient ses aînés.<sup>54</sup> Il

---

52 Ibid., p. 13.

53 Ibid., p. 26.

54 Cf. W. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, op. cit., pp. 39-63.

vaut d'abord à titre de tactique de combat, et la relation qu'il dessine entre légalité et légitimité demeure tout empreinte de ce dessein polémique et critique. C'est ce qui ressort du débat important qui a opposé Kirchheimer à Ernst Fraenkel, dans les derniers mois de 1932, à propos des projets de réforme constitutionnelle. Il s'agit, pour le jeune juriste, de chercher à concevoir le rapport entre légalité et légitimité en évitant tout à la fois de les opposer terme à terme – comme le fait Carl Schmitt – ou de séparer abstraitement l'ordre légal et le champ des "rapports de force objectifs".

### Le légalisme et la réforme de la constitution

La politique de confrontation suivie par le cabinet Papen à l'été 1932 et son souhait répété de voir s'ériger un "nouvel État" (*Der neue Staat*, selon le titre du pamphlet de Walter Schotte)<sup>55</sup> font passer le problème de la réforme constitutionnelle du stade d'hypothèse d'école à celui de sujet d'actualité. Selon les mots du chancelier Papen lui-même, « la réforme de la constitution doit viser à rétablir un rapport juste entre le peuple et un gouvernement puissant et autoritaire ».<sup>56</sup> Bien que ce ne soit pas exactement en ces termes que la question vient à se poser au sein de la petite communauté des juristes, l'idée commence à courir qu'une réforme constitutionnelle pourrait représenter le seul moyen d'éviter une mise hors circuit de la constitution de 1919. Une des positions les plus intéressantes à avoir été développées à cette occasion fut celle du constitutionnaliste socialiste Ernst Fraenkel.<sup>57</sup> Position intéressante, d'abord, en raison de son efficace historique – c'est elle qui se trouve à l'origine de l'article 67 de la constitution de 1949, établissant les conditions nécessaires à un vote de défiance contre le gouvernement

---

55 Cf. supra, p. 225, n. 100.

56 Discours à Munich, le 12 octobre 1932.

57 Dans l'article "Verfassungsreform und Sozialdemokratie", paru à l'origine dans *Die Gesellschaft* à la toute fin de l'année 1932. Maintenant in : Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, op. cit., pp. 89-103.

en exercice (*konstruktive Mißtrauensvotum*). Mais position intéressante également dans le cadre des débats proprement weimariens, en raison de son réalisme, de sa modestie, de son apparent prosaïsme. « Cette proposition de réforme, écrivait Fraenkel lui-même, veut se limiter à rendre à nouveau possible le fonctionnement de la constitution ; nous évitons donc de développer des correctifs qui ne valent qu'en eux-mêmes et pour eux-mêmes. Il n'est guère de temps pour les "replâtrages cosmétiques". »<sup>58</sup> Cette revendication de *Sachlichkeit*, cet attrait pour l'ingénierie constitutionnelle peut rappeler les propositions de parlementarisation que Max Weber avait mis de l'avant en 1917 : l'abrogation de l'article 9(2) de la constitution de 1871, qui empêchait les membres de l'exécutif de siéger au Parlement, et l'introduction d'un droit d'enquête au bénéfice du Parlement.<sup>59</sup> Mais alors qu'il s'agissait pour Weber d'introduire une forme de responsabilité ministérielle, le projet de Fraenkel vise plutôt à assouplir le rapport entre l'assemblée législative et le gouvernement du *Reich*. Pour Fraenkel, il faut modifier l'article 54 WRV<sup>60</sup> de façon à autoriser la destitution du chancelier et de son cabinet seulement lorsqu'on dispose d'une solution de rechange. L'objectif est bien sûr d'éviter que les majorités "négatives" (NSDAP-KPD-DNVP) dominant le Reichstag – des majorités qui ne peuvent s'entendre sur aucun programme "positif" – ne paralysent l'activité du gouvernement en abusant du vote de défiance. La pratique de l'article 54 WRV repose, écrit ainsi Fraenkel, sur un "présupposé latent", celui voulant que les partis d'opposition qui remportent un vote de défiance puissent se constituer en gouvernement, de telle sorte qu'un Reichstag qui serait incapable d'accorder sa confiance à un

---

58 Fraenkel, "Verfassungsreform und Sozialdemokratie", op. cit., p. 100.

59 Cf. Wolfgang Mommsen, *Max Weber et la politique allemande 1890-1920*, op. cit., p. 232 sq.

60 « Le Chancelier et les ministres du *Reich* doivent, pour l'accomplissement de leurs fonctions, jouir de la confiance du Reichstag. Chacun doit démissionner si le Reichstag lui retire sa confiance par un vote exprès ».

quelconque gouvernement perdrait *ipso facto* son droit à la défiance.<sup>61</sup>

Le refus opposé par Kirchheimer au projet de réforme de son confrère socialiste laisse voir toute la complexité de ce qu'on a choisi d'appeler le "légalisme défensif". Il faut pour cela examiner sommairement deux lignes d'argumentation distinctes et partiellement indépendantes.<sup>62</sup> La première concerne la "méthode", c'est-à-dire la forme que doit revêtir la théorie constitutionnelle et son rapport à l'effectivité politique, alors que la seconde s'attache plus directement à l'opportunité des réformes proposées par Fraenkel.

On pourra dire que, dans un premier temps, Kirchheimer tire les leçons du décisionnisme de son mentor, de la dissolution des notions synthétiques, du refus des artefacts et des "fictions" normatives au profit d'une attention portée exclusivement au jeu des "médiations". C'est là, signalons-le au passage, un point de jonction entre le décisionnisme "restreint" de Carl Schmitt et le marxisme hétérodoxe de son jeune disciple : il s'agit de « dissoudre le caractère fétiche des phénomènes sociaux par une analyse de la réalité », afin d'éviter de « prendre pour point de départ, en matière de théorie constitutionnelle, une connaissance a priori de l'État et de la Société, indépendante de toute expérience sociale concrète ». <sup>63</sup> À cet aune, la première erreur

---

61 Fraenkel, "Verfassungsreform und Sozialdemokratie", op. cit., p. 97. Fraenkel proposait aussi, comme prolongement naturel à cette modification de l'article 54 WRV, une interprétation de l'article 48(3) WRV permettant au président d'en appeler au peuple par référendum si une "ordonnance législative" (*gesetzvertretende Notverordnung*) à laquelle il tenait venait à être censurée par le Reichstag. Ainsi, à la différence de la procédure prévue à l'article 73, il ne s'agit pas de soumettre au peuple un projet de loi contesté par le président, mais du maintien d'une ordonnance présidentielle contre la volonté expresse du Reichstag.

62 Cf. Ulrich Kohlmann, "Der Denkweg Otto Kirchheimers", in : *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie*, vol. 1, 1982, pp. 502-515.

63 Kirchheimer, "Verfassungsreform und Sozialdemokratie" (1933), in : FSV, p. 79 sq. L'article de Kirchheimer, qui répond à l'article de Fraenkel, paraît dans le premier numéro de l'année 1933 de la revue *Die Gesellschaft*.

commise par Fraenkel, c'est de ramener l'objet "constitution" à sa seule essence de règle, à son "sens dogmatique" si l'on veut, et d'en absolutiser la signification. Procédant de la sorte, Fraenkel est conduit à ignorer que la valeur d'une constitution ne repose jamais sur son être-normatif (*auf den juristische Normenbestand*) à proprement parler, mais sur le comportement des acteurs qui la prennent comme point de référence et sur le fonctionnement effectif des instances qu'elle prétend régler. La question essentielle devient, par conséquent, celle de savoir si l'on peut « compter sur le fait que les autres puissances politiques [*Machtfaktoren*] vont se conduire légalement », ou « si les autres partis et les autres groupes sociaux sont disposés à accepter les institutions démocratiques fondamentales même s'ils sont par là conduits à limiter leurs aspirations à la domination et à ménager une marge de manœuvre à leurs adversaires politiques ». <sup>64</sup>

Autre façon de dire qu'une constitution se concrétise au sein d'une constellation de rapports de force, et que c'est uniquement à partir de cette "concrétisation", de ses "effets", des développements et des équilibres qu'elle rend possibles, qu'il faut en évaluer la valeur. C'est un parti diamétralement opposé qu'adopte Fraenkel, puisqu'il accorde d'emblée à la légalité constitutionnelle, à sa mise en œuvre paisible et sereine, une valeur en soi. Du coup, ainsi que le déplore Kirchheimer, il demeure aveugle au fait qu'aucun parti – et surtout pas la social-démocratie – ne peut désirer sans condition un ordre constitutionnel fonctionnel.

« Au sein d'une constitution qui ne repose pas sur une structure sociale homogène, mais dans laquelle chaque modification de l'équilibre entre les organes de l'État se traduit par un déplacement de la domination d'une couche sociale vers une autre, il ne peut exister aucun intérêt général attaché à son seul fonctionnement. » <sup>65</sup>

---

64 Kirchheimer, "Verfassungsreform und Sozialdemokratie" (1933), in : FSV, p. 81.

65 Ibid., p. 83.

C'est ce constat élémentaire qui doit servir de point de départ à toute proposition de réforme, à défaut de quoi celle-ci demeure prisonnière d'une perspective étroitement technique, ou de ce qu'on pourrait appeler un légalisme "doctrinaire". Un légalisme qui ne tient pas compte de « l'affaiblissement de l'intérêt pour la légalité »<sup>66</sup> chez certains groupes, ou qui tient cet état de fait pour un détail secondaire.

En proposant une modification de l'article 54 WRV, Fraenkel cherche à résoudre le problème posé par l'utilisation répétée du droit de dissolution accordé au président par l'article 25(1). Devant une chambre dominée par les majorités négatives, il est naturel que le président anticipe un vote de défiance à l'endroit de son cabinet, et qu'il cherche à le prévenir en dissolvant préalablement la chambre. Ce qui ne manquera pas, en retour, d'exacerber la méfiance de la chambre envers le gouvernement, et de l'inciter à une opposition encore plus résolue. Rendre la procédure de défiance plus compliquée ou plus exigeante devrait permettre, selon Fraenkel, de briser ce cercle des dissolutions parlementaires à répétition et de rétablir un rapport à peu près fonctionnel entre le Parlement et le gouvernement. Certes, cette proposition est raisonnable pour qui l'entend sur un plan étroitement technique. Dans le contexte de l'État de Weimar cependant, la modification de l'article 54 ne ferait que renforcer le blindage dont jouit déjà la bureaucratie fédérale dans son rapport non seulement au Parlement, mais aussi au cabinet, au président plébiscitaire et à la direction politique de façon générale. Pour Kirchheimer, comme pour son *Doktorvater*, c'est la montée de l'État administratif qui constitue le mouvement de fond de l'histoire de Weimar : l'émergence d'un vaste appareil bureaucratique et son autonomisation (*Verselbständigung*). Il faut parler, suivant Kirchheimer, d'une « unification » et d'une « concentration du pouvoir de l'État » : « Le pouvoir judiciaire et l'administration sont devenus beaucoup plus proches l'un de l'autre dans leurs opérations quotidiennes et dans la définition de leur place

---

66 Ibid., p. 98.

respective au sein de l'État. »<sup>67</sup> En contrepartie, l'activité législative du Parlement s'est confinée, depuis la guerre, à l'élaboration de lois-cadres et à la définition d'objectifs généraux, imposant un minimum de contraintes à l'administration. En prémunissant le chancelier et ses ministres contre les caprices des majorités, on affaiblit encore davantage le parlement, on lui retire un pouvoir de contrôle *post facto* qui compensait partiellement, écrit Kirchheimer, « son absence d'influence directe sur l'activité administrative ». <sup>68</sup> « *Une légalisation des méthodes de domination bureaucratique*, à une époque divisée par les clivages sociaux et les objectifs politiques »<sup>69</sup> : c'est là la conséquence prévisible bien qu'involontaire de la réforme proposée par Fraenkel.

