

Recherche de l'unité de l'Etat dans l'oeuvre
de Carl Schmitt comme réponse spécifique à la crise
du libéralisme et de l'Etat national.

Thèse présentée à l'Ecole des
Etudes Supérieures et de la Recherche
de l'Université d'Ottawa en vue de
l'obtention de la Maîtrise en Sociologie.

par Michèle Dufour

Université d'Ottawa
Ottawa, Canada, 1985.



Michèle Dufour, Ottawa, Canada, 1985.

UMI Number: EC55182

INFORMATION TO USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleed-through, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

UMI[®]

UMI Microform EC55182
Copyright 2011 by ProQuest LLC
All rights reserved. This microform edition is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.

ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	I
Avant-propos.....	II
Introduction.....	1
Avertissement.....	11
<u>Chapitre I</u>	
Situation historico-sociale de l'oeuvre Carl Schmitt.....	12
<u>Chapitre II</u>	
Caractéristiques de l'Etat moderne et du modèle idéale de constitution de l'Etat bourgeois de droit selon Carl Schmitt.....	26
1. Contours historiques de l'Etat moderne.....	27
2. Modèle idéal de constitution de l'Etat bourgeois de droit.....	30
3. Le parlementarisme, institution centrale du modèle idéal de constitution de l'Etat bourgeois de droit.....	42
4. Les conceptions libérales sont liées à des situations de normalité; le problème de la dictature est le problème de l'exception concrète.....	47
<u>Chapitre III</u>	
La crise de l'Etat libéral de droit: crise de la généralité bourgeoise et du concept rationnel de droit selon Carl Schmitt.....	51

1. 1848/1917 démocratie prolétarienne vs démocratie bourgeoise.....	52
2. Un Etat interventionniste.....	56
3. Changements juridico-techniques et juridico-politiques.....	62
4. Pluralisme des concepts de légalité.....	67
5. Opposition entre libéralisme et démocratie...	70
6. La «révolution légale» d'Hitler.....	76

Annexe 1:

Article 48 de la constitution de Weimar du 19 janvier 1919.....	83
--	----

Annexe 2:

Article 76 de la constitution de Weimar du 19 janvier 1919.....	84
--	----

Chapitre IV

Carl Schmitt, théoricien anti-formaliste.....	85
1. L'opposition Kelsen/Schmitt, formalisme/anti- formalisme.....	86
2. Trois types de pensée juridique.....	92
3. Le normativisme existentialiste de Carl Schmitt.....	96

Chapitre V

La réponse spécifique de Carl Schmitt.....	102
1. Sa théorie des valeurs.....	103
2. Le «peuple».....	108
3. Le concept de «droit».....	118
4. La notion de politique.....	127
5. Le concept de souveraineté.....	137
6. La légitimité démocratique.....	150
Conclusion.....	158
Appendice.....	171
Bibliographie commentée.....	173
Bibliographie.....	185

«Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante: la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela que ce qui est juste soit fort ou ce qui est fort soit juste».

Pascal. Pensées
(298-103)

Remerciements

Tout au long de ce travail, j'ai pu bénéficier de l'appui et des conseils de plusieurs personnes auxquelles je tiens à présenter mes sincères remerciements.

Je tiens à exprimer plus particulièrement ma reconnaissance à mon directeur de thèse, M. Fred Caloren, qui a aimablement consenti à m'autoriser la réalisation partielle de ce travail de recherche à Madrid et à en diriger la présentation finale.

Le soutien intellectuel et moral des professeurs Manuel Pastor et José Maria Ordoñez de l'Université Complutense a été un facteur indispensable à la bonne conduite de mes recherches à Madrid. Je tiens à les remercier profondément pour la qualité de leurs conseils et leur soutien permanent. D'autre part, je dois aussi souligner l'encouragement reçu par l'Ambassade d'Espagne qui a rendu possible ce séjour hors-campus.

Merci également à Monique Coderre qui a bien voulu accepter de dactylographier cette thèse.

Avant-propos

Ce travail consiste en une étude préliminaire visant à déterminer une problématique pouvant servir de cadre d'analyse concernant la genèse des mouvements totalitaires dans l'Europe d'Entre-deux-guerres.

Il s'agit d'un essai sur la généalogie des mouvements totalitaires qui insère cette question dans un ensemble de problèmes théoriques beaucoup plus vaste: la crise du libéralisme et de l'Etat national. Ainsi traitée, la question perd inévitablement de sa spécificité pour être reléguée à une histoire des solutions à la crise du début du siècle. Cette histoire possède néanmoins un intérêt des plus actuels puisque les problèmes structureaux de la vie sociale et politique auxquels correspondent les mouvements totalitaires n'ont toujours pas connu de solution définitive; il ne serait donc pas exclu d'envisager de possibles résurgences de ses formes.

Il n'existe toujours pas d'unanimité sur la définition du totalitarisme et du fascisme. C'est pour cette raison que nous avons cru plus indiquée l'orientation actuelle de ce travail qui consiste en la recherche d'un cadre analytique théorique. Dans cette étape du travail, l'objectif est d'examiner et d'extraire de l'oeuvre de C.S.* la problématique

* Carl Schmitt. Cette abréviation sert à désigner le nom de cet auteur tout au long du texte.

théorique de la crise sociale de l'Etat libéral pour en approfondir les conséquences (théoriques et pratiques) à l'aide du modèle exemplaire du franquisme lors de mes recherches pour le doctorat. Par conséquent, toute référence au totalitarisme sera faite en fonction de la genèse de l'Etat totalitaire, comme moment de la crise de l'Etat libéral de droit.

Les problèmes fondamentaux de cette époque sont examinés à la lumière des oeuvres majeures de C.S.. Cet auteur analyse la crise de la démocratie libérale et des dysfonctions de sa philosophie — le rationalisme individuel — et de sa théorie politique — le libéralisme — sous les nouvelles structures socio-politiques du XX^e siècle, et dans l'ordre pratique, sous le régime de la République de Weimar (1919-1933). Ses principales préoccupations tournent autour du droit (constitution), de la politique (démocratie) et du rôle du citoyen sous une démocratie (rapport individu/autorité). Il est important de signaler qu'avec C.S. commence une systématisation combinée de la théorie juridique et de la théorie politique inspirée fortement par la sociologie de Max Weber, dont il a d'ailleurs été l'élève. Sur la toile de fond des transformations historiques entre 1870 et 1929 et la crise du positivisme, se développe cette sociologie qui est ou prétend être la science de la reconstruction-restauration sociale et axiologique des sociétés bourgeoises européennes après l'échec de la révolution bourgeoise; 1848 est une date métaphorique-clé qui marque son dépassement par le mouvement ouvrier et la crise

des relations capital et travail. Dans ce cadre, la crise du positivisme marque le point de départ pour les nouveaux problèmes théoriques que C.S. reprend de Marx et de Max Weber.

Dans le domaine de la théorie de l'Etat et du droit, C.S. ne cesse de représenter une référence importante pour étudier la période qui nous intéresse puisqu'il fait partie de cette brillante élite de juristes allemands qui ont contribué à forger la pensée juridico-politique contemporaine tels que Smend, Heller, Preust, Koellreuter... etc.. Sa formation est celle d'un juriste; le centre de ses méditations se situe dans les problèmes de droit public, droit constitutionnel et droit international. Néanmoins, le style qui donne forme à ses idées juridiques élève son oeuvre bien au-dessus du droit en tant que tel et nous permet de l'aborder sous l'angle de la philosophie politique et de la critique sociologique. L'oeuvre de C.S. est multidisciplinaire; s'affronter à son étude suppose de nombreux déplacements théoriques et historiques qui n'étaient pas toujours très familiers. Malgré les lacunes inhérentes à cet effort inter-disciplinaire, nous concevons le résultat de ce travail comme un tout cohérent, et suffisant pour délimiter un ensemble de problèmes concrets pour une recherche postérieure sur ce thème.

En dernier lieu, il est important de faire remarquer la faible diffusion de l'oeuvre de C.S. (un des théoriciens «maudits» de la politique comme disait J. Freund) dans les

milieux anglophones et surtout francophones. Sa critique aux principes juridiques libéraux a été conjoncturellement récupérée (non sans opportunisme) par les théoriciens du national-socialisme allemand, ce qui a fait et continue à faire de l'oeuvre de C.S. l'objet d'un ostracisme intellectuel qu'il faut déplorer. Par conséquent, encore peu de ses ouvrages ont été traduits en langues étrangères. Les textes de C.S. utilisés pour ce travail ont été des traductions espagnoles; toutes les citations ont fait l'objet de traductions personnelles.

Introduction

Qu'est-ce que la théorie?

Les concepts fondamentaux de la philosophie sont des constructions théoriques qui servent de normes, tant pour l'activité subjective que pour l'ordre socio-politique et font partie intégrante du processus de transformation historique. Par conséquent, les concepts et catégories analytiques se modifient sur la base du processus de reproduction sociale et de la confrontation des groupes sociaux en lutte pour leurs intérêts spécifiques.

Tout en admettant la dépendance et l'influence mutuelle entre les idées et les institutions, entre théorie et pratique dans le processus de transformation historique, ce travail porte principalement sur l'étude de concepts fondamentaux et non sur des changements institutionnels concrets, considérant qu'il existe une certaine autonomie du travail théorique. Pour les fins de cette étude, il suffit de souligner que les idées se transforment sur un fond social dont le mouvement reflète un ajustement continu aux problèmes de son organisation.

Objet principal

L'idée centrale du présent travail découle de ces prémisses méthodologiques. Le totalitarisme, vu dans une perspective dynamique, nous oblige à reconnaître qu'il existe une continuité dans l'évolution historique de la société bourgeoise occidentale, marquant le passage d'une situation où la bourgeoisie en tant que classe ascendante en lutte contre l'aristocratie et l'Etat absolutiste peut être qualifiée de révolutionnaire, à une situation où cette bourgeoisie devient politiquement réactionnaire face au développement de la classe ouvrière et de la démocratie de masse. Cette nouvelle situation exige une modification substantielle des instruments conceptuels qui servirent à la prise du pouvoir, et en particulier le centre de son idéologie de légitimation: l'idéologie libérale démocratique.

Le caractère essentiellement socio-historique des phénomènes politiques exige une périodisation des problèmes étudiés afin de distinguer ceux qui sont d'ordre structurel de ceux qui sont d'ordre conjoncturel. C'est en ce sens qu'il est nécessaire de souligner que les mouvements totalitaires de l'Entre-deux-guerres sont des sous-produits de l'ère démocratique et qu'à la différence de l'autocratie pré-démocratique et pré-révolutionnaire de l'absolutisme, ils ont émergé des nouvelles composantes historiques qui caractérisent cette démocratie.

L'événement décisif a été l'entrée des masses populaires dans la vie politique. A partir de ce moment, le concept de dictature se transforme; c'est par la manipulation et la falsification des idées de liberté et de communauté du mouvement démocratique que s'ouvrent de nouvelles possibilités de domination totale, avec de nouveaux instruments en accord avec le niveau de développement historique.

Cette étude sur la généalogie de l'Etat totalitaire à travers l'oeuvre de C.S. est l'étude de l'analyse et de la réponse spécifique de cet auteur à la crise du libéralisme et de l'Etat national dans l'Entre-deux-guerres, et s'inscrit dans une série de préoccupations concernant les profondes transformations dans les structures juridiques et politiques durant cette période. La transformation de l'Etat libéral de droit en Etat «social» de droit, qui engendre de nombreuses modifications à l'intérieur du capitalisme, implique également que le constitutionnalisme moderne ne soit plus seulement un instrument de protection des individus face à l'Etat, mais aussi un facteur de transformation à l'intérieur de la société. Comment arriver à combiner cette fonction interventionniste de l'Etat qui exige un système normatif clair et précis tout en multipliant l'usage des décrets, avec le fonctionnement d'une justice constitutionnelle aux prises avec les dilemmes inhérents au pluralisme politique?

Le niveau de systématisation et les nombreuses références d'ordre socio-politique, philosophique et historique caractérisant les oeuvres de C.S. dénotent le haut niveau de culture de cet auteur en comparaison avec d'autres noms souvent rattachés au problème de l'Etat totalitaire (ex.: Rosenberg ou Mussolini). C.S. était avant tout un théoricien, et un théoricien à l'écoute de la profonde crise de son époque. Ceci justifie le choix de cet auteur considéré comme un des plus rigoureux dans l'analyse des transformations des rapports juridico-politiques dans l'Entre-deux-guerres.

Quel homme est Carl Schmitt? (1888-1985)

Il est né en 1888 à Plettenberg dans le Sauerland (Westphalie), dans une famille originaire de la région de Trèves et qui a encore aujourd'hui des attaches en Lorraine. Ses études universitaires, il les a faites à Strasbourg où il a présenté sa thèse. Ses premiers écrits sont d'ordre essentiellement juridique. Ce n'est qu'après la guerre de 1914-18 que, tout en poursuivant une carrière de juriste aux universités de Bonn et de Berlin, il se fait connaître comme un spécialiste de la pensée politique. La Notion de politique est de cette période. Il passait alors pour l'un des adversaires les plus influents de la politique pratiquée en Allemagne à cause de ses ouvrages qui portaient sur le parlementarisme, la souveraineté, la S.D.N, etc. Rédigées dans un style incisif, ses analyses frappaient par des formules d'une grande clairvoyance. Tout

comme Max Weber, dont il avait été l'élève, et de nombreux autres intellectuels allemands de gauche et de droite, il avait adopté une position dure à l'égard du traité de Versailles, (1919)* mais aussi à l'égard de l'Etat weimarien qui en avait accepté les clauses. Son hostilité au système parlementaire ne signifiait cependant pas un rejet de la forme démocratique; il était plutôt partisan d'un «Etat autoritaire» ou, suivant la formule de Max Weber qu'on retrouve sous sa plume, d'une «démocratie plébiscitaire».

Son influence à cette époque fut à la fois directe et diffuse. D'une part, en effet, il s'est constitué de façon informelle une école qui se réclamait de C.S. et, d'autre part, ses idées furent reprises par de nombreux publicistes et par des revues. Jusqu'en 1933 sa méfiance pour l'hitlérisme ne faisait pas de doute, comme en témoignent certains de ses actes et articles de journaux. Conseiller du chancelier, le général Schleicher, il dut se retirer à la suite d'une attaque dont l'instigateur était le chef du parti catholique, le prélat Kaas, favorable à la venue au pouvoir d'Hitler.

* Le Traité de Versailles de 1919 attribue la responsabilité de la Première Guerre Mondiale à l'Allemagne. L'article 231 de ce traité se référant aux responsabilités de la guerre utilisait face aux «vaincus» des représailles non pas de type juridico-criminel mais plutôt économique. Pour de plus amples détails sur ce traité, on peut s'en remettre à l'oeuvre de C.S., Le Nomos de la Terre (1950), p. 342 & suite.

Comme une grande majorité d'intellectuels allemands, il fit au départ confiance à Hitler, parvenu au pouvoir par les voies légales. C.S. fit dans ses diverses études et articles la théorie du nouveau pouvoir sous tous ses aspects, y compris l'antisémitisme. Critiqué par les juristes inféodés au parti nazi pour son libéralisme, il subit de multiples vexations dès 1935, jusqu'au moment où parut un article menaçant pour sa personne, en 1936. dans le journal des S.S., «Der Schwarze Korps». Comme le montrent les archives récoltés par les Américains après la guerre, il dut à sa qualité de conseiller d'Etat de n'être pas inquiété. Désormais son activité restera purement universitaire. Au lendemain de la défaite de l'Allemagne, sa notoriété lui valut de devenir le bouc émissaire des juristes allemands, bien que la commission d'enquête des Alliés eût conclu ses investigations par un non-lieu. Il se retira dans sa ville natale, Plettenberg, faisant preuve de la même activité dans la recherche jusque dans les années '70. Il est mort en avril 1985.

Le centre de gravité de sa philosophie politique fut la constitution de Weimar. Une constitution presque parfaite juridiquement, mais trop parfaite selon C.S. pour être encore politique. La politique y est évacuée au profit d'une constitution idéale, abstraitement idéale. Par la nature des choses une constitution doit être politique. «Que faire politiquement d'un texte qui élimine d'emblée la politique?», c'est-à-dire le plein exercice du pouvoir. Ceci démontre,

dans un certain sens, l'actualité de la pensée de C.S. Il est impossible d'exprimer une volonté réellement politique si d'avance on renonce à utiliser les moyens normaux de la politique, à savoir la puissance, la contrainte et, dans les cas exceptionnels, la violence. Agir politiquement, c'est exercer l'autorité, manifester de la puissance, sinon on risque d'être emporté par une puissance rivale qui entend agir pleinement du point de vue politique. Autrement dit, toute politique implique la puissance; elle constitue un de ses impératifs. Par conséquent, c'est agir contre la loi même de la politique que d'exclure d'emblée l'exercice de la puissance, en faisant par exemple d'un gouvernement un simple lieu de concertation ou une simple instance d'arbitrage à l'image d'un tribunal civil. La logique même de la puissance veut qu'elle soit puissance et non pas impuissance. Et, puisque par essence la politique exige de la puissance, toute politique qui y renonce par faiblesse ou par juridisme cesse aussi d'être réellement de la politique, parce qu'elle cesse de remplir sa fonction normale du fait qu'elle devient incapable de protéger les membres de la collectivité dont elle a la charge. Le problème n'est donc pas pour un pays de posséder une constitution juridiquement parfaite ni non plus d'être en quête d'une démocratie idéale, mais de se donner un régime capable de répondre aux difficultés concrètes, de maintenir l'ordre en suscitant un consensus favorable aux innovations susceptibles de résoudre les conflits qui surgissent inévitablement dans toute société. De ce point de vue, la critique de la République de Weimar faite par C.S.

ne procède pas du tout d'une intention hostile à ce régime, mais du souci de lui donner l'autorité suffisante pour mener une politique efficace. Selon lui, la subordination de l'acte politique à la procédure juridique avait été la contradiction qui avait donné la mort à la République de Weimar.

Dans un numéro de la «Revue européenne des sciences sociales» consacré entièrement à C.S., Julien Freund* suggère une division de la pensée de cet auteur en trois périodes: (J. Freund, 1978, p. 7-38).

a) République de Weimar (1919-1933):

publication de ses analyses de la crise de la démocratie et de ses ouvrages politiques, période marquée par la pensée décisionniste. (La dictature, La théorie de la constitution, La notion de politique, La défense de la constitution, Légalité et légitimité...)

b) Régime nazi (1933-1945):

période de prise de position positive et ensuite négative envers le régime de Hitler. Transition vers des analyses impersonnelles et vers la pensée de l'ordre concret «Trois types de pensée juridique» (1934) «l'Etat, le mouvement et le peuple» (1934)

* J. Freund est considéré comme le disciple de C.S. en France.

c) Après-guerre (1945...)

questions de l'organisation de l'espace et du droit international. Publication des fondements de sa pensée de l'ordre concret (Le Nomos de la Terre, 1950).

Le travail est divisé en cinq chapitres. Le premier est une présentation sommaire du contexte historique et social qui a donné naissance aux analyses de C.S.. Son modèle ayant été la crise parlementaire de la République de Weimar, nous avons cru adéquat d'en présenter ici certaines données concrètes qui constituent la toile de fond socio-politique de sa pensée. Le second chapitre consiste en l'exposition des principales conceptions de l'Etat moderne et du modèle idéal de constitution de l'Etat bourgeois de droit qui entrent en crise dans la période qui nous intéresse, l'Entre-deux-guerres. Cette crise, nous la revoyons avec C.S. qui en présente son diagnostic au chapitre trois. Les deux derniers chapitres sont les éléments de réponse aux problèmes relevés précédemment. Toute l'oeuvre de C.S. est un dialogue constant avec le formalisme juridique du libéral Hans Kelsen; c'est ce qui le situe théoriquement. Certains éléments de leur opposition sont exposés au quatrième chapitre avec un schéma complémentaire qui introduit au lexique politico-juridique de C.S. Finalement, en dernière partie se trouve les révisions conceptuelles apportées par notre auteur à partir de son postulat de la suprématie de l'existentiel sur le normatif.

Théorie et pratique

Ce qui nous intéresse pour le moment, ce sont des problèmes de fond susceptibles de fournir un cadre analytique de l'Etat totalitaire à partir des problèmes posés par la crise du libéralisme et de l'Etat national afin de préparer une recherche postérieure sur les spécificités de ce problème en contexte national. Nous espérons que ce cadre analytique permettra une meilleure sélection et classification des données dans la recherche concrète et répondra mieux ainsi aux exigences de généralisation, utile à toute recherche sociologique.

Les relations conceptuelles étudiées dans ce travail ne prennent leur sens qu'à l'intérieur d'une analyse scientifique qui suppose comme tâche d'appréhender l'évolution d'un problème dans la réalité, de prendre conscience de ses contradictions et d'aider à l'affirmation des forces progressistes capables de résoudre les difficultés et de permettre à la société humaine de se rendre maître de ses conditions d'existence. L'amélioration de la vie sociale ne peut se faire que sur la base de conditions sociales et structurelles concrètes, et pour cette raison il est important de souligner le caractère préparatoire de ce travail.

Avertissement

Avant de commencer notre exposé, il est important d'apporter certaines précisions concernant les termes de ce débat puisque, comme nous l'avons mentionné auparavant, un des plus grands apports de C.S. est d'avoir tenté une systématisation conjointe de la théorie juridique et de la théorie politique. Par conséquent, lorsque nous faisons allusion aux termes de «droit», «ordre juridique», on doit tenir compte d'une distinction essentielle entre une considération strictement juridique et une considération sociologique auquel tend C.S.. La première s'interroge sur ce qui doit valoir idéalement comme «droit», c'est-à-dire, en tant que sens normatif logiquement valide devant répondre à une construction verbale qui se présente comme norme juridique. Contrairement à ce concept typique de la science juridique, une considération sociologique exige une référence aux faits qui surviennent dans une société de façon à mettre en relief la «probabilité» que les hommes possédant un pouvoir effectif de décision dans l'activité communautaire considéreront comme subjectivement valide un ordre déterminé et orienteront leur pratique en fonction de cet ordre. C'est sous cet angle que se définissent les relations de principes entre droit et économie; l'un se situe dans la sphère idéale du «devoir être» et l'autre dans le domaine des événements concrets.

Chapitre I

Situation historico-sociale de
l'oeuvre de Carl Schmitt

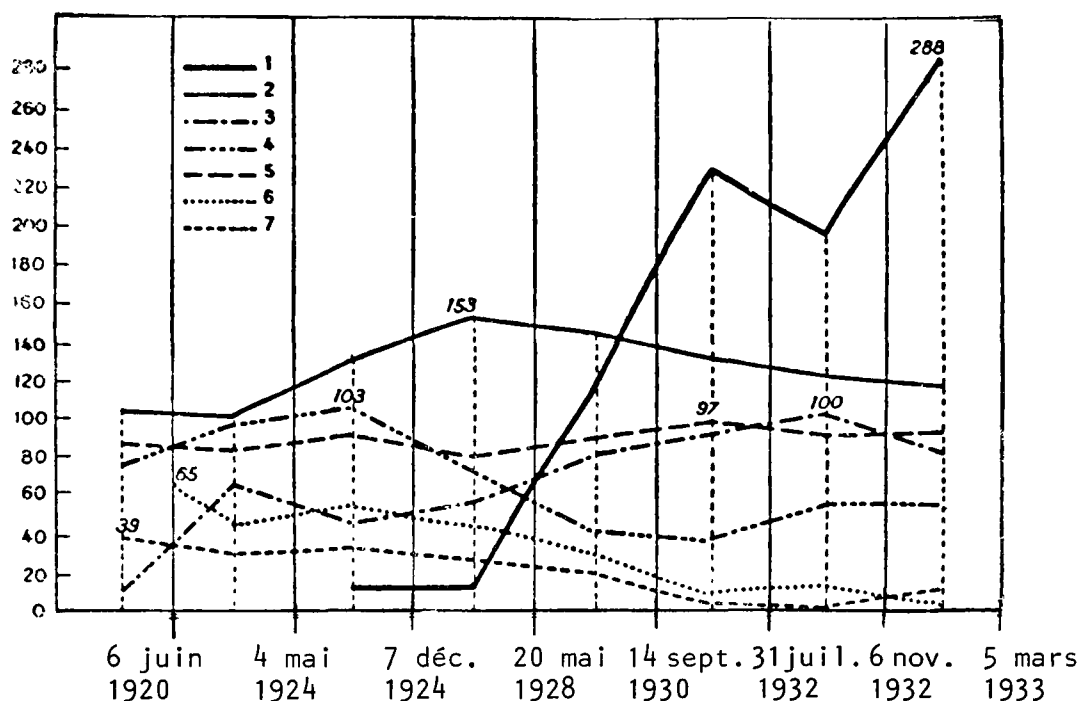
Pour comprendre les principales préoccupations théoriques de C.S. concernant les rapports droit et pouvoir politique, il faut se replacer à l'époque où sa pensée politique s'est formée et où il publie ses premières analyses théoriques afin d'apporter des solutions à la profonde instabilité de la démocratie parlementaire sous le Régime de Weimar. L'Entre-deux-guerres représente une période où la pratique constitutionnelle libérale européenne se voit soumise aux enjeux les plus graves et dangereux de son histoire.

En plus des symptômes de dégénération de la politique allemande depuis le XIX^e siècle, la démocratie qui s'instaure en 1918 héritait des conséquences de la défaite de la Première Guerre Mondiale et du Traité de Versailles.* Depuis 1918-1919, on assiste à une conquête progressive du gouvernement par les partis de droite. Les premières équipes gouvernementales sont formées par les partis de la «coalition de Weimar»: socialistes, centristes, démocrates sous une présidence socialiste. Rapidement, la direction des ministères et les postes les plus importants échappèrent aux socialistes; les catholiques à partir de 1920 et les démocrates à partir de 1922 finirent pas éliminer les sociaux-démocrates.

* Voir note au bas de la page 5.

Le progrès réalisé par les partis de droite se manifeste clairement au moment du décès du Président de la République, Ebert. Toute la gauche vote pour le catholique Marx (13,700,000 votes) ou en faveur du candidat communiste Thaelmann (environ 500,000 votes) tandis que les partis «völkish» forment un bloc et élirent l'ancien maréchal Hindenburg par 14,500,000 votes. Hindenburg était un monarchiste qui incarnait l'esprit militaire prussien et dont la principale préoccupation était le réarmement du Reich; il se transforma rapidement en une simple figure manipulée par la droite.

De 1920 à 1930, dix-sept gouvernements de coalition se succèdent; l'impuissance, les divisions et la politique des partis ont discrédité et paralysé le régime parlementaire. A partir de 1928, l'impossibilité d'obtenir une majorité parlementaire préparera le terrain à l'avènement d'un gouvernement présidentiel. A l'échelle des «Länder» se retrouvaient un gouvernement et un parlement de façon qu'il y avait dans toute l'Allemagne 70 ministères, 19 parlements et 2,148 députés. Les luttes présentaient partout le même caractère mesquin qu'à Berlin.



Nombre de représentants des différents partis au Reichstag.

1. Parti national-socialiste 2. Parti social-démocrate 3. Parti communiste 4. Parti du Centre et Parti Populaire Bavarois
5. Parti national allemand 6. Parti Populiste 7. Parti démocrate.
(Historia general de las civilizaciones. Vol. VII.)

A partir de 1919, conjointement avec les militaires qui se maintiennent dans l'ombre, le «féodalisme» qui dirige l'économie allemande — financiers, industriels, grands propriétaires terriens — récupère la direction des affaires et réussit à empêcher que la situation de la propriété soit modifiée. Les grands propriétaires terriens dominent le ministère de l'agriculture, le Conseil de l'agriculture et la principale Union Agricole, le «Reich land bund», ils font obstacle à l'exécution de la «Siedalungsgesetz» de 1919 qui

autorisait l'Etat à acheter les 2/3 des grandes propriétés dans les districts où 10% des terres cultivables appartenait à des propriétés de plus de 100 hectares.

Exception faite des Etats-Unis, possiblement aucun pays n'a réussi comme l'Allemagne à concentrer dans les mains de ses industriels la majeure partie de la richesse nationale en les laissant imposer leur loi au détriment de l'autorité de l'Etat.