En somme, ce que Fraenkel semble craindre par dessus tout – si l'on suit la lecture que propose Kirchheimer – c'est l'écart entre la légalité constitutionnelle et “les rapports de force objectifs”. La modification de l'article 54 vise ainsi à ramener cet écart à des proportions jugées “acceptables”. Pour Kirchheimer, au contraire, cet écart ne représente pas en lui-même un mal. Peut-être le serait-il dans le cadre d'une société traditionnelle, peu différenciée. Sous un régime démocratique et représentatif toutefois, les droits individuels, les libertés publiques et l'égalité formelle assurent la possibilité d'un « développement légal » au prix d'une conflictualité permanente et d'une « inévitable tension entre l'ordre légal et l'ordre du pouvoir ».

« Dans un régime démocratique, précise Kirchheimer, il peut facilement advenir que – pour employer cette terminologie – la superstructure juridique “penche vers l'avant” [“*voraushinkt*”] en regard des rapports de force objectifs. La puissance réelle peut se trouver dans les mains d'une bureaucratie liée à des classes féodales, alors que l'ordre constitutionnel prévoit tou-

---

67 Ibid., p. 94 sq.

68 Ibid., p. 91.

69 Ibid., p. 88, je souligne.

jours la possibilité que des partis démocratiques assument la direction politique. »<sup>70</sup>

Ce décalage inévitable entre la légalité constitutionnelle et les puissances sociales acquiert alors une valeur positive. Il devient le dernier point d'appui que peut trouver le régime démocratique. Le maintien de la démocratie ne se laisse plus penser en termes d'ajustement et d'adaptation, mais sous la forme de la résistance et de la lutte sur le terrain politique « de façon à rendre possible une réalisation significative de l'ordre légal ». <sup>71</sup> « Et, avertit Kirchheimer, on aurait tort d'ignorer que l'évolution constitutionnelle concrète peut seulement être le résultat d'une telle lutte. »<sup>72</sup>

Ainsi, si Kirchheimer et Fraenkel prennent tous deux la défense de la légalité constitutionnelle, contre la dichotomie légalité / légitimité tracée par Schmitt, il faut bien mesurer le fossé entre leur façon d'envisager ce qu'implique le respect de la légalité. Le légalisme de Fraenkel cherche à ramener au minimum l'écart entre la norme et les faits, quitte à calquer tout simplement la normativité sur la facticité, en allant jusqu'à sacrifier son caractère formel et "ouvert". La légalité se réduit dès lors à une « légalisation de la répartition actuelle du pouvoir »<sup>73</sup>, à son devenir-légal. Le légalisme défensif prête, au contraire, à la légalité une certaine force de résistance et d'altérité. Il part de l'idée qu'il faut résister à la légalisation ou "l'adaptation", dans la mesure où elles referment les possibilités d'évolution démocratique – et, pour Kirchheimer, résolument socialiste – que contient la constitution de 1919, même si cette résistance risque d'accentuer la disparité entre, d'un côté, le texte de la constitution et, de l'autre, le fonctionnement concret des institutions.

En même temps qu'il accorde une primauté à la lutte politique et au déterminisme de la "structure sociale", Kirchheimer adhère scrupuleusement à la légalité dans l'espoir de préserver

---

70 Ibid., p. 85.

71 Ibid., p. 84.

72 Ibid., p. 99.

73 Ibid., p. 92.

le contenu “progressiste” de la constitution de Weimar contre ce qui lui semble son démantèlement par des éléments réactionnaires. Il en résulte une oscillation incessante, voire une incertitude, entre un attachement presque “positiviste” à la légalité constitutionnelle<sup>74</sup> et l’effort pour ramener celle-ci à ses “effets” concrets sur les acteurs et sur le jeu des instances. Singulière posture qui cherche à conjuguer une *attitude* légaliste et une *méthode* décisionniste. Aussi voit-on l’étrange légalisme qui en résulte combattre simultanément sur deux fronts. En opposition au maître Carl Schmitt, il s’agit de refuser le détachement d’une légitimité supralégale, en montrant comment celle-ci camoufle la montée de l’État administratif et la mise en place d’un dispositif gouvernemental qui, malgré l’invocation répétée de la figure du Peuple, ne représente « qu’une station intermédiaire sur la route menant à l’autoritarisme complet ».<sup>75</sup> Contre le réformisme socialiste de ses confrères plus âgés, il s’agit de rappeler que la légalité, avec sa précieuse “positivité” et son “formalisme” idéal, demeure suspendue à un ensemble de conditions (sociales, politiques, institutionnelles) excédant le champ juridico-constitutionnel. Le respect de la légalité présuppose du coup un effort énergétique pour maintenir ces conditions. Envisagée sous cet angle, la crise de la constitution de Weimar paraît résulter moins d’une tare ou d’un raté interne, susceptible d’être réparé au moyen d’un amendement, que d’une mise hors circuit délibérée, à l’initiative de classes privilégiées encore puissantes mais qui sentent leur position hégémonique compromise.

Faudra-t-il conclure, suivant Kohlmann<sup>76</sup>, qu’avec la prise du pouvoir par le NSDAP en mars 1933, cette stratégie de défense de la légalité « devient sans objet » ? La chose ne fait guère de doute. Kirchheimer n’entretiendra jamais l’espoir,

---

74 « Toute controverse constitutionnelle doit être tranchée sur la base de la constitution de Weimar » (“Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikt” [1932], in : FSV, p. 45).

75 “Decree Powers and Constitutional Law in France under the Third Republic” (1940), in : PLSC, p. 130, n. 56.

76 Kohlmann, “Der Denkweg Otto Kirchheimers”, op. cit., p. 511.

même fugitif, que le nouveau régime puisse se “normaliser” et s’orienter suivant une quelconque légalité.<sup>77</sup> Il n’en reste pas moins qu’à défaut de proposer une ligne de conduite claire, Otto Kirchheimer parvient à articuler, au contact de l’urgence politi-

---

77 Kirchheimer s’oppose encore ici à Ernst Fraenkel, au sujet cette fois de la thèse développée par ce dernier en 1941 dans *The Dual State*. Dans cet ouvrage publié aux États-Unis, Fraenkel décrivait le fonctionnement du régime nazi comme la cohabitation de deux “États” – l’un “normatif”, désignant un système juridique au fonctionnement prévisible, normé par un ensemble de règles préétablies, mises en œuvre par un pouvoir judiciaire indépendant, et l’autre dit “de prérogative” qui repose sur un appareil policier répressif et qui a l’arbitraire comme seul principe. Pour Fraenkel, l’État normatif, “légal”, assure le minimum de rationalité formelle nécessaire à la bonne marche du capitalisme allemand, alors que l’État de prérogative garantit l’homogénéité politique et l’incorporation des individus au sein d’une communauté raciale. Kirchheimer conteste cette dichotomie au motif qu’elle constitue « *an application of cherished but antiquated doctrines to a radically changed reality* » (cf. Kirchheimer, recension d’Ernst Fraenkel, “The Dual State”, in : *Political Science Quarterly*, vol. 56, n° 3, 1941, p. 436). C’est que aux yeux de Kirchheimer et de son ami Franz Neumman (dans son *Behemoth* de 1942), le capitalisme monopolistique, tel qu’il se déploie sous le Troisième Reich, « ne repose plus sur un système prévisible de normes préexistantes, mises en œuvre par une bureaucratie judiciaire » (ibid., p. 435) mais sur un pouvoir judiciaire complètement déformalisé, composé d’une myriade de juridictions autonomes et concurrentes. Il peut donc se passer des conquêtes libérales de l’État “normatif” et de sa légalité, lesquelles vont lui paraître nuisibles, une fois franchi un certain seuil de concentration monopolistique. Sous le régime nazi, la tension entre la légalité et la légitimité disparaît ou, à mieux dire, elle se dissout dans un pluralisme de juridictions “concrètes” (c’est-à-dire déformalisées). « Les droits et les privilèges accordés à l’individu comme tel sont abolis. Les conflits à l’intérieur des groupes, à l’occasion desquels l’individu peut lutter pour la préservation de son statut juridique et de ses droits, deviennent le théâtre d’une simple collision de forces, et l’individu atomisé devient l’objet d’une domination exercée par un groupe monopolistique et par des appareils corporatifs. Simultanément, ne pouvant plus offrir de protection à l’individu, la légalité devient nulle et non avenue ; elle se dissout dans la rationalité technique, qui constitue désormais le fondement des institutions juridiques, de l’ordre légal et de la machine judiciaire chargée de l’appliquer » (Kirchheimer, “The Legal Order of National Socialism” [1941], in : PLSC, p. 108 sq.).

que, une compréhension originale du rapport entre légalité et légitimité.

### Le piège de la légitimité

Otto Kirchheimer partage avec Carl Schmitt une *épistémè* décisionniste qui commande une même méfiance envers la désirabilité, et même la possibilité, d'une réforme de la constitution. Tous deux juristes "engagés", le maître et son jeune disciple placent au cœur de leur analyse de la décomposition du régime républicain l'antinomie légalité / légitimité. L'écart entre les deux diagnostics n'en est que plus frappant.

Pour le constitutionnaliste Carl Schmitt, il faut envisager cette relation sous la forme d'une opposition radicale, dynamique, qui conduit le régime à une forme plus ou moins consciente d'autodestruction. La légalité (*Legalität*), ce n'est en effet qu'un terme ambigu – se confondrait-il avec la *Gesetz-mäßigkeit* ? – par lequel on désigne une légitimité qui n'en est plus une, aboutissement d'un long processus de formalisation et d'abstraction de l'État. Poussé au bout de sa logique intrinsèque, le système de la légalité ne supporte plus aucune discrimination ami / ennemi, il devient un mécanisme sans aspérité, neutre quant à sa propre survie. Ce n'est donc pas sous les coups d'un adversaire intérieur que la légalité est condamnée à périr, mais sous ceux de redoutables ennemis intérieurs, de factions en lutte les unes avec les autres. Des parasites qui ont grandi sous le couvert protecteur de la légalité et qui en exploitent maintenant toutes les possibilités. C'est la situation que Carl Schmitt décrit de façon schématique – non sans une certaine plausibilité, cependant – en superposant le principe de l'égal accès de chaque parti au pouvoir politique (la « chance égale ») et la « plus-value politique » associée à la simple possession du pouvoir légal.<sup>78</sup> La dialectique qui s'établit entre les deux termes pousse chacun des partis antagonistes à prendre les devants, à prévenir la déloyauté de ses adversaires, à frapper

---

78 Schmitt, "Legalität und Legitimität" (1932), in : VA, p. 289.

avant d'être frappé. Cette "ruse objective" de la chance égale exprime de façon transparente, pour Schmitt, la tendance auto-destructrice propre à la légalité. C'est ce qu'il convient d'appeler le "piège de la légalité".

Le jeune Otto Kirchheimer ne peut admettre ce diagnostic. S'il prend lui aussi comme point de départ le couple légalité / légitimité, Kirchheimer se garde bien, comme nous l'avons vu, d'opposer frontalement les deux termes. Dans un article important paru sous le titre "Legalität und Legitimität" à l'été 1932 dans la revue *Die Gesellschaft*<sup>79</sup>, il choisit plutôt de placer son analyse sous le patronage de Weber, en reprenant son idéaltype de la légitimité légale. « La revendication de légitimité d'un ordre social n'entre pas en contradiction avec l'ordre juridique en vigueur »<sup>80</sup> ; elle s'articule au contraire, précise Kirchheimer, dans « les formes de l'ordre juridique », elle ne désigne ni un fondement ni un surcroît de valeur qui redoublerait l'exercice effectif de la domination. Kirchheimer rejoint ainsi Weber à l'endroit précis où Schmitt cherche à s'en éloigner le plus possible. Mais cette convergence ne doit pas masquer une différence essentielle. Alors que Max Weber était conduit à cette définition étroitement formelle de la légitimité (une prétention à l'autorité articulée de façon plus ou moins explicite) en obéissant aux exigences méthodologiques de son projet comparatiste, Kirchheimer adopte cette définition en raison d'une sensibilité éminemment politique – ou si l'on préfère d'une sensibilité *au* politique.<sup>81</sup> À vrai dire, Kirchheimer réinterprète tout simplement les caractéristiques attribuées par Weber à la domination légale-rationnelle – impersonnalité, abstraction, positivité – dans les termes d'une théorie de la conflictualité politique. Une théorie, faut-il ajouter aussitôt, qui s'avère diamétralement

---

79 Un article auquel Schmitt fait référence dans son ouvrage *Legalität und Legitimität*, attestant du coup de l'antériorité du texte de Kirchheimer (cf. supra, p. 260, n. 14). On peut aller jusqu'à penser qu'en reprenant le titre choisi par son disciple, Carl Schmitt cherche à poursuivre la discussion.

80 Kirchheimer, "Legalität und Legitimität" (1932), in : PH, p. 7.

81 Cf. Lefort, "La question de la démocratie", in : *Essais sur le politique. XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, op. cit., p. 19 sqq.

opposée à celle de Carl Schmitt en ce qu'elle tient la dissension et la possibilité de son aménagement comme un élément structurant, plutôt que la nécessité du regroupement ami / ennemi et de l'affrontement.

« Il appartient directement à l'essence spécifique d'un ordre juridique qui n'est plus ni féodal ni lié par la tradition, d'un ordre juridique qui est devenu rationnel, de ménager à ceux qui s'opposent au système social existant la chance d'un traitement égal – au moins formellement – et d'appliquer le droit en vigueur de manière non discriminatoire, sans égard aux personnes. »<sup>82</sup>

On comprend donc que, aux yeux de Kirchheimer, le témoignage le plus éloquent de la prépondérance acquise par l'idée d'une légitimité supralégale soit livré par le rétrécissement du champ d'action dont dispose l'opposition politique et par la relativisation de ses droits. Dès lors qu'elle s'affranchit des barrières établies par la légalité parlementaire, par les procédures et les garanties qui lui sont liées, l'activité gouvernementale ne peut plus se réclamer que de la justesse de ses buts et de ses intentions – justesse dont le gouvernement lui-même est le seul juge, bien entendu. Substituant à la légalité parlementaire un "système d'ordonnances extralégales" souple, rapide et infiniment plus malléable, le régime qui s'installe en Allemagne au printemps 1930 doit donc mobiliser jusqu'à l'usure une composante téléologique que l'État de droit constitutionnel avait plutôt tendance à considérer avec suspicion. « Par la seule affirmation du caractère universellement contraignant de ses visées et de ses buts, un gouvernement affranchi de la loi cherche à susciter un consensus qui serait autrement impossible. » Du coup, la frontière entre ce qui relève de l'opposition et ce qui relève de la félonie se brouille. Pour le dire autrement, la légitimité du régime vient de plus en plus se confondre avec les visées du gouvernement en place, et la loyauté des partis d'opposition se mesure désormais à l'aune de leur adhésion aux dits buts.

---

82 Kirchheimer, "Legalität und Legitimität" (1932), in : PH, p. 7.

Prolongement direct de cette logique discriminante, on verra surgir tôt ou tard le problème de l'interdiction des partis politiques "ennemis". Aux yeux de Kirchheimer, la formule typique apparaît dans un article d'Otto Koellreutter qui propose, en 1932, de distinguer entre partis légaux et partis révolutionnaires, selon qu'ils manifestent ou non la « volonté consciente de participer à l'existence politique du peuple ». <sup>83</sup> Un parti révolutionnaire sera désigné hors la loi parce qu'il n'accorde aucune valeur à "l'unité nationale", et qu'il la compromettra volontiers au profit d'une cause plus vaste – Koellreutter pense évidemment au KPD, à l'internationalisme communiste et à la doctrine de la lutte des classes. La légalité constitutionnelle atteint ici son plus bas degré de formalisation : en même temps qu'elle réduit la teneur de "l'unité nationale" à la religion et à la propriété privée (qu'elle ne manque pas de sacraliser), la doctrine proposée par Koellreutter induit une modification complète de la fonction réservée à l'opposition politique. Selon la notion classique de la légalité, la légalité de l'opposition était identique à son respect des lois en vigueur, à sa *Gesetzmäßigkeit*. Pour qu'il y ait illégalité, l'autorité publique devait prouver que des actions concrètes avaient été posées en violation de dispositions du droit criminel. La logique discriminante prônée par Koellreutter – de même que par Schmitt, comme il a été mentionné au début de la présente section – prend le contre-pied de cette notion classique : l'insistance mise sur les "buts" et les "visées" de l'action du gouvernement se traduit d'abord par l'adoption d'un concept élargi de "délit", qui inclut désormais une évaluation des "intentions" et des desseins motivant l'acte incriminé. Élargissement qui implique toujours, d'une façon ou d'une autre, une projection dans un avenir hypothétique, un certain rapport à la contingence et au devenir historique que le formalisme de la légalité s'efforçait, au contraire, d'éviter. « *This task requires what I would call prefabrication of an alternative reality. The prosecution must outline a concrete situation, blending elements of universally known with fictitious*

---

83 Ibid., p. 19.

*happenings into projections of a dire future.* »<sup>84</sup> Entièrement absorbée dans un processus historique auquel on prête une remarquable univocité, une action peut changer subitement de signification, l'opposition à une politique spécifique peut révéler soudain une trahison contre le régime en place. À cette idée d'un danger qui n'est que "potentiel" correspond une répression qui devient "préventive". Cet élargissement de la notion de "délit" rompt enfin la relation d'imputation entre l'acte fautif et la personne individuelle, au profit d'une définition collective. Le crime, la déloyauté et la trahison appartiennent maintenant de facto à certaines associations – en raison non de leurs actions et de leurs méthodes, mais de leur "programme" ou de leur "doctrine".

Ce genre de transformation de la fonction de l'opposition ne peut que trahir, aux yeux d'un lecteur de Weber, le vice structurel dont souffre cette revendication d'une légitimité supralégale. Lorsqu'elle reposait sur la légitimité légale, les autorités publiques opéraient au sein d'un espace cognitif clos, avec des balises et des possibilités restreintes. Désormais orientées par des motifs téléologiques ou valoriels, elles se trouvent surchargées. La nature très particulière de la légitimité revendiquée par le gouvernement fédéral depuis 1930 a amené celui-ci, selon une logique implacable, à décider par lui-même, et au cas par cas, de la "loyauté envers l'État" de toutes les formes d'opposition (grèves, manifestations, réunions) et, plus généralement, de tous les acteurs politiques (partis, syndicats, groupes d'intérêts et gouvernements des *Länder*).

Le problème de l'opposition légale permet ainsi à Kirchheimer de montrer qu'au « piège de la légalité », bruyamment dénoncé par Schmitt, répond un « piège de la légitimité » sans doute plus redoutable encore. Mais il offre aussi un miroir grossissant pour développer, sur un plan plus théorique, une typologie des « ordres de domination » (*Herrschaftsordnung*). Ici, autant le fond du propos que sa forme sont wébériens.

---

84 "Politics and Justice" (1955), in : PLSC, p. 415 sq.

« La fortune d'un ordre de domination fondé sur la légalité réside dans la possibilité d'incorporer la dialectique du devenir historique d'une façon plus pacifique et moins brusque que ne le peut un ordre fondé sur la légitimité ; car ce dernier ne se maintient qu'en parvenant à conférer l'apparence d'une validité éternelle aux conditions sociales et politiques propres à un moment historique bien délimité. »<sup>85</sup>

Fidèle à l'esprit prosaïque de Weber, Kirchheimer ne croit pas que des postulats aussi lourds et abstraits que ceux de la "légitimité supralégale" puissent organiser les rapports de domination au sein de l'État moderne. L'argument n'est pas uniquement celui de l'anachronisme<sup>86</sup>, mais celui, plus sociologique, du travail autonome de la bureaucratie étatique. Pour Kirchheimer, c'est à cette position particulière qui échoit à l'appareil bureaucratique au milieu d'une société antagoniste, donnant libre carrière au conflit, qu'il faut imputer le besoin réel ou présumé d'une forme de légitimité plus massive, moins équivoque, rappelant l'image d'une communauté politique unie et harmonieuse. « [La bureaucratie] travaille à rendre sa position soi-disant "au-dessus de la mêlée", indépendante du jeu changeant des rapports de classes, et de s'établir comme le représentant immédiat d'un ordre national, en faisant abstraction de toute constellation sociale ou politique. »<sup>87</sup>

Mais c'est une chose de reconnaître l'efficacité sociale de cette image d'une société délivrée de ses oppositions, c'en est une autre d'y accorder crédit. Le scepticisme de Weber et l'ampleur de son entreprise comparatiste interdit au sociologue d'adhérer à l'hypothèse d'un ordre social uniforme, organisé par des schèmes et des principes communs (à l'image de la *Gemeinschaft* de Tönnies ou de la "solidarité mécanique" de Durkheim). Il n'y a, en d'autres mots, aucune raison de croire que les sociétés dites "prémodernes" (pour employer un terme que Weber n'aurait jamais admis) fussent moins différenciées,

---

85 "Legalität und Legitimität" (1932), in : PH, p. 26.

86 Comme le laisse entendre William Scheuerman, dans son livre *Between the Norm and the Exception* (op. cit., p. 91 sq.), par ailleurs très stimulant.

87 "Legalität und Legitimität" (1932), in : PH, p. 8.

moins fragmentées, moins conflictuelles que les sociétés modernes. Pour Otto Kirchheimer, il semble néanmoins qu'on puisse repérer une rupture, un point à partir duquel les anciens habitus et les anciennes représentations ont perdu leur efficacité : « la Grande guerre et les bouleversements qui lui sont liés ». <sup>88</sup> L'accroissement de la réflexivité sociale, « la dissolution des repères de la certitude » (Cl. Lefort) et l'expérience de l'indétermination liée à l'avènement de la démocratie de masse mettent définitivement hors cadre la légitimité supralégale. L'objection soulevée par le positivisme d'un Anschütz – il n'y aucun critère objectif pour distinguer les principes supralégaux face au droit simplement “positif” – trouve ici sa contrepartie “sociologique”. Lorsqu'elle cesse d'être un appel lancé à une figure paternelle désespérément absente, la légitimité supralégale apparaît comme une formation composite, supportée par deux systèmes qui évoluent chacun, comme l'a bien montré Weber, selon des temporalités différentes : d'une part, une légitimité charismatique qui, à la suite d'un exploit quelconque, parvient à incarner un ordre de valeurs “nationales” ou “communautaires” – une légitimité instable et peu efficace dès lors qu'il s'agit de gestion au quotidien ; de l'autre, une légitimité traditionnelle, avec cette dialectique caractéristique entre l'arbitraire des fonctionnaires et la représentation d'un ordre social “comme il faut”, en harmonie avec “le sain sentiment

---

88 “Verfassungsreaktion 1932” (1932), in : FSV, p. 66 sq. C'est l'une des rares occasions où Otto Kirchheimer délaisse l'analyse constitutionnelle et choisit de formuler son opposition à Carl Schmitt en termes plus spéculatifs. Suivant Kirchheimer, la faiblesse de l'analyse schmittienne tient ultimement au fait qu'elle repose sur une conception “prédémocratique” de la démocratie, c'est-à-dire une conception qui minimise l'écart existant entre la démocratie et les formes politiques précédentes, et qui est portée à ignorer son potentiel dynamique, à la fois mobilisant *et* problématisant. « La démocratie occidentale n'a été possible, écrit Kirchheimer, que suite au long et douloureux passage des masses de l'état de simple vecteur passif du devenir historique à celui de force active et organisée » – un processus qui « va de pair avec l'industrialisation croissante ». « La démocratie a changé, de manière décisive et avec une célérité qui contredit toutes les thèses sur l'immuabilité de la nature humaine, les propriétés structurelles des masses ».

populaire”. Dans cette « course de vitesse » (pour emprunter une métaphore chère à Carl Schmitt)<sup>89</sup>, le concurrent le plus régulier et le plus endurant a un net avantage sur son rival, si bien que la seule issue possible semble être la croissance sans cran d’arrêt du pouvoir de la bureaucratie, en dépit de doctrines qui exaltent le “retour du politique”.