Il s'agit des puissants industriels regroupés dans le «Reichsverband der deutschen Industrie» et dans la «Vereinigung der Arbeitgeberverbände», propriétaires d'énormes organisations «Konsern». Ils s'opposent à l'application de la loi de 1919 qui instituait le «Reichsnotopfer» (contribution sur la fortune), combattent l'institution des «Betriebsräte» (conseils d'entreprise créés en 1920), à la loi de 8 heures et neutralisent l'action du Tribunal des «Cartels» établi en 1923 pour contrôler l'industrie et annuler en cas de nécessité ses contrats et statuts.

Ces industriels dominant le Reichstag (parlement) de façon «occulte mais absolue» au moyen du Parti national allemand, héritier de l'ancienne droite agraire et militaire et du Parti populiste que dirige Stresemann.

Les nombreuses difficultés de fonctionnement de l'activité gouvernementale à l'intérieur du capitalisme faisaient l'objet de nombreuses attaques de la part des éléments monarchistes et réactionnaires ainsi que des sectes antisémites et paramilitaires qui fomentaient diverses tendances dictatoriales et révolutionnaires. Les organisations ouvrières toujours plus nombreuses opposent au parlement non pas seulement des fractions d'une même élite, sinon deux classes en lutte. La classe ouvrière ne se contente pas de réformes partielles et graduelles sinon qu'elle exige l'extension de ses principes démocratiques à la sphère de l'économie et à toute la société. Il s'agit donc d'une forte polarisation des forces politiques à l'intérieur de la société allemande dont les tensions se reflètent dans les mécanismes de décisions d'un Etat conçu selon les alternatives limitées des forces alliées à la bourgeoisie capitaliste.

La montée des organisations ouvrières et le pouvoir d'expansion de la révolution communiste ont profondément altéré le régime de la démocratie libérale. Aussi longtemps que l'opposition entre les partis était de type conservatrice ou libérale, on pouvait être certain qu'un système d'alternance des partis ne permettrait pas à l'adversaire d'effectuer un coup irrémédiable au droit de propriété, puisque ceux-ci étaient au fond d'accord sur l'essentiel, c'est-à-dire sur la structure de la société. Mais lorsque ce ne sont plus deux fractions d'une même classe sinon deux classes en lutte, les

revendications mettent en danger les bases de l'ordre établi. Les tensions deviennent de plus en plus aigües et la classe dominante tend au conservatisme pour empêcher la réforme des structures sociales; elle abandonne les méthodes traditionnelles pour obliger le gouvernement à pratiquer la politique qui lui convient.

En plus de ces transformations politiques, la démocratie libérale est affectée par les grandes entreprises qui contrôlent l'industrie la plus importante et qui sont à la fois plus puissantes et plus fragiles que jamais, puisque leur prospérité dépend maintenant de la politique économique du gouvernement qui peut aussi bien les favoriser comme les contraindre à sa tutelle au moyen d'une législation douanière, fiscale et sociale. La doctrine sociale qui exigeait l'abstentionnisme de l'Etat en matière sociale et économique est dépassée; il est nécessaire de contrôler et situer l'Etat dans le champ des intérêts des classes dominantes pour l'utiliser à ses propres fins.

La démocratie parlementaire est donc affaiblie par la transformation des partis et par les mesures qui, durant la guerre ont renforcé l'autorité du pouvoir exécutif et en ont augmenté ses attributions; se développe et s'amplifie le transfert du pouvoir réel du corps électoral au parlement et de celui-ci à l'exécutif. L'organisation des partis est toujours plus rigide et centralisée, en même temps que l'influence des adhérents sur les dirigeants diminue et que les chefs politiques deviennent tout-puissants. Ces

attributions du pouvoir exécutif ont augmenté après la guerre à cause de la complexité des problèmes que les gouvernements devaient résoudre, l'urgence d'adopter certaines décisions et aussi la croissante centralisation qu'imposent les nouveaux moyens de communication (téléphone, avion, radio...) pour transmettre l'information et les ordres. En face des nouveaux problèmes techniques, les assemblées délibérantes ont souvent été incapables d'adopter des accords avec la rapidité nécessaire de façon que cette complication progressive de la machine administrative et son manque de rendement ont motivé ce transfert du pouvoir de décision. Pour cette raison, une partie importante de la fonction des assemblées a dérivé vers la sphère administrative et le pouvoir exécutif dont l'autorité se voit renforcée par la nécessité croissante de recourir aux experts qui dirigent. Dans les pays aux prises avec les difficultés d'après-guerre, l'influence de l'administration augmente par le fait que se multiplient les interventions de l'Etat et que l'exécution des lois se complique et exige un personnel spécialisé composé de techniciens expérimentés.

Depuis 1929, l'évolution politique subissait également les conséquences psychologiques du chômage qui ne cessait d'augmenter. Si on tient compte des chiffres officiels — en excluant les chômeurs à court terme et les non-inscrits — le chômage s'élevait en septembre 1929 à un total de 1,3 millions de personnes. Un an plus tard ce chiffre atteignait les 3 millions, en 1931, 4,35 millions et finalement en 1932,

5,1 millions. Durant l'hiver 1931-32 et 1932-33, il dépassait les 6 millions. Ceci signifie que pratiquement la moitié des familles allemandes, autant petite-bourgeoises qu'ouvrières, se voyaient affectées par le chômage. Les premières, qui étaient en fait peu organisées, fuyèrent vers la droite radicale pour s'opposer au communisme (KPD).

Anti chambre de 1933

Suite à ces considérations générales, nous pouvons revenir sur la question des circonstances spéciales qui ont permis l'ascension du national-socialisme en Allemagne. En plus du manque de tradition démocratique qui a continuellement marqué l'histoire de ce pays au XIX^e siècle, s'ajoute la situation chaotique de départ de la République de Weimar comme nous l'avons déjà mentionnée. La démocratie qui s'instaure en 1918 fut tributaire des conséquences d'une guerre perdue. La démocratie était le point d'attaque générale, autant pour les éléments réactionnaires et favorables à la restauration monarchique dans l'Etat sur le thème de l'économie et de la société, que de la part des corps de volontaires militants, les sectes antisémites et les groupes paramilitaires qui fomentaient diverses tendances dictatoriales et révolutionnaires. Le «fantasme rouge» de la révolution bolchévique a participé grandement à augmenter la propension de l'armée, de la bureaucratie et de la bourgeoisie à de telles attitudes. Les forces

démocratiques pour leur part montrent beaucoup de tolérance face à l'Etat de droit. Tous doivent tenir compte en même temps d'un désir d'autorité propre à l'appareil bureaucratique d'Etat qui s'est manifesté à diverses reprises lors des graves problèmes structurels de la République.

L'insistance sur une tradition opposée aux nouvelles formes de la démocratie s'est reflétée de plusieurs manières. En voici les principaux corollaires: le non-fonctionnement de l'activité gouvernementale dans le cadre du parlement; les pressions en faveur d'un système présidentiel qui servira autant de «substitut de Kaiser» que d'espèce de dictature; le fractionnement et l'incapacité de coopération des partis dont les positions idéologiques et politiques s'étaient radicalisées; la montée des mouvements anti-démocratiques qui minaient le champs d'action des coalitions en leur qualité d'opposition à l'Etat; la hausse de popularité d'une philosophie politique terroriste qui s'opposait au compromis; la militarisation de l'activité extra-parlementaire par des groupes de combat militants; la radicalisation de la classe moyenne; la propagation d'une idée de justice à caractère autoritaire et hiérarchique; et finalement, un dernier élément non sans importance, l'isolement de l'armée face à la république démocratique.

Dans ce contexte s'est réalisée la montée du national-socialisme qui cristallisait en lui un parti d'intégration d'un nouveau style. Le phénomène en question fut conçu comme une version spécifiquement allemande de l'anti-démocratie européenne.

L'après-guerre est nettement marquée en politique internationale par la victoire de la révolution bolchévique de 1917. Cette période de développement industriel accélérée est marquée par de sérieux affrontements concernant l'idée de «progrès». Il s'agit d'une lutte entre les diverses alternatives de systèmes politiques qui prétendent tous être les plus adéquats à l'avancement technique, scientifique et industriel: ou un système libéral-capitaliste, ou social-communiste ou libéral-socialiste.

Le «progrès politique» fait partie de l'arsenal idéologique dont se servent les partis politiques internationalistes pour poursuivre leur stratégie et fonder leur légitimation. En ce sens, la Révolution russe sert de modèle, puisque le pouvoir d'Etat soviétique prétend offrir une voie possible pour l'unité politique du monde. La Révolution russe fut consciemment le début d'une révolution mondiale.
(C.S., 1979, p. 11).

La montée en flèche du socialisme et du communisme met de l'avant la question d'un nouvel ordre social et économique.

Le problème est cependant stratégique; cette forte expansion des idéologies modernes de «progrès» semble majoritairement favoriser l'utilisation de l'Etat et les voies démocratiques (parlement) pour arriver à ses fins, c'est-à-dire réaliser une sorte de «révolution légale mondiale».

Cette nouvelle donnée historique met en lumière du point de vue technique, ou stratégique, que la légalité est devenue le problème central de la pratique politique. La société industrielle est née sous le signe protecteur du rationalisme occidental qui impliquait la transformation du droit en légalité. Avec les nouveaux moyens de conquête qui ne consistent plus principalement en l'appropriation de territoire ou de la mer, sinon en une capacité supérieure d'agression et de destruction technique, la société industrielle est devenue particulièrement propice aux perturbations et sabotages continuels.* En ce sens, la légalité se révèle être un instrument privilégié pour légitimer n'importe quels changements révolutionnaires d'ordre industriel et technique qui ne sont pas nécessairement synonymes de progrès éthique ou moral. La légitimité du pouvoir semble s'être transformée en une sorte de légalité supérieure, en une méthode qui contraint en soi à l'obéissance.

* Voir C.S. Le Nomos de la Terre, (1950), p. 406-428.

Compte tenu du niveau de développement des forces historiques, il est important de considérer la capacité de validité supérieure de certaines normes de l'ordre juridique dont le cas typique serait celui des normes qui définissent les procédures de transformation, d'abolition ou de suspension d'autres normes. Ceci est qualifié par C.S. de «superlégalité».* En d'autres termes, il est à remarquer que sur le terrain des luttes politiques, les normes qui font partie de la hiérarchie de l'ordre juridique n'ont pas toute la même force dans la pratique constitutionnelle et accorde dans certains cas ce qu'on a appelé une «plus-value politique à la possession légale du pouvoir». La «superlégalité» est conçue comme une notion typiquement juridico-constitutionnelle, mais elle se prête facilement à un usage polémique dans le domaine du politique, étant donné que c'est sur ce terrain qu'elle accorde des privilèges supérieurs à qui détient légalement le pouvoir.

Après la Première Guerre Mondiale, la révolution fasciste de 1922 répond à cette nouvelle problématique constitutionnelle concrète qui surgit en période de développement industriel. Il ne s'agit pas d'une alternative entre des formes d'Etat (monarchie ou république); il s'agit plutôt

* Cette expression appartient originellement à M. Hauriou dans son Précis de droit constitutionnel (1923), p. 97. Ceci est souligné par C.S., lui-même dans Légalité et légitimité, p. 92.

d'opinions contradictoires concernant le progrès social, industriel et politique. L'Allemagne de Weimar en est à cette date au début de son cheminement qui mènera à la «révolution légale» de Hitler par un usage politique de la superlégalité.

Chapitre II

Caractéristiques de l'Etat moderne et du
modèle idéal de constitution de l'Etat bourgeois
de droit selon Carl Schmitt

Le libéralisme n'est pas une philosophie, sinon une philosophie politique. Le mérite de C.S. est d'avoir exploré et recherché dans la philosophie libérale sous-jacente au rationalisme individuel, la source des principaux problèmes de la crise de l'Etat bourgeois de droit en le prenant comme objet critique depuis sa genèse autant comme épistémologie qu'idéologie.

Si on admet avec cet auteur qu'il existe une continuité dans l'évolution historique de la société bourgeoise occidentale, il est important de définir les principales caractéristiques de l'Etat moderne et du modèle idéal de constitution qui servit à la consolidation du pouvoir de classe de la bourgeoisie nationale. Nous espérons ainsi concevoir dans une perspective dynamique la crise socio-politique qui correspond à l'époque qui nous intéresse.

1. Contours historiques de l'Etat moderne

Pendant la Renaissance (vers la fin du XV^e siècle) les changements économiques et sociaux ont progressivement accompli l'intégration des communautés, minant ainsi les anciennes bases du pouvoir local et augmentant les fonctions du pouvoir central. Sur la base d'une série de transformations économiques et techniques se développe une nouvelle réalité étatique qui a pour conséquence, d'une part, une évolution dans les méthodes d'administration et de domination (émancipation

politique, militaire et économique) et, d'autre part, l'apparition de l'Etat comme sujet spécifique du droit qui se caractérise par son autorité, c'est-à-dire, comme unité juridique décisive. C'est là que se situe concrètement l'origine de l'Etat moderne en tant qu'«Etat rationnel» basé sur une bureaucratie professionnelle et un «droit rationnel».

L'époque médiévale ne connaissait pas l'idée d'une pluralité d'Etats souverains qui coexistent sur une base juridique égale. Au contraire, cette époque se caractérise par la dispersion des pouvoirs. L'Etat médiéval n'a pas connu une relation de pouvoir unitaire, ni un ordre juridique unitaire ni un pouvoir d'Etat unitaire dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui.

L'Etat moderne est un Etat souverain et en tant qu'Etat unitaire possédant un territoire défini, il s'oppose radicalement à la segmentation et au pluralisme des pouvoirs de l'époque médiévale.

«Il s'agit d'un ordre de l'espace totalement différent du droit des gens de l'Europe médiévale. Cet ordre apparut avec l'Etat européen centralisé, délimité au niveau du territoire et qui était souverain face à l'empereur et au pape, et à tous ses voisins. Cette réalité incluait l'ouverture d'un espace libre et illimité pour l'acquisition de territoires outre-mer. Les nouveaux titres juridiques qui caractérisent ce droit des gens (inconnus pendant le moyen-âge chrétien) étaient découverte et occupation. Le nouvel ordre de l'espace n'était pas fondé sur une base stable sinon sur un «équilibre». (C.S. 1950, p. 47).

Cette nouvelle réalité s'est développée parallèlement à la Réforme protestante qui présuppose la fin des prétentions universalistes de l'Eglise en matière politique, culturelle et idéologique. Le premier effet «rationalisant» de cette nouvelle entité spatiale nommée «Etat» dans le domaine de la politique intérieure et extérieure, fut de «déthéologiser» la vie publique et neutraliser ainsi les contradictions des guerres civiles religieuses. Les partis des guerres civiles supra-territoriales des XVI^e et XVII^e siècles furent éliminés. Les divergences entre les partis religieux furent annulées par une résolution juridico-publique à caractère non pas ecclésiastique, sinon étatique et gouvernementale. (C.S. 1950, p. 158).

«... la déthéologisation eut une conséquence évidente: la rationalisation et l'humanisation de la guerre et la possibilité de sa limitation au moyen du droit public européen. Ceci signifie que le problème de la guerre juste est séparé de l'idée d'une cause juste puisque la guerre est maintenant soumise à des catégories juridico-formelles». (C.S. 1950, p. 158).

Du point de vue axiologique, avec la Réforme disparaît la «potestas spiritualis» qui faisait partie de l'ordre médiéval. L'émancipation de l'Etat par rapport à l'Eglise implique une sécularisation des arguments moraux de la théologie. Avec la disparition de Dieu des structures du pouvoir politique, le problème éthique qui consiste en la recherche d'une structure humaine capable de garantir un

nouveau système de valeurs est résolu par la philosophie «naturelle» et le droit «naturel» (ahistorique) d'une raison humaine en général. (C.S. 1950, p. 133-134). Selon C.S., la véritable légitimation historique de l'Etat moderne réside dans cette oeuvre gigantesque qu'a imposé la sécularisation de la vie européenne sous tous ses aspects, (C.S., 1950, p. 136-137) autant en politique intérieure qu'extérieure.

2. Modèle idéal de constitution de l'Etat bourgeois de droit

La Renaissance marque le début de l'affirmation de la bourgeoisie en tant que classe dominante. Sa victoire décisive sur la noblesse féodale date de 1789. La Révolution Française, en tant que victoire de la révolution bourgeoise et de sa philosophie — le libéralisme —, marque la fin de l'Ancien Régime absolutiste et le commencement de l'instauration des régimes libéraux en Europe continentale.

Contrairement à la société féodale, les valeurs qui sous-tendent la société bourgeoise à partir du XIX^e siècle supposent l'égalité juridique de citoyens libres (liberté et égalité). La bourgeoisie prit le pouvoir au nom de la liberté et l'égalité de tous, quoiqu'en réalité sa base effective repose exclusivement sur l'inégalité économique. La société de classe bourgeoise ne possède pas le caractère fermé de la société féodale divisée en Etats qui jouissait de pouvoirs permanents dans une société intérieurement stable.

Basée substantiellement sur la propriété privée et la libre concurrence, la société de classe fait apparaître la société civile* comme un agrégat informe et confus d'intérêts économiques en changement continu et par conséquent, comme un système profondément instable. Cette société est conçue, du moins théoriquement, comme un système d'interrelations économiques en équilibre qui prétend s'auto-régulariser au moyen de ses propres mécanismes internes. L'Etat est pour autant un Etat neutre, séparé de la société.**

Du point de vue institutionnel et juridique, avec la Révolution Française se généralise l'idéal de constitution de l'individualisme bourgeois qu'on appellera plus tard «Etat de droit»*** dont voici les principales caractéristiques:

* Par «société civile», nous entendons ici l'ensemble des relations socio-économiques.

** Selon C.S., une conséquence directe de la séparation Etat et Société (politique et économie), c'est que le véritable contenu matériel politique de cet Etat reste en dehors de la politique et de la constitution. (C.S., 1950, p. 383).

*** C.S. signale que l'expression «Etat de droit» peut avoir autant de significations comme il existe de concepts de «droit» et d'organisations auxquelles s'appliquent le mot «Etat» (C.S., 1932, p. 23). Dit-il: «trop souvent l'expression «Etat constitutionnel» équivaut, sans plus, à «Etat bourgeois de droit» (C.S., 1928, p. 137).

Pour cette raison, dans Légalité et légitimité, C.S. propose une classification des types d'Etat en fonction du centre de gravité de la volonté décevante qu'il juge plus fructueux pour comprendre la réalité de l'Etat: Etat législatif, judiciaire, administratif et gouvernemental. Quoique dans la réalité historique on retrouve constamment une combinaison de ces trois éléments qui sont en fait nécessaires à toute communauté politique, on peut tout de même reconnaître où se situe le centre de gravité dans les moments décisifs (de crise) et il ajoute: «Il est certes possible dans une situation indéfinie, une juxtaposition ou une confusion entre une justice suprême, un gouvernement suprême, une administration suprême et même, peut-être, un heureux équilibre entre divers pouvoirs suprêmes en périodes de transition passagères». (C.S., 1932, p. 7-8).

- a) «règne de la loi» (ou souveraineté de la loi) comme expression de la volonté générale,
- b) division des pouvoirs: législatif, exécutif et judiciaire,
- c) légalité de l'administration: soumission du pouvoir d'Etat à la légalité et contrôle judiciaire suffisant,
- d) droits et libertés fondamentaux; garanties juridico-formelles et réalisation matérielle effective.

Dans des termes plus spécifiques, C.S. définit cet Etat comme un type d'«Etat législatif».

«Par Etat législatif, on entend un type de communauté politique dont la particularité consiste en ce qu'elle voit l'expression suprême et décisive de la volonté commune dans la proclamation d'une espèce qualifiée de normes qui prétendent être le droit et auxquelles, par conséquent, sont réductibles toutes les autres fonctions, compétences, et sphères d'activité dans le domaine public. Ce qu'on entendait au XIX^e siècle entre les Etats d'Europe continentale par «Etat de droit» était en réalité, l'Etat législatif, et concrètement l'Etat législatif parlementaire. Dans cet Etat, le rôle central est rempli par le parlement en tant que «corps législatif» qui a la charge d'élaborer ces normes avec toute la dignité qui correspond au législateur». (C.S., 1932, p. 4).

De l'idée fondamentale des libertés bourgeoises se dédui-

sent, selon C.S., deux conséquences qui sont en fait les deux principes de base typiques de l'Etat de droit de toute constitution moderne. Un est le principe de distribution: la sphère des libertés individuelles est supposée comme une donnée antérieure à l'Etat, étant une liberté individuelle «illimitée en principe» tandis que la faculté de l'Etat pour intervenir dans cette sphère est «limitée par principe». L'autre principe est un principe d'organisation qui est la mise en pratique du principe de distribution; le pouvoir d'Etat (limité en principe) se «divise» et s'enferme dans un système de compétences circonscrites. Le principe de distribution contient ce qu'on appelle droits fondamentaux (ou de liberté) et celui d'organisation contient la doctrine de la division des pouvoirs. Droits fondamentaux et division des pouvoirs constituent le contenu essentiel de toute constitution moderne. (C.S., 1928, p. 138-139).

Vue d'ensemble sur les droits de la personne

Droits de liberté de l'individu isolé	Droits de liberté de l'individu en interaction avec d'autres	Droits de l'individu dans l'Etat, en tant que citoyen	Droits de l'individu comme charge de l'Etat
<ul style="list-style-type: none"> . liberté de conscience . liberté personnelle . propriété privée . inviolabilité du domicile . (correspondance (secrète)) 	<ul style="list-style-type: none"> . libre manifestation . liberté de discours . liberté de presse . liberté de culte . liberté de réunion . liberté d'association . liberté de coalition-transition vers le politique) 	<ul style="list-style-type: none"> . égalité devant la loi . droit de pétition . suffrage universel . égalité d'accès aux charges publiques 	<ul style="list-style-type: none"> . droit au travail . droit à l'assistance sociale . droit à l'éducation, formation et instruction
<p>Garanties libérales, individualistes de la sphère de liberté individuelle, de la concurrence et de la libre discussion. (droits naturels individuels)</p>		<p>droits politiques démocratiques du citoyen individuel (droits publics subjectifs)</p>	<p>droits et prétentions socialistes (ou encore: sociaux)</p>

(C.S., 1928, p. 175)

Le concept rationaliste de «loi» (souveraineté de la loi) qui correspond au modèle idéal de l'Etat bourgeois de droit postule une harmonie entre la loi et le droit. Ceci signifie que l'Etat est dominé par des normes impersonnelles et générales, pré-déterminées et égales pour tous, avec la possibilité d'un contenu mesurable qui soit à la fois durable dans le temps. Par loi, on entend celle qui est créée par l'organe de représentation populaire (parlement ou assemblée populaire) et selon une procédure prescrite: elle prétend être l'expression de la volonté générale (C.S., 1928, p. 153). Il s'agit d'un concept formel de loi.*

* Neutralité du concept de loi: le problème du concept de loi correspondant à la tradition de l'Etat de droit c'est qu'il est un concept formel de loi et qu'il ne peut exister en réalité sans un concept matériel (ou politique) (C.S., 1928, p. 155). Par concept formel de loi on entend «la loi qui est créée par les organes législatifs compétents et selon une procédure législative prescrite. (C.S., 1928, p. 153). Une telle caractérisation de la loi à partir de certaines qualités formelles et d'une procédure définie, a pour conséquence que n'importe quel objet de la vie étatique peut devenir le contenu d'une loi, (C.S., 1928, p. 155) puisque les procédures formelles de la législation ne prétendent pas s'ingérer dans le contenu matériel de l'existence politique.

Au contraire, le concept matériel (ou politique) de loi se réfère à un concept de loi qui est le résultat de la forme d'existence politique de l'Etat et de la configuration concrète de son organisation de pouvoir (C.S., 1928, p. 155). Une qualité de toute loi, en son sens matériel, est d'imposer des limites à la «liberté» personnelle en général et à la «propriété» tout spécialement. (C.S., 1928, p. 156).

«La présumée congruence et harmonie pré-établies entre le droit et la loi, entre la justice et la légalité, entre l'objet ou droit et la procédure législative dominant jusque dans le moindre détail, l'idée de droit propre à l'Etat législatif. Seulement ainsi, a-t-il été possible de se soumettre au «règne de la loi» au nom de la liberté, d'effacer de la table des libertés le droit de résistance, et de considérer la loi avec cette prééminence inconditionnelle...». (C.S., 1932, p. 29).

Dans ce type d'Etat, ce n'est pas la volonté des Hommes qui dominant, mais les lois qui sont appliquées de façon impersonnelles (C.S., 1932, p. 5). L'existence d'un régime de séparation des pouvoirs, comme exigence de l'Etat de droit, signifie que la création des lois, c'est-à-dire, la fonction législative, se distingue de l'application des lois, qui correspond au pouvoir exécutif et judiciaire. Théoriquement, au sens strict et formel, les organes du pouvoir exécutif ne peuvent être considérés comme législateurs malgré leur faculté normative. Avec la séparation du législatif et de l'exécutif, on empêche l'union des normes générales et des mandats personnels, et cette distribution du pouvoir avec le judiciaire constitue un système de contrepoids qui sert de garantie contre l'absolutisme et la dictature.* (ratio vs. voluntas). (C.S., 1928, p. 149, 150, 151).

* Faisant allusion aux postulats libéraux, Schmitt souligne:

«Ceux-ci croient qu'un gouvernement qui peut adopter des décisions particulières, sans être soumis à des lois générales solides et permanentes, est despotique». (C.S., 1928, p. 151).

Le principe de la légalité de l'administration est la note caractéristique de l'Etat de droit. Seul peut être défini comme Etat de droit celui où les compétences sont clairement délimitées. La division des pouvoirs, ou encore distinction des pouvoirs selon C.S., porte en soi le principe de base de la mesure générale de toute manifestation du pouvoir d'Etat. L'exigence de «mesure» se dérive du principe de distribution propre à l'Etat de droit selon lequel les libertés individuelles sont illimitées par principe et toute faculté de l'Etat, au contraire, se trouve limitée par principe, donc mesurable. Toutes les activités de l'Etat, législation, gouvernement, pouvoir judiciaire, peuvent se réduire à un fonctionnement calculable selon des normes fixées au préalable. (C.S., 1928, p. 142).

La «souveraineté de la loi» de l'Etat de droit signifie avant tout que le législateur lui-même est soumis à sa propre loi, et que sa faculté de légiférer n'est pas l'instrument d'une domination arbitraire. La soumission du législateur à la loi n'est possible que si celle-ci est une norme possédant certaines qualités: rectitude, rationalité, justice... etc. Toutes ces propriétés présupposent que la loi est une norme générale. (C.S., 1928, p. 150). La position spéciale du pouvoir judiciaire dans l'Etat de droit, son objectivité, sa situation au-dessus des parties, son indépendance, tout repose sur le fait que les jugements se font «sur la base d'une loi» dont le contenu dérive d'une autre décision définie et mesurable

incluse dans la loi. (C.S., 1931, p. 79). Toute l'activité de l'Etat est placée sous la réserve de la loi et les décisions doivent se prendre «sur la base d'une loi». (C.S., 1928, p. 142 et 180-181).

Ce réseau de compétences limitées sur la base de normes générales pré-existantes fait de l'Etat une faculté contrôlable et de l'Etat de droit un système fermé répondant à ces exigences de légalité, de compétences, de contrôle sous la forme judiciaire. La constitution apparaît comme la

* «Le schéma de contrepoids de la distinction (division) des pouvoirs est un système d'interventions et d'influences réciproques qui doit arriver à compenser ses facultés opposées et les conduisent vers un équilibre. Tout renforcement d'une partie doit être contrebalancer par l'autre de façon à ce qu'il n'y ait jamais rupture de l'équilibre. L'actuel Etat de droit essaie avec ce système de contrebalancer la prépondérance du corps législatif (parlement), même si sous la «souveraineté de la loi» (et en garantissant le concept de loi de l'Etat de droit) le corps législatif tend toujours à cette prépondérance naturelle. Le gouvernement dépend de la confiance du parlement et ce dernier tenant le contrôle des budgets, on peut facilement imaginer comment cette prépondérance peut facilement se transformer en un absolutisme sans limite ni contrôle...». (C.S., 1928, p. 198).

Dans La défense de la constitution C.S. ajoute ceci en ce qui fait référence aux relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire : «Dans les cas douteux se révèle la disproportion qui existe entre l'indépendance du pouvoir judiciaire et son inévitable prémisse: la stricte soumission à une loi qui établit des obligations concrètes». (C.S., 1931, p. 72).

loi fondamentale de ce système de loi. En accord avec cette conception, la constitution n'est pas autre chose qu'un système normatif légal, un système fermé, qui est «souveraine» puisque théoriquement, personne ne peut violer la constitution ni profiter de son influence pour créer un déséquilibre par nécessité d'existence politique. (C.S., 1928, p. 142).