Nous retrouvons ici, en bout de ligne, l’opposition entre Max Weber et Carl Schmitt exposée dans toute sa radicalité. Au terme de ce détour par Kirchheimer, ce qui ressort en effet le plus nettement, c’est sans doute la différence de nature entre la notion de légitimité telle qu’on la retrouve respectivement chez Weber et Schmitt. Malgré les références élogieuses à celui qu’il considère comme son maître, Schmitt détourne le sens du concept wébérien de légitimité, pour le greffer à une anthropologie “existentielle” du politique. La démarche de Max Weber se voulait – on s’en souvient – une “sociologie de la domination” : elle portait attention exclusivement aux effets latéraux du type de légitimité revendiquée par le groupement de domination, à la façon dont la *forme* de cette revendication se répercute dans l’activité de la “direction administrative” et, plus largement, dans la rationalisation des pratiques connexes, économiques et juridiques. Elle renonçait consciemment à savoir de quoi est constituée *dans les faits* la croyance en la légitimité, quels en sont les ressorts cachés. Commandé par une anthropologie politique radicale, l’effort de Carl Schmitt vise au contraire, sous le concept de légitimité, *ce mystère d’une obéissance originnaire*, dont les “présupposés” seraient comme le réflexe, distant mais sans discontinuité, de la discrimination massive, impérieuse, mortelle, de l’ami et de l’ennemi. Lui sait – ou du moins le prétend-il – en quoi consiste la condition politique primordiale, l’essence de la domination et de la légitimité. Le concept wébérien ainsi détaché de l’horizon de connaissance qui lui conférait son sens, Schmitt a beau jeu d’y projeter sa vision fantasmatique de l’État moderne comme Léviathan dépecé

---

89 Une métaphore qu’il emprunte lui-même à Walter Jellinek (“Legalität und Legitimität” [1932], in : VA, p. 288).

## *Chapitre 7*

et de chercher à y lire le destin de la république de Weimar. Face à cette ambition théorético-politique fantasmatique, le vieux maître Max Weber n'a pour seule ressource que la retenue d'un savant qui accueille sans réserve la complexité du monde. Et le disciple Kirchheimer l'ironie de celui qui reconnaît dans le ton grandiloquent de son adversaire l'empreinte d'une force historique – puissante certes, mais aveugle et anonyme – qui le domine sans qu'il ne le sache.

*“This page left intentionally blank.”*

## En guise de conclusion

La différenciation progressive de la légalité et de la légitimité appartient en propre à l'histoire du constitutionnalisme moderne, depuis les bouleversements de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle jusqu'aux expériences de transitions démocratiques des dernières décennies. Sans aller jusqu'à élever cette polarité au rang de "destin", comme l'aurait souhaité Carl Schmitt, il n'est sans doute pas trop audacieux d'y trouver une des épreuves permanentes auxquelles doit se mesurer l'État constitutionnel.

Une épreuve qui tient d'abord à une origine révolutionnaire : l'État constitutionnel européen est issu d'une transformation radicale du monde politique, un bouleversement que Tocqueville n'hésitait pas à comparer à une sorte de « révolution religieuse » puisque « ce qu'elle détruisait touchait à tout et faisait en quelque sorte corps avec tout. »<sup>1</sup> Le droit canon et le droit politique de l'Ancien Régime ne dissociaient pas ce qui est légitime de ce qui est légal ; la conscience d'une telle dissociation – possible ou inévitable – s'impose pour la première fois dans le sillage de l'« affreuse convulsion » des années révolutionnaires et de l'Empire, de 1789 à 1815. À mieux dire, c'est avec la Restauration monarchique qu'elle acquiert sa pleine lisibilité. Après un quart de siècle d'innovations et de retournements politiques, il devenait nécessaire pour la monarchie restaurée de distinguer, d'un côté, la continuité simplement "empirique" de l'État, la pérennité de son appareil administratif et de sa hiérarchie de fonctionnaires et, de l'autre, la qualité du pouvoir suprême qui en commande l'activité. À l'origine, la catégorie de la légitimité – ou le "principe de Légitimité", comme on l'appelait à l'époque – se définissait dans un rapport

---

1 Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, in : *Œuvres*, vol. 3, éd. F. Furet / F. Mélonio, Paris, Gallimard (La Pléiade) 2004, p. 69.

étroit avec celle de l'illégitimité.<sup>2</sup> Dans l'univers intellectuel de la Restauration, la légitimité devient synonyme d'autorité, de régularité et d'univocité, face à l'usurpation qui, immanquablement, entraîne avec elle violence et anarchie. La légitimité acquiert du coup une fonction éminemment polémique qu'elle conservera par la suite : c'est *la qualité d'un pouvoir pouvant attester* (pour lui même et pour autrui) *de ses origines*, face à un gouvernement révolutionnaire né du hasard et de la force, un gouvernement qui ne se contente plus d'inspirer la crainte, comme le faisait autrefois l'antique despotisme, mais qui doit tendre simultanément tous les ressorts de l'État afin, écrivait Constant, « d'arracher les symptômes du consentement ».<sup>3</sup> Au pouvoir légitime correspond un ordre sensible, incarné dans une personne ou dans un corps d'individus, borné et mesuré dans ses vertus comme dans ses vices. Le pouvoir illégitime peut bien, pour sa part, perfectionner l'État *sur le plan technique*, c'est-à-dire rationaliser le fonctionnement de sa bureaucratie et codifier son droit ; il demeure néanmoins prisonnier de la contingence, de l'indétermination et d'une dette infinie qui le pousse aux équipées les plus funestes. La légitimité est un principe d'ordre, la simple légalité un facteur dynamique, sans cran d'arrêt. Les contours de la distinction légalité / légitimité s'accusent ainsi dans la lutte à finir engagée par la monarchie restaurée contre un régime révolutionnaire dont elle s'efforce de gommer jusqu'au souvenir.<sup>4</sup>

Mais si cette antinomie de la légalité et de la légitimité désigne une épreuve permanente pour l'État constitutionnel, ce

---

2 Stephen Holmes, "Two Concepts of Legitimacy. France After the Revolution", in : *Political Theory*, vol. 10, n° 2, mai 1982, pp. 165-183. Cf. également A. Simard, "Légitimité", in : R. Azria, *Dictionnaire critique du fait religieux*, Paris, P.U.F. (à paraître 2010).

3 Benjamin Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, in : *De la liberté chez les Modernes*, éd. M. Gauchet, Paris, Hachette 1980, p. 173. « Il n'y a point de terme à la tyrannie qui veut arracher les symptômes du consentement. Les hommes paisibles sont persécutés comme indifférents, les hommes énergiques comme dangereux ; la servitude est sans repos, l'agitation sans jouissance ».

4 Schmitt, "Das Problem der Legalität" (1950), in : VA, p. 449.

n'est pas uniquement en raison de son origine et de l'ampleur du remaniement qui a accompagné sa mise en place. Car l'État constitutionnel n'est pas seulement le résultat d'une vaste transformation, il est lui-même un dispositif de transformation des sociétés humaines, dispositif à la fois extrêmement complexe et d'une puissance inédite. Certes, on pourra dire que tout régime politique est générateur de transformations, et qu'il n'en est aucun qui ne soit producteur de différence historique. Mais l'État constitutionnel a comme particularité d'être réflexif, c'est-à-dire d'être conscient des changements qu'il introduit, de les encourager, et de chercher à institutionnaliser ce pouvoir de transformation afin de le rendre régulier, rationnel, prévisible. Le constitutionnalisme moderne élève la plasticité en principe<sup>5</sup>, et ordonne ses normes et ses institutions – la représentation, au premier chef – en fonction de celui-ci. Voilà qui modifie considérablement le sens attribué à la loyauté envers l'État : plutôt que de se voir accordée à une personne, à un groupe ou à une valeur déterminée, la loyauté s'attache maintenant à un ensemble de procédures impersonnelles<sup>6</sup>, qui accueillent la pluralité des finalités et leur inévitable conflit. La transformation de l'ordre établi est permise dans la mesure où elle s'opère par le truchement d'un jeu politique dont les règles se stabilisent et se formalisent. Avec comme résultat qu'une frontière plus ou moins nette se dessine désormais entre une contestation (légitime) et un acte de trahison (illégal). C'est ici que se recentre la différenciation de la légitimité et de la légalité. Elle départage désormais deux types d'action publique et d'"offenses" : d'un côté, la contestation légitime, le *dissensus* qui participe du processus conflictuel de formation de la volonté politique ; de l'autre, l'emploi illégal de la violence et de la force armée visant la destruction de l'ordre étatique.

---

5 Cf. les réflexions d'Ulrich K. Preuss sur la relation entre le constitutionnalisme et l'expérience du "progrès comme continuité", in : *Constitutional Revolution*, trad. D. L. Schneider, Atlantic Highlands, Humanities Press 1995, notamment p. 35 sq.

6 Kirchheimer, *Political Justice*, op. cit., p. 28.

En dépit de sa centralité, c'est un partage qui est tout sauf évident : il survient à un stade assez tardif du développement de l'État moderne et rien ne garantit qu'il puisse se maintenir longtemps encore. Au contraire – et c'est l'inquiétude traversant le grand ouvrage de Kirchheimer *Political Justice*, publié en 1961 – ce partage semble reposer sur une structure dualiste (les intérêts supérieurs de l'État *versus* les fins du gouvernement du moment) qui s'affaiblit depuis la Première Guerre mondiale, à la suite de la révolution bolchevik, des premières expériences fascistes et de la brutalisation des antagonismes politiques. « À présent, observe Kirchheimer, les lignes de démarcation propres au XIX<sup>e</sup> siècle nous paraissent d'une générosité inconsidérée. »<sup>7</sup> L'hypothèque qu'elles font peser sur l'État constitutionnel se révèle soudain par trop onéreuse. La distinction légalité / légitimité paraît, du coup, condamnée à se réduire à une alternative implacable : respect de la légalité ou sauvegarde de la légitimité ?

Retraçant le parcours de cette distinction conceptuelle, notre objectif se voulait modeste. Il s'agissait de concentrer notre attention sur la trajectoire suivie par cette distinction sous la république de Weimar et d'en retracer quelques formulations significatives. C'est un segment assez court dans la généalogie du couple conceptuel – sans parler des limitations imposées par un corpus forcément restreint – mais c'est un segment qui paraît décisif sous au moins trois rapports.

1. Il marque d'abord un saut qualitatif dans l'appréhension théorique de la légitimité. La légitimité n'apparaît plus d'emblée comme un terme polémique, elle change de registre et prétend désormais désigner une propriété inhérente à l'ordre politique saisi dans son essence abstraite. En ce sens, elle s'affranchit de la catégorie de l'illégitimité dont elle semblait jusqu'alors la contrepartie indispensable. On parlera désormais plus volontiers d'une *crise* de légitimité, ou d'un *effondrement* de la légitimité, que d'un gouvernement *illégitime*.

---

7 Ibid., p. 34. Kirchheimer parle plus loin de « *powerful counterstimuli reinforcing the citizens' allegiance to their respective states* » (p. 37).

II. Ensuite, le moment de la “conversation weimarienne” est celui où le couple légalité / légitimité se voit, pour la première fois, mobilisé en vue d’expliquer la faillite d’un régime politique. La légitimité a beau devenir une catégorie du discours de la sociologie, de la théorie constitutionnelle ou de l’histoire, elle ne se “neutralise” pas pour autant. On la trouvera, au contraire, investie dans l’analyse politique concrète, dans l’espoir d’éclairer *hic et nunc* la soudaine décomposition du pouvoir de l’État. Si l’œuvre de Schmitt devait nous révéler quelque chose, c’est bien la dépendance étroite entre une volonté débridée d’intelligibilité et une inquiétude quant à la survie de l’ordre politique. La tension entre la légalité et la légitimité devient sous Weimar la marque d’une “pensée de la crise” qui prétend saisir son temps sous la forme d’une alternative essentielle et d’une disjonction radicale.

III. Mais, cette “pensée de la crise” survit, tel un traumatisme, à l’expérience qui l’a suscitée et en déborde largement le cadre. C’est le dernier point sur lequel nous souhaiterions insister : si la république de Weimar fut une étape importante dans le déploiement de l’antinomie légalité / légitimité, c’est parce que son drame – ou, du moins, une certaine réinterprétation de celui-ci – est devenu un point de référence incontournable aux yeux de la postérité. Voulant tirer les “leçons de Weimar”, il est aujourd’hui coutume de broser le portrait de la démocratie actuelle en république assiégée, émasculée par une idéologie agnostique et pluraliste qui la condamne à subir sans riposter les assauts des groupes extrémistes. Le spectre de Weimar, peut-on lire, « hante aujourd’hui les débats politiques, au moment où des groupes désaffiliés jouissent d’un support croissant et menacent les valeurs les plus fondamentales de la démocratie libérale ». <sup>8</sup> Tout se passe comme si l’État constitutionnel avait fait sienne cette “pensée de la crise” et en avait intériorisé les exigences. La chose est vraie de l’Allemagne post-1949, évidemment, où juristes, tribunaux et hommes politiques ont travaillé au développement d’une doctrine de la

---

8 Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, op. cit., p. xi.

“démocratie militante”, justifiant la répression des groupes qui useraient des libertés politiques pour renverser l’ordre républicain. Mais on pourrait dire de même des États-Unis, où depuis l’arrêt *Dennis* en 1951<sup>9</sup>, la Cour suprême a endossé une jurisprudence qui s’apparente à celle que l’on retrouve en Allemagne, renonçant du coup au test du *clear and present danger* élaboré par le juge Oliver Holmes en des temps plus cléments. La république de Weimar n’a donc pas seulement été le moment où l’antinomie légalité / légitimité a connu sa formulation théorique la plus puissante ; le récit même de son échec et de ses déboires, sa résonance historique et l’horreur absolue qui l’a suivie font désormais partie intégrante de cette antinomie.

L’élaboration d’une notion neuve de légitimité, qui rompt avec les clivages post-révolutionnaires ; l’effort pour interpréter la décomposition de l’ordre constitutionnel sous l’angle d’un conflit entre légitimité et légalité ; l’appel à la “sauvegarde de la constitution” (*Verfassungsschutz*), à la défense de sa légitimité contre ses “ennemis” plus ou moins déclarés – c’est suivant ces trois moments que se déploie la tension entre légalité et légitimité sous la république de Weimar. Il s’agit moins ici, comme on l’a vu, d’une série d’étapes successives que d’un jeu de motifs qui se chevauchent et s’étayent mutuellement.

Au premier moment correspond évidemment la réflexion de Max Weber, examinée en première partie de ce travail, de même que la déformation que lui fait subir Carl Schmitt et dont nous avons cherché à dégager le sens aux chapitres 1 et 2. Il s’agissait alors de revenir sur l’analyse proposée par Max Weber dans sa “sociologie de la domination” afin de préciser son inscription au sein d’une vaste démarche comparatiste. Le concept de légitimité, pour le dire de façon schématique, n’est envisagé par Weber ni en termes (fonctionnels) de “motivation” ni en termes (philosophico-normatifs) de “justification”. Il désigne uniquement *un principe taxinomique* permettant de construire une typologie des formes de domination en fonction

---

9 *Dennis v. United States*, 341 U.S. (1950).

d'une prétention articulée à l'autorité et de ses effets quant au fonctionnement de la "direction administrative". Cette relecture d'*Économie et société* a permis de noter combien le concept wébérien de légitimité demeure éloigné, quant à son statut *cognitif*, non seulement des préoccupations théoriques actuelles<sup>10</sup>, mais également du rôle qu'entendra lui faire jouer Carl Schmitt. Les types purs de légitimité ont pour unique dessein de décrire et de classer les modes d'opération de la "direction administrative". Aussi ne viendrait-il jamais à l'idée de Weber de prêter à la légitimité un quelconque pouvoir d'homogénéisation – qu'il soit de l'ordre de la "croyance", de la "foi", de la "culture", d'une "vision du monde" ou d'un "imaginaire historique". Afin d'imputer la faillite d'un ordre politique à "une crise de légitimité", Carl Schmitt a d'abord dû faire éclater le sens originaire du concept wébérien : en le tirant, d'abord, en direction du "mythe" (comme nous l'avons vu au chapitre 3); en l'assimilant, ensuite, au schéma directeur propre à un certain "secteur dominant" (chapitre 4).

La possibilité de décrire la crise du régime de Weimar – et de façon générale, celle des démocraties libérales – comme la mise en puissance d'une contradiction entre légitimité et légalité repose sur une conception "substantielle" de la légitimité que Schmitt choisit de formuler en termes décisionnistes. Dans cette ligne de pensée, la légitimité bénéficie d'une insaisissable antériorité par rapport à la constitution positive : elle rappelle, pour employer les mots de Ulrich Preuss, la charge « d'énergies politiques préconstitutionnelles »<sup>11</sup> qui subsiste au sein même de la constitution. Énergies que le système de la légalité, avec ses formes et ses freins, peut certes canaliser, mais qu'il ne peut ni absorber ni contenir durablement. Le succès et la survie d'une constitution dépendront donc de sa capacité à épouser cette force primaire sans la contrarier.

---

10 Tel Jürgen Habermas, in : *Raison et légitimité*, trad. J. Lacoste, Paris, Payot 1978.

11 U. K. Preuss, "Political Order and Democracy. Carl Schmitt and his Influence", op. cit., p. 16.

« L'échec de la constitution de Weimar fut ultimement, pour Schmitt, la ruine de la substance sur laquelle repose la constitution de l'unité politique ; les institutions prévues par le texte n'ont pas cessé de fonctionner au sens technique du terme – elles ont été vidées de tout sens et de toute portée. Elles sont devenues, en bout de course, l'objet d'un discrédit populaire, "un dieu mortel" qui a échoué en même temps que ses rituels et ses formes. »<sup>12</sup>

Le jeune Kirchheimer ne conteste pas seulement l'exactitude de ce constat d'échec, il en refuse également – nous l'avons vu – la "méthode". Expliquer la faillite du régime de Weimar sur la base d'une contradiction légalité / légitimité, voilà un raisonnement qui s'apparente à une *self-fulfilling prophecy*. Selon Kirchheimer, Schmitt prend délibérément l'effet pour la cause, et le mal pour le remède. Plutôt qu'une autodestruction de la légalité, ce qui ébranle le régime de Weimar, c'est la création, à distance des institutions parlementaires, d'une légitimité "supralégale" au contenu plus ou moins défini. Cette légitimité s'est matérialisée sous l'effet du détachement de l'exécutif et de sa base légale – le pouvoir du Parlement – au fur et à mesure que le domaine d'application des pouvoirs d'exception s'élargissait et que leur pratique s'intensifiait. Avec la nomination du chancelier Papen en avril 1932, le seuil critique est franchi.

« L'usage des pouvoirs d'exception et, avec lui, la fusion de l'activité législative et du gouvernement ont revêtu, poursuit Kirchheimer, un caractère permanent, qui ne laisse plus aucune place à l'élément essentiel de la légalité, *c'est-à-dire le contrôle de l'administration à l'aune des lois en vigueur*. »<sup>13</sup>

L'abandon progressif de la légalité compromet ainsi le rôle structurant joué par la "compétence" dans l'exercice de la domination. Dès lors qu'il n'y a plus de distance entre l'élaboration des normes et leur application, l'activité de la "direction administrative" (au sens wébérien) ne peut plus être orientée par une hiérarchie de compétences objectivement déli-

---

12 Kennedy, *Constitutional Failure*, op. cit., p. 178.

13 Kirchheimer, "Legalität und Legitimität" (1932), in : PH, p. 13.

mitées. Prétendant débarasser Léviathan des factions qui dévoient sa chair, on livre en réalité passage à son frère ennemi, Béhémoth.

Le dernier moment de développement de la tension légalité / légitimité – celui de la “république assiégée” – déborde partiellement le cadre des controverses weimariennes. À vrai dire, il pourrait en constituer l'épilogue. Il concerne le sens que l'on a choisi de donner *post facto* à la chute de la république de Weimar et, plus généralement, à la crise des démocraties libérales de l'entre-deux-guerres.<sup>14</sup> La riposte fut celle de la “démocratie militante” (*militant democracy* ou *streitbare Demokratie*), qui a servi d'inspiration à plusieurs constitutions de post-1945 (Italie, R.F.A., Taïwan, Turquie, Grèce, Espagne)<sup>15</sup> et qui s'est déclinée dans d'importantes dispositions (article 21 de la *Grundgesetz*). Par cette formule, juristes et constituants ont voulu rompre avec une compréhension jugée suicidaire de la légalité parlementaire, à laquelle ils imputaient la faiblesse des démocraties libérales devant la montée du fascisme. Il est intéressant de noter que c'est chez un exilé de Weimar, proche de Max Weber et adversaire résolu de Carl Schmitt, que l'idée de “démocratie militante” trouve sa première expression. Dans un article paru en juin 1937, Karl Loewenstein fustigeait le « légalisme autodestructeur » de la constitution de Weimar, avant de lancer l'exhortation : « *Democracy must become militant.* »<sup>16</sup> L'argument repose sur le paradoxe voulant que ce régime, en dépit de sa valeur intrinsèque, se trouve toujours vulnérable et désarmé face à ses adversaires intérieurs. Il existerait donc un seuil au-delà duquel le strict respect des principes de la démocratie libérale (neutralité, pluralisme, égalité des partis) conduit à l'abdication et, ultimement, à l'autodestruction.

---

14 Pour une étude récente sur le sujet, on consultera le travail de Giovanni Capoccia, *Defending Democracy. Reactions to Extremism in Interwar Europe*, New York, Johns Hopkins University Press 2005.

15 Cf. les contributions rassemblées in : Andrés Sajó (dir.), *Militant Democracy*, Utrecht, Eleven 2004.

16 Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, in : *American Political Science Review*, vol. 31, n° 3, juin 1937, p. 423.

« Une fois encore, concluait Loewenstein en 1937, la démocratie est en guerre, mais une guerre souterraine, livrée sur un front intérieur. Les scrupules des constitutionnalistes ne peuvent plus empêcher des restrictions de s'imposer sur les principes de la démocratie, dans le but ultime de préserver ces mêmes principes. [...] Le fascisme a déclaré la guerre à la démocratie, et les démocraties européennes se retrouvent virtuellement en état de siège. Même dans le cadre de constitutions démocratiques, l'état de siège implique la concentration des pouvoirs dans les mains du gouvernement et la suspension des droits fondamentaux. Si la démocratie croit en la supériorité de ses valeurs face au plat opportunisme du fascisme, elle doit se hisser à la hauteur des exigences de l'heure, et mettre tout en œuvre pour se protéger, même au risque et au prix d'une violation de ses principes fondamentaux. »<sup>17</sup>

C'est avec cette image de l'état de siège – prégnante aujourd'hui encore – que semble devoir s'achever le parcours du couple légalité / légitimité dans les controverses weimariennes. C'est là en effet que la contradiction entre légalité et légitimité atteint son niveau de tension maximale. Paraissant désormais absurde, voire impensable, on voudra croire la légitimité légale condamnée au tribunal de l'Histoire.