La particularité de l'idéal de constitution de l'Etat libéral de droit consiste en ce qu'il adopte une position critique et même négative face au pouvoir d'Etat.* C'est un modèle d'organisation qui prétend protéger le citoyen contre les «abus» du pouvoir d'Etat. (C.S., 1928, p. 62, 138).

Dans la conception libérale, il existe une réduction de l'autorité au bénéfice du droit. La démocratie libérale crée la fiction que l'Etat est l'expression d'une communauté solidaire d'intérêts sur laquelle se base l'unité du peuple. Sa confiance dans l'harmonie «naturelle» du libre jeu des forces dans la société laisse croire à l'établissement automatique d'une «volonté générale» (peuple) comme résultat des égoïsmes individuels qui se limitent eux-mêmes par des

* Ce type de constitution contient en premier lieu une décision en faveur des libertés bourgeoises: liberté personnelle, propriété privée, liberté de commerce et de l'industrie. Les droits fondamentaux sont antérieurs et supérieurs à l'Etat. L'Etat apparaît comme le serviteur rigoureusement contrôlé de la société; il est soumis à un système fermé de normes juridiques ou simplement identifié à ce système de normes de façon qu'on le conceptualise comme simple norme ou procédure. (C.S., 1928, p. 137).

considérations rationnelles. (auto-régulation de la société). Cette volonté doit se créer autant que possible sans l'intervention d'aucune autorité, et sans aucune espèce de contrainte organisée. La démocratie libérale reconnaît très certainement une certaine autonomie à l'Etat en tant qu'institution juridique qui garantit les droits subjectifs; pourtant, en restant confiné à cette fonction de protection juridique, il perd, en tant qu'autorité impersonnelle, son autonomie face au droit. D'où:

ÉTAT = LOI = ÉTAT

A cette réduction théorique de l'autorité au droit, suit la réduction de la légitimité à la légalité; c'est-à-dire de la justification éthique du droit à la réalité positive du droit. (C.S., 1932, p. 14). L'affirmation du pouvoir de classe de la bourgeoisie a renoncé dès le départ à toute forme de justification. En réalité, la légitimité basée sur le lignage ne fut pas substantiellement réfutée au moment où on prétendait instaurer la légitimité légale. Mais le pouvoir de classe qui s'instaurait le faisait au nom de la liberté et de l'égalité de TOUS. Selon cette idée de légitimité rationnelle, la société civile est le jeu de la libre concurrence de forces égales et pour cette raison, ne peut justifier au fond aucun pouvoir et encore moins le pouvoir d'une classe. Ici se trouve la différence essentielle entre la conscience des états et la conscience de classe. La classe n'aspire pas seulement

à être une partie dans un tout ordonné et unitaire, mais aspire à représenter le «tout». (universalité)

La légitimité légale a un caractère rationnel parce qu'on y obéit en vertu de la croyance en la rationalité des normes établies et en la légitimité des chefs politiques sélectionnés selon ces normes. Comme nous l'avions déjà mentionné, l'autorité se trouve elle-même soumise à un ordre juridique impersonnel tout comme les citoyens eux-mêmes. Ce système légal qui fonctionne grâce à une organisation soumise à ces normes et divisée selon des critères de compétence, réduit théoriquement la justice à l'application de normes générales à des cas particuliers.* D'où découle:

LÉGALITÉ = LÉGITIMITÉ

* «Fréquemment on associe ces méthodes (vote populaire, élection d'une Assemblée constituante) à l'idée de la légitimité démocratique en insérant une certaine procédure dans le concept de légitimité et caractérisant ensuite comme réellement démocratique les constitutions qui ont été approuvées par une majorité de citoyens selon la procédure du vote secret individuel. La volonté constituante du peuple se caractériserait donc par son lien à une procédure déterminée». (C.S., 1928, p. 107).

3. Le parlementarisme,* institution centrale du modèle idéal de constitution de l'Etat bourgeois de droit.

Malgré le projet de restreindre l'idéal de constitution de l'Etat bourgeois de droit à des conceptions juridiques ou normatives, celui-ci en tant qu'Etat réel, contient toujours un autre élément spécifique — le politique — qui vient s'ajouter à la structure idéale de l'Etat de droit.

(C.S., 1928, p. 137).

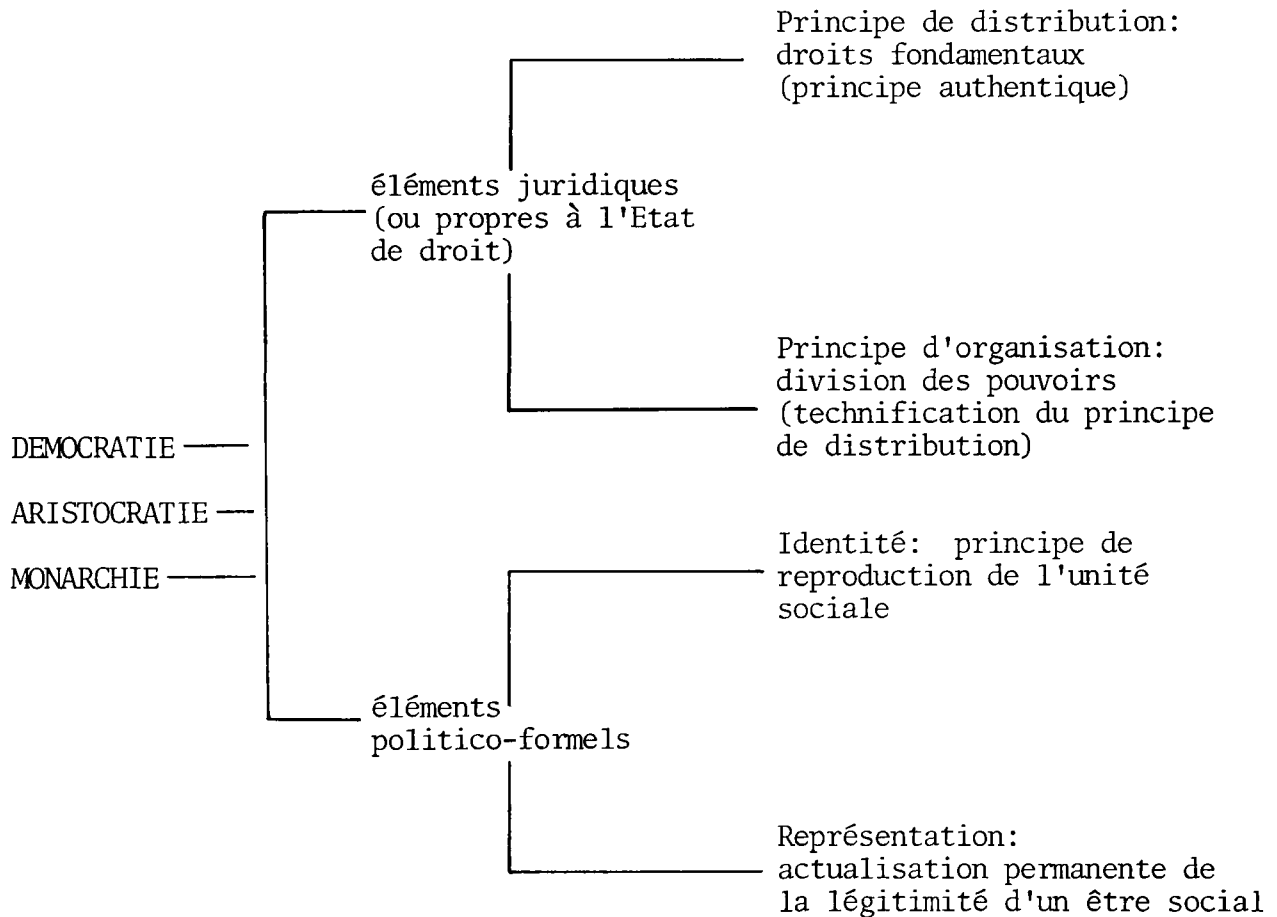
«Il est certain que le libéralisme n'a pas nié radicalement l'Etat, mais il n'a pas non plus créé une théorie positive de l'Etat, ni une forme d'Etat caractéristique, mais plutôt niveler la politique à l'éthique et l'a soumise à l'économie. Le libéralisme a créé une théorie de la division et de l'équilibre des «pouvoirs», c'est-à-dire, un système de freins et de mesures de contrôle de l'Etat qu'il appelle théorie de l'Etat ou principe politique constructif». (C.S., 1941, p. 164).

Selon C.S., l'Etat bourgeois de droit possède un double caractère mixte puisque les éléments spécifiquement juridiques (principe de distribution et d'organisation) doivent nécessairement se combiner avec les éléments politico-formels (identité et représentation) qui sont aussi mixtes du point de vue technique. Identité et représentation sont des principes formels structurellement opposés qui déterminent

* «Parlementarisme» est un terme qui a plusieurs acceptions selon les diverses relations entre le parlement (législatif) et le gouvernement (exécutif) qui aboutissent à différentes classes de direction politique selon l'équilibre variable de ces relations. (C.S., 1928, p. 294)

par leurs relations variables les différentes formes
juridico-politiques (démocratie, aristocratie ou monarchie).

Composantes des diverses formules juridico-politiques de l'Etat



Du point de vue logique, le caractère unitaire de la politique ne peut se réaliser autrement que par la fusion des deux principes politico-formels de l'Etat: identité et représentation. L'unité de l'Etat libéral de droit est basée sur la prétention d'une correspondance parfaite entre ces deux éléments. Cette équation est basée sur deux présupposés

différents et même contradictoires: instruction et propriété. (C.S., 1928, chapitre 12).

Le présupposé de l'instruction au XIX^e siècle signifie que le parlement prétend être une assemblée d'Hommes cultivés qui représente le «savoir et la raison», en définitive, une représentation «libérale générale de la nation». La propriété signifie que le parlement est aussi une représentation des intérêts des propriétaires rendue effective par le suffrage censitaire. L'aspect contradictoire de ces deux présupposés se trouve dans le fait que le parlement, en tant que titulaire du droit à accorder des octrois et à approuver les budgets, agit comme représentant d'intérêts particuliers et non seulement comme représentant national. (C.S., 1928, p. 300-301).

Le présupposé du parlementarisme est l'unité politique sur une base nationale. (Homogénéité nationale indivisible)
Le contraste entre les partis politiques ne doit pas être absolu, ni rompre sous aucune considération le cadre de l'unité nationale et sociale. En l'absence de prémisses communes, il est impossible que s'installe une véritable discussion entre les partis, et le parlement cesse par le fait même d'être le représentant de l'unité politique. (C.S., 1928, p. 313).

Les idéaux de tolérance et de discussion du libéralisme conçoivent les lois générales comme un système ou moyen de stabilisation servant à une réforme pacifique de la vie socio-économique. Le parlementarisme, au sens où l'entendaient les théoriciens libéraux de cette institution au XIX^e siècle, était caractérisé comme régime de la discussion publique. Deux traits sont donc fondamentaux: d'une part, le débat mené par des Hommes de bonne foi qui essaient par le discussion de s'entendre sur la politique à mener ou, le cas échéant, de trouver un compromis efficace et d'autre part, la publicité, non seulement parce que le parlement est élu par voie publique mais aussi à cause de l'importance de l'opinion publique à la base de ce système (légitimité démocratique). (C.S., 1928, p. 306-307).

Le régime parlementaire vit de la discussion, ce qui signifie dans ce contexte de ce qui est humain, pacifique, l'opposé de toute dictature. Le libéralisme, en tant que philosophie politique à la base de ce système, fait confiance à la concurrence des idées pour dégager le vérité, ou tout au moins pour gérer correctement les affaires publiques. Le parlementarisme libéral s'appuie sur l'idée que par l'intermédiaire d'une discussion rationnelle, tous les contrastes et conflits imaginables seront résorbés. (C.S., 1928, p. 303).

L'essence du parlementarisme au XIX^e siècle répond à l'idée d'un système composé de divers éléments politiques en équilibre. Selon C.S., cette conception du pouvoir d'Etat est intimement liée à la situation politique intermédiaire du porteur de cette conception particulière de l'Etat de droit: la bourgeoisie libérale. (C.S., 1928, p. 296).

Cette situation politique intermédiaire de la bourgeoisie libérale, entre la monarchie absolue et la démocratie de masse au XIX^e siècle, l'oblige, selon C.S., à éviter tout absolutisme dans ses décisions politiques et à dissoudre sous la forme de compromis le caractère unitaire de la politique.* (C.S., 1928, p. 296).

«... le système parlementaire n'est pas une conséquence ou encore une application du principe démocratique d'identité, sinon la forme de gouvernement propre d'une constitution moderne de l'Etat de droit. Il repose sur une combinaison d'éléments politiques distincts et même contradictoires. Il utilise des constructions monarchiques pour renforcer l'exécutif, c'est-à-dire le gouvernement, en essayant de l'équilibrer avec le parlement; il applique des idées aristocratiques pour le corps de représentants (ainsi que le bicaméralisme dans certains pays); il utilise des conceptions démocratiques du pouvoir de décision en cas de conflit entre le parlement et le gouvernement de façon à ce que le peuple apparaisse face

* Selon notre auteur, les méthodes de l'individualisme libéral réalisent le principe d'identité dans l'Etat selon une logique mathématique de la majorité qui s'approche le plus de l'unanimité par le moyen du vote secret. Elle est une représentation démocratique purement quantitative, c'est-à-dire arithmétique. (C.S., 1928, p. 246).

à chacun d'eux comme un membre supérieur, un porteur d'équilibre... Ce n'est pas une forme politique indépendante, ni une forme politique proprement dit, ni une forme de gouvernement. C'est un système d'utilisation et de combinaison, de différentes formes de gouvernement et de législation au service d'un équilibre délicat». (C.S., 1928, p. 296).

4. Les conceptions libérales sont liées à des situations de normalité; le problème de la dictature est le problème de l'exception concrète.

L'harmonie entre le droit et la loi est le présupposé de toute constitution qui organise l'Etat de droit sous forme d'Etat législatif. Cette forme présuppose également que l'Etat législatif possède entre ses mains le «monopole» de la légalité. (C.S., 1932, p. 30-31).

L'axiome de l'Etat législatif doit avoir un seul concept de loi, un seul législateur et une seule procédure législative pour que le système de légalité de cet Etat puisse fonctionner (formellement) dans la pratique sans contradictions internes auto-destructrices. (C.S., 1932. p. 40).

L'unique exigence déterminante pour le positivisme du XIX^e siècle est la sécurité et la prévisibilité. La base du positivisme consiste en cet intérêt pour la sécurité, la stabilité et la prévision concrète de ce qui est de fait en vigueur, soit la décision du législatuer ou la loi dérivée

de sa décision, ou la décision judiciaire qui à son tour provient en termes prévisibles de ces lois. (C.S., 1979, p. 39-40).

En tant que phénomène juridico-scientifique, le positivisme juridique est étroitement lié à la situation sociale et politique du XIX^e siècle. (C.S., 1979, p. 44). Dans la pensée de C.S., ceci signifie que les présupposés de la démocratie libérale et du positivisme juridique du siècle dernier se réfèrent à une situation normale qui sous-estime l'idée de l'ennemi politique et les dangers que représentent la prise «légale» du pouvoir avec la plus-value politique additionnelle qu'elle comporte.*

«Il correspondait plutôt à l'optimisme législatif du siècle dernier de considérer fondamentalement la loi non comme un simple moyen de stabilisation sinon comme un système pour mener à bien une réforme pacifique simultanément au processus d'évolution progressif». (C.S., 1932, p. xii)

La notion d'exception sous toutes ses formes, depuis les plus simples comme le décret-loi jusqu'aux plus tourmentées comme la guerre civile, font l'objet des principales préoccupations de C.S. La notion d'exception permet d'éclairer par contraste le jeu politique normal; l'exception nous aide à mieux comprendre l'importance et la «complexion» d'une décision.

* Voir l'exemple de superlégalité à la fin du chapitre 3.

On ne peut pas élaborer une théorie de la décision sans se référer à l'exception. Dans ce qu'on a appelé la situation exceptionnelle (Etat de guerre), se manifeste clairement où se situe le centre de décision de l'Etat à chaque moment de l'évolution historique. (C.S., 1932, p. 130 à 136).

Tout ordre est fait de règles, ce qui veut dire que l'exception qui est une suspension du droit nous permet de mieux saisir, ne serait-ce qu'indirectement, la logique et le rôle du droit dans la mesure où celui-ci implique des formes et des normes. C.S. remarque à plusieurs reprises que le droit exige pour répondre à sa vocation une situation normale, c'est-à-dire un milieu homogène. (C.S., 1941, p. 45). La situation normale est un élément fondamental de sa validité. Par exemple, écrit-il au premier chapitre de Théologie politique: «il n'existe pas de normes qu'on pourrait appliquer à un chaos. Il faut rétablir l'ordre politique pour que l'ordre juridique ait un sens». (C.S., 1941, p. 35-36). On ne peut rétablir l'ordre que par une décision, mais celle-ci ne se laisse pas subsumer sous les catégories du droit en vigueur, c'est-à-dire de la norme. Elle est a-juridique parce qu'elle est un fait de volonté. Aussi tout ordre juridique exige-t-il une organisation ordinaire de la vie qui permet d'appliquer les règles et ce n'est qu'à cette condition qu'on peut instaurer une relative homogénéité de la vie sociale. (C.S., 1941, p. 35-36-37).

Ceci nous amène à introduire l'originalité de sa définition du concept de souveraineté en tant que concept qui définit les rapports entre le droit et le pouvoir politique: «est souverain, celui qui décide en cas de situation exceptionnelle». Cette définition tranche nettement avec le concept rationaliste de la «souveraineté de la loi» qui signifie que l'ordre juridique est supérieur à tout pouvoir politique, c'est-à-dire, à l'Etat. La souveraineté, selon C.S., est le pouvoir de régler une situation critique dans sa globalité, ce qui veut dire que cette définition est politiquement concrète et non juridiquement abstraite.

L'exception ne peut pas se déduire de la norme et le positivisme normatif repose sur cette croyance que tout est prévisible et calculable. Pour le libéralisme, une décision juridique doit forcément être déduite d'une norme. L'Etat de droit tend à réglementer l'Etat d'exception alors que ceci ne signifie autre chose, selon C.S., qu'une tentative de prévoir avec précision le chaos où le droit se suspend lui-même. D'où le droit tire-t-il cette faculté et comment est-il possible qu'une norme soit valide excepté dans un cas concret qu'elle ne peut en fait prévoir? Qui dispose de ces facultés non réglementées constitutionnellement, c'est-à-dire, à qui reviennent les compétences quand l'ordre juridique ne résout pas ce problème? (C.S., 1941, p. 42).

Chapitre III

La crise de l'Etat libéral de droit:
crise de la généralité bourgeoise et du
concept rationnel de droit selon Carl Schmitt

Ce chapitre suit la formule d'exposition utilisée par C.S., plus particulièrement dans sa Théorie de la constitution. Ceci signifie que pour C.S., il est essentiel de remonter à l'origine historique de la mise en place de certaines structures pour comprendre le sens réel de leur dysfonction. Quoiqu'admettant les singularités particulières aux différents contextes nationaux, on peut dire que C.S. considère que cette évolution des structures du pouvoir est un des éléments communs à tous les pays européens. Son modèle privilégié d'analyse intervient dans la dernière partie de ce chapitre alors qu'il démontre les conséquences de cette crise sous Weimar et sa réponse particulière en accord avec le degré des tensions socio-politiques auxquelles on s'affrontait.

1. 1848/1917: Démocratie prolétarienne vs démocratie bourgeoise et crise de la généralité sociale et politique.

L'impulsion décisive de la remise en question des fondements de la philosophie bourgeoise, nous la retrouvons sans aucun doute dans les grandes révolutions socio-politiques qui se produisirent à la suite de la Première Guerre Mondiale, en Allemagne, en Italie, mais surtout en Russie. Avec l'entrée de la classe ouvrière sur la scène politique, les prétentions universalistes de la démocratie bourgeoise sont minées à la base et il n'y a aucun sens à discuter de résultats scientifiques s'il n'existe pas un accord sur les prémisses qui les fondent.

Dans son analyse, C.S. postule le développement progressif d'une incompatibilité entre libéralisme et démocratie dans la période allant de 1848 à 1917. 1848 constitue un tournant important puisque c'est à cette époque que l'on a revendiqué la dictature au nom de la démocratie contre le régime parlementaire dont les membres avaient été élus par suffrage. Les révolutions de 1848 représentèrent un bouleversement à l'échelle européenne qui affectèrent toutes les conquêtes du libéralisme depuis 1830. (C.S., 1952, p. 30).

Cette entrée de la classe ouvrière «athée» et «communiste» — dans les termes de C.S.— sur la scène politique fait référence à de nouvelles valeurs et à un nouveau système d'organisation. Cette tentative révolutionnaire qui a toutefois échoué en 1848, est pourtant restée en veilleuse jusqu'à la victoire bolchévique de 1917.

L'irruption d'une révolution prolétarienne en 1917 n'était nullement le fruit d'une organisation improvisée ou d'un programme nouveau. Elle reposait sur une constitution écrite et bien concrète: le Manifeste du parti communiste de 1847. Les forces qui avaient mené au soulèvement de 1848 étaient restées en veilleuse sans avoir perdu pour autant de leur vigueur. La réaction fut concentrée dans la commotion de 1917. Ici, la continuité est flagrante. (C.S., 1952, p. 35).

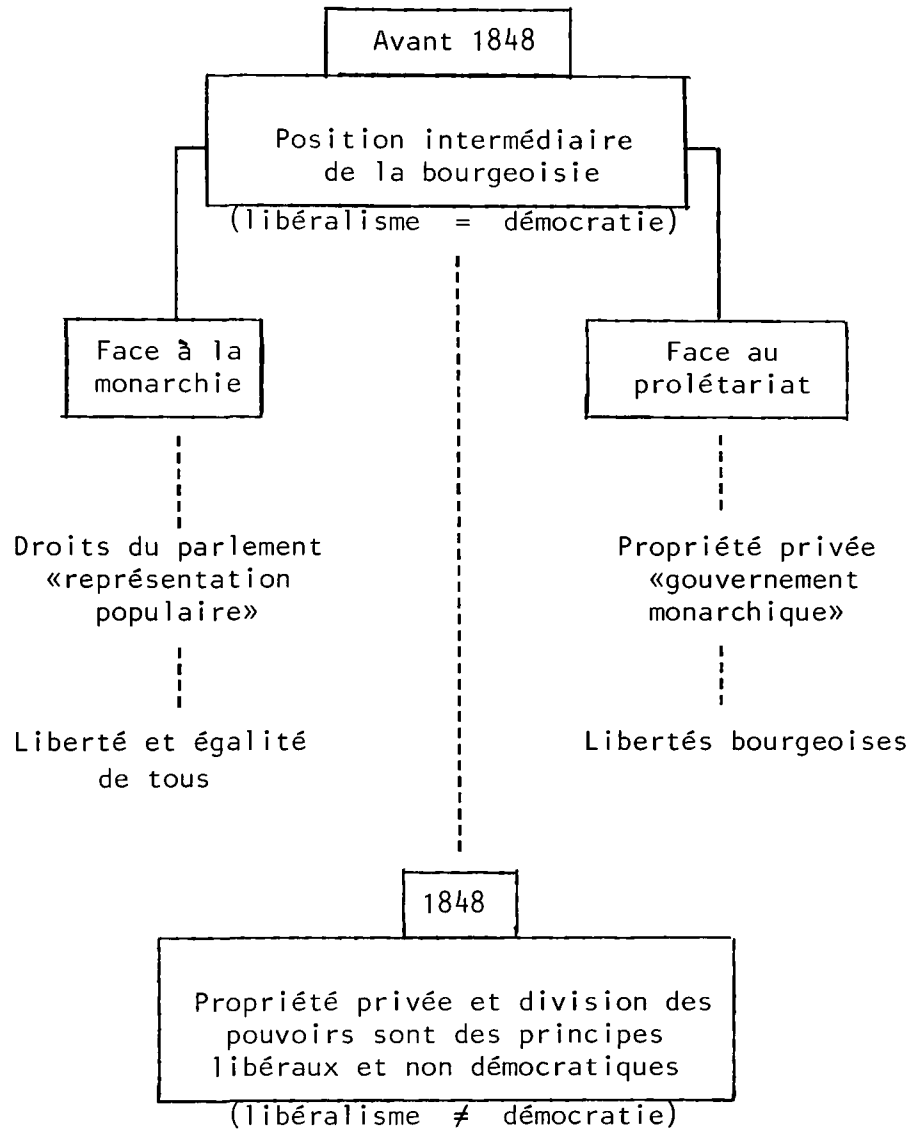
Selon C.S., 1848 est une date métaphorique qui démontre le contraste entre les principes libéraux et démocratiques, contraste qui s'est accentué de par la liaison entre socialisme et démocratie. Avec l'avènement des partis ouvriers disparaît le caractère représentatif de la bourgeoisie. (C.S., 1928, p. 301). «... la lutte entre liberté et égalité a commencé. L'histoire des siècles à venir s'écrira sous le signe de cet important débat»(C.S., 1928, p. 202).

La dichotomie entre libéralisme et démocratie devient historiquement évidente à partir du moment où la bourgeoisie libérale ne peut maintenir sa position intermédiaire entre la monarchie et la démocratie prolétarienne, position qui selon C.S., servait de base à ses constructions théoriques.

«En face des prétentions politiques d'une monarchie forte, la bourgeoisie faisait valoir les droits du parlement, de la représentation «populaire», c'est-à-dire, des réclamations démocratiques; face à la démocratie du prolétariat, elle cherchait la protection d'un gouvernement monarchique fort pour préserver la liberté bourgeoise et la propriété privée. Face à la monarchie et à l'aristocratie elle faisait appel aux principes de liberté et d'égalité; face à une démocratie de masse, petite-bourgeoise ou prolétarienne, au caractère sacré de la propriété privée et à un concept de loi typique de l'Etat de droit». (C.S., 1928, p. 298). Et il conclut: «Propriété privée et division des pouvoirs sont des principes libéraux et non démocratiques».* (C.S., 1928, p. 202).

* Une description classique de ces événements en France dans le «18 Brumaire» et «la lutte des classes en France» de Karl Marx.

Lutte entre la légitimité monarchique et la légitimité populaire



Les événements de l'année 1848 ne démontrent leur impact décisif qu'avec la révolution bolchévique de 1917, lorsque les idées de l'époque du Manifeste du parti communiste passent à la pratique politique. Avec la révolution russe, le point de référence bourgeois est complètement dépassé par celui du prolétariat et ceci exige un effort non seulement théorique, mais surtout pratique. C.S. lui-même, affirme que l'intérêt pour les formes d'Etat d'exception ne fait plus comme telle référence au «martial law», c'est-à-dire «au champs de bataille contre l'ennemi extérieur ou les colonies», mais plutôt à la lutte contre l'adversaire politique intérieur (prolétariat). (C.S., 1921, p. 228). Ceci suppose le point d'inflexion de la théorie libérale dont les conceptions ne peuvent plus être basées sur l'élan révolutionnaire de la bourgeoisie.*

2. Un Etat interventionniste

En 1932, C.S. considère que l'actualité se caractérise en premier lieu par le fait d'avoir gardé intacte la majeure partie des institutions et des méthodes de régulation

Remarque

- * Le problème s'est compliqué dû au fait qu'une constitution n'est pas un contrat, et que de nos jours, du moins théoriquement, on ne la considère pas comme telle ou plus primordialement comme telle. Il est résulte que l'idée claire du conflit constitutionnel s'est modifié.

juridico-politiques du XIX^e siècle, au moment où la situation présente est complètement transformée par rapport à l'antérieure. (C.S., 1931, p. 128).

Pour résoudre les principales questions politiques et constitutionnelles sous l'angle théorique, C.S. considère que la relation Etat et économie est un fait décisif qui constitue la toile de fond en politique intérieure. «Les formules antérieures de l'Etat construites sur l'idée d'une séparation entre l'Etat et la société ne peuvent actuellement que fausser notre vision de la réalité». (C.S., 1931, p. 139).