---

17 Ibid.

*“This page left intentionally blank.”*

*“This page left intentionally blank.”*

## Remerciements

Une version antérieure de cet ouvrage a été soumise comme thèse de doctorat à l'École des hautes études en sciences sociales (Paris). C'est dire la longue gestation dont il est issu, et les conversations multiples sur lesquelles il s'est construit – conversations parfois interrompues ou vouées à demeurer implicites. Je me permets de remercier ici ceux qui ont suscité ces échanges et ont su les préserver en dépit des distances. Remerciements, tout d'abord, à Pierre Bouretz qui, avec une grande humanité, a accueilli mon projet à ses débuts, et dont l'appui a été décisif à plus d'un titre. Remerciements amicaux, également, à Philippe Despoix qui a su allier l'intérêt érudit à la patience de l'éditeur. Remerciements aux collègues qui ont mis à l'épreuve – parfois sans même le savoir – le fondement d'une intuition ou le détail d'un argument : Kevin Hébert, Barbara Thériault, Laurence McFalls et André-J. Bélanger. Je dois enfin réserver une catégorie particulière à Martine Béland, tout à la fois compagne précieuse et critique intraitable, interlocutrice privilégiée et alliée indispensable.

La rédaction de cet ouvrage et les recherches sur lesquelles il s'appuie ont été effectuées de part et d'autre de l'Atlantique. Ces pérégrinations auraient été impossibles sans le soutien financier du Fonds québécois de recherche sur la société et la culture, ainsi que du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Je remercie aussi le Centre canadien d'études allemandes et européennes et le Département de science politique de l'Université de Montréal de m'avoir offert un cadre de travail tout à fait enviable.

*“This page left intentionally blank.”*

# Bibliographie

## 1. Littérature primaire<sup>1</sup>

### a) Max Weber (éditions allemandes)

*Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, 9<sup>e</sup> éd., vol. 1, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1988.

*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1<sup>ère</sup> éd., éd. J. Winkelmann, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1951.

*Gesammelte Politische Schriften*, 1<sup>ère</sup> éd., éd. Marianne Weber, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1921.

*Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriß der Sozialökonomik)*, 1<sup>ère</sup> éd., éd. M. Weber, 3 vol., Tübingen, Mohr (Siebeck) 1922.

### b) Max Weber (traductions françaises)

*Confucianisme et taoïsme*, trad. J-P. Grossein et al., Paris, Gallimard 2000.

*Économie et société. 1) Les catégories de la sociologie*, trad. coll., Paris, Pocket 1995.

*Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris, Pocket 1990.

*L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, trad. I. Kalinowski, Paris, Flammarion 2000.

---

1 Nous ne donnons que les références des ouvrages consultés ou cités.

*Œuvres politiques*, trad. E. Kaufmann, Paris, Albin Michel 2004.

*Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, trad. M. Coutu et al., Québec, P.U.L. 2001.

*Le Savant et le politique*, trad. C. Colliot-Thélène, Paris, La Découverte 2003.

*Sociologie des religions*, éd. et trad. J.-P. Grossein, Paris, Gallimard 1996.

*Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, Paris, P.U.F. 1987.

c) Carl Schmitt (éditions allemandes)

*Der Begriff des Politischen*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot 1932.

*Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München, Duncker & Humblot 1921.

*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot 1926.

*Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot 1931.

“Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität”, in : *Der Staat*, vol. 17, 1978.

*Positionen und Begriff im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt 1940.

*Römischer Katholizismus und politische Form* (1925), Stuttgart, Klett-Cotta 1984.

“Soziologie des Souveränitätsbegriffes und politische Theologie”, in : Melchior Palyi (dir.), *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, vol. 2, München, Duncker & Humblot 1923.

## Bibliographie

*Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, éd. G. Maschke, Berlin, Duncker & Humblot 1995.

*Die Tyrannei der Werte*, Hamburg, Lutherisches Verlaghaus 1979.

*Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin, Walter de Gruyter 1926.

*Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot 1928.

*Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot 1985 (1958).

*Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, Mohr 1914.

### d) Carl Schmitt (traductions françaises)

*La Dictature*, trad. M. Köller / D. Séglard, Paris, Seuil 2000.

*Du politique*, éd. A. de Benoist, Puisseaux (France), Pardès 1990.

“L'évolution récente du problème des délégations législatives”, in : *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, vol. 2, Paris, Sirey 1938.

*Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole politique*, trad. D. Trierweiler, Paris, Seuil 2002.

*La Notion de politique. La théorie du partisan*, trad. M.-L. Steinhauser, Paris, Calmann-Lévy 1972.

*Parlementarisme et démocratie*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard 1985.

“La situation de la science européenne du droit” (1944), trad. M. Scalici, in : *Droits*, n° 14, 1991.

*Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard 1988.

*Théorie de la constitution*, trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, P.U.F. 1993.

*Les trois types de pensée juridique* (1934), trad. D. Séglaard, Paris, P.U.F. 1995.

e) Otto Kirchheimer

“Franz Neumann. An Appreciation”, in : *Dissent*, vol. 4, 1957.

*Funktionen des Staats und der Verfassung. Zehn Analysen*, Frankfurt/M., Suhrkamp 1972.

“Zur Geschichte des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten von Amerika”, in : *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 14, n° 4, 1934.

“The Growth and the Decay of the Weimar Constitution”, in : *The Contemporary Review*, vol. 144, n° 815, nov. 1933.

*Political Justice. The Use of Judicial Procedures for Political Ends*, Princeton, Princeton University Press 1961.

*Politics, Law, and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*, éd. F. Burin / K. Shell, trad. J. Paasche, New York, Columbia University Press 1969.

*Politik und Verfassung*, Frankfurt/M., Suhrkamp 1964.

*Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat*, Frankfurt/M., Suhrkamp 1967.

“Recension de Ernst Fraenkel, *The Dual State*”, in : *Political Science Quarterly*, vol. 56, n° 3, 1941.

“Remarques sur la théorie de la souveraineté nationale en Allemagne et en France”, in : *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, vol. 4, n° 3-4, 1934.

*Von der Weimarer Republik zum Faschismus. Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, éd. W. Luthardt, Frankfurt/M., Suhrkamp 1976.

## Bibliographie

### f) Autres textes relatifs aux débats de Weimar

Anschütz, Gerhard, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14<sup>e</sup> éd., réimp. de l'original de 1933 (Berlin, Stilke), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1960.

Brecht, Arnold, *The Political Education of Arnold Brecht. An Autobiography 1884-1970*, Princeton, Princeton University Press 1970.

Fraenkel, Ernst, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, trad. E. Shills et al., Oxford, Oxford University Press 1941.

—, *Gesammelte Schriften*, vol. 1 : *Recht und Politik in der weimarer Republik*, éd. H. Buchstein, Baden-Baden, Nomos 1999.

—, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968.

Friedrich, Carl Joachim, "The Development of the Executive Power in Germany", in : *American Political Science Review*, vol. 27, 1933.

—, "Dictatorship in Germany", in : *Foreign Affairs*, vol. 9, n° 1, 1930.

Heckel, Johannes, "Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand", in : *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 22, 1933.

Heller, Hermann, *Faschismus und Europa*, Berlin, Walter de Gruyter 1929.

—, *Gesammelte Schriften*, éd. C. Müller, 2<sup>e</sup> éd., 3 vol., Tübingen, Mohr (Siebeck) 1992.

—, *Rechtsstaat oder Diktatur ?*, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1930.

Kahn-Freund, Otto, "Autobiographische Erinnerungen an die Weimarer Republik. Ein Gespräch mit Wolfgang Luthardt", in : *Kritische Justiz*, vol. 14, n° 2, 1981.

Kaufmann, Erich, "Die Gleichheit von dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichverfassung", in : *Veröffentlichen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 3, Berlin, Walter de Gruyter 1927.

—, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft* (1921), réimp., Aalen, Scientia 1964.

Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Wien, Springer 1925.

—, *La démocratie. Sa nature, sa valeur* (1932), trad. C. Eisenmann, Paris, Economica 1988.

—, *Qui doit être le gardien de la constitution ?* (1931), trad. S. Baume, Paris, Houdiard 2006.

Loewenstein, Karl, "Militant Democracy and Fundamental Rights", in : *American Political Science Review*, vol. 31, n° 3, juin 1937.

Neumann, Franz L., *Béhémot. Structure et pratique du national-socialisme* (1942 et 1944), trad. G. Dauvé, Paris, Payot 1975.

—, "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft", in : *Zeitschrift für Sozialforschung*, vol. 6, n° 3, 1937.

—, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society* (1936), Leamington Spa, Berg 1986.

—, *Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954*, éd. A. Söllner, Frankfurt/M., Suhrkamp 1976.

Neumann, Franz L. / Otto Kirchheimer, *The Rule of Law Under Siege. Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, éd. et trad. W. Scheuerman, Berkeley, University of California Press 1996.

## Bibliographie

Thoma, Richard, “Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur”, in : *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, n° 53, 1925.

Triepel, Heinrich, *Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritte des Rektorats der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926*, Berlin, Preußischen Druckerei- und Verlags-Aktiengesellschaft 1926.

Wilk, Kurt, “La doctrine politique du national-socialiste. Carl Schmitt”, in : *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, vol. 4, n° 3-4, 1934.

Ziegler, Heinz Otto, *Autoritärer oder totaler Staat*, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1932.

## 2. Littérature secondaire

### a) Monographies, analyses, commentaires

Anter, Andreas, *Max Webers Theorie des modernen Staates. Herkunft, Struktur und Bedeutung*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot 1996.

Balakrishnan, Gopal, *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, Londres, Verso 2000.

Baume, Sandrine, *Carl Schmitt, penseur de l'État. Genèse d'une doctrine*, Paris, Presses de Science Po 2008.

Bavaj, Riccardo, “Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik”, in : *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, vol. 55, n° 1, 2007, pp. 33-51.

Beaud, Olivier, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes et cie 1997.

Bendersky, Joseph W., *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press 1983.

Berthold, Lutz, *Carl Schmitt und der Staatsnotstandplan am Ende der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

Blanke, Thomas (dir.), *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden, Nomos 1989.

Breuer, Stefan, *Anatomie de la révolution conservatrice*, trad. O. Mannoni, Paris, Presses de la M.S.H. 1996.

Caldwell, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, Duke University Press 1997.

Caldwell, Peter C. / William Scheuerman (dir.), *From Liberal Democracy to Fascism*, Boston, Humanities Press 2000.

Campagna, Norbert, *Le Droit, le politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*, Québec, P.U.L. 2004.

Christi, Renato, *Carl Schmitt and the Authoritarian Liberalism*, Cardiff, University of Wales Press 1998.

Colliot-Thélène, Catherine, *Le Désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, Paris, Minuit 1992.

—, *Max Weber et l'histoire*, Paris, P.U.F. 1990.

Coutu, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris / Québec, L.G.D.J. / P.U.L. 1995.

Despoix, Philippe, *Éthiques du désenchantement. Essais sur la modernité allemande du début du siècle*, Paris, L'Harmattan 1995.

Dyzenhaus, David, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press 1997.

Dyzenhaus, David (dir.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press 1998.

Grimm, Dieter, "Verfassungserfüllung – Verfassungsbewahrung – Verfassungsauflösung. Positionen des Staats-

## Bibliographie

rechtslehre in der Staatskrise der Weimarer Republik”, in : H. A. Winkler (dir.), *Die deutsche Staatskrise 1930-1933. Handlungsspielräume und Alternativen*, München, Oldenbourg 1993, pp. 183-199.

Gusy, Christoph, *Weimar – die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1991.

—, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1997.

Hennis, Wilhelm, *La Problématique de Max Weber*, trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, P.U.F. 1997.