Les constitutions libérales du XIX^e siècle s'appuient sur la distinction Etat et société. Dans toutes les conceptions d'importance se manifeste cette dualité. L'autonomie administrative était le présupposé du schéma libéral du siècle dernier qui concevait une société d'auto-régulation sur la base des échanges économiques et opposée à l'Etat et sa bureaucratie (C.S., 1931, p. 131). La tendance libérale au XIX^e siècle était de limiter l'Etat autant que possible, lui interdire toute intervention dans l'économie et le neutraliser face aux conflits d'intérêts dans la société dans le but que chacun de ces secteurs respectifs adoptent leurs décisions nécessaires selon leurs propres principes immanents. (C.S., 1931, p. 135)

Néanmoins, ce critère a dû changer radicalement dans la mesure où l'antithèse de cette structure dualiste Etat/société, gouvernement/nation, allait en disparaissant et que l'Etat se transformait en une «auto-organisation» de la société.

«La séparation entre politique et économie sert de clé d'interprétation pour clarifier les contradictions qui relèvent de la présence et de l'absence simultanée de l'Etat dans la société. Ces contradictions sont inévitables dans un monde nouveau qui persiste idéologiquement dans le passé en essayant de combiner présence économique et absence politique. On continue à développer l'idéologie d'une ancienne liberté malgré le fait qu'il existe plus de raison d'être de ces idées dans la nouvelle situation historique». (C.S., 1950, p. 384).

C.S. interprète l'histoire moderne de l'Europe continentale comme le développement des orientations de la période absolutiste, qui, passant par la neutralité du XIX^e siècle, devrait arriver finalement à surmonter cette séparation entre Etat et société (politique et économie) typique du libéralisme du siècle dernier. (C.S., 1931, p. 137).

Dans son diagnostic sur la nouvelle situation historique du XX^e siècle, C.S. postule un parallèle entre l'effondrement de l'Etat législatif parlementaire et les conditions

inévitables d'un virage vers un Etat administratif* (ou total) étant donné que l'autonomie administrative était le présupposé du schéma libéral du XIX^e siècle. A son avis, cette situation tend à réaffirmer l'origine de l'Etat moderne - en tant qu'Etat unitaire - dans la monarchie absolue des XVI^e et XVII^e siècles, au moment où s'affirmaient les communautés politiques - en tant qu'Etat - face aux communautés juridiques médiévales au moyen d'un appareil bureaucratique efficace. «A cette époque, (affirme-t-il), la conscience historique percevait plus clairement l'étroite connexion entre Etat et administration».** (C.S., 1932, p. 10).

* L'Etat administratif (centre de gravité de la volonté de l'Etat est l'administration) signifie: «... ni le gouvernement des Hommes, ni le règne des normes est souverain sinon, selon la célèbre formule c'est «l'administration des choses par elles-mêmes». On pourrait croire à une utopie, mais ceci est parfaitement concevable pour un Etat administratif dont l'expression spécifique est l'adoption de mesures en accord avec la nature des choses, à partir de situations concrètes avec un point de vue objectif et pratique». (C.S., 1932, p. 7).

** C.S. suivant ici la pensée de Max Weber, s'interroge à savoir jusqu'à quel point l'essence de tout Etat se trouve dans l'administration. Max Weber considère que l'existence d'un «corps administratif» est la caractéristique essentielle de toute association politique en général et que cette connexion entre Etat et administration se percevait plus clairement aux XVI^e et XVII^e siècles sous la monarchie absolue. (C.S., 1932, p. 10).

«... notre Etat se trouve dans un processus de transformation, et le virage vers l'«Etat total» qui caractérise l'actualité, ainsi que sa tendance indéniable à la «planification» — non pas à la liberté, comme il y a 100 ans — se présente comme un virage typique vers l'Etat administratif qui se sert de la justice — pénale, civile, disciplinaire, administrative ou constitutionnelle — comme correctif. Il est maintenant généralement admis que, spécialement un «Etat économique» ne peut fonctionner comme un Etat législatif parlementaire et doit se transformer nécessairement en Etat administratif (ou total)». (C.S., 1932, p. 9-10).

Il est important d'ouvrir ici une parenthèse concernant les termes du présent diagnostique. Julien Freund, éminent connaisseur de la pensée de C.S. en France, insiste sur la distinction importante entre «Etat total» et Etat totalitaire».* Le premier, antérieur à 1933, se réfère à une réflexion impersonnelle sur la politique, et le second, postérieur à la prise du pouvoir par Hitler, introduit à une autre étape de la pensée de C.S. qui se caractérise par un amalgame entre la prise de position d'abord positive, puis négative à l'égard du nazisme. (J. Freund, 1978, p. 33-34).

* Dans la traduction espagnole de Légalité et légitimité (1932), d'où est tirée la citation précédente, la définition de l'Etat administratif qu'on y fournit correspond, au niveau du contenu, au concept d'«Etat total» antérieur à 1933 décrit par J. Freund. Ce terme, dans le texte espagnol cité, a pourtant été traduit comme «Estado totalitario» au lieu de «Estado total». Cette erreur de traduction a été personnellement rectifiée.

Ce que C.S. entend par le concept d'«Etat total» (avant 1933), c'est une conséquence de la démocratie libérale qui, contrairement à ses principes de départ, aboutit à ce que l'Etat finit par intervenir dans tous les secteurs de la vie et à s'occuper de tout. Il vise donc l'omnipotence de l'Etat, qui n'est pas une force, car l'Etat démocratique de masse devient total par «faiblesse», étant donné qu'il devient incapable d'assumer sa fonction politique normale, entraîné qu'il est à faire toujours plus de concessions aux partis et aux groupes d'intérêts. En se mêlant indifféremment de tout, il s'épuise politiquement; en voulant tout régler, il ne règle plus rien au fond, sauf qu'il devient total. Cette notion signifie aussi que la démocratisation en cours renie une distinction fondamentale du libéralisme allemand — à savoir la discrimination entre Etat et société (staat und gesellschaft). Il faut entendre par là que l'Etat finit par occuper toute la société par une sorte d'étatisation de la société mais en contrepartie, il se «dépolitise» dans une succession de neutralisations. Le concept d'Etat total permet ainsi à C.S. de reprendre d'une nouvelle manière le problème posé dans «der Begriff des Politischen» (la notion de politique), à propos de la délinquance de l'Etat sous l'effet du pluralisme. (C.S., 1932, p. 150-151).

Par la suite, à partir de 1933, avec l'étude «Weiterentwicklung des totalen staates in deutschland»,* C.S. donna un autre contenu à l'Etat total, (qualifié à ce stade de totalitaire) celui d'une reprise en main de l'Etat par une politique affirmant son autonomie au sein de la société, au sens d'une mobilisation des énergies au service de la nation. Désormais, l'Etat total est le régime qui réintroduit la capacité fondamentale de faire la discrimination entre ami et ennemi.

La différence entre ces deux concepts d'Etat total consiste en ce que l'Etat total au premier sens avait une signification négative et quantitative, parce que l'autorité perdait son efficacité dans les multiples interventions dans les différents secteurs de la vie, tandis que dans le second sens il prend une signification positive et quantitative de restauration globale de l'autorité politique. Il devient le signe du redressement de la compétence politique.

3. Changements juridico-techniques et juridico-politiques.

Le parlement, corps législatif, titulaire et centre de gravité de l'Etat bourgeois de droit, se transforme sous l'impulsion de ses contradictions en une structure qui nie les prémisses de sa victoire politique (intérieure) contre l'Etat monarchique, militaire et bureaucratique au XIX^e siècle.

* Texte seulement en allemand.

Selon C.S., l'unité, et par le fait même l'identité du parlement à la représentation globale de la société, était déterminée par l'opposition entre le monarque et le peuple (nation). (C.S., 1931, p. 141).

La crise dans les rapports économie et politique dans l'Entre-deux-guerres implique toute une série de transformations dans les structures et les fondements de l'Etat législatif parlementaire. Le nouveau rôle interventionniste de l'Etat dans l'économie doit s'assumer par surcroît sur la base de la situation problématique que représente la perte d'évidence des fondements du droit naturel rationaliste (C.S., 1928, p. 152). Cette métamorphose de l'Etat législatif parlementaire doit concrètement s'affronter à deux types de transformations techniques interdépendants, quoique gardant un certain degré d'autonomie entre eux.

Le premier, se réfère aux changements juridico-techniques qui s'opèrent comme conséquence du passage d'un Etat législatif neutre à un Etat administratif interventionniste en économie. Cette transformation influence les techniques de décision qui multiplient l'usage des décrets-lois* particuliers par rapport

* Décrets **annoncés** par un gouvernement et qui ont la force juridique d'une loi.

aux lois générales. Cette considération est fondamentale pour comprendre le problème de fond qui se pose à la pratique juridique dans un Etat qui doit régulariser l'économie. En définitive, il s'agit de reconsidérer le caractère suprême et permanent de la norme juridique afin de créer un système de décision capable d'articuler un programme politique qui inclut la sphère de l'économie comme exigence fonctionnelle et fondamentale du système. Les fondements du contrôle et de la décision ne peuvent plus être des normes qui permettent une subsumption précise et délimitée. Lorsque l'Etat législatif se transforme en un Etat administratif, les dispositions et les mesures (massnahme) prédominent, ce qui exige une explication concernant les relations entre loi (générale) et disposition (particulière). (C.S., 1932, p. XIV).

Le second type de problème qui affecte l'Etat législatif parlementaire pendant cette période, se réfère aux changements juridico-politiques, c'est-à-dire au problème de la direction politique et de la technique de représentation (sujet du droit). C'est celui qui a le plus d'incidence sur la question de l'Etat fasciste en tant qu'Etat d'exception en

lutte contre l'ennemi intérieur: le communisme.* Le parlement, comme centre de formation de la volonté politique, se trouve démembré par le pluralisme des forces en lutte pour un ordre capitaliste ou communiste du monde et qui apportent des interprétations différentes et même contradictoires de la constitution. «Comme conséquence d'une telle polycratie, on remarque le manque de lignes normatives homogènes, une désorganisation et un manque de planification qui en vient à prendre d'importantes proportions...». (C.S., 1931, p. 155-156) dans cette transition vers un Etat économique.

Remarque

* Les dictatures fascistes en tant que dictatures réformistes agissant à l'intérieur des cadres du système capitaliste, auraient eu pour fonction de remplir le programme impérialiste dans des contextes de graves crises nationales. Le degré de tension et de désarticulation des sociétés où elles ont émergées a été solutionné par un autoritarisme politique totalement opposé aux valeurs du libéralisme politique de l'époque antérieure. Le contenu de la réponse fasciste est l'unité. L'autoritarisme, la violence, le racisme sont des dérivés de cette recherche d'unité.

En tant que produit des contradictions de l'économie capitaliste avancée, l'idéologie fasciste essaie de supprimer les derniers vestiges de la tradition libérale individualiste en remplaçant la culture humaniste de la liberté et de la tolérance par des mythes irrationnels d'unité organique et répressive du «peuple» et par la soumission à un chef charismatique. Si le libéralisme signifie l'individu, le fascisme signifie l'Etat.

Ces deux caractéristiques distinguant le constitutionnalisme moderne du constitutionnalisme libéral du XIX^e siècle illustrent les deux principaux aspects de la crise qui touchent les Etats capitalistes dans l'Europe d'Entre-deux-guerres. D'une part, la transformation d'un constitutionnalisme fondamentalement protecteur devant assurer les sphères de la vie privée face à l'Etat en un constitutionnalisme programmateur chargé de transformer les structures sociales et économiques, et ses conséquences directes sur la conception d'un Etat neutre et d'un concept de loi en tant que norme générale. D'autre part, une nouvelle composition sociale des pouvoirs constituant (suffrage universel) qui rompt l'homogénéité nationale comme prémisses nécessaires à la validité de toute norme générale. L'opposition entre sujet social et sujet politique rend ambiguë toute déclaration dogmatique puisque cette opposition suppose l'effondrement des prétentions universalistes de la bourgeoisie et de profonds changements dans l'idéologie libérale démocratique. Il s'agit de profonds changements dans les structures qui affectent tous les secteurs de la vie publique.

«Il est insuffisant de parler actuellement d'une «crise» en général et d'évacuer les considérations spécifiques qui la caractérisent (...). Si l'Etat actuel doit être un Etat législatif à l'intérieur duquel se produit une telle extension des secteurs de l'activité politique de façon à ce qu'on puisse parler d'une transition vers un Etat total, et qu'en même temps le corps législatif se trouve à être le lieu d'une distribution pluraliste de l'Etat unitaire entre divers secteurs sociaux solidement organisés, il est peu utile à ce stade de conserver des formules et contre-formules qui servirent à la monarchie constitutionnelle du XIX^e siècle («souveraineté du parlement») en croyant que ceci solutionnera le problème le plus aigu du droit constitutionnel contemporain». (C.S., 1932, p. 154).

4. Pluralisme des concepts de légalité.

A l'origine, la légalité fut un produit du rationalisme occidental qui prétendait apporter à l'histoire un type supérieur de légitimation. La neutralité axiologique et l'aspect fonctionnel de cette conception a été largement remis en question par l'avènement de la démocratie de masse au XX^e siècle. L'entrée de la classe ouvrière dans la vie politique et au parlement rend problématique la position centrale du parlement comme source de légalité dans l'Etat, c'est-à-dire comme monopole du pouvoir législatif. (C.S., 1932, p. 38). Logiquement, sans harmonie entre la majorité parlementaire et la «volonté du peuple» il ne peut exister d'harmonie entre la loi et le droit. Cette équation était le fondement de l'obéissance inconditionnelle au droit et de l'élimination du droit de résistance dans la démocratie libérale. Ce qu'il y a de «purement formel» se réduit à une étiquette de loi

perdant toute relation de contenu avec l'Etat de droit.

Pour cette raison, C.S. prononcera le diagnostic suivant concernant le problème central de son époque: «Ce n'est pas l'antithèse entre Etat et société, autorité et liberté, Etat de droit ou dictature qui importe aujourd'hui». Ce qui est le plus important à l'heure actuelle c'est: «la fiction normativiste d'un système fermé de légalité qui entre en contradiction flagrante avec la légitimité d'une volonté réellement existente et inspirée par le droit».

Selon C.S., l'évolution du droit vers la légalité (droit positif) a mis en relief le caractère fondamentalement instrumental de la légalité et les possibilités qu'elle offre comme arme stratégique pour la guerre civile. «La technique est un instrument, une arme, et précisément pour être au service de tous, elle n'est pas neutre». (C.S., 1941, p. 24). Avec le concept rationaliste de loi et de la légitimité des décisions basée sur la légalité, on abandonne la légalité d'une constitution à ses ennemis déclarés, puisque celui-ci n'offre aucun critère matériel pour empêcher la possibilité d'une «révolution légale». (C.S., 1932, p. XXI).

«Si le concept de loi perd toute relation de contenu avec la raison et la justice tout en conservant dans la pratique l'Etat législatif et le concept de légalité qui lui est spécifique (...) il s'en suit que tout ordre, tout décret, toute disposition officielle (...) en vertu de la souveraineté de la loi, peut devenir légale et juridique par le biais du parlement ou de toute autre instance législative». (C.S., 1932, p. 31-32).

Dans la nouvelle situation historique de démocratie de masse , où coexiste une pluralité de pouvoirs socio-politiques fortement organisés qui participent à la formation du pouvoir d'Etat, il apparaît clairement, selon C.S., que prétendre à la légalité ne sert pas à favoriser une réforme pacifique. Cette «raison instrumentale» est devenue une arme servant plutôt les fins du plan communiste et en définitive, fomente la guerre civile plus que la paix et la sécurité dans l'Etat. Le danger inhérent à la légalité dans l'actualité d'Entre-deux-guerres est l'avènement d'une «révolution légale» qui transformerait les bases même du système social.

Lorsqu'un Etat est «total», de par le champs et la matière de ses interventions, et qu'en même temps il se trouve démembré par un pluralisme politique, il est exposé à ce que les fragments de pouvoir qui le compose profitent de leur influence politique puisqu'ils sont tous soumis à la même contrainte: celle de profiter de leur influence et de leur pouvoir pour mettre en échec l'adversaire intérieur et utiliser toutes les justifications possibles comme arme pour

la lutte politique interne. (C.S., 1932, p. 151).

«La légalité et la légitimité se transforment ainsi en instruments tactiques dont chacun se sert à son gré pour orienter la politique vers ses fins particulières. Ni la légalité parlementaire, ni la légitimité plébiscitaire, ni aucun système concevable de justification ne peut résister à cette dégradation technico-fonctionnelle. De la même façon, la constitution se dissout en ses éléments et en ses possibilités d'interprétations contradictoires, et aucune fiction normative «d'unité» ne peut empêcher que chacun des groupes en luttés s'approprie d'un fragment qui lui est favorable pour renverser le parti adverse, toujours au nom de la constitution. La légalité, la légitimité et la constitution, au lieu d'empêcher la guerre civile ne font que l'exacerber». (C.S., 1932, p. 151-52).

5. Opposition entre libéralisme et démocratie.

L'aspect critique de ce problème se fait sentir lorsqu'un Etat économique interventionniste et un parlement pluraliste se trouvent devant de grandes difficultés économiques — une situation anormale —, et que pour continuer d'exister il doit mettre en pratique des normes directrices homogènes et des plans économiques et financiers de grandes envergures effectifs pour produire une certaine stabilité dans le temps.

Libéralisme et démocratie sont des principes politiques incompatibles selon C.S.: les institutions du gouvernement parlementaire, autrefois basées sur une authentique discussion politique et sur le fonctionnement efficace de l'opinion publique, ont perdu leur raison d'être et leur légitimité dans la société de masses du XX^e siècle.

«La question ainsi posée à savoir si le parlementarisme pluraliste et l'Etat moderne économique sont compatibles entre eux, doit être aujourd'hui absolument niée».
(C.S., 1931, p. 158).

Le thème central de la démocratie est «peuple». Les différents types de démocraties se différencient selon les divers contenus accordés à ce concept. Le problème sous-jacent à la crise de la démocratie parlementaire est la crise de son présupposé socio-politique qui définit formellement le «peuple», l'unité politique sur une base nationale. En ce sens, la démocratie parlementaire, en tant que technicisation du principe d'identité bourgeois (instruction et propriété privée) ne répond plus aux exigences de la réalité de la reproduction socio-politique au XX^e siècle.

La crise de la démocratie parlementaire est la crise du principe d'identité entre sujet social et sujet politique capable de produire une véritable volonté générale. Une conséquence directe de la rupture du concept de généralité est la crise du concept de loi de la tradition de l'Etat

libéral de droit. Le concept de «généralité» est le minimum nécessaire pour supporter un concept de loi. Avec la crise de l'homogénéité nationale est mis en lumière la double signification logique du concept de loi: loi formelle et loi matérielle. La crise économique et politique rompt cette distinction entre le concept formel et son contenu matériel de la tradition de l'Etat libéral de droit.

Loi, dans son sens formel, signifie une procédure technico-juridique qui opère par l'entremise des organes législatifs. Aussi longtemps que la bourgeoisie contrôlait la genèse de la généralité par le contrôle de l'économie, elle contrôlait aussi la représentation politique par le biais du parlement, ce qui suppose une identification entre sujet politique et parlement. Le problème de la relativisation libérale de la généralité est l'existence parallèle d'un concept politique de loi, c'est-à-dire un concept qui inclut les contenus matériels dans sa définition. Le problème de la crise politique est l'incapacité de supprimer l'existence de cette double logique du concept de loi qui donne un caractère subjectif au concept de généralité sociale.

La rupture de l'homogénéité nationale causée par l'entrée de la classe ouvrière dans la vie politique dévoile le lien entre l'autorité de l'Etat et la loi, où toute exécution organique en faveur de la liberté bourgeoise et toute exigence typique de l'Etat libéral de droit s'appuie sur ce concept de

loi comme disposition rationnelle et juste. Dès lors, toutes ces constructions théoriques se relativisent et deviennent problématiques, ainsi que le droit naturel du droit de la raison. La perte d'évidence du droit naturel bourgeois implique qu'il n'y a plus de connexion entre individualité et généralité à travers d'un concept admis comme «raison générale».*

Telle est la situation de l'Entre-deux-guerres dans la pensée de C.S.; une situation de transition confuse où se mêlent la forme et l'informe, la guerre et la paix, où surgissent des questions aussi embarrassantes qu'inéluctables et qui posent un véritable défi.

* Dans le champs conceptuel libéral, la volonté rationnelle est une volonté pure qui prend sa source dans la propriété privée et le système des échanges économiques qui produit une société en équilibre. L'ordre politique et la paix sociale sont conséquences de cet équilibre préalable. Le «social pur» coïncide avec le «politique pur» si la généralité se maintient; à partir du moment où disparaît la «pureté» des composantes de ce «social pur», réapparaît dans la pensée de C.S., la relation conflictuelle politique fondamentale: ami/ennemi. Cette notion d'ami et d'ennemi est plus amplement développée au chapitre 5.

Dans le cadre de nos préoccupations concernant le genèse de l'Etat totalitaire, il est important de comprendre que la grande tâche théorique que s'impose C.S., est la reconstruction d'un principe d'unité sociale capable de donner forme à une volonté politique générale réelle à l'intérieur des nouvelles conditions historiques de la société démocratique, afin de supporter un concept de loi. Le problème est d'arriver à unifier des contenus qui s'opposent, et de construire en même temps un sujet politique qui produit une relation d'identité avec le sujet individuel. Il est essentiel, pour surmonter la crise, de totaliser le sujet politique et de rechercher une technique de représentation en accord avec ce nouveau principe d'identité. La représentation politique est inévitablement liée à la définition qu'on donne de l'espace public; la technique de représentation dépend d'un espace déterminé par le principe d'identité.

«Un pluralisme politique logiquement établi exige un autre type de justification qui ne soit pas la légalité. Les puissances politiques qui font partie d'un Etat pluraliste sentent peu d'attrait pour la logique». (C.S., 1932, p. 142).

Dans cette recherche d'unité absolue, le concept de souveraineté en tant qu'unité suprême occupe une place privilégiée. Sa situation dans un système conceptuel et son contenu doivent articuler les principaux mécanismes de décision et de représentation et inclure un principe de légitimation

démocratique pour la reproduction sociale de ce principe d'identité. D'où l'originalité de la formule de C.S.: «Souverain, c'est celui qui décide en cas de situation exceptionnelle».

Derrière cette situation d'exception était la réalité de la République de Weimar et l'article 48* sur les pouvoirs d'exception que C.S. a longuement analysé dans ses oeuvres. L'article 48 de la constitution de Weimar — qui servit à la «révolution légale» de Hitler — sur l'intervention du Reich et les situations exceptionnelles, est un exemple des plus éloquents, (l'exemple limite, dans les termes de C.S.) qui exprime le mieux les possibilités d'auto-défense de l'Etat bourgeois de droit sans transgresser les formes politiques et les règles du jeu de cet Etat.

«... pour le législateur extraordinaire de l'art. 48 de la constitution de Weimar, la distinction entre la loi et son application, entre le législatif et l'exécutif ne constitue pas un frein, ni juridique, ni politique, parce que dans les deux cas, c'est une seule et même personne; même, on peut dire que ce qui pour d'autres serait un acte d'application de la loi, reçoit chez lui le caractère de «législatif», si lui-même le décide». (C.S., 1932, p. 113).

* Voir annexe 1, fin du chapitre 3.

6. La «révolution légale» d'Hitler.

Dans un article intitulé «La révolution légale mondiale» (plus-value politique comme prime offerte par la légalité juridique et la superlégalité), C.S. synthétise le problème de la protection de l'ordre socio-politique de la constitution allemande sous la République de Weimar (1919-1933) et sous le régime d'Hitler (1933-1945).**

«L'exemple de superlégalité pré-fasciste allemand se situe entre 1921 et 1929. Il consiste principalement en une série de lois et de décrets complexes qui eurent pour effet une action politique chaotique à l'intérieur des cadres de la légalité. En réalité, nul n'osait exclure ouvertement la possibilité d'une restauration monarchique par voie de

* Publié en espagnol en 1979. Il m'a été impossible de retracer les données originales de cet article en allemand ou simplement peut-on supposer qu'il a été rédigé directement espagnol, langue que C.S. dominait parfaitement.

** Nous avons cru approprié de reproduire particulièrement cet article puisqu'il rend compte des principaux événements qui ont intéressé C.S. dans le développement de ses analyses.

l'article 76 de la constitution de Weimar (approbation du Reichstag et du Reichsrat avec majorité qualifiée). Les motifs qui justifiaient un normativisme protecteur aussi compliqué étaient deux assassinats politiques : celui de Erzberger du 26 août 1921 et celui de Walter Rathenau du 24 juin 1922 (ministres républicains). Ce type de protection particulière de la République avait surgi d'une société industrielle hautement développée qui restait fidèle aux principes d'un Etat constitutionnel libéral. L'essentiel de ces mécanismes de protection de la République consistait en des dispositions de type pénal et bureaucratique. On en est arrivé jusqu'à instituer par décret ministériel un «tribunal d'Etat pour la protection de la République» qui était en fait un tribunal spécial et non un tribunal suprême constitutionnel. Néanmoins, toutes ces mesures étaient limitées puisqu'en vertu d'une loi du 2 juillet 1927, toutes les compétences de ce tribunal d'Etat ont été transférées au tribunal suprême du Reich. Cette institution toucha définitivement à sa fin en juin 1928, au moment où n'existait plus de majorité parlementaire capable d'obtenir une prolongation. Un an plus tard, en septembre 1930, la victoire électorale du mouvement*

* Article concernant les procédures de réforme de la constitution. La question constitutionnelle importante qui tourne autour de cet article est la limitation de la faculté de réviser et de réformer la constitution afin d'éviter des abus possibles évident du précepte formulé dans cet article.

Ce problème est longuement analysé dans la défense de la constitution (1931) et Légalité et légitimité (1932).

Voir annexe 2 à la fin du chapitre 3.

hitlérien avait déjà profondément transformée la situation politique intérieure de l'Allemagne (...). Le grand problème juridico-constitutionnel de cette époque exige des précisions juridico-politiques concernant la définition de l'ennemi à qui on voudrait interdire l'accès à la légalité constitutionnelle (...).

La révolution légale* de Hitler comme précédent (1933-1945)

«Dans la conscience politique de la grande majorité des électeurs bourgeois allemand en 1928, l'alternative droite ou gauche correspondait à l'alternative pré-fasciste, monarchie ou république. Néanmoins, la masse des ouvriers marxistes manifestait l'opinion suivante: «la république nous est égale, ce que nous voulons c'est le socialisme». En septembre 1930, l'irruption du mouvement national-socialiste a relégué le problème de l'Etat monarchique au second plan. Hitler exploita habilement les avantages de cette mise à l'écart de la monarchie. L'empereur Guillaume II qui vivait exilé en Hollande à cette époque en vint à ressentir une certaine sympathie pour le national-socialisme et commentait favorablement l'attitude d'Hitler. Le Président du Reich, Hindenburg, était pour sa part fortement convaincu que son serment à la constitution de Weimar était

* Le terme révolution légale signifie: l'accès au pouvoir d'un parti politique par les voies légales, et l'obstruction de ce même passage aux ennemis politiques par la manipulation de la légalité. Cette définition rejoint la thèse centrale de C.S. dans Légalité et légitimité (1932): «la légalité d'un parti politique ne pourra être niée seulement à partir du moment où sera limitée la faculté pour réformer la constitution». (Introduction, p. IX).

parfaitement compatible avec son serment antérieur au souverain. Dans sa mentalité, il n'a jamais cessé d'être monarchiste. Selon l'opinion générale qu'on se faisait de la constitution de Weimar, ce genre d'attitude était parfaitement légal. Heinrich Brüning (1930-1932) s'est également maintenu sur ses positions monarchiques lors de son mandat comme chancelier du Reich et alla jusqu'à examiner les possibles procédures légales pour une restauration de la monarchie (...). La porte de la légalité restait ouverte autant pour la droite comme pour la gauche, pour la monarchie comme pour la république libérale, socialiste ou communiste.

«Le mouvement national-socialiste prit avantage de cette situation sous tous ses aspects... Hitler réussit à transformer l'étroite porte d'entrée de la légalité en arc de triomphe pour son entrée à Postdam et à Weimar. Dès le premier jour de sa nomination en tant que chancelier du Reich, il a su profiter systématiquement et sans scrupule de la prime politique qu'implique la possession légale du pouvoir. Sa nomination en tant que chancelier du Reich n'était que le premier échelon d'une succession de révolutions légales. Dès le 30 janvier 1933, il fit dissoudre le Reichstag. Deux jours plus tard, le 2 février 1933, il promulga un décret d'urgence en vertu de l'article 48* de la constitution de Weimar qui mit fin au chaos engendré par un jugement ambigu du tribunal constitu-

* Article concernant l'Etat d'exception.

Voir annexe 1 à la fin du chapitre 3.

tionnel du 25 octobre 1932,* sans que les défenseurs de la constitution ne protestent d'aucune façon. Le 5 mars, Hitler obtint un résultat relativement favorable aux élections grâce à une série de manoeuvres légales et para-légales, comme par exemple l'exploitation propagandiste de l'incendie du Reichstag. A peine trois semaines plus tard, le 24 mars 1933, le Reichstag allemand lui accorde, avec une majorité qualifiée (nécessaire pour modifier la constitution), les pleins pouvoirs. Ce pouvoir était en réalité une autorisation illimitée pour modifier la constitution; il s'agissait d'une seconde révolution légale.

«Bref, Hitler a su fermer derrière lui la porte de la légalité par laquelle il était entré et repoussa légalement ses ennemis politiques vers les frontières de l'illégalité. Ceux qui optèrent pour la résistance ou qui tentèrent de forcer la porte fermée de la légalité, on les traitait comme des agitateurs ou des criminels. A part quelques communistes expérimentés, tous sentirent la désillusion et l'indignation en face de la réalité de cette prime politique à la possession légale du pouvoir. La légalité révolutionnaire d'Hitler impliqua toute une série de semblables révolutions.

* «Le moyen le plus puissant d'Hitler pour influencer Hindenburg consistait en la menace de nouveau procès devant le tribunal constitutionnel. Le gouvernement du Reich avait gagné en octobre 1932 le procès Prusse-Reich devant le tribunal constitutionnel en ce qui réfère à la section 2 de l'article 48 (destitution provisoire des ministères prussiens et désignation de commissaires du Reich comme mesure dictatoriale), mais l'avait perdu en ce qui a trait à la section I (exécution par le Reich et représentation de la Prusse au Reichstag). (C.S., 1932, p. XXVIII).

«Jusqu'à maintenant, (1979) aucune étude exacte et complète n'existe sur l'avènement d'Hitler au pouvoir en 1933 et son évolution étape par étape jusqu'à l'année 1939. La prise du pouvoir en 1933 ne pouvait réussir que si elle était envisagée comme révolution nationale. En 1939, Hitler dut s'affronter au problème du pouvoir dans un grand espace industriel international, ce qui signifiait une nouvelle escalade dans le problème de la légalité. Les méthodes qui lui avaient permis en 1933 de surprendre avec une révolution nationale se révélèrent inefficaces en 1939. Ce troisième échelon vers la légalité d'une révolution mondiale était condamné à l'échec dès le départ. L'origine, la colonne vertébrale du mouvement d'Hitler était le nationalisme. Toutefois, ce nationalisme allemand (1919-1945) était composé des éléments les plus contradictoires de droite et de gauche, y compris certains éléments de national-bolchévisme. La fonction de cette combinaison nationale était une force élémentaire et intense: la revanche de l'humiliation du traité de Versailles de 1919. Ceci était la vraie force de combat du mouvement d'Hitler. Malgré tous les vestiges d'idéologies racistes, la lutte contre le traité de Versailles était l'impulsion essentielle du succès politique d'Hitler entre 1919 et 1939.

«En 1940, cette revanche était accomplie. On avait regagné la guerre nationale perdue en 1918. C'était toutefois une victoire en retard. La portée réelle de la Seconde Guerre Mondiale se fit sentir au moment où Hitler prit la grave décision d'attaquer l'Union soviétique en 1941. Depuis trois siècles, les Allemands n'ont jamais cessé de vivre «sous l'oeil des Russes».

Cet article de C.S. illustre la gravité du problème de la valeur instrumentale de la légalité et de ses possibilités d'utilisation par un pouvoir politique arbitraire comme ce fut le cas en Allemagne hitlérienne. Le problème théorique prend ses racines selon C.S., dans la dysfonction des conceptions «neutres» du libéralisme à une époque où il existe des alternatives diamétralement opposées, et où l'Etat doit intervenir directement dans la régulation de l'économie.*

Cette polarisation des forces politiques est fondamentale, puisque justement c'est ce qui donne toute sa signification et son originalité à la polémique qu'entreprend C.S. avec les conceptions libérales (tout spécialement le formalisme juridique d'Hans Kelsen) dans la période d'Entre-deux-guerres.

* Dans l'ouvrage Légalité et légitimité publié à peine quelques mois avant la venue au pouvoir d'Hitler, C.S. déclare lui-même qu'il s'agit d'une «tentative désespérée pour sauver le système présidentiel, la dernière chance de la République de Weimar, face à une jurisprudence qui refusait de poser le problème de la constitution en termes d'amis et d'ennemis.» Voir aussi les commentaires que C.S. a ajoutés à la nouvelle édition de Légalité et légitimité de 1958.

Annexe 1

Article 48 de la constitution de Weimar du 19 janvier 1919.

«Si un pays n'exécute pas les obligations qui lui incombent en vertu de la constitution ou les lois du Reich (Etat) le président du Reich (Etat) peut l'y contraindre en employant la force armée.

Le Président du Reich (Etat) peut, lorsque la sûreté et l'ordre publics sont gravement troublés ou compromis dans le Reich (Etat), prendre les mesures nécessaires pour leur rétablissement; il peut, s'il y a lieu, recourir à la force armée. A cette fin, il peut suspendre momentanément l'exercice de tout ou partie des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153.

Le Président du Reich (Etat) doit sans délai porter à la connaissance du Reichstag toutes les mesures par lui prises en vertu du premier ou du second alinéa du présent article. Ces mesures doivent être rapportées si le Reichstag le demande.

S'il y a péril en la demeure, les gouvernements de pays peuvent prendre les mesures provisoires de l'alinéa 2 pour l'étendue du territoire du pays. Ces mesures doivent être rapportées à la demande du Président du Reich (Etat) ou du Reichstag.

Les détails sont réglés par une loi du Reich. (Etat)».

B. Mirkine-Guetzevitch, Les constitutions de l'Europe nouvelle, Bib. d'histoire et de politique, (Librairie Delagrave) Paris, 1928 - section III de la Constitution du Reich (Etat) - allemand, article 48, pp. 65-66.

Annexe 2

Article 76 de la constitution de Weimar du 19 janvier 1919

«La constitution peut être révisée par une voie législative. Toutefois les révisions de la constitution ne peuvent être valablement votées qu'en la présence des deux tiers du nombre légal des membres et à la majorité des deux tiers des membres présents. Les décisions du Conseil du Reich (Etat) sur la révision de la constitution doivent être également prises à la majorité des deux tiers des voix exprimées. Au cas où, sur l'initiative populaire, une révision de la constitution est soumise à référendum, elle doit être approuvée par la majorité des électeurs. Si le Reichstag vote, malgré le veto du Conseil du Reich (Etat), une révision de la constitution, le Président du Reich (Etat) ne peut publier la loi de révision lorsque, dans un délai de deux semaines, le Conseil du Reich (Etat) demande qu'elle soit soumise à référendum».

B. Mirkine-Guetzevitch, Les constitutions de l'Europe nouvelle; Bib. d'histoire et de politique, (Librairie Delagrave) Paris, 1928, p. 69-70.

Chapitre IV

Carl Schmitt, théoricien anti-formaliste

1. L'opposition Kelsen/Schmitt: formalisme/anti-formalisme.

L'importance réelle de la problématique posée par C.S. ne peut être comprise sans prendre en considération la situation concrète de la démocratie parlementaire et son degré de désarticulation sous la République de Weimar qui fut son principal centre d'intérêt. La situation historique de l'Allemagne à cette époque ne permettait pas la formation d'une volonté politique réelle capable de s'affronter à l'avancement technique et industriel.*

Les problèmes pratiques posés par la tendance croissante à l'intervention du «peuple» dans les structures de l'Etat libéral, c'est-à-dire dans la formation de la volonté de l'Etat d'une démocratie naissante, a provoqué une profonde instabilité du régime de Weimar avec toutes les conséquences qu'entraînent le non-fonctionnement de l'activité gouvernementale à l'intérieur d'une économie capitaliste avancée.

* L'Allemagne, au début du siècle, était considéré comme le second pays des plus industrialisés après les U.S.A.

«La situation actuelle du parlementarisme allemand se caractérise par le fait que la formation de la volonté de l'Etat doit s'appuyer sur des majorités parlementaires changeantes... composées de nombreux partis hétérogènes». (C.S., 1931, p. 150).

«Comme conséquence d'une telle polycratie, se révèle le manque de lignes normatives homogènes, une désorganisation, un manque de planification et même une certaine aversion envers toute planification qui en vient à prendre des proportions gigantesques durant cette période de transition vers un Etat économique». (C.S., 1931, p. 155-156).

Le rétablissement du consensus (homogénéité nationale) par le biais de mécanismes d'intégration du pluralisme politique était une priorité à l'ordre du jour. Dans ce contexte naîtra la polémique formalisme, anti-formalisme entre Hans Kelsen et C.S. dans le domaine de la théorie du droit et de l'Etat.

C.S. fait partie de ce courant intellectuel essentiellement allemand appelé «anti-formalisme» qui dirigea son attention vers les divers aspects juridiques et politiques que pose le problème de l'intégration du pluralisme sur une base nationale. Ce courant apparaît dans les années vingt dans la dogmatique du droit public comme réaction théorique au positivisme formaliste

d'Hans Kelsen* qui avait effectué une rationalisation maximale de l'appareil institutionnel libéral dans la Théorie pure du droit.

Le positivisme d'Hans Kelsen est une méthode «purement» juridique, dont la pureté consiste en l'élimination de toutes considérations métaphysiques ou métajuridiques, c'est-à-dire de tous les points de vue idéologiques, économiques, politiques ou autres. La théorie pure du droit est une théorie du droit positif qui le traite en tant que système normatif formel.

Chez Kelsen, constitution et lois constitutionnelles s'identifient. Pour lui, le droit positif est une unité épistémologique qui ne se dérive pas d'un «être» en dehors de lui, sinon d'une norme fondamentale (interne) qui est la base du système et qui dicte la procédure de législation. La norme fondamentale est une norme positive qui sert de fondement

* Un chapitre particulier devait être inclus sur le normativisme positiviste d'Hans Kelsen. Ce chapitre a finalement été supprimé étant donné qu'une confrontation directe et exhaustive de ces deux auteurs «paradigmatiques» ne pouvait être faite pertinemment que dans le cadre d'un travail beaucoup plus élaboré. Nous nous en sommes donc maintenu à une étude plus spécifique de l'oeuvre de C.S. malgré les faiblesses évidentes que renferme l'exposition d'une réponse critique à un auteur qui n'est traité ici que superficiellement.

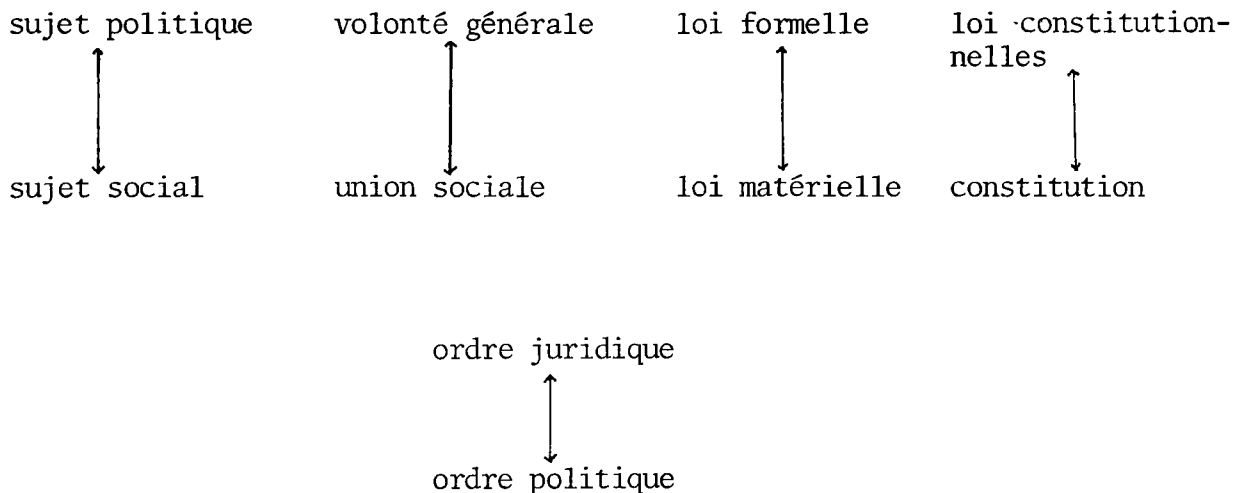
de validité aux lois particulières. Le droit positif forme un tout, un ensemble fermé sur la base d'un même point de vue (normatif). Selon C.S., la neutralité axiologique de cette théorie fait partie d'un fonctionnalisme général qui conçoit la démocratie comme l'idéologie d'un relativisme fondamental. (C.S., 1932, p. XI).

«L'erreur des juristes du droit positif (ou droit constitué établi) réside en ce qu'à toute époque ils ont eu l'habitude de percevoir uniquement l'ordre existant et les actes à l'intérieur de cet ordre comme un tout solidement ordonné, représenté par un système de légalité étatique déterminé. Ils rejettent par principe les questions se référant aux actes constitutifs d'un ordre pour être des questions non-juridiques». (C.S., 1950, p. 68).

C.S. affirmera que pour la théorie de la constitution, la distinction entre constitution et lois constitutionnelles est fondamentale, et représente le point de départ de toute discussion ultérieure. (C.S., 1928, p. 45). Cette distinction exprime chez lui la nécessité de concevoir un «être» en tant que volonté politique réelle à l'origine de la définition du contenu de toute législation particulière subséquente. Pour lui, toute idée politique fait référence à des idées d'immanences.

La perte d'évidence du droit naturel rationaliste (bourgeois) implique la disparition de la connexion établie par le libéralisme entre individualité et généralité. La résolution de la crise politique et économique implique une transformation technico-juridique de la relation droit et pouvoir politique (concept de souveraineté) afin de résoudre la dualité entre sujet social et sujet politique.

Dualités conceptuelles mises en évidence
par la crise de la démocratie libérale



L'oeuvre de C.S. est un dialogue constant avec les conceptions juridico-politiques de Kelsen. L'axe polémique entre ces deux auteurs tourne autour du concept de loi et de leurs positions respectives face à un principe d'unité sociale et politique des dualités représentées par le schéma précédent (mécanismes d'intégration). Pour Kelsen, fervent défenseur du

libéralisme politique et de la démocratie parlementaire, la loi est une norme faisant partie d'une unité systématique indivisible (système normatif), et la souveraineté, un concept abstrait répondant à la doctrine libérale de la «souveraineté de la loi»; la loi est un pouvoir constitué. C.S., au contraire, se réclame plutôt d'une position volontariste qui définit la loi comme un acte concret d'une volonté unitaire, un pouvoir constituant et la souveraineté souligne chez lui la nécessité de parler du droit et de la politique en termes de pouvoir de décision. La résolution de la crise, Kelsen la voit plutôt dans le renforcement des mécanismes juridiques,* alors que chez C.S., la crise dénote un manque d'autorité et de direction politique auquel le relativisme formaliste ne fait que participer en exacerbant les contradictions au lieu de recréer un ordre réel existant nécessaire à toute communauté politique.

* Toute la théorie politique de Kelsen est construite en fonction de la défense du parlementarisme et du pluralisme politique. Ces principales propositions étaient:

- a) au niveau juridique: loi fondamentale et constitutionnalité des lois
- b) au niveau politique: réforme du système électoral et restructuration des partis politiques.
- c) au niveau axiologique: relativisme des valeurs (principe de majorité)

2. Trois types de pensée juridique

Tout le lexique de C.S. est imprégné de cette opposition au formalisme juridique d'Hans Kelsen. Pour mieux comprendre la source de cette opposition aux «renoncements relativistes» du libéralisme formaliste de Kelsen, il faut remonter aux fondements philosophiques où elle prend ses racines, puisque C.S. croit en une intime connexion entre la politique et la philosophie en tant que conception du monde. Pour cette raison, publie-t-il en 1934 un article intitulé «trois types de pensée juridique», où il situe philosophiquement son option en faveur du décisionnisme contre le normativisme formaliste de Kelsen, et en profite pour faire une mise au point concernant le type de décisionnisme qu'il propose à partir de cette date.* Dans cet article, C.S. fait une analyse objective des trois types de fondement de la généralité nécessaire à tout concept de droit et propose une classification de la pensée juridique en accord avec ces critères.

* Cet article a été publié quelques mois après la parution de «L'Etat, le mouvement, le peuple» (1934) et représente un retour en arrière sur son appréciation positive du pouvoir nazi après la constatation de l'arbitraire destructif de ce pouvoir. Au niveau théorique, cet article représente la transition vers sa pensée de l'ordre concret qu'il élaborera plus précisément dans Le Nomos de la Terre (1950).

Tout juriste, estime C.S., travaille à partir d'une certaine conception du droit qu'il transpose ensuite à la notion de droit en général.* Ces conceptions peuvent être ramenées à trois types: le droit est, ou bien une règle, ou bien une décision, ou encore un ordre ou une configuration concrète. Toute pensée juridique manipule ces trois concepts à l'intérieur de son discours scientifique, mais à des degrés d'importance différents. L'ultime conception à partir de laquelle se dérive juridiquement toutes les autres ne peut être qu'une seule: ou une norme (dans le sens de règle et loi), ou une décision, ou une configuration concrète. Chacune d'elle prétend exprimer la véritable essence du droit, chacune d'elle prétend être générale et pouvoir déterminer sur sa base les deux autres concepts. Bien que chacun de ces types prétende gérer exclusivement toute la pensée juridique, ils se légitiment tout les trois. La point névralgique de ces modes de pensée et d'argumentation juridiques se situe dans leur connexion directe et réciproque avec toutes les structures de la vie politique.

* Comme il est souligné au chapitre 2, le concept de droit varie selon le type de formation décisive dans chaque Etat. (C.S., 1932, p. 23).

La pensée juridique normativiste se réclame d'une justice impersonnelle et objective. Cette conception est de vieille tradition puisque de tout temps on a voulu un règne de la loi et non des Hommes. L'opposition ratio-voluntas, vérité-autorité se réfère à cette exigence d'une procédure normative qui permettrait d'échapper à l'arbitraire de la pure décision et à la contingence des situations historiques. Cette pensée a trouvé diverses expressions au cours de l'histoire dont la formule moderne de l'«Etat de droit» du libéralisme qui, selon C.S., subordonne toute la vie politique à la loi.

Pour le juriste de type de décisionniste, la source de tout «droit», c'est-à-dire de toute norme et de toute configuration juridique, n'est pas l'ordre en tant qu'ordre, sinon l'autorité souveraine d'une décision finale et personnelle implicite à cet ordre. Le type décisionniste est aussi ancien que le précédent; la formule la plus précise se trouve dans l'exemple classique du XVII^e siècle: Thomas Hobbes (auctoritas, non veritas facit legem — l'autorité et non la vérité fonde les lois). Cette formule correspond à la philosophie politique de Hobbes pour qui le souverain n'est pas le monarque légitime, mais celui qui décide souverainement en cas de conflit et qui est en mesure de rétablir l'ordre et la sécurité dans l'Etat. Une décision qui ne se déduit, ni d'une norme, ni d'une configuration concrète préalable. Le droit existe par le biais de la volonté de l'autorité, que ce soit

un individu ou une Assemblée. La structure logique du décisionnisme pur suppose un désordre qui se transforme en ordre à la suite d'une prise de décision. Cette dictature souveraine chez Hobbes est une dictature de l'Etat qui crée les normes et les configurations juridiques, et surmonte le problème de l'insécurité anarchique de l'Etat de nature. Si le type décisionniste fait toujours écho de nos jours, selon C.S., c'est parce qu'il semble être le plus apte à maîtriser la multitude croissante de conflits dans les sociétés modernes.

Le troisième type est celui de l'ordre concret (konkrete ordnung). L'idée principale de ce type est que l'ordre ne se définit pas par une norme ou une somme de règles, mais la règle n'est qu'un des moyens d'établir ou de maintenir l'ordre. Dans le cadre d'un ordre donné, la norme possède une fonction régulatrice qui n'a de validité autonome et indépendante de l'Etat donné des choses que dans une mesure relativement faible. Ce type de pensée juridique peut se retrouver par exemple chez les peuples primitifs qui fonctionnent sur la base de coutumes, ou encore à l'époque féodale avec son organisation en ordres et corporations. Selon C.S., la forme la plus élaborée (en 1934) de cette conception est celle définie par Maurice Hauriou dans sa Théorie de l'institution et de la fondation (1925). Hauriou oppose l'institution à la règle de droit de Duguit; C.S. préfère cependant la notion d'ordre concret à celle d'institution car, à son avis, ce n'est que dans un ordre historique global que la pensée juridique est

à même de se développer pleinement. Un tel ordre historique a précisément élaboré par l'Etat moderne.

3. Le normativiste existentialiste de Carl Schmitt.

Ce bref résumé permet de faire justice à une interprétation courante de la pensée de C.S., qui le range volontiers parmi les décisionnistes. Cet article de 1934 représente le détachement relatif de C.S. du décisionnisme pur, et souligne clairement la transition qui s'opère à cette époque vers la pensée de l'ordre concret. Cette mise au point concernant la pensée juridique fondée sur le décisionnisme coïncide avec son appréciation négative de l'utilisation conjoncturelle de sa pensée par le gouvernement d'Hitler.*

* Voir note au bas de la page 92.

Il n'est pas question pour C.S. de mettre en doute la légitimité de la pensée normativiste, mais plutôt de souligner les lacunes de celle-ci dans les circonstances critiques où elle se situe historiquement. Sa vision du monde favorise surtout les deux autres types de pensée juridique: le décisionnisme et la pensée de l'ordre concret. Les nouvelles relations qui s'établissent à cette époque entre politique et économie exigent la conception d'un ordre nouveau capable de mettre fin à l'Etat de crise perpétuelle et à l'insécurité qui planait sur toute l'Europe à cette époque. La «souveraineté de la raison relative» porte en elle, selon lui, les syndromes de la science et de la technique qui se veulent idéologiquement neutre.

On ne peut comprendre l'oeuvre de C.S., qu'en tenant compte que le facteur le plus important pour lui dans l'actualité d'Entre-deux-guerres est la suppression de la neutralité des conceptions libérales du pouvoir d'Etat et la restauration d'un pouvoir politique fortement centralisé, interventionniste et autoritaire, basé sur les nouvelles conditions de la société de masse.

Le normativisme fait abstraction des phénomènes métajuridiques de nature éthique, politique, économique et autres. Cette pensée peut se prévaloir d'une apparente objectivité dans une situation normale selon C.S., mais en période de crise politique profonde, la réalité met en évidence

l'impossibilité de réduire tout phénomène métajuridique à une subsumption. C.S. critique le concept absolu normatif du droit de Kelsen dans lequel se condense la technicité logique du rationalisme . A son avis, les concepts généraux d'un ordre juridico-formel s'avèrent inefficaces pour la prise de décision en cas de situation limite ou d'exception. C'est ce sens que C.S. affirme que «le problème de la dictature est le problème de l'exception concrète».

Norme et exception sont les éléments fondamentaux de la pensée juridique de C.S., dans l'Entre-deux-guerres. La notion d'exception permet d'éclairer par contraste le jeu politique normal; l'exception nous aide à mieux comprendre l'importance et la «complexion» d'une décision. C.S. remarque à plusieurs reprises que le droit exige une situation normale pour répondre à sa vocation. En cas d'exception, on ne peut rétablir l'ordre que par une décision, mais celle-ci ne se laisse pas subsumer sous les catégories du droit en vigueur. Elle est «a-juridique», puisqu'elle est un fait de volonté.

Ceci signifie pour C.S., que la crise est un signe de désordre, une situation de désorganisation qui traduit le manque d'autorité. Les périodes de crises font ressentir la nécessité d'un sujet de la souveraineté qui existe réellement et qui s'oppose au formalisme juridique et à la «souveraineté de la loi», afin de reconstruire l'unité politique d'une nation. Ce sujet doit être un sujet absolu et indivisible pour

la création et l'application du droit, capable de faire exécuter ses propres décisions.

La position idéologique, méthodologique et politique de C.S. dérive de la critique aux idées universalistes de l'Illustration et de sa conception abstraite de la démocratie. Suite à la rupture de l'homogénéité nationale causée par l'entrée de la classe ouvrière sur la scène politique, la formule libérale bourgeoise et le principe démocratique de l'Etat de droit sont minés à la base. On ne peut plus parler dès lors d'une démocratie nationale à l'intérieur d'un Etat unitaire et souverain.

Face à l'intensification des luttes politiques en Allemagne, le «décisionnisme politique» de C.S. vient s'opposer au pluralisme et à la concurrence des opinions, ainsi qu'au supposé neutralisme et relativisme idéologique de l'Etat libéral. En définitive, le concept de décision chez C.S. est l'expression d'une volonté humaine de décision qui critique tout ce qui foment la discussion et le compromis dans les affaires publiques.

Face au positivisme formaliste qui éliminait théoriquement le sujet de la souveraineté, la réaction anti-formaliste de C.S. consiste en l'affirmation d'une suprématie existentielle sur le normatif. Quiconque est en mesure et a la faculté pour prendre des décisions concernant l'existence

politique, agit souverainement. Cette nécessité découle des exigences d'un cas concret, d'une conjoncture anormale ou imprévue.

C.S. utilise un schéma d'oppositions qui tend à démontrer son postulat de la suprématie existentielle de la politique qui exige un titulaire concret du pouvoir constituant qui ne discute pas, ne doit pas se légitimer, surtout en période de crise. Tous les éléments intégrant ce schéma d'oppositions représentent des conceptions d'influence réciproque entre l'ordre politique et l'ordre juridique qui se réfèrent particulièrement à l'autonomie et au contenu respectif de ces instances.

Schéma d'oppositions

Normalité	Exception
Raison	Volonté
Valeur	Fin
Droit	Pouvoir
Etat	Le politique
Paix	Guerre
Homme fondamentalement bon	Méchanceté, danger
Norme	Décision
Loi (générale)	Mesure (particulière, individuelle)
Loi Constitutionnelle	Constitution (existentielle plus que normative)
Légalité	Légitimité
Parlementarisme	Dictature
Pouvoir législatif	Pouvoir exécutif
(Etat législatif)	(Etat administratif)

(G. Gomez Orfanel. «Exception et normalité dans la pensée de Carl Schmitt», 1984, thèse de doctorat inédite - Université Complutense, Madrid).

Chapitre V

La réponse spécifique de Carl Schmitt

1. Sa théorie des valeurs

Les préoccupations intellectuelles de C.S., sont des plus variées. Toute son oeuvre est chargée de références à la philosophie malgré qu'il ait écrit très peu d'ouvrages proprement philosophiques. En 1929, il publiera sa monographie L'ère des neutralisations et des dépolitisations où il fait une interprétation de l'histoire moderne comme histoire du processus de désintégration de la foi médiévale. Dans cet ouvrage, C.S. interprète l'évolution des quatre derniers siècles d'histoire européenne comme un parcours de neutralisations graduelles, un déplacement des valeurs autant spirituelles que politiques, qui tente d'éviter continuellement la discussion métaphysique et les décisions qui lui sont inhérentes. Ce déplacement du centre d'attraction de la vie spirituelle part de la théologie au XVI^e siècle, en passant par la métaphysique au XVII^e siècle, la morale humanitaire de l'Illustration au XVIII^e siècle, et ensuite le romantisme, jusqu'à l'économisme du XIX^e siècle qui se prolongera dans la neutralité absolue de la technique. Ce caractère instrumental de la technique sera pourtant repris au XX^e siècle par une nouvelle culture qui ne prétend plus être neutre selon C.S., mais qui recherche plutôt une raison d'être positive. (C.S., 1941, p. 11 à 16).