Herrera, Carlos Miguel, *Droit et gauche. Pour une identification*, Québec, P.U.L. 2003.

Herrera, Carlos Miguel (dir.), *Le Droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L’Harmattan 1995.

—, *Les Juristes de gauche sous la république de Weimar*, Paris, Kimé 2002.

Hofmann, Hasso, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* (1964), 4<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot 2002.

Jacobson, Arthur J. / Bernhard Schlink (dir.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press 2000.

Kennedy, Ellen, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press 2004.

Kervégan, Jean-François, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, P.U.F. 1992.

Kervégan, Jean-François (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Paris, E.N.S. 2002.

Kohlmann, Ulrich, “Der Denkweg Otto Kirchheimers”, in : *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie*, vol. 1, 1982.

Korioth, Stefan, “Rettung oder Überwindung der Demokratie. Die Weimarer Staatsrechtslehre im Verfassungsnotstand 1932/33”, in : C. Gusy (dir.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos 2000, pp. 505-531.

Loewenstein, Karl, *Max Weber's Political Ideas in the Perspectives of our Time*, Cambridge, University of Massachusetts Press 1965.

Löwith, Karl, “Le décisionnisme occasionnel de Carl Schmitt” (1935), trad. M. Köller / D. Ségлар, in : *Les Temps modernes*, vol. 47, n° 544, nov. 1991.

—, “Max Weber und seine Nachfolger” (1939), in : *Sämtliche Schriften*, vol. 5, Stuttgart, Metzler 1981.

—, “Max Webers Stellung zur Wissenschaft” (1964), in : *Sämtliche Schriften*, vol. 5, Stuttgart, Metzler 1981.

Luthardt, Wolfgang, “Sozialdemokratische Politik- und Verfassungstheorie während der Weimarer Republik”, in : *Journal für Sozialforschung*, vol. 30, n° 1, 1990.

Luthardt, Wolfgang / Alfons Söllner (dir.), *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus. Otto Kirchheimer zum Gedächtnis*, Opladen, Westdeutscher Verlag 1989.

Maus, Ingeborg, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Carl Schmitts*, 2<sup>e</sup> éd., München, Wilhelm Fink 1980.

—, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, Wilhelm Fink 1986.

McCormick, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*, Cambridge, Cambridge University Press 1997.

Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius 2001.

## Bibliographie

Mommsen, Wolfgang J., *Max Weber et la politique allemande 1890-1920*, trad. J. Amsler et al., Paris, P.U.F. 1985.

—, *The Political and Social Theory of Max Weber*, Chicago, Chicago University Press 1989.

Müller, Jan-Werner, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press 2003.

Neumann, Volker, “Rechts- und Verfassungstheoretische Positionen der staatsrechtlichen Linken”, in : *Der Staat*, n° 21, 1982.

—, *Der Staat im Bürgerkrieg. Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie Carl Schmitts*, Frankfurt/M. / New York, Campus 1980.

—, “Verfassungstheorien politischer Antipoden. Otto Kirchheimer und Carl Schmitt”, in : *Kritische Justiz*, vol. 14, n° 3, 1981.

Preuss, Ulrich K., “Political Order and Democracy. Carl Schmitt and his Influence”, in : L. Nowak / M. Paprzycki (dir.), *Social System, Rationality, and Revolution*, Rodopi, Poznan Studies in the Philosophy of Science and the Humanities 1993.

Quaritsch, Helmut (dir.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot 1988.

Raynaud, Philippe, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, P.U.F. 1987.

Ringer, Fritz, *Max Weber. An Intellectual Biography*, Chicago, University of Chicago Press 2004.

Scaff, Lawrence A., *Fleeing the Iron Cage. Culture, Politics, and Modernity in the Thought of Max Weber*, Berkeley, University of California Press 1989.

—, “Max Weber’s Politics and Political Education”, in : *American Political Science Review*, vol. 67, 1973.

Schale, Frank, *Zwischen Engagement und Skepsis. Eine Studie zu den Schriften von Otto Kirchheimer*, Baden-Baden, Nomos 2006.

Scheuerman, William E., *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, M.I.T. Press 1994.

—, *Carl Schmitt. The End of Law*, Lanham, Rowman and Littlefield 1999.

Schluchter, Wolfgang, *The Rise of Western Rationalism. Max Weber's Developmental History*, trad. G. Roth, Berkeley, University of California Press 1981.

Schwab, George, *The Challenge of the Exception. An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlin, Duncker & Humblot 1970.

Seitzer, Jeffrey, *Comparative History and Legal Theory. Carl Schmitt in the First German Democracy*, Wesport, Greenwood Press 2001.

Sintomer, Yves, *La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas*, Paris, La Découverte 1999.

Söllner, Alfons, "Leftist Students of the Conservative Revolution : Neumann, Kirchheimer, and Marcuse", in : *Telos*, n° 61, 1984.

Sontheimer, Kurt, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, München, D.T.V. 1968.

Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, München, Beck 2002.

Thornhill, Chris, *Political Theory in Modern Germany*, Cambridge, Polity Press 2000.

Winckelmann, Johannes, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen, Mohr 1952.

b) Références historiques

Barnouw, Dagmar, *Weimar Intellectuals and the Threat of Modernity*, Indianapolis, Indiana University Press 1988.

Blasius, Dirk, *Weimars Ende. Bürgerkrieg und Politik 1930-1933*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht 2005.

Boldt, Hans, "Article 48 of the Weimar Constitution. Its Historical and Political Implication", in : A. Nicholls / E. Matthias (dir.), *German Democracy and the Triumph of Hitler*, Londres, Unwin and Allen 1971.

Bracher, Karl D., *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Düsseldorf, Droste 1984.

Bracher, Karl D., Manfred Funke / Hans-Adolf Jacobsen (dir.), *Die Weimarer Republik 1918-1933. Politik – Wirtschaft – Gesellschaft*, Düsseldorf, Droste (Bundeszentrale für politische Bildung) 1988.

Eyck, Erich, *A History of the Weimar Republic*, 2 vol., trad. H. P. Hanson / R. G. L. Waite, New York, Atheneum 1970.

Gay, Peter, *Le Suicide d'une république. Weimar 1918-1933*, trad. J.-F. Sené, Paris, Calmann-Lévy 1993.

Jones, Larry Eugene, *German Liberalism and the Dissolution of the Weimar Party System. 1918-1933*, Chapel Hill, University of North Carolina Press 1998.

Kolb, Eberhard, *The Weimar Republic*, trad. P. S. Falla, New York, Routledge 1995.

Laqueur, Walter, *Weimar. A Cultural History 1918-1933*, Londres, Weidenfeld and Nicolson 1974.

Lepsius, Rainer, "From Fragmented Party Democracy to Emergency Decree and NS Takeover", in : J. Linz / A. Stepan, *The Breakdown of Democratic Regimes. Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press 1978.

Mommsen, Hans, *From Weimar to Auschwitz*, trad. P. O'Connor, Princeton, Princeton University Press 1991.

—, “Government Without Parties. Conservative Plan for Constitutional Revision at the End of the Weimar Republic”, in : L. E. Jones / J. Retallack (dir.), *Between Reform, Reaction, and Resistance*, Providence, Berg 1993.

—, *The Rise and the Fall of German Democracy*, trad. E. Forster, Chapel Hill, University of North California Press 1996.

Peukert, Detlev, *La République de Weimar. Années de crise de la modernité*, trad. P. Kessler, Paris, Aubier 1995.

Ringer, Fritz, *The Decline of the German Mandarins. The German Academic Community 1890-1933*, Cambridge, Harvard University Press 1969.

Stern, Fritz, *The Politics of Cultural Despair. A Study in the Rise of the Germanic Ideology*, Berkeley, University of California Press 1961.

Watkins, Frederick, *The Failure of Constitutional Emergency Power under the German Republic*, Cambridge, Harvard University Press 1940.

### 3. Autres références importantes

Barker, Rodney, *Political Legitimacy and the State*, Oxford, Clarendon Press 1990.

Beaud, Olivier, *La Puissance de l'État*, Paris, P.U.F. 1994.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. O. Jouanjan, Paris, L.G.D.J. 2000.

Coicaud, Jean-Marc, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris, P.U.F. 1997.

## Bibliographie

Constant, Benjamin, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, éd. H. Grange, Paris, Aubier 1991.

—, *Principes de politique*, éd. E. Hofmann, Paris, Hachette 1980.

Ferrero, Guglielmo, *Pouvoirs. Les Génies invisibles de la Cité*, New York, Brentano's 1942.

Finn, John E., *Constitutions in Crisis. Political Violence and the Rule of Law*, New York, Oxford University Press 1991.

Friedrich, Carl Joachim, *Constitutional Government and Democracy* (1937), 3<sup>e</sup> éd., Boston, Ginn and Co. 1946.

—, *Constitutional Reason of State*, Providence, Brown University Press 1957.

Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, 2<sup>e</sup> éd., New Haven, Yale University Press 1969 (1963).

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. W. Rehg, Cambridge, M.I.T. Press 1996.

—, *L'Espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise* (1962), trad. M. B. de Launay, Paris, Payot 1993.

—, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. J. Lacoste, Paris, Payot 1978.

Holmes, Stephen, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Harvard University Press 1993.

—, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, Chicago University Press 1995.

Kantorowicz, Ernst, *Les deux corps du roi*, trad. J.-Ph. Genet et al., repris in : *Œuvres*, Paris, Gallimard (coll. Quarto) 2000.

Klein, Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, P.U.F. 1997.

Koselleck, Reinhard, *Le futur passé. Contributions à la sémantique des temps historiques*, trad. J. Hooek et al., Paris, éd. de l'E.H.E.S.S. 1990.

—, *Le Règne de la critique*, trad. H. Hildenbrand, Paris, Minuit 1979.

Lefort, Claude, *Essais sur le politique. XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, Seuil 1986.

Linz, Juan J., *The Breakdown of Democratic Regimes. Crisis, Breakdown and Reequilibration*, Baltimore, Johns Hopkins University Press 1978.

Manin, Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion 1996.

Marshall, Geoffrey, *Constitutional Theory*, Oxford, Oxford University Press 1971.

Marx, Karl, *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte* (1852), in : *Les Luttes de classes en France*, éd. M. Rubel, Paris, Gallimard 1994.

Mockle, Daniel, “Crise et transformation du modèle légicentrique”, in : J. Boulad-Ayoub (dir.), *L'Amour des lois. La crise de la loi dans les sociétés démocratiques*, Québec, P.U.L. 1996.

Moore Jr., Barrington, *Social Origins of Dictatorship and Democracy. Lord and Peasant in the Making of the Modern World*, Boston, Beacon Press 1966.

Preuss, Ulrich K., *Constitutional Revolution. The Link Between Constitutionalism and Progress* (1990), trad. D. L. Schneider, Atlantic Highlands, Humanities Press 1995.

—, *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität*, Frankfurt/M., Fischer 1984.

Rossiter, Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies* (1948), 3<sup>e</sup> éd., New Brunswick, Transaction 2002.

## Bibliographie

Sartori, Giovanni, *Comparative Constitutional Engineering*, New York, New York University Press 1997.

Schumpeter, Joseph A., *Capitalisme, socialisme et démocratie*, trad. G. Fain, Paris, Payot 1946.

—, *Impérialisme et classes sociales*, trad. S. de Segonzac et al., Paris, Minuit 1972.

Shklar, Judith, *Legalism. Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge, Harvard University Press 1969.

—, “Political Theory and the Rule of Law”, in : A. Hutchinson / P. Monahan (dir.), *The Rule of Law. Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell 1987.

Sloterdijk, Peter, *Critique de la raison cynique*, trad. H. Hildenbrand, Paris, Bourgois 1987.

Winckelmann, Johannes, “Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Legitimität und Legalität”, in : *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 112, n° 1, 1956.