A mesure que se déplace le centre d'attraction de la vie intellectuelle, chaque concept reçoit une signification en accord avec son époque. Un exemple typique serait le concept de «progrès» (C.S., 1941, p. 16-17). La technique se présente déjà au XIX^e siècle comme étroitement liée à l'économie sous la forme de l'industrialisation (C.S., 1941, p. 15). Le règne de l'économie et de la technique accorde priorité à la production et distribution des richesses, et selon C.S., tous les efforts concernant le progrès sont désormais orientés vers l'avancement de la technique qui sert surtout à résoudre les principaux problèmes se référant au développement économique. A ce stade, les questions morales et sociales ne trouvent que peu de défenseurs, puisque le progrès technique prédomine sur toutes les autres formes de progrès. (C.S., 1941, p. 18). «On a substitué le sentiment religieux par un sentiment technique qui, comme le premier, provient du mystère». (C.S., 1941, p. 16). Cette «religion du progrès technique» ne peut empêcher qu'en réalité, le grand processus général du progrès de l'espèce humaine renferme une pluralité de types de progrès. Par conséquent, il est très important de donner des définitions conceptuelles précises pour comprendre la dynamique qui relie le passé, le présent et l'avenir. (C.S., 1979), p. 10). Suite à ses réflexions, C.S. émet la loi générale suivante:

«Tous les concepts de l'esprit et toutes les images qui touchent l'imagination — Dieu, liberté, progrès, Homme, nature humaine, vie privée, vie publique, raison, rationalisation et finalement les notions de nature ou de culture — apparaissent au cours de l'histoire dépourvues de tout contenu et soumis à l'action déterminante (...) du centre intellectuel d'une époque». (C.S. 1941, p. 19).

Dans un autre ouvrage plus récent (Die tyrannei der werte), qui a d'abord paru hors commerce puisqu'il était destiné aux amis de C.S., et ensuite publié en allemand dans un ouvrage collectif offert à Ernst Forsthoff (Säkularisation und utopie, 1967, p. 37-62), C.S. exprime ses idées sur ce qu'il appelle la «tyrannie des valeurs» sous les lois du progrès au XX^e siècle.*

Si C.S. souscrit à l'idée qu'exprimait Heidegger dans les «Holzwege» suivant laquelle la philosophie des valeurs se présente de nos jours comme un substitut positiviste de la métaphysique (ou théorie de l'être), il ajoute qu'elle est aussi une réaction à la crise produite par le nihilisme au

* Puisque ce texte était uniquement disponible en allemand, nous avons dû nous en remettre dans les commentaires qui suivent à l'article de J. Freund déjà mentionné, (p. 10-11-12) pour combler cette lacune.

cours du siècle dernier qui a abouti à donner la primauté à l'économie. La valeur a désormais son lieu dans l'économie, de sorte qu'en vertu de la logique du concept, lorsqu'on étend la valeur aux autres activités humaines, on est conduit à voir les choses sous l'angle de l'économie, c'est-à-dire à les considérer du point de vue de la logique des échanges. «Ceci a pour conséquence nécessaire la soumission de l'activité intellectuelle aux lois de l'économie, et la réduction de notre «être» aux deux fonctions de production et de consommation. (C.S., 1941, p. 14-15).

La valeur d'échange commercialise tout, elle dégrade tout en marchandise, au sens que Marx donnait à cette notion: grâce à elle, l'incommensurable devient commensurable, comparable, quantifiable. Il en résulte d'une part qu'on abandonne le principe du raisonnement classique fondé sur des idées, des catégories et des prémisses pour noyer toutes les choses dans la confusion des valeurs, sous prétexte de les mesurer les unes aux autres et d'autre part, qu'on donne la prime à la subjectivité puisque — comme Weber l'a montré — la valeur est posée sur l'individu ou les groupes, donc affirmée arbitrairement. Ceci aboutit à ce qu'on considère les choses de façon purement ponctuelle ou perspectiviste; c'est-à-dire, elle donne la suprématie du point de vue de chacun.

Ce qu'il y a de spécifique dans la valeur, écrit C.S., c'est qu'il n'y a plus d'«être» mais seulement de la «validité».* Aussi l'analyse de la réalité est-elle sacrifiée à l'affirmation idéologique. Tout se réduit désormais à une concurrence entre les valeurs.

Du moment que la valeur est posée par l'arbitraire des individus et des groupes, elle n'est qu'une affirmation qu'il faut imposer afin qu'elle l'emporte sur les autres. Il y a donc une agressivité potentielle inhérente à la valeur qui conduit à ce que Max Weber appelait l'antagonisme des valeurs, c'est-à-dire la justification incohérente de n'importe quel combat ou violence. En effet, la valeur que l'on considère comme supérieure a le droit et même le devoir d'asservir, voire d'anéantir les valeurs qui passent pour inférieures. C'est ce que C.S. appelle la tyrannie des valeurs dont l'effet est, à son avis, particulièrement destructeur. Du moment que l'on croit à une valeur suprême, on est en droit de payer le prix le plus fort pour la faire triompher. Autrefois on condamnait le principe de la fin justifie les moyens. De nos jours, la philosophie des valeurs justifie cette justification, puisque la valeur que l'on considère comme supérieure est habilitée logiquement et moralement à dégrader les valeurs dites inférieures et même à les éliminer. Il suffit qu'un homme qui dispose du pouvoir proclame qu'un peuple ou une doctrine

* Revoir les commentaires qui précèdent le chapitre 1 sous «avertissement».

constitue la valeur suprême pour lui sacrifier en holocauste tout ce qui est considéré comme valeur inférieure. Il existe un «terrorisme des valeurs».

Ces idées concernant le problème logique des valeurs avait déjà été posé dans les commentaires ajoutés en 1958 par C.S à la nouvelle édition de Légalité et légitimité sous la forme d'un rappel au postulat désespéré de Max Weber d'une équivalence entre économie et fin. Cette idée était présente dans ses analyses concernant les problèmes de la transition vers l'Etat administratif (ou total) et de la valeur instrumentale de la légalité sous le pluralisme politique de la société de masse.

«... l'opposition entre la rationalité axiologique et la rationalité téléologique est sans doute idéologiquement concrète. Toutefois, si on examine les divergences modernes entre le concept de loi actuel et la reconnaissance des «lois-dispositions» économiques avec le pessimisme caractéristique de Max Weber, on admettra la transition vers une rationalité téléologique comme un fait inévitable. La séparation entre valeur et fin se transforme en un postulat désespéré». (C.S., 1932, p. XXXI).

2. Le «peuple».

Pour le libéralisme il n'y a qu'une seule réalité, l'individu, et qu'une seule totalité, l'humanité.(C.S., 1941, p. 135). Suite à l'effondrement des critères d'homogénéité nationale dans la théorie libérale, C.S. remet en question

les fondements de la démocratie libérale, et surtout les notions de liberté et d'égalité afin de déterminer le rôle du «peuple» sous ce régime. Sa remise en question des fondements de la démocratie à partir du postulat de la suprématie de l'existentiel sur le normatif l'oblige à donner une définition de ce qu'il entend par le «peuple», puisque la notion de démocratie dépend directement des liens unificateurs qui constituent le «peuple». En réalité, les différentes directions politiques actuelles des Etats démocratiques dépendent des divers contenus données à ce concept. Cette définition est une des conditions nécessaires à la naissance et à la permanence de l'unité de l'Etat puisqu'elle détermine le contenu de la volonté politique commune, c'est-à-dire l'identité d'un peuple (en général par la voie de la représentation).

La méthode de formation de la volonté politique par une simple vérification de la majorité est inadmissible lorsqu'on ne peut présupposer l'homogénéité substantielle de tout le peuple (C.S., 1932, p. 42), puisque toute démocratie se base sur le présupposé d'un peuple unitaire, homogène, et indivisible. Selon C.S., l'essence de l'homogénéité démocratique ne réside pas dans un concept vide (ou formel) comme celui d'un principe de majorité de 51% qui établit la loi et la légalité. Le concept démocratique d'égalité capable de soutenir une véritable homogénéité nationale est, selon C.S., un concept politique authentique et comme tout concept politique,* il doit être relié

* Voir section 4 de ce chapitre: «La notion de politique».

à la possibilité d'une distinction.

«Une égalité qui n'aurait pas d'autre contenu que l'égalité commune de tous les Hommes serait en soi une égalité non-politique de par le fait qu'il lui manque le corrélatif d'une possibilité d'inégalité. Toute égalité reçoit sa signification et son sens par le biais de ce corrélatif dans l'inégalité». (C.S., 1928, p. 224).

«L'Humanité en tant que telle, comme ensemble, n'a pas d'ennemi sur cette planète. Tout Homme appartient à l'Humanité (...) des concepts de ce genre offre la possibilité d'une inégalité plus profonde lorsqu'ils deviennent non-symétriques». (C.S., 1979, p. 23).

Selon C.S., la démocratie politique ne peut être basée sur une égalité abstraite de tous les Hommes, sinon seulement dans l'appartenance à un peuple déterminé (race, convictions religieuses, traditions communes). Le concept d'égalité qui correspond à l'essence de la démocratie absolue est toujours un critère qui se dirige vers l'intérieur; à l'intérieur de l'Etat démocratique, tous les sujets sont égaux. Cette égalité démocratique est une égalité substantielle; tous les citoyens peuvent être traités comme égaux s'ils font partie de la substance qui définit l'Etat. Cette substance est cependant variable selon les époques et les différents démocraties. (C.S., 1928, p. 224-225).

«L'égalité démocratique est essentiellement homogénéité, c'est-à-dire homogénéité d'un peuple. Le concept central de la démocratie est «peuple» et non Humanité. Si la démocratie est une forme politique, elle doit être démocratie d'un peuple et non démocratie de l'Humanité. Ni le concept de classe ne peut substituer au concept de peuple pour une définition de la démocratie, puisque la «classe» est un concept purement économique qui ne donne lieu à aucune homogénéité substantielle. Si la classe devient la base d'une organisation de lutte et donne lieu à un authentique regroupement ami et ennemi, elle cesse d'être un concept purement économique puisqu'une classe en lutte n'est pas une entité essentiellement économique sinon politique. Si elle arrive à dominer l'Etat, la classe devient le peuple de cet Etat. Le concept démocratique de peuple persiste toujours en renfermant ce contraste autant face au concept d'Humanité qu'à celui de classe». (C.S., 1928, p. 230).

Et C.S. ajoute:

«... si la force d'une classe ou d'un groupe au sein de l'Etat— indépendamment de son caractère— arrive au point d'être capable d'empêcher toute guerre sans avoir toutefois, ni la capacité et ni la volonté d'assumer le pouvoir d'Etat, de définir les relations ami/ennemi, et de déclarer la guerre au moment venu, il en résulte une destruction de l'unité politique». (C.S., 1941, p. 131).

Dans la démocratie absolue, la volonté du peuple est souveraine et non seulement loi suprême, sinon aussi suprême décision juridique, acte de la suprême autorité administrative et ultime fondement de la légitimité (C.S., 1928, p. 252). Cette homogénéité nationale indivisible est le présupposé de la démocratie et le milieu indispensable pour la validité de n'importe quelle «norme». Elle garantit l'exercice d'une justice substantielle que constitue la volonté qu'elle exprime.

(C.S., 1932, p. 37). Le concept formel de justice de la théorie libérale signifiant une régulation normative dominée par l'idée d'une «égalité devant la loi». Face à un mandat particulier, il n'existe aucune égalité parce que le contenu du mandat est déterminé par la particularité d'un cas concret. (C.S., 1928, p. 162).

Afin de saisir plus clairement ce que C.S. entend par «peuple» dans la démocratie absolue, il faut s'en remettre à l'analyse qu'il fait du concept de constitution*, puisque cette notion s'interroge sur le concept de loi fondamentale, sur les diverses façon d'établir une constitution, sur la légitimité constitutionnelle, sur le pouvoir constituant,** sur les modifications, violations, suspensions en période de conflit.

Le concept de constitution a quatre sens principaux. Tout d'abord le concept absolu de constitution, au sens de la «politeia» grecque qui désigne l'unité politique dans son ensemble ou bien une forme déterminée de domination comme la monarchie ou la démocratie, ou encore elle peut signifier la «norme des normes», au sens où elle serait la norme

* Chapitres I-II-III-IV de la Théorie de la constitution (1928).

** Cette question de la définition d'un pouvoir constituant immanent à la constitution est un thème fondamental de son opposition avec la logique transcendentale du libéral Hans Kelsen.

fondamentale d'où découle les autres normes. En second lieu, il y a un concept relatif de constitution qui désigne une constitution particulière d'un pays déterminé. Il s'agit en général d'une constitution écrite et adoptée par une nation, suivant des procédures diverses. Elle est traitée dans ce cas comme une loi, la loi constitutionnelle, ce qui permet à certains juristes de dire qu'il n'y aurait pas de constitution mais seulement des lois constitutionnelles. Il y a ensuite un concept positif de constitution, établie par un acte du pouvoir constituant au cours d'une décision unique qui détermine globalement la totalité de l'existence politique d'une nation. La constitution a pour rôle dans ce cas de protéger les valeurs «existentielles» d'un peuple, son intégrité, sa sécurité et son autorité. Enfin, le dernier est le concept idéal de constitution dans la mesure où la lutte propre à toute politique suscite dans les partis des exigences constitutionnelles que l'on considère les meilleures.

Selon C.S., la constitution est valable en vertu d'une volonté politique existentielle qui se la donne (C.S., 1928, p. 46). La constitution n'est pas une loi ni une norme fondamentale; elle représente une série de décisions politiques concrètes qui donnent naissance à la forme politique d'être d'un peuple concret. C'est une décision totale et existentielle. (C.S., 1928, p. 48).

La constitution dans son sens à la fois absolu et positif, est le produit d'un pouvoir constituant qui est antérieur à celle-ci. La constitution est une décision du pouvoir constituant sur la forme et le mode de l'existence politique (démocratique, monarchique, communiste, etc.). (C.S., 1928, p. 46-47). Sous la démocratie, le peuple est le sujet indivisible du pouvoir constituant et de toute détermination conceptuelle de l'Etat. Là où le peuple est sujet du pouvoir constituant, la forme politique de l'Etat se trouve déterminée par l'idée d'identité. (C.S., 1928, p. 205).

L'idée d'identité peut être double. Dans un premier cas, elle peut être une «identité immédiate» réelle par le biais d'une forte homogénéité consciente comme conséquence de frontières naturelles ou toute autre raison que ce soit. L'idée opposée se fonde sur l'impossibilité de construire l'identité d'un peuple à partir de la subjectivité. Les modes de production de l'unité politique doivent inévitablement s'affronter au problème d'unifier des contenus qui s'opposent; l'impossibilité d'une identité réelle suppose que celle-ci doit toujours être représentée personnellement par des Hommes. (C.S., 1928, p. 205).

Dans la réalité politique, identité et représentation ne s'excluent pas mutuellement; ce sont des points d'orientation opposés qui font partie de la configuration concrète de la vie politique. L'Etat, en tant qu'unité politique doit s'affronter au problème de l'identité nationale et de la représentation comme concept unitaire. Ce sont ses deux principes de formation. (C.S., 1928, p. 206).

C.S. admet qu'il est impossible de construire l'identité d'un peuple dans la sphère de la subjectivité puisqu'on y rencontre toujours des contenus qui s'opposent. Pour lui, le peuple doit être un «être» présupposé dont l'identité est donnée par l'affirmation d'un «être» supérieur qui a réussi à s'imposer dans la lutte politique et à s'emparer du pouvoir d'Etat. En d'autres termes, chez C.S., la politique neutralise les contradictions sociales, c'est-à-dire qu'il neutralise les contenus opposés, qualité qui fait partie du type de généralité sociale qu'il conçoit. Le politique est le social pacifié. Jamais affirme-t-il que la volonté générale est une rationalisation, sinon simplement qu'elle doit exister, elle est un présupposé nécessaire à la vie politique. «L'unité politique doit être représentée comme un tout (...) comme une espèce d'existence spirituelle». (C.S., 1928, p. 211).*

* Rappelons que pour C.S., toute pensée démocratique doit être liée à des idées d'immanence.

La représentation appartient à la sphère du politique et est par conséquent une chose essentiellement existentielle.

(C.S., 1928, p. 211).

«L'idée de représentation se base sur le fait qu'un peuple existe comme «unité politique» sous une forme d'être supérieur à la réalité naturelle de tout autre groupe humain qui forme une communauté de vie. Lorsque disparaît la compréhension pour cette forme singulière d'existence politique, préférant d'autres interprétations de la réalité, disparaît également la possibilité de comprendre un concept comme celui de représentation. (C.S., 1928, p. 209).

Le «peuple» est un concept qui acquiert son existence seulement dans la sphère publique; c'est même lui qui la produit (C.S., 1928, p. 238). La représentation est pour sa part une chose essentiellement publique. (C.S., 1928, p. 208). Ceci signifie que la représentation du peuple dépend nettement de l'analyse que l'on fait de ce qui est «public». Avec l'effondrement de la philosophie révolutionnaire du XIX^e siècle, il n'y a plus d'équivalence entre identité et représentation au parlement. L'identité se construit sur la base d'une coïncidence entre les intérêts privés et les intérêts publics qui se manifeste dans la sphère du «public». Pour C.S., les luttes politiques du XX^e siècle ont mis en évidence que le problème fondamental qui détermine l'espace public et l'unité politique est l'opposition capital et travail sous une forme généralisée; c'est dans l'économie que se font les véritables ennemis. L'économie (intérêts privés) domine les relations politiques (intérêts publics) par le biais de la représentation dans l'espace public.

L'égalité démocratique et l'homogénéité nationale sont des concepts politiques qui définissent l'unité substantielle du peuple. Cette totalisation énigmatique du sujet social fait disparaître les droits subjectifs en tant que droits naturels au profit d'une technique de représentation et de décision économique qui sous-tend le sujet social. Le concept d'unité chez C.S. réprime en définitive la logique réelle de la crise de l'homogénéité sociale, c'est-à-dire les contradictions politiques sur la base d'intérêts économiques opposés.*

L'Etat est le «status» d'un peuple; ce qui signifie «status» de l'unité politique (C.S., 1928, p. 205). Pour C.S., le problème technique de la direction politique sous l'ère de l'économie se résout par des formules monarchiques qui subsument ce qui est et ce qui devrait être. En ce sens, l'Etat devient un pur élément technique qui répond à l'exigence d'unité de l'existence d'un peuple. (C.S., 1928, p. 213).

«L'application du principe d'identité signifie tendance à un minimum de gouvernement et de direction personnelle». (C.S., 1928, p. 213-214).

L'homogénéité substantielle du peuple réunit l'unité de la représentation et la dynamique fondamentale du capital et du travail. Le capital est le nouveau type de représentation historique après Dieu et l'Etat absolutiste. Le Capital est le sujet processuel de la propriété privée.

* Remarque:
Il semblerait que C.S. voudrait reconstruire l'unité politique sur les mêmes axes que le droit naturel sans pourtant pouvoir compter sur ses présupposés qui sont: individu pur, social pur et politique pure.

3. Le concept de droit.

Tous les efforts de C.S. pour reposer les principaux problèmes théoriques de son époque sont motivés par une profonde conviction de l'incidence de la théorie sur la pratique. Ses nombreuses conceptions juridiques sont constamment associées à des considérations politiques ou philosophiques, de sorte qu'il est difficile de séparer les unes des autres. Toutefois, pour faciliter la compréhension de sa pensée, nous avons séparées ses considérations spécifiques sur le droit puisque selon lui, il est important de définir ce concept dans la mesure où la réalisation du droit et de la justice dépend de l'idée qu'on se fait du droit.

Dans son article sur les trois types de pensée juridique (1934), C.S., souligne que tout juriste travaille à partir d'une conception du droit qu'il transpose ensuite à la notion de droit en général. Dans son cas particulier, se distinguent deux étapes dans sa conception du droit. La première peut être qualifiée de décisionnisme pur et la seconde de décisionnisme appliqué à l'ordre concret. La première étape de sa pensée est celle qui a été récupérée par les théoriciens du national-socialisme et que C.S. a ensuite nuancée en y apportant des précisions de type sociologique et institutionnel. Il ne fait aucun doute que sa pensée de l'ordre concret représente un stade supérieur de sa pensée puisqu'elle pose le problème du droit dans un contexte global et concret de

l'évolution politique européenne (surtout à partir du XVI^e siècle). Dans les limites de ce travail sur C.S. et du problème de la genèse de l'Etat totalitaire, nous nous en tiendrons à la première étape de sa pensée, celle du décisionnisme pur, puisque c'est elle qui a eut l'impact le plus direct sur la question qui nous intéresse.*

Dans Légalité et légitimité, C.S. démontre que l'évolution du concept de droit a suivi la trajectoire de la culture européenne qui a abouti par voie de conséquence à une conception neutre de la jurisprudence. Selon lui, l'oeuvre de Kelsen est un exemple achevé de cette conception technique de la jurisprudence qui prétend analyser le droit avec un type d'objectivité scientifique libre de toute idéologie.

* Dans un travail en préparation sur la pensée globale de C.S., il va de soi que la deuxième étape de sa pensée juridique (ordre concret) occupera une place privilégiée étant donné qu'elle représente la maturité d'un penseur qui revient sur ses postulats, se corrige, et synthétise les principaux aspects de sa pensée.

«La transformation du droit (naturel) en légalité (droit positif) est une conséquence du positivisme; ceci est inévitable aussitôt qu'une communauté politique s'éloigne de l'Eglise. Sociologiquement, il s'agit du développement de l'ère technique industrielle. Du point de vue de l'histoire de la philosophie, c'est un phénomène qui se traduit par la transformation d'une pensée-substance en pensée-fonction (fonctionnalisation intégrale de l'Humanité)». (C.S., 1932, p. 169).

Pour cette raison, C.S., défend un concept absolu positif de constitution qui distingue clairement le concept substantiel de constitution — comme décision concrète d'un peuple sur la forme et le mode d'existence de son unité politique — du concept relatif qui correspond à un ensemble de lois particulières hiérarchisées. (C.S., 1928, p. 45).

«Une «hiérarchie de normes» (Kelsen) est un anthropomorphisme insensé et confus de la «norme» (...). Lorsqu'une norme est plus difficile qu'une autre à modifier, leur relation mutuelle est en tous ses aspects imaginables (logique, juridique, sociologique) différente d'une hiérarchie...».

«... Pour ce qui est de la question qui se réfère à la protection de la constitution, il s'agirait de la protection d'une norme supérieure contre une autre inférieure. Pour la logique du normativisme formaliste, ceci ne pose aucun problème puisque la norme supérieure ne peut être menacée ou mise en danger par une autre inférieure. Pour cette raison, la droit constitutionnel formaliste échoue à nouveau lorsqu'il s'agit de s'affronter à un problème concret». (C.S., 1931, note au bas de page 83).

La nécessité de différencier ces deux catégories de droit, c'est-à-dire la «constitution» des «lois constitutionnelles», émerge de la situation historique des partis en lutte et de la dégénération du concept idéal de constitution de l'Etat bourgeois de droit qui déplace l'élément politique sous la couverture de la «souveraineté de la loi», éliminant ainsi l'idée d'un sujet concret de la souveraineté.

«La duplication des catégories de législation et de législateur est précisément une duplication constituée par deux systèmes différents de justification: le système de légalité propre à l'Etat législatif parlementaire, et la légitimité démocratico-plébiscitaire; la compétition possible entre ces deux systèmes n'est pas seulement une compétition entre deux instances, sinon une lutte entre deux classes de droit». (C.S., 1932, p. 105-106).

La constitution non différenciée des lois constitutionnelles particulières est d'une grande importance pour la pratique juridique. La constitution s'identifie sans cela à un pur instrument technique, à une arme qui, justement pour être au service de tous, n'est pas neutre. La technique en soi ne peut exercer une action déterminante sur l'esprit, mais non plus adopter une position neutre. Toutes les civilisations, tous les peuples, toutes les religions, la guerre comme la paix peuvent recourir aux armes de la technique. (C.S., 1941, p. 24-25).

«Une constitution qui ne se distingue pas des lois constitutionnelles particulières est forcément réduite à une pure procédure de réforme, indifférente à tout contenu. L'article relatif aux réformes constitutionnelles se transforme en l'unique article d'importance véritable; en même temps, la majorité prévue pour les modifications constitutionnelles devient omnipotente. A partir du moment où il n'existe pas de limites à ces facultés sans affecter le principe de légalité, il devient possible de transformer l'Etat de droit parlementaire en monarchie absolue ou en démocratie bolchévique. En toute rigueur logique, il n'y aurait là aucun objectif anti-constitutionnel d'aucune sorte. On priverait ainsi la constitution de sa substance politique... tous les partis ayant la même possibilité d'obtenir la majorité».
(C.S., 1928, p. 49-50).

Dans la pensée de C.S., une constitution ne s'appuie pas sur une norme qui serait le fondement de sa validité. Une constitution au sens positif émerge d'un «être politique», dont la décision sur le mode et la forme de cet «être» en est le fondement. Le mot «volonté» dénonce, contrairement à tout ce qui dépend d'une justice normative ou abstraite, ce qu'il y a d'essentiellement «existentiel» dans le fondement de la validité. Le pouvoir constituant est une volonté politique, un «être politique» concret. (C.S., 1928, p. 94).

Au concept substantiel de droit correspond la décision fondamentale d'un peuple sur le mode et la forme de l'unité de l'Etat, comme valeur suprême à protéger, comme

constitution dans son sens positif et substantiel. Ceci signifie que l'existence de l'Etat est supérieure à la validité de la norme, et que la validité de toute régulation légale constitutionnelle dépend des décisions de cette volonté souveraine. (C.S., 1928, p. 93-94).

Le décisionnisme de C.S. porte en lui deux influences marquantes: celle du penseur classique du décisionnisme, T. Hobbes et celle d'un philosophe espagnol du XIX^e siècle J. Donoso Cortés* qui tendent tous deux à appuyer l'idée d'immanence comme critère pour un concept démocratique de droit.

«Tout ordre repose sur une décision y compris le concept d'ordre juridique, qui, souvent sans réfléchir, s'emploie comme une chose évidente en soi alors qu'il renferme l'antagonisme de deux éléments dissemblables du droit. L'ordre juridique comme tout ordre repose sur une décision et non sur une norme». (C.S., 1941, p. 40-41).

Une des premières objections de C.S. concernant la justice du droit, est de supposer que la décision d'un juge est une simple application mécanique de la loi, c'est-à-dire, que pour lui, l'activité ne peut être réduite à l'exercice de subsomptions.

* J. Donoso Cortés (marquis de Valdegamas) était un philosophe catholique et diplomate en confédération germanique au milieu du XIX^e siècle. Il analyse la révolution de février 1848 en France et ses répercussions en Espagne dans un discours publié sous le titre «Discours sur la dictature». (1849).

«L'application d'une norme à une autre norme est une chose qualitativement différente de l'application d'une norme à un contenu réel, et la subsumption d'une loi sous une autre loi est une chose essentiellement différente du contenu concret régularisé sous cette règle». (C.S., 1931, p. 84).

Pour résoudre cette difficulté inhérente à la conception du droit, il convient selon C.S., de rechercher un critère qui soit interne à la pratique juridique: la pratique juridique doit décider d'elle-même ce qui est juste, ce qui veut dire qu'elle est sa propre mesure. La pratique est par conséquent le critère de sa rectitude. La justice ainsi déterminée n'est pas absolue, elle n'est pas non plus ce que les juristes considèrent comme telle en moyenne, mais elle est celle qu'il faut voir comme juste à la lumière de considérations méthodiques. Il faut entendre par là ce que n'importe quel juge considérerait comme correct.

Les décisions juridiques ne peuvent être fondées sur des normes positives, sinon sur l'«ultimo ratio» des décrets d'urgence. Tout comme Hobbes, C.S. fonde les lois sur l'autorité et non sur la vérité. («*autoritas non veritas facit legem*»). Cette décision du souverain crée, maintient, et applique la loi.

Le pouvoir constituant, en tant que pouvoir de décision absolu, n'est pas reliée à des formes juridiques et à des procédures; lorsqu'il agit à l'intérieur de cette propriété inaliénable, il se maintient à l'intérieur de l'«état de nature».* (C.S., 1928, p. 97). Cette idée de C.S. établit clairement une équivalence entre justice et sécurité à l'intérieur de l'Etat, et justifie par conséquent un renforcement des mécanismes de sécurité de l'Etat en période de crise.

C.S., dira que le rationalisme libéral s'est dissout dans le réalisme marxiste en réclamant la liberté et l'égalité de tous. Selon lui, l'essentiel de la pensée contre-révolutionnaire se trouve dans cette idée de Donoso Cortés selon laquelle la «pseudo-religion de l'humanisme absolu conduit à la terreur inhumaine» et en l'occurrence à la guerre de tous contre tous.

A partir du moment où les auteurs de la restauration développèrent une théologie, la lutte idéologique radicale au sujet de l'ordre existant s'est centrée de façon de plus en plus marquée autour de cette croyance en Dieu comme expression fondamentale de la foi en l'unité et le commandement. (C.S., 1941, p. 89-90).