*“This page left intentionally blank.”*

## Index des noms propres

- Anschütz, Gerhard 63, 118,  
125, 130, 229, 252, 303 sq., 307,  
311 sqq., 338, 348 sq., 351, 375,  
391
- Aristote 14, 151, 244
- Aron, Raymond 44 sq., 62
- Böckenförde, Ernst- Wolfgang  
15, 98, 120, 196
- Bodin, Jean 98, 197
- Braun, Otto 227 sqq.
- Brecht, Arnold 228
- Brüning, Heinrich 186 sqq.,  
209, 222, 246, 249 sq., 257, 264,  
338, 339, 343, 346 sq., 367, 369
- Bumke, Erwin 187, 229
- Coke, Sir Edward 138
- Constant, Benjamin 13 sq.,  
148, 243, 264, 296, 349, 396
- Ebert, Friedrich 141, 329
- Ferrero, Guglielmo 11
- Forsthoff, Ernst 239 sq., 271
- Fraenkel, Ernst 222, 245, 252,  
328, 353, 355 sq., 376-382, 384
- Freund, Julien 74, 100, 102
- Freyer, Hans 76, 128
- Friedrich, Carl J. 66
- Gayl, Wilhelm von 222, 225,  
250
- Gerber, Carl Friedrich von  
132 sqq., 136 sq.
- Habermas, Jürgen 64, 149,  
214 sq., 401
- Haffner, Sebastian 257
- Hauriou, Maurice 308, 316
- Heckel, Johannes 21, 250 sq.,  
351 sqq.
- Heller, Hermann 21, 65, 68, 94,  
119, 127 sqq., 132, 138, 206,  
223-229, 233, 237 sq., 252, 268,  
358, 367
- Hilferding, Rudolf 245
- Hindenburg, Paul von 186,  
227, 229, 249 sqq., 328
- Hitler, Adolf 141, 238 sq., 249,  
251 sq.
- Hobbes, Thomas 123, 169, 192,  
299

*La loi désarmée*

- Hofmann, Hasso 71 sq., 80, 87
- Holmes, Oliver W. 322, 400
- Huber, Ernst Rudolf 249, 355, 372
- Jacobi, Erwin 229, 250, 331 sqq., 339
- Jellinek, Walter 312, 349, 351 sq., 392
- Jünger, Ernst 76
- Kaufmann, Erich 21, 68, 126-130, 212, 351
- Kelsen, Hans 68, 74, 86-89, 92, 94, 98 sq., 101, 133-137, 160, 212, 228 sq., 349 sq., 357
- Koellreutter, Otto 312, 388
- Krabbe, Hugo 88 sq.
- Laband, Paul 133, 137 372
- Lefort, Claude 12, 112, 131, 156, 162, 364, 386, 391
- Leibholz, Gerhard 68, 128, 130
- Lénine, Vladimir Illianov 168, 171, 363, 370
- Locke, John 36, 92, 150, 264
- Loewenstein, Karl 62 sqq., 403 sq.
- Löwith, Karl 58, 62, 77, 81, 113 sq., 118, 148, 195, 207, 362
- Ludendorff, Erich von 141
- Marx, Karl 40, 164-170, 201, 362 sq., 366, 370 sq., 374
- Maus, Ingeborg 226, 248, 273
- Mayer, Otto 273
- Mohl, Robert von 279
- Mommsen, Wolfgang 62, 211, 377
- Montesquieu, Charles Secondat de 14, 149, 244, 294
- Müller, Hermann 186, 368
- Mussolini, Benito 141, 143, 172
- Naumann, Friedrich 301
- Neumann, Franz L. 130 sq., 202, 245, 264, 276, 301, 355 sqq., 367, 371 sq.
- Ott, Eugen 187, 250
- Papen, Franz von 188, 222, 225 sqq., 229, 233, 235, 248-251, 258, 264, 293, 296, 299, 315, 344, 346, 355, 370, 376, 402
- Popitz, Johannes 187, 218
- Preuss, Hugo 88 sq., 187, 301, 329, 345, 355, 397
- Preuss, Ulrich K. 78, 97, 119, 121, 267, 401

## *Index*

- Redslob, Robert 329
- Rohan, Karl Anton von 189
- Rousseau, Jean-Jacques 36,  
151, 278
- Schleicher, Kurt von 187 sq.,  
227, 238 sq., 249 sqq., 315, 353,  
370
- Schluchter, Wolfgang 29, 50,  
52
- Schotte, Walter 225, 376
- Schwab, George 101, 356
- Sieyès, Joseph-Emmanuel 284,  
333
- Smend, Rudolf 21, 68 sq., 128,  
132, 351
- Sorel, Georges 163 sq.,  
170 sqq., 176, 362
- Spengler, Oswald 127, 144,  
193
- Stammler, Rudolf 35
- Strauss, Leo 71, 143, 190 sq.
- Thoma, Richard 63 sq., 143,  
173-179, 213, 307 sq., 312, 333,  
338, 348 sq., 351, 375
- Tocqueville, Alexis de 336,  
395
- Triepel, Heinrich 68, 70, 129-  
138, 311 sq., 357
- Voegelin, Eric 71, 114
- Winckelmann, Johannes 29,  
42, 113, 259-262, 281
- Wolzendorff, Kurt 88, 90, 266
- Ziegler, Heinz Otto 230-234

*“This page left intentionally blank.”*

## Table des matières

Liste des abréviations .....	7
Introduction.....	9
 Section 1 : Héritages de Max Weber	
<i>Chapitre 1</i>	
Le positivisme inquiet de Max Weber.....	27
<i>Chapitre 2</i>	
Éléments de méthode décisionniste. La leçon de Carl Schmitt .....	61
 Section 2 : Légitimité et “pensée de la crise” chez Carl Schmitt	
<i>Chapitre 3</i>	
La crise de légitimité du parlementarisme libéral.....	141
<i>Chapitre 4</i>	
De l’État légal à l’État administratif.....	183
 Section 3 : La légitimité supralégale et le démantèlement de l’État constitutionnel (1932-1933)	
Préambule .....	243
<i>Chapitre 5</i>	
L’effondrement du système de la légalité parlementaire.....	255
<i>Chapitre 6</i>	
Légitimité contre légalité. Autopsie d’une constitution .....	299
<i>Chapitre 7</i>	
Sauver Weimar ? Otto Kirchheimer en 1932-1933 .....	355

En guise de conclusion .....	395
Remerciements .....	407
Bibliographie .....	409
Index des noms propres .....	427

La collection *Philia* des Éditions de la Maison des sciences de l'homme (MSH) et la collection *Pensée allemande et européenne* des Presses de l'Université Laval (PUL) sont associées dans un programme de coédition.

**Collection Philia**  
**Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris**

- Gérard Raulet (dir.), *Von der Rhetorik zur Ästhetik. Studien zur Entstehung der modernen Ästhetik im 18. Jahrhundert*, Rennes, Philia 1992 / Paris, Éditions de la MSH 1995.

- Manfred Gangl / Hélène Roussel (dir.), *Les Intellectuels et l'État sous la république de Weimar*, Rennes, Philia 1993 / Paris, Éditions de la MSH 1994.

- (Collectif) *L'éthique protestante de Max Weber et l'esprit de la modernité*, Paris, Éditions de la MSH 1997.

- Georg Simmel, *La Parure, et autres essais*, trad. et prés. Michel Collomb, Philippe Marty / Florence Vinas, Paris, Éditions de la MSH 1998.

- Johann Wolfgang Goethe, *Le Collectionneur et les siens*, édition de Carrie Asman, trad. Denise Modigliani, Paris, Éditions de la MSH 1999.

- Philippe Despoix / Nia Perivolaropoulou (dir.), *Culture de masse et modernité. Siegfried Kracauer, sociologue, critique, écrivain*, Paris, Éditions de la MSH 2001.

- Gérard Raulet (dir.), *Max Scheler. L'anthropologie philosophique en Allemagne dans l'entre-deux-guerres – Philosophische Anthropologie in der Zwischenkriegszeit*, Paris, Éditions de la MSH 2001.

- Wolfgang Fink, *Le peuple, la populace et le prolétariat*, Paris, Éditions de la MSH 2002.

- Theodor W. Adorno, *Mots de l'étranger et autres essais. Notes sur la littérature II*, trad. et notes Lambert Barthélémy / Gilles Moutot, Paris, Éditions de la MSH 2004.

- Siegfried Kracauer, *Les employés. Aperçus de l'Allemagne nouvelle (1929)*, suivi d'une recension par Walter Benjamin, trad. Claude Orsoni, éd. et prés. Nia Perivolaropoulou, Paris, Éditions de la MSH 2004.
- Jean-François Goubet / Gérard Raulet (dir.), *Aux sources de l'esthétique. Les débuts de l'esthétique en Allemagne*, Paris, Éditions de la MSH 2005.
- Paolo D'Iorio / Gilbert Merlio (dir.), *Nietzsche et l'Europe*, Paris, Éditions de la MSH 2006.
- Philippe Despoix / Peter Schöttler (dir.), *Siegfried Kracauer. Penseur de l'histoire*, Québec, PUL / Paris, Éditions de la MSH 2006.
- Georg Simmel, *L'argent dans la culture moderne et autres essais sur l'économie de la vie*, prés. Alain Deneault, Québec, PUL / Paris, Éditions de la MSH 2006.
- Georg Simmel, *Esthétique sociologique*, prés. Philippe Marty, Québec, PUL / Paris, Éditions de la MSH 2007.
- Elizabeth Guilhamon, *Déclin d'Empire. Lecture sémiotique des Somnambules d'Hermann Broch*, Paris, Éditions de la MSH 2008.
- Siegfried Kracauer, *Le voyage et la danse. Figures de ville et vues de films*, éd. et prés. Philippe Despoix, trad. Sabine Cornille, Québec, PUL / Paris, Éditions de la MSH 2008.
- Laurence Danguy, *L'Ange de la jeunesse. La revue Jugend et le Jugendstil à Munich*, Paris, Éditions de la MSH 2009.
- Gérard Raulet (dir.), *Les romantismes politiques en Europe*, Paris, Éditions de la MSH 2009.

**Collection Pensée allemande et européenne**  
**Presses de l'Université Laval, Québec**

- Max Weber, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, trad. et prés. Michel Coutu / Dominique Leydet, avec la coll. de Guy Rocher / Elke Winter, Québec, PUL / Paris, Cerf 2001.
- Elke Winter, *Max Weber et les relations ethniques. Du refus du biologisme racial à l'État multinational*, suivi de *Le débat sur "race et*

*société” au Premier Congrès des sociologues allemands (1910)*, trad. Vanessa Wilkening / Elke Winter, Québec, PUL 2004.

- Michel Coutu / Guy Rocher (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, PUL / Paris, L.G.D.J. 2006.

- Philippe Despoix / Peter Schöttler (dir.), *Siegfried Kracauer. Penseur de l'histoire*, Québec, PUL / Paris, Éditions de la MSH 2006.

- Pierre Gendron, *La modernité religieuse dans la pensée sociologique. Ernst Troeltsch et Max Weber*, Québec, PUL 2006.

- Georg Simmel, *L'argent dans la culture moderne et autres essais sur l'économie de la vie*, prés. Alain Deneault, Québec, PUL / Paris, Éditions de la MSH 2006.

- Jeffrey Reid, *L'anti-romantique. Hegel contre le romantisme ironique*, Québec, PUL 2007.

- Georg Simmel, *Esthétique sociologique*, prés. Philippe Marty, Québec, PUL / Paris, Éditions de la MSH 2007.

- Siegfried Kracauer, *Le voyage et la danse. Figures de ville et vues de films*, éd. et prés. Philippe Despoix, trad. Sabine Cornille, Québec, PUL / Paris, Éditions de la MSH 2008.

- Martine Béland / Myrtô Dutrisac (dir.), *Weimar ou l'hyperinflation du sens. Portraits et exils*, Québec, PUL 2009.