* Note: L'état de nature chez Hobbes est caractérisé par la coexistence des Hommes sous l'aspect d'une multitude informelle où chacun vivait dans la crainte, faute d'une sécurité que seule la politique introduit dans la société. Il ne saurait donc exister de société qu'organisée politiquement.

Il est d'importance majeure pour C.S., qu'un philosophe catholique de l'Etat, Donoso Cortés, persuadé des racines métaphysique de la politique et des limites de la démocratie libérale, se soit convaincu en face de la révolution de 1848 que l'époque de la monarchie était terminée, et par conséquent la raison d'être de la légitimité traditionnelle*, et qu'une seule possibilité s'offrait: la dictature. Hobbes était arrivé à la même conclusion avec une pensée décisionniste imprégnée d'un réalisme mathématique: «*autoritas, non veritas, facit legem*» (l'autorité, non la vérité, fonde les lois). (C.S., 1941, p. 90).

Les revendications de légitimité ne suffisent pas selon Donoso Cortés, la dictature est nécessaire pour remédier aux faiblesses du libéralisme qui prêche la discussion et le compromis. Cette idée est d'importance majeure pour la pensée de C.S., qui dira: «la dictature n'est pas l'opposé extrême de la démocratie, sinon de la discussion». (C.S., 1950, p. 89).

* Donoso Cortés affirme que s'il n'y a plus d'«être» représenté, il ne peut y avoir capacité de décision.

Une décisionnisme imprégné de jugements moraux est devenu nécessaire pour s'opposer à la discussion parlementaire, et ceci afin de dépasser l'actuelle façon technico-économique de penser, incapable de percevoir une idée politique. (C.S., 1941, p. 106-107). Et C.S. affirmera:

«... avant que ne se détériore les conceptions antiques et chrétiennes relatives à l'ordre du monde avec l'avènement de la nouvelle pensée scientifique naturaliste, la pensée était fortement dominée par des conceptions inhérentes à l'ordre du monde comme présupposé de la décision. De cette façon l'idée qui n'existerait pas avant une décision est limitée et devient relative en fonction de l'idée de cet ordre pré-existant; la décision même est conçue comme l'expression d'un ordre donné». (C.S., 1934 (3 types de pensée jur.) p. 25).

4. Le concept de politique

Selon C.S., le développement progressif de la neutralité dans la culture occidentale s'est étendu graduellement à tous les secteurs de la vie intellectuelle et notamment à la politique (C.S., 1941, p. 21). A son avis, on pourrait classer toutes les théories de l'Etat et les idées politiques selon l'idée qu'elles se font de la nature de l'Homme. (C.S., 1941, p. 161).

C.S. critique la neutralité des conceptions libérales. les libertés bourgeoises comme principe de participation et la division des pouvoirs comme principe d'organisation. Selon lui, le libéralisme individualiste ne peut fournir une idée spécifiquement politique (C.S., 1941, p. 175). Ce que le libéralisme laisse à l'Etat et à la politique, c'est la surveillance des conditions de la liberté et l'élimination de tout ce qui peut la perturber. On arrive ainsi à un système de concepts sans substance militaire ni politique (C.S., 1941, p. 177). L'idée de la «souveraineté de la loi» sous-estime l'idée de l'ennemi politique et favorise les compromis et les méthodes pacifiques. Pour C.S., la possibilité de différencier entre l'ami et l'ennemi est le présupposé essentiel à l'existence de l'unité politique d'une communauté. (C.S., 1928, p. 174).

C'est en s'appuyant sur la pensée absolutiste de Hobbes que C.S. critique la neutralité des conceptions libérales. Pour C.S., toute véritable théorie de l'Etat repose sur le postulat de l'«Homme fondamentalement mauvais». (C.S., 1941, p. 164). Les conflits sont inhérents à la vie sociale et possèdent par le fait même un caractère existentiel. L'état de nature signifie la guerre de tous contre tous, et seulement le sacrifice de notre liberté anarchique à l'Etat peut fonder la paix et la sécurité.

L'essence de la politique est la distinction entre ami et ennemi; l'élimination de la neutralité. (C.S., 1941, p. 111). C'est le critère ou encore le principe constitutif de la politique, l'antagonisme qui résume en soi tous les antagonismes particuliers: confessionnels, moraux, économiques, ethniques, etc. (C.S., 1941, p. 129). La particularité de la politique se trouve précisément dans le fait que tout secteur de l'activité humaine est potentiellement politique et se transforme comme tel lors d'un conflit ou d'une question décisive. L'indépendance de l'élément politique devient manifeste dans cette possibilité de concevoir de façon autonome l'opposition spécifique entre ami et ennemi et de la détacher de toutes les autres oppositions.* (C.S., 1941, p. 114).

* Note: Ce critère fait aussi explicitement partie du concept de droit. Aussi affirme-t-il dans sa préface à l'édition augmentée de La notion de politique (en français) de 1963: «L'objection qui prétend que j'accorde la primauté au concept d'ennemi est un cliché généralement répandu. Elle méconnaît que tout développement d'un concept juridique est issu par nécessité dialectique de sa négation. Dans la vie juridique comme dans la théorie, inclure la négation signifie tout sauf admettre la primauté du négatif. Un procès en tant qu'action légale n'est concevable qu'à partir du moment où un droit est nié. L'action pénale et le droit pénal ont pour point de départ non un fait, mais un méfait. Parlera-t-on pour autant d'une conception positive du méfait ou d'une primauté du crime?» (p. 50-51).

Dans la préface à la réédition de la notion du politique en français (1963), C.S. insiste longuement sur la vocation didactique de cet ouvrage. Ce qui est en question dans cet ouvrage c'est de découvrir une relation qui détermine la politique dans sa réalité existentielle, indépendamment des normes qui lui donnent un contenu de l'extérieur. Autrement dit, une définition de la politique par sa substance court le risque de confondre substance ou essence et contenu ou enjeu d'une lutte politique déterminée. L'intention de l'analyse de C.S. est de rechercher ce qu'il y a de commun à des situations de tensions ou de conflits qui naissent indifféremment d'oppositions religieuses, morales, culturelles, économiques ou autres, lorsqu'elles cessent d'être purement spécifiques pour devenir politiques au sens propre du terme.

Ce critère structurel de la vie politique soulève sans cesse de nouvelles situations, puisque le champs des relations politiques se modifie constamment selon les forces et les

puissances qui s'allient et s'opposent afin de s'affirmer.* Avec ce critère on offre une vue d'ensemble sur le champs conceptuel de la politique, on délimite les concepts qui s'informent mutuellement par leur position respective dans ce champs. (C.S., préface à la notion de politique de 1963, p. 53-54).

L'originalité de C.S. réside dans le fait qu'il refuse de définir la politique aussi bien par l'instance juridique ou institutionnelle qui est le support de la lutte que par la substance ou le contenu axiologique qui lui fournit les motifs. Son objectif est à la fois plus précis et plus modeste: déterminer le critère, c'est-à-dire le signe qui

* Dans la Théorie du partisan (1963), C.S. insistera sur la nécessité de délimiter l'ennemi dans l'espace pour éviter la revendication abstraite d'une justice abstraite. (p. 32).

Dans Le Nomos de la Terre (1950), C.S. insistera longuement sur les conséquences du refus de toute discrimination entre les ennemis qui a caractérisé le processus de sécularisation de la vie politique par exclusion de l'autorité des théologiens dans les affaires de l'Etat. Cet éloignement des théologiens trouvait sa justification dans les guerres de religions qui n'ont fait qu'accélérer ce processus grâce à la création de l'Etat en tant qu'unité politique maîtresse de son destin dans des frontières délimitées. Dès lors, le grand problème politique en Europe sera celui de l'équilibre entre les Etats. Toutefois, cette recherche d'équilibre n'était possible que parce que les Etats se réclamaient d'un même droit des gens qui d'une part reconnaissait la souveraineté de chaque unité politique, et d'autre part, par voie de conséquence, voyait dans tout ennemi, un ennemi juste. Chacun combattait pour une «cause juste», ce qui permettait la négociation d'un traité de paix avec l'ennemi puisqu'il ne s'agissait plus de l'anéantir comme un coupable mais de le respecter dans sa défaite. Cette reconnaissance de l'ennemi faisait du vaincu un partenaire dans la guerre avec les mêmes droits, sauf ceux qu'entérinait la négociation entre vainqueurs et vaincus. On menait désormais des «guerres en forme» qui déterminaient la stratégie militaire.

permet de reconnaître qu'un problème est politique ou non, donc discerner ce qui est purement politique de toute autre relation.

La méthode se fonde sur l'analyse des cas d'exceptions, quand l'instance étatique est elle-même mise en question et quand on fait abstraction des valeurs qui donnent un contenu à la lutte, de sorte que l'on considère la politique dans sa réalité purement existentielle. La relation spécifique et fondamentale qui ne se laisse déduire d'aucune autre relation et à laquelle on peut réduire toutes activités et tous motifs politiques est celle d'ami et d'ennemi. Elle est indépendante de tout jugement normatif et des spéculations intellectuelles parce qu'elle est existentielle. Le fait est, que dès qu'une situation culmine dans un conflit extrême, l'opposition entre ami et ennemi apparaît immédiatement et toutes les autres formes d'oppositions acceptent sa loi.

L'essence de l'unité politique exige la suppression des antagonismes extrêmes à l'intérieur de l'unité. (C.S., 1941, p. 117). Selon C.S., cette responsabilité revient à l'Etat en tant que principal tributaire du centre d'attraction de la vie intellectuelle à chaque époque; sa qualité et sa force lui permette d'orienter l'antithèse ami-ennemi. (C.S., 1941, p. 118).*

Lorsque la théologie dominait l'histoire, le principe «cujus regio ejus religio» avait une portée politique qu'il perdit ensuite. Toutefois, cet axiome réapparaît un peu plus tard, au moment de la formation des nations, sous le principe des nationalités («cujus regio ejus natio») et sous le règne de l'économie, quand l'action déterminante de l'Etat se fait aussi sentir et lorsqu'on affirme que dans un même Etat il ne peut exister deux systèmes économiques opposés Communisme et capitalisme s'excluent mutuellement. (C.S., 1941, p. 19-20).

* Selon notre auteur, dans l'histoire européenne des derniers siècles, l'Etat représente la forme classique de l'unité politique, en essayant de concentrer entre ses mains toutes les décisions politiques afin d'instaurer la paix à l'intérieur de ses frontières. (C.S., 1941, p. 19-20).

«L'unité politique est «totale» parce que tout conflit est potentiellement politique et peut tomber par conséquent sous une «décision» politique, et aussi parce cette unité où participe les Hommes prend racine dans un «être»... Elle est souveraine parce que par définition c'est à elle que revient la compétence pour déterminer un cas décisif, même, un cas exceptionnel». (C.S., 1941, p. 132).

«... que l'Etat soit une unité et une unité décisive, se dérive de son caractère politique». (C.S., 1941, p. 139).

La distinction ami-ennemi est un critère concret et existentiel qui implique la possibilité limite d'une guerre contre l'ennemi (C.S., 1941, p. 122), le «jus belli» comme présumé de la politique. La guerre est un milieu politique extrême qui met en lumière le fond de toute représentation politique, c'est-à-dire, la réalité de la distinction ami-ennemi. «L'unité politique présuppose la possibilité réelle d'un ennemi et, par conséquent, l'existence d'une autre unité politique». (C.S., 1941, p. 153). La guerre, en tant qu'élimination physique de l'ennemi, a une signification existentielle et il n'existe aucune fin rationnelle, selon C.S., aucune norme assez juste, aucun programme tellement exemplaire, aucun «idéal social», ni légalité ou légitimité, qui puisse justifier que les Hommes en viennent à se tuer entre eux. (C.S., 1941, p. 122-123).

Cette responsabilité de déclarer la guerre à l'ennemi public revient à l'Etat en tant qu'unité essentiellement politique, véritable responsabilité qui consiste à prendre une décision face à l'ennemi et le combattre le moment venu. (C.S., 1941, p. 141).*

«Le gouvernement porte en lui les «principes»; il agit au nom de l'Etat. C'est grâce à cette espèce d'existence spirituelle qu'il se distingue à la fois d'un simple commissaire et d'un oppresseur violent». (C.S., 1928, p. 211).

L'idée de l'Etat est reliée chez C.S. à l'idée d'une unité décisive, totale et souveraine et aux principes politico-formels (identité et représentation) sans lesquels l'Etat serait impossible. (C.S., 1928, p. 215). Le représentant de la politique est indépendant parce qu'il représente le «pouvoir» comme un tout; il représente l'unité nécessaire du souverain. (C.S., 1941, p. 132).

* «Une déclaration d'hostilité à l'intérieur de l'Etat implique, ou l'établissement de l'homogénéité et l'unité politique, ou dépendamment de la réaction de l'ennemi déclaré de l'Etat, une guerre civile, c'est-à-dire la dissolution de l'Etat comme unité pacifiée, fermée territorialement (...) comme unité politique organisée. La guerre civile décidera du devenir de cette unité». (C.S., 1941, p. 143).

Cette confiance en la permanence de l'Etat tel que conçu il y a quatre siècles par Jean Bodin* a été remise en question par C.S. lui-même (préface de 1963 à la réédition de La Notion de politique). «L'Etat, modèle de l'unité politique et investi du monopole de la décision politique, chef-d'oeuvre du rationalisme européen est détrôné». (p. 44-45). Le problème pour C.S., reste toujours cette utilisation anachronique des concepts «classiques» du pouvoir politique alors que celui-ci est miné dans sa structure même d'unité politique. (p. 45).

Ce que C.S., cherche précisément à montrer par sa critique au libéralisme et aux conceptions classiques du XIX^e siècle, c'est que le pluralisme contemporain risque continuellement de mener à une guerre civile parce qu'il tend à réveiller la relation ami/ennemi que l'Etat moderne avait réussi à surmonter à l'intérieur de ses frontières depuis Bodin et Hobbes. Ce contrôle des conflits sociaux par le biais

* Jean Bodin, auteur de Six livres sur la République (1576) est considéré comme le père du droit public européen. Son concept de souveraineté fut un apport décisif pour la supériorité des guerres civiles religieuses au XVI^e siècle.

du rationalisme est à craindre avec l'affaiblissement de l'Etat et le dépérissement des rapports d'autorité dans la démocratie de masse au XX^e siècle.*

5. Le concept de souveraineté.

«Souverain, c'est celui qui décide en cas d'exception»; ainsi débute les quatre chapitres de Théologie politique consacrés au concept de souveraineté. Cette définition, selon C.S., est la seule qui convient au concept de souveraineté en tant que concept limite.

L'union entre la politique et le juridique est le point cardinal du concept de souveraineté. (C.S., 1941, p. 50). Le cas d'exception c'est ce qui n'est pas prévu dans l'ordre juridique en vigueur et qui peut être qualifié de cas d'extrême nécessité, de danger pour l'Etat ou de toute situation analogue, mais qui ne peut être délimité rigoureusement. (C.S., 1941, p. 36). L'exception, c'est ce qui ne peut être subsumé; c'est ce qui échappe à toute détermination générale et qui dévoile en même temps dans toute sa pureté un élément spécifiquement juridique: la «décision». (C.S., 1941, p. 44).

* Le socialisme d'Etat essaie d'instaurer un Etat conforme à l'esprit économique. L'Etat interventionniste est le type d'Etat moderne qui est imprégné de l'esprit du siècle, c'est-à-dire, de l'économie. Si l'Etat, sous l'ère de l'économie, hésite à régulariser les relations dominantes de son époque, il devra se résigner à adopter une position neutre en face des problèmes et des décisions politiques et ceci signifie plus précisément à renoncer à toute prétention de souveraineté. (C.S., 1941, p. 20-21).

Dans la pensée de C.S., il existe une raison logico-juridique qui fait de l'Etat d'exception le terme idéal pour une définition juridique de la souveraineté. Si dans les situations normales la souveraineté subsiste de façon latente, elle réapparaît dans toute sa vigueur en tant qu'élément autonome de décision dans la situation d'exception, lorsque la norme est inefficace. Devant cette situation, les deux éléments qui composent le concept d'ordre juridique démontrent leur indépendance conceptuelle.

«Dans toute décision juridique concrète, il existe une marge d'indifférence face au contenu du droit, puisque la conclusion juridique ne peut se déduire entièrement de ses prémisses. Le simple fait que la décision soit nécessaire prouve qu'elle est un facteur autonome déterminant». (C.S., 1941, p. 66).

... l'intérêt juridique pour la décision comme décision naît du fait concret qui doit être concrètement jugé même si le critère utilisé est un principe juridique du plus haut degré de généralité. Cette décision implique toujours une transformation». (C.S., 1941, p. 67).

... d'un point de vue normatif, la décision surgit du néant. La force juridique de la décision est passablement différente de son fondement. La prise de décision ne dépend pas d'une norme sinon l'inverse: seulement un centre de décision peut déterminer ce qu'est une norme et en quoi consiste la régulation normative». (C.S., 1941, p. 68).

Néanmoins, ajoute-t-il, «ces deux éléments, la norme et la décision restent dans les cadres du droit». (C.S., 1941, p. 44).

«... décider si on peut ou non éliminer une situation exceptionnelle n'est pas un problème juridique». (C.S., 1941, p. 37). Le concept de souveraineté renferme en lui le problème le plus éminent de la justice politique qui consiste en la résolution du doute concernant le contenu de la loi formulée dans la constitution et actualise le problème relatif au sujet de la souveraineté pour le rétablissement de l'ordre dans l'Etat. (C.S., 1941, p. 37). Ceci exige au moins deux précisions: la nécessité de fournir une définition précise du «litige constitutionnel» véritable, et aussi la désignation concrète du titulaire compétent de ce pouvoir de décision en dernière instance.

Une définition précise du conflit constitutionnel est la prémisse nécessaire pour mener à bien une justice constitutionnelle en cas d'exception afin de pouvoir examiner avec exactitude les limites de cette justice. (C.S., 1941, p. 94).

«Les concepts de «litiges constitutionnels», de «juridiction constitutionnelle», et de «constitution» sont en réalité si intimement reliés que non seulement il est certain qu'une altération du concept de constitution peut altérer le concept de litige constitutionnel, mais aussi à l'inverse, qu'une pratique dérivée de processus constitutionnels et de la juridiction constitutionnelle peut altérer l'essence de la constitution». (C.S., 1941, p. 100).

Il est important de revenir ici sur la distinction nécessaire que C.S. conçoit entre le concept absolu réel et positif de constitution et les lois constitutionnelles relatives. Pour lui, la constitution en son sens absolu positif répond à l'idée démocratique de l'unité homogène et indivisible d'un peuple qui, en vertu de son pouvoir constituant, s'est donné une constitution au moyen d'une décision positive, c'est-à-dire au moyen d'un acte unilatéral. (C.S., 1931, p. 113). Cette décision positive incluse dans la constitution est celle qui permet d'établir des distinctions (ami/ennemi) et qui justifie la possibilité d'une volonté suprême capable de s'imposer au-dessus des contradictions. Le concept absolu positif de droit qu'adopte C.S. conduit à un type de relation similaire (unilatéral) entre ordre juridique et ordre politique dans le domaine public.

«Toute instance qui élimine le doute et qui résout réellement le contenu douteux d'une loi, réalise de façon effective une mission de législateur. S'il élimine le contenu douteux d'une loi constitutionnelle, il procède alors comme législateur constitutionnel.

L'ultime raison théorico-juridique de cette alternative qui revient sans cesse se dérive de ce qui suit: dans toute décision, même celle d'un tribunal qui par un procès réalise une subsomption concrète, il existe un élément de pure décision qui ne peut se dériver du contenu de la norme. J'ai proposé pour cet élément autonome la dénomination de «décisionnisme». (C.S., 1931, p. 90).

«... l'élément décisionniste n'est pas seulement une partie de la décision qui vient s'ajouter à l'élément normatif qui rend ainsi possible, en terme général, une «res judicata»; on peut plutôt dire que la décision est, en tant que telle, sens et objet de la sentence, et que sa valeur ne lui vient pas d'une argumentation prolongée, sinon de l'élimination autoritaire du doute qui, précisément se détache des principales argumentations possibles qui se contredisent entre elles». (C.S., 1931, p. 90-91).

Dans La défense de la constitution, C.S. apporte des précisions sur ce qu'il entend par «constitution» et «litige constitutionnel» en rapport avec la situation constitutionnelle dans une époque de transition vers un Etat économique. Son analyse inclut l'idée d'une situation exceptionnelle spécifiquement économique et financière propre à cette époque. (C.S., 1931, p. 193).

C.S. affirme que le sens de toute constitution rationnelle est de fournir un système d'organisation qui permet la formation d'une volonté politique et instituer un gouvernement capable de gouverner. (C.S., 1931, p. 188). La capacité gouvernementale à l'époque où écrit C.S. englobe nécessairement la sphère de l'économie.

L'article 48 de la constitution de Weimar concernant les pouvoirs d'exception est un droit de promulguer des décrets en cas de nécessité. Sous l'aspect qui nous intéresse, ceci signifie que pour C.S. les pré-requis des attributions extraordinaires (état d'exception, sécurité et ordre public)

peuvent se fonder sur une situation de nécessités économiques et financières ou sur un danger dérivant de ceux-ci; le caractère initialement économique et financier de la situation dont il s'agit n'exclut absolument pas l'application d'attributions extraordinaires. (C.S., 1931, p. 193-194).*

Pour déterminer les compétences au moment de l'attribution de ces facultés extraordinaires au sein de l'Etat, il faut s'en remettre aux définitions politiquement concrètes (et non juridiquement abstraites) qui inspirent C.S.: «... décider si on peut ou non éliminer une situation d'exception n'est pas un problème juridique». (C.S., 1941, p. 37). Le souverain est celui qui décide avec un caractère définitif si en effet la situation est normale. (C.S., 1941, p. 45).

C.S. postule l'indépendance de l'élément politique et le caractère personnel de sa représentation puisque l'essence de la politique est la résolution des conflits existentiels inhérents à la coexistence de groupes concrets d'Hommes en lutte perpétuelle pour leurs propres intérêts. Il affirme que l'unité de l'Etat est la valeur suprême à protéger parce qu'elle représente une catégorie de droit supérieur et plus juste que la validité des normes.

* Il faut faire remarquer ici que C.S. est considéré comme le premier théoricien de l'Etat d'exception économique et financier.

C.S. s'inspire encore une fois de Hobbes, pour qui le droit, les normes, et les lois, proviennent du souverain qui n'est pas un monarque légitime ou une instance compétente, mais celui qui décide souverainement. Pour Hobbes, la décision est un principe absolu qui n'émerge pas d'un univers normatif, mais plutôt d'un désordre concret. L'état naturel est un état de guerre, une lutte sans règle de tous contre tous. La transition de cet état anarchique individuel d'insécurité à la tranquillité et à l'ordre ne peut se faire que par le biais d'une volonté souveraine dont les ordres sont des lois. Le souverain qui décide n'est pas compétent grâce à un ordre préexistant, sinon que sa décision en tant que génératrice de l'ordre, est celle qui le transforme en souverain.

La tâche explicite de l'Etat, et par le fait même du souverain, est de créer la paix, et un ordre de paix dans la pensée de Thomas Hobbes est un ordre juridique. La justice signifie la paix et ceci signifie avant tout, la recherche de l'ordre qui est produit par la loi du souverain qui n'a besoin d'aucun droit pour créer le droit (volonté souveraine).

La pensée politique de C.S. est largement imprégnée de celle de Hobbes. Il s'y appuie de nouveau pour défendre le caractère nécessairement personnel de la représentation politique qui souligne la présence d'une volonté humaine à l'origine de tout ordre politique et juridique.

«Mieux que quiconque, Hobbes a tiré les conséquences de cette pensée politique, (décisionniste) soulignant que la souveraineté du droit ne signifie pas autre chose que la souveraineté des Hommes qui établissent et utilisent ces normes juridiques. La «souveraineté d'un ordre supérieur» n'a aucun autre sens que le sens politique d'une détermination par des Hommes sur la base de cet «ordre supérieur» sur des Hommes d'un «ordre inférieur». La pensée politique est ici irréfutable quant à l'indépendance et à l'«homogénéité» de sa sphère, puisque ce sont toujours des groupes concrets d'Hommes qui commandent d'autres groupes concrets d'Hommes au nom du «droit», de l'«humanité», de l'«ordre» ou de la «paix». (C.S., 1941, p. 171-172).

C'est en l'absence de sujet dans un système fermé de nature purement normative qui s'identifie avec le pouvoir même, que C.S. réagit face à la nécessité de rechercher un sujet absolu et indivisible comme moteur de l'unité politique.

Lorsqu'on se pose la question relative au sujet de la souveraineté, on se pose le problème de l'application du concept à un fait concret. Qui assume cette compétence dans un cas pour lequel il n'y a aucune compétence prévue? (C.S., 1941, p. 41). L'article 48 de la constitution allemande de 1919 confère au Président du Reich la faculté de déclarer l'Etat d'exception sous le contrôle du Reichstag qui peut demander son annulation lorsqu'il le juge adéquat. Cette réglementation répond à la pratique de l'Etat de droit et à son mode de fonctionnement selon la division des pouvoirs et du contrôle réciproque des compétences qui évite aussi longtemps que possible le problème de la souveraineté selon C.S. A cette tendance répondent les règles qui fixent les présupposés de l'exercice des facultés exceptionnelles — mais non le contenu de l'article 48 qui accorde réellement les pleins pouvoirs — puisque ce pouvoir ne doit pas apparaître comme un exercice sans aucun contrôle qui équivaldrait à remettre la souveraineté entre les mains du Président de la République. (C.S., 1941, p. 42-43).

* «Suite à l'écroulement de la légitimité dynastique de la monarchie constitutionnelle, les forces armées allemandes (qui après le désarmement et la démilitarisation du peuple allemand ne constituent plus une armée au sens traditionnel) et la bureaucratie du Reich (spécialement la bureaucratie financière récemment créée) ont trouvé la nouvelle base de la légitimité plébiscitaire en la personne du Président du Reich, élu directement par le peuple». (C.S., 1932, p. 20-21).

Selon C.S., cette réglementation et ce contrôle réciproque au moyen de limitations dans le temps ou au moyen d'une énumération des facultés extraordinaires ne fait que reléguer au second plan le problème de la souveraineté, sans pourtant l'éliminer. (C.S., 1941, p. 43). A son avis, ceci fait partie de la tendance de l'Etat de droit à régler à fond l'Etat d'exception, ce qui signifie en réalité une tentative de circonscrire avec précision les cas où le droit se suspend lui-même. «D'où le droit tire-t-il cette vertu et comment est-il logiquement possible qu'une norme soit valide sauf dans un cas concret qu'elle ne peut en fait prévoir?». (C.S., 1941, p. 46).

Selon C.S., il faut que cette faculté soit illimitée en principe puisqu'elle requiert la suspension de l'ordre juridique en vigueur. Dans ces circonstances, il est évident que l'Etat subsiste et que le droit passe à un second plan. (C.S., 1941, p. 43). L'existence de l'Etat est supérieure à la validité de la norme juridique. La «décision» se libère de toute limitation normative et devient au sens propre «absolue». Devant un cas exceptionnel, l'Etat suspend le droit en vertu du droit à l'auto-conservation. (C.S., 1941, p. 43-44).

Ce sujet est un pouvoir constituant unique au sein de chaque unité politique dont la décision souveraine sur la forme concrète de l'unité politique est la substance de la constitution dans son sens absolu, réel et positif. C'est une

décision existentielle et totalitaire.

Dans les conditions actuelles, une démocratie parlementaire et plébiscitaire doit s'orienter en premier lieu vers la constitution d'un gouvernement efficace. Au centre de la partie plébiscitaire de la constitution (de Weimar) se trouve la figure du Président du Reich, qui, au milieu des tendances neutralisantes qui ont donné lieu à des formations autonomes, se situe à un point d'importance stratégique de l'édifice socio-économique. C.S. considère d'importance majeure la position (technique) du Président du Reich comme point de contact entre le Reich allemand et les divers pouvoirs économiques. (C.S., 1931, p. 188-189). Il représente en quelque sorte pour lui un «pouvoir neutre», indépendant des intérêts de partis, et son rôle est de représenter la nation comme un tout, et défendre la constitution.

Selon C.S., si l'actuelle situation constitutionnelle (en Allemagne, 1931) en est arrivée à développer l'Etat d'exception économique et financier avec un droit à promulger des décrets qui ont la force de lois, ceci n'est pas une chose arbitraire ni accidentelle, ni non plus une «dictature» dans le sens vulgaire et partisan du mot, sinon l'expression d'une

profonde et intime relation légale. (C.S., 1931, p. 187 à 211)*.

Comme l'avait déjà mentionné C.S. dans sa classification des types d'Etat,** le cas exceptionnel démontre clairement où se situe le véritable centre de décision d'un Etat. Le droit à promulguer des décrets avec force de loi dans le secteur économique et financier (article 48 de la constitution de Weimar) est en accord, selon C.S., avec l'ordre existant puisqu'il s'agit d'essayer de sauver l'Etat législatif constitutionnel dont l'organe principal (législatif) est miné par ce pluralisme anti-constitutionnel. (C.S., 1931, p. 210).

* Dans sa monographie sur la dictature, C.S. reprend ce concept et le nuance de la façon suivante: «La dictature peut désigner une exception aux principes démocratiques aussi bien qu'aux principes libéraux sans que ces deux exceptions soient nécessairement unies... Pour cette raison, on appelle 'Etat de siège', dictature, étant donnée la suspension des préceptes positifs de la constitution, malgré que d'un point de vue révolutionnaire tout l'ordre présent soit qualifié de dictature. Ceci signifie que le concept peut être transposé du juridico-politique ou simplement politique». (C.S., 1921, p. 24-25).

** Juridictionnel, législatif, administratif et gouvernemental. Voir note au bas de page 31.

Pour C.S., la constitution est intangible alors que les lois constitutionnelles peuvent être suspendues et violées par les mesures de l'Etat d'exception. Selon l'article 48/paragraphe 2 de la constitution de Weimar*, le Président du Reich possède la faculté d'adopter de telles mesures, c'est-à-dire qu'il peut suspendre temporairement les droits fondamentaux établis dans les articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153 de la constitution allemande. Tout ceci n'affecta pas la décision politique fondamentale, ni la substance de la constitution, mais vise plutôt au maintien de sa substance. (C.S., 1928, p. 50).

«La constitution au sens propre, c'est-à-dire, les décisions politiques fondamentales sur le mode et la forme de l'existence politique d'un peuple, ne peut(..)perdre temporairement sa vigueur, mais on peut — dans l'intérêt même de la continuité de ces décisions politiques — suspendre les normes générales contenues dans les lois constitutionnelles qui avaient été émises au départ pour exécuter ces décisions». (C.S., 1928, p. 124).

Le fait est que cette mission ne peut être réalisée constitutionnellement et légalement que par le Président du Reich, ce qui nous permet de le considérer techniquement comme protecteur de tout l'ordre constitutionnel. (C.S., 1931, p. 210-211).

* Voir annexe chapitre 3.

Afin de démontrer la dysfonction de la conception rationnelle des décisions politiques qui se font «à partir des lois», C.S. affirme qu'il existe une autonomie de la pratique juridique face à la théorie. Il prend comme élément de départ que la valeur juridique de la décision pure est indépendante de son contenu de justice, et il conçoit la dictature comme un cas de souveraineté qui démontre que la substance du pouvoir politique transcende tout ordre juridique.

«Dans un cas d'exception, l'Etat suspend le droit en vertu du droit à l'auto-conservation (unité de l'Etat). Les deux éléments qui intègrent l'«ordre juridique» s'affrontent et démontrent ainsi leur indépendance conceptuelle». (C.S., 1941, p. 44).
Décider si on peut éliminer ou non le cas d'exception n'est pas un problème juridique». (C.S., 1941, p. 37).

6. La légitimité démocratique

La légalité est une «formule d'obéissance et de discipline dont le but ou objectif est la possibilité d'obliger à l'obéissance» (C.S., 1979, p. 6); la légitimité, une «formule d'identité et d'auto-représentation morale, idéologique et philosophique d'un ordre étatique». (C.S., 1979, p. 7).

La notion de «crise de légitimité» signifie un affrontement idéologique lorsqu'il n'existe pas un consensus social sur les règles du jeu politique. La résolution de cette crise exige de nouveaux mécanismes créateurs de consensus

(modification de l'idéologie), tout comme de nouvelles formes politiques d'exercice du pouvoir. En définitive, ces modifications cherchent à établir de nouvelles relations entre Etat et société pour la reproduction sociale du capital.

A partir de 1848, la théorie juridique de l'Etat devient positive et se fonde entièrement sur le «pouvoir constituant» du peuple. En d'autres termes, la légitimité monarchique est remplacée par la légitimité démocratique. (C.S., 1928, p.95 à 103).

Face au développement des «tendances vers l'Etat total et administratif» et de la politisation de toutes les couches sociales, la légitimité plébiscitaire est le seul système de justification qui puisse être reconnu comme légitimité démocratique parce qu'il émane de la situation historique même. (C.S., 1932, p. 146). Cette légitimité plébiscitaire véhicule l'idée d'une identité entre gouvernants et gouvernés.

«Au moment où la situation interne de l'Etat était normale et pacifique, et que les instances qui participaient à la législation apparaissaient comme inébranlables ainsi que leur coopération mutuelle, les difficultés techniques ne représentaient aucun conflit important. C'est lorsque s'élimine le dualisme entre Etat et société (politique et économie) qui affecte aussi la structure dualiste de la monarchie constitutionnelle, que la volonté de l'Etat et la volonté populaire en viennent à s'identifier selon une logique complètement démocratique. En accord avec cette même logique, il semble naturel que l'on qualifie de «loi» toutes manifestations de la volonté populaire en raison de la connexion entre le droit et la justice». (C.S., 1932, p. 36-37).

La légitimité démocratique chez C.S. s'appuie sur l'idée que l'Etat est l'unité politique d'un «peuple». Le sujet de cette définition de l'Etat c'est le peuple. Le mode et la forme de cette existence étatique sont déterminés selon les principes de la légitimité démocratique, c'est-à-dire, par la libre volonté d'un peuple. La volonté de ce «pouvoir constituant» n'est liée à aucune espèce de procédure formelle selon C.S. (C.S., 1928, p. 107).

La manifestation plébiscitaire de la volonté du peuple, en tant que nouvelle représentation contre le parlement, ne s'exprime pas sous la forme d'une norme, mais plutôt comme «décision populaire» prise par une volonté. Il est dans sa nature de se manifester de façon intermittente et à des moments déterminés. Le peuple peut uniquement dire «oui» ou «non»; il ne peut être conseillé, ni délibérer, ni discuter, non plus gouverner ni administrer. Le peuple ne peut élaborer des normes, sinon uniquement sanctionner par un oui la norme qu'on lui propose. Impossible pour lui de formuler des questions. Il doit se limiter à approuver ou à désapprouver la question qu'on lui soumet. (C.S., 1932, p. 144-145).

La représentation est donc indispensable. L'unité représentée par le peuple n'a pas un caractère décisionniste, mais il est nécessaire qu'elle entretienne avec ses représentant un lien organique, c'est-à-dire qu'elle soit une unité organique.

Avec l'idée de la démocratie nationale se développe dans la pensée de C.S. la notion d'Etat comme un tout organique et d'une démocratie plébiscitaire. (C.S., 1942, p. 88).

La légitimité d'une constitution selon C.S., se réfère donc à ce problème du pouvoir constituant et non pas à la coïncidence avec les règles prescrites par les lois constitutionnelles.

«Une constitution est légitime, c'est-à-dire, reconnue non seulement comme une situation de fait mais aussi comme ordre juridique, lorsque la force et l'autorité du pouvoir constituant sur lesquelles repose cette décision est reconnue. La décision politique adoptée sur le mode et la forme de l'existence étatique qui représente la substance de la constitution, est valable parce que l'unité politique sous-jacente à cette constitution existe réellement, et que le sujet du pouvoir constituant peut fixer le mode et la forme de cette existence. Cette décision politique n'a pas besoin d'être justifiée par une norme éthique ou juridique; elle prend son sens dans l'existence politique. Une norme n'est pas en mesure de pouvoir fonder quoique ce soit ici. Le mode spécifique d'existence politique n'a pas besoin et ni ne peut être légitimé». (C.S., 1928, p. 104).

«... on peut seulement parler de la légitimité d'une constitution pour des raisons historiques et toujours en faisant la distinction entre «légitimité traditionnelle et démocratique». En réalité, il s'agit de la question de la forme de l'existence d'une unité politique». (C.S., 1928, p. 104).

Dans la lutte entre la monarchie et la bourgeoisie au XIX^e siècle, on a eu recours à des concepts rationnels et des concepts de droit privé pour construire les concepts d'identité et de représentation. Au XX^e siècle, avec les transformations de ces deux principes politico-formels, se transforme également le concept de légitimité démocratique.*

Dans les circonstances politico-économiques de l'Entre-deux-guerres, C.S. rejette l'équivalence entre légalité et légitimité (légitimité légale). Les nouvelles techniques juridico-politiques de l'Etat administratif qui caractérisent cette période doivent chercher un autre type de justification pour les actions de l'Etat. Pour C.S. il est important que toute pensée démocratique soit référée à l'idée d'immanence, parce que tout ce qui en sort nie l'identité. (C.S., 1928, p. 233). L'identité démocratique implique que tout acte de pouvoir et de gouvernement à l'intérieur doit rester à l'intérieur de l'homogénéité substantielle.

* La représentation est l'actualisation permanente de la légitimité d'un «être» ou encore la reproduction d'un principe d'identité. L'union représentation-Etat reste énigmatique chez C.S.; cette union dépend d'un concept occulte d'«être» qui doit se transposer à son concept de politique et d'Etat administratif.

Sous l'angle de l'histoire des idées dans la théorie de l'Etat, le XIX^e siècle est marqué principalement par deux choses: l'élimination de toutes les notions théistes et transcendentales, et la formation d'un nouveau concept de légitimité. Le concept traditionnel de légitimité perd toute évidence. A partir de 1848, la théorie juridique de l'Etat devient positive et recourt à différentes formules pour légitimer le pouvoir politique par le «pouvoir constituant» du peuple. La légitimité monarchique est alors définitivement remplacée par la légitimité démocratique. (C.S., 1941, p. 90-91)*

C.S. rejette l'équation de la démocratie libérale qui pose une équivalence entre légalité et légitimité. La légalité a perdu sa légitimité sociale et politique*; de nos jours, les différents systèmes de justification de l'appareil administratif de l'Etat surgissent de l'économie. La légitimité est fondée sur les nécessités fonctionnelles de l'Etat moderne, administratif et gouvernemental.

* Rappelons le diagnostic de C.S. sur son époque:

«De nos jours (1932), la fiction normativiste d'un système de légalité s'oppose de façon claire et sans équivoque à la légitimité d'une volonté réellement existente et inspirée par le droit».
(C.S., 1932, p. 9).

«L'Etat administratif peut faire appel à la nécessité objective, à la situation réelle, à la force coercitive des relations, aux nécessités de l'époque et à d'autres justifications qui ne sont pas basées sur les normes, sinon sur des situations de fait. Par conséquent, l'Etat administratif trouve son principe existentiel dans l'adaptation immédiate et concrète de ses mesures, de ses dispositions, et de ses ordres aux nécessités réelles, alors que l'Etat législatif recherche sa justification dans l'élaboration de normes. L'Etat gouvernemental tout comme l'Etat administratif attribue une qualité spéciale au mandat concret qu'on exécute et obéit sans plus (...) reconnaissant une valeur juridique positive au décisionnisme du mandat immédiatement exécutif». (C.S., 1932, p. 13).

Dans la pensée de C.S., l'antithèse entre légalité et légitimité est l'expression de l'écroulement d'un système de légalité qui a abouti à un formalisme et un fonctionnalisme sans objet qui ne garde aucune relation avec la réalité, qui se maintient axiologiquement neutre. (C.S., 1932, p. 15).

C.S. démontre que la rupture de l'homogénéité nationale rend impossible le libéralisme bourgeois. Recherchant les points faibles de la construction de l'Etat de droit, il les dénonce pour mettre en évidence l'instant décisif où l'Etat constitutionnel trahit ses propres principes pour retomber dans des solutions inhérentes à l'Etat national qui est marqué à l'origine par les caractéristiques du pouvoir monarchique. A l'heure de la crise, l'Etat national retourne par nature vers la solution politique à laquelle il se doit: la monarchie.

C.S. affirme que la légitimité n'est pas une chose rationnelle (légitimité de la raison); la politique se légitime de façon charismatique ou traditionnelle; la monarchie absolue, elle, a renoncé à toute légitimité. La monarchie renonce à tout critère de justification idéologique. (C.S., 1928, p. 211).

Dans cette période de sa réflexion, C.S., nie tout discours rationnel sur les valeurs, et défend plutôt la raison des fins.* D'autre part, l'«unité substantielle» du peuple représente, selon lui, une sorte d'homogénéité mystique qui servira à la mobilisation contre le prolétariat sous le totalitarisme.

Ce décisionnisme politique qui est essentiellement légitimité, nous le retrouvons également dans la pensée contre-révolutionnaire de Donoso Cortés.

«Les philosophes contre-révolutionnaires doivent leur signification actuelle à leur résolution pour prendre une décision. Ils exaltent tellement le principe de la décision qu'en fin de compte s'élimine l'idée de légitimité qui était son point de départ. Lorsque Donoso s'est rendu compte que la monarchie touchait à sa fin — parce qu'il n'y avait plus de roi, ni personne capable de le remplacer sans compter sur la volonté du peuple — il tira la conséquence ultime de son décisionnisme et réclama la dictature politique...».
(C.S., 1941, p. 107).

* Rappelons que dans sa pensée de l'ordre concret, cette raison des fins identifiées à l'ordre institutionnel et économique développe un décisionnisme limité par les nécessités de l'ordre socio-économique. Il ne s'agit plus d'un décisionnisme pur ayant une connotation plutôt arbitraire, mais d'un décisionnisme ~~intimement~~ lié à l'ordre concret.

Conclusion

Cette thèse qui a consisté en une présentation de l'interprétation et de la réponse de C.S. à la crise du libéralisme et de l'Etat national reste sans aucun doute une approche particulière aux problèmes que se rapportent à la généalogie des mouvements totalitaires dans l'Entre-deux-guerres. Il s'agit d'un ensemble d'idées théoriques qui sont reliées à un contexte socio-politique concret — la crise de la République de Weimar —, et à la vision que cet auteur a eu sur ces événements en tant que juriste et conseiller d'Etat à un certain moment.

Si nous relisons l'oeuvre de C.S. en 1985, il faut pourtant le sortir du passé, et lui rechercher une valeur qui soit autre qu'une relation conjoncturelle et personnalisée avec le problème du totalitarisme en Allemagne. L'émergence des mouvements totalitaires a été un phénomène à l'échelle européenne, et par conséquent, un phénomène suffisamment généralisé pour croire à l'existence d'un certain nombre de coordonnées structurelles qui sont autonomes en face des appréciations théoriques particulières. Nous considérons plus fructueux à l'heure actuelle une lecture de l'oeuvre de C.S. qui vise à en soutirer la problématique théorique de la crise sociale de l'Etat libéral, lecture qui transcenderait les aspects idéologiques de ses idées qui ont pu fournir des éléments de justification à la pratique politique arbitraire du national-socialisme allemand. En ce sens, C.S.

reste un auteur paradigmatique pour comprendre l'époque d'Entre-deux-guerres étant donné son importante contribution à l'intérieur de sa spécialité — le droit constitutionnel — à l'analyse des principales transformations dans les structures de l'Etat libéral de droit et de son idéologie de légitimation, l'idéologie libérale démocratique. (Chapitre 2).

Le concept d'Etat «total» ou administratif (Chapitre 3) rassemble les principales caractéristiques des transformations des structures de l'Etat au XX^e siècle. La société de masse et l'Etat interventionniste sont des notions qui impliquent la destruction du sujet individuel rationnel, et son absorption par un nouveau sujet social qui prend plutôt la forme d'un «processus» permanent administré à partir du nouveau sujet historique: le Capital et la Technique (section 5.1). C.S. reprend cette problématique de Marx et de Max Weber, l'approfondit sous l'angle de la philosophie politique et l'intègre dans sa théorie constitutionnelle, c'est-à-dire sur une base juridique. (Chapitre 3-4-5).

Deux choses importantes découlent de ces derniers aspects de la réflexion de C.S. concernant notre thèse: l'une est la perte relative de signification du lien conjoncturel (réel) qui existe entre la pensée juridico-politique de C.S. et les pratiques politiques du national-socialisme au pouvoir, et l'autre est le déplacement de notre centre d'intérêt vers les

problèmes qui sont sous-jacents aux buts et méthodes qui ont inspirés les mouvements totalitaires comme problème théorique fondamental de la science contemporaine. Nous reviendrons sur ce dernier point.

En ce qui se réfère à l'appui concret de C.S. au gouvernement de Hitler au début de 1934 («L'Etat, le mouvement et le peuple») nous suggérons de s'en reporter à l'appendice de cette thèse où sont exposés les principaux faits qui ont motivée une telle prise de position et la révision essentielle qu'il apporta à son décisionnisme pur à la fin de cette même année. («Trois types de pensée juridique»).

D'autre part, il est important de garder à l'esprit que cette relation entre C.S. et la national-socialisme n'était pas non plus unilatérale, et que sa récupération par les «idéologues» du mouvement ne fut pas sans opportunisme. Dans l'ordre de ses préoccupations sur le relativisme des valeurs (section 5.1) et des dangers que présente une conception instrumentale de la légalité — c'est-à-dire dans le rapport légalité et légitimité — C.S. fait appel à des notions qui tendent à ramener toute la pensée démocratique à des idées d'immanences. Ceci signifie chez cet auteur que toutes conceptions de la démocratie se rapportent à des décisions concrètes concernant le choix d'une forme socio-politique concrète (monarchie, aristocratie ou démocratie) et d'un ordre socio-économique concret (capitaliste ou communiste) dont

l'autorité suprême se situe dans une volonté humaine capable de défendre cet ordre pour la sauvegarde de l'unité de l'Etat. Pour C.S., la logique instrumentale qui préside à la conception formaliste du droit et de l'Etat (Hans Kelsen) est une option suicidaire en période de crise, puisqu'elle ne privilégie aucune option politique particulière et pour autant, ne peut contribuer à la restauration de la «normalité». Le rétablissement de la «normalité» est, dans la pensée de C.S., un pré-requis nécessaire à la validité de tout ordre juridique établi (pouvoir constitué) et ceci exige un acte de volonté, c'est-à-dire d'autorité humaine, surtout en période de crise.

Le décisionnisme arbitraire d'Adolf Hitler qui accordait la prépondérance à l'autorité du chef charismatique comme volonté humaine autonome, et son mythe d'unité du peuple arien, ont sans aucun doute trouvé de sérieux points d'appui pour leur justification (légitimité) dans les concepts d'«homogénéité nationale» et d'«être supérieur» qui reposaient, dans la pensée de C.S. antérieure à 1930, sur des réflexions d'ordre philosophique et idéal (Romantisme politique, T. Hobbes...) plutôt que sur une option, politique concrète qu'il favorisait. C.S. recherchait les bases d'un sujet social et politique unitaire sous la dominance du Capital et de la technique au XX^e siècle, et cette démarche a suivi une trajectoire qui s'est modifiée suite à l'expérience des premiers mois d'exercice du pouvoir par Hitler (1934), quoique certains de ces éléments sont déjà repérables dans les oeuvres de 1931 et 1932.

Dans La défense de la constitution (1931) et Légalité et légitimité (1932), C.S. favorise la position «démocratique et plébiscitaire» (termes qu'il identifie d'ailleurs) du Président du Reich comme défenseur de la constitution* contre les mouvements politiques anti-constitutionnels qui visent à l'abolition de l'ordre établi. Gardant toujours présente l'idée qu'une constitution (au sens absolu et positif tel que l'entend C.S.) ne devrait jamais laisser place à des moyens légaux pour sa propre destruction, C.S. insiste sur les facultés qui devraient en fait être des prérogatives de la position stratégique du Président du Reich (élu plébiscitairement) pour la préservation de l'ordre et de la sécurité dans l'Etat. Celles-ci consistent en la possibilité d'adopter des «mesures nécessaires» de suspension provisoire de sections individuelles de la constitution qui sont énumérés dans l'article 48 (annexe Chapitre 3) Toutefois, le premier objectif de C.S. reste toujours la préservation de l'ordre existant, et non l'élévation du Président du Reich au rang de dictateur souverain. L'activité du Président reste toujours limitée par la constitution, et toutes ses mesures doivent être approuvées par le Reichstag et être, par surcroît, temporaires. La constitution doit être rétablie aussitôt la crise résolue.

* Cette option était entourée d'une importante polémique avec Hans Kelsen qui avait procédé à la création d'un Tribunal constitutionnel comme défenseur suprême de la constitution.

Aussi discutable que puissent paraître certaines de ces idées, il faut les évaluer dans le contexte politique de la profonde crise du parlementarisme allemand et des dangers que posait la pluralité des concepts de légalité pour le renversement des rapports économiques capitalistes en Allemagne à cette époque. (Chapitre 1 et section 3.4).

Le rapport droit et pouvoir politique (souveraineté) est une question-clé dont C.S. soulève l'importance de sa révision sur la base des changements idéologiques de cette époque. Cette problématique juridico-politique ainsi que les considérations autour des conditions de validité du concept de loi sont intimement reliées à des faits concrets comme celui de l'émergence d'un pouvoir arbitraire qui prétend être libre des déterminations du droit (positif). Quoiqu'étant peut-être trop souvent éloignée de la terminologie proprement sociologique, cette thèse entend néanmoins faire l'objet de préoccupations théoriques qui ont une portée bien réelle sur la pratique socio-politique. En ce sens, nous devons souligner l'élargissement théorique prévu pour cette thèse, qui consistera dans le rétablissement explicite des liens théoriques entre C.S. et Max Weber et de la valeur explicative de ces schémas pour comprendre le régime franquiste en Espagne.

En dernier lieu, nous soumettons au lecteur de cette thèse certains éléments concernant l'importante question du rapport religion-politique-droit chez C.S., qui représente en fait l'axe principal pour expliquer les éléments qui composent le schéma d'opposition entre le positivisme formaliste d'Hans Kelsen* et le positivisme existentialiste de C.S. (Chapitre 4).

Dans le contexte d'une nouvelle rationalité des fins, c'est-à-dire, fins d'un sujet social totalisé sous la dominance du Capital et de la technique, la relation religion-politique-droit fait ressortir l'importance de l'avènement d'une «morale provisoire permanente» qui serait selon nous un élément-clé pour comprendre les affinités entre C.S. et Max Weber et son option en faveur d'un normativisme existentialiste. Le «postulat désespéré» du relativisme des valeurs qui caractérise la société contemporaine se retrouve sous divers aspects chez ces deux auteurs et il s'agira maintenant d'en approfondir la portée réelle. Pour cette raison, nous

* Nous soulignons ici une très intéressante étude publiée en français sur l'évolution de l'école néo-kantienne... dont faisait partie Hans Kelsen dans le domaine juridique.

H. Dussort, L'Ecole de Marbourg, PUF, Paris, 1963.

revenons maintenant, à l'aide de quelques dernières remarques, sur ces problèmes sous-jacents aux buts et méthodes du totalitarisme qui représentent en fait pour nous la nouvelle orientation de recherche, et qui est posé comme problème théorique fondamental de la science contemporaine.

L'ensemble des écrits de C.S. est traversé par la constante d'une problématique qui prend diverses formes: celle des rapports entre deux types de rationalité ou de «scientificité» (Théologie politique, Chapitre 2) au point où on serait tenté de croire que cette constante structurelle de la politique qu'il définit par le couple ami-ennemi pourrait aussi être appliquée au savoir. Que ce soit à l'occasion de son analyse du problème de la souveraineté en tant que problème de la forme juridique et de la décision, ou des représentations théologiques dans la théorie de l'Etat, ou encore de son opposition au normativisme formaliste d'Hans Kelsen, il s'agit pour C.S. de prendre position pour un type de savoir, ou mieux encore, pour une forme de rigueur intellectuelle qui s'applique aux sciences positives et à ce qui en découle.

Dans ce débat sur la rationalité, plus que le rapport théologie-politique-droit, c'est la triade théologie-politique-science qui importe. Ce qui est «décisif» dans la perspective de cette opposition, c'est que l'Eglise et l'Etat en tant que pouvoir spirituel et temporel se trouvent, côte-à-côte, devant

l'a-spiritualité et de l'a-politicité de la rationalité des sciences positives, des techniques et de l'économie. L'objet de la théologie et l'objet du politique sont ensemble, du côté de la rationalité inhérente à l'Idée et, comme telle, détenant l'autorité (potestas et autoritas): ce qui est important ici, c'est que la transcendance de la décision ne se laisse pas réduire ni absorber par l'immanence des besoins privés.

Si nous lisons par exemple qu'«il y a peut-être deux types de scientificité juridique» (Théologie politique, Chapitre 3), il ne doit pas nous échapper que cette distinction limitée n'est qu'une spécification de la distinction plus générale où elle trouve sa raison. De même pour la distinction entre christianisme et gnose. Le conflit entre deux types de scientificité n'est que l'exaspération dans les temps modernes, et l'expression propre à ceux-ci, du conflit entre deux types de rationalité dont l'une est salvatrice en dernier ressort, tandis que l'autre est suicidaire à la limite. Toutes les difficultés propre à la pensée du politique tiennent à ce que celle-ci est conduite par C.S. dans un étroit labyrinthe qui sépare la nécessité du salut — quasiment confondue avec la nécessité de la décision — et la réalité incontournable du processus suicidaire qu'il s'agit d'épouser pour s'y opposer. (concept de souveraineté).

Ce conflit entre l'avatar du monde et l'inconditionnalité de la décision qui le régit (Théologie politique, Chapitre 3) est poussé si loin dans son intensité qu'il retentit de façon «décisive» sur la conception des rapports entre pouvoir spirituel et pouvoir temporel, et donc entre théologie et politique. Toute la dynamique de la recherche qui vise à formuler ces rapports dans la rigueur simultanée de la sauvegarde d'une raison du salut, et de la responsabilité et conviction de devoir assumer le conflit politique, débouche sur un rapprochement maximum, et même à un certain moment sur une confusion pratique (décision humaine et décision divine) des deux problématiques théologique et politique. «Deux représentations qui s'opposent comme partenaires: le catholicisme romain et la forme politique» disait-il déjà en 1925.

L'opposition des deux types de rationalité correspond au couple de deux dynamiques: celle de la civilisation, considérée dans son avatar technico-économique, et donc dans son processus de «déthéologisation» ; et celle d'une volonté de réponse au défi représenté par cet avatar, et donc d'une recherche en direction d'une nouvelle théologie politique. Ainsi présentée, la situation pourrait paraître simple: une dualité majeure entre théologie et politique d'une part, et d'autre part l'avatar technico-économique se dupant lui-même sur sa finalité propre à travers un conflit idéologique à la fois réel physiquement et illusoire spirituellement. Mais le processus de «déthéologisation» qui se confond en un sens avec

l'avatar technico-économique et avec le processus de «dé-politisation», joue en même temps le rôle inverse de provoquer une politisation maximale et de contraindre le politique à passer par-dessus son concept traditionnel (La notion de politique). Ainsi la «déthéologisation», contre laquelle il s'agit de lutter, devient la médiation positive permettant somme toute au politique d'être d'avantage conforme à soi-même, c'est-à-dire plus conforme à la décision divine qui ne cesse de représenter le modèle qui, à jamais, est impossible à l'Homme. «Tous les concepts juridiques fondamentaux sont des concepts théologiques sécularisés...» (Théologie politique, p. 72).

Tout se passe à ce point comme si nous étions en présence de deux conflits différents et intimement liés, disposés en miroir l'un en face de l'autre dans l'espace de la pensée schmittienne: le conflit horizontal de la pensée scientifique, et dont l'illustration spectaculaire est le conflit idéologique entre Est et Ouest, — un conflit qui, comme tel, s'annule dans l'unilatéralité du processus technico-économique déthéologisant, dépolitisant, déshumanisant, suicidaire au total, donc menaçant et appelant toujours à nouveau la vigilance de l'autorité capable de le prendre en charge pour le traiter —; le conflit inhérent, d'autre part, à la nature même de cette autorité du pouvoir suprême, la contradiction «propre à toute forme d'impérialisme» (catholicisme romain et forme politique) et qui doit la contenir précisément pour régir l'autre type de conflit.

En soulignant l'absurdité du conflit horizontal (L'unité du monde, 1951), C.S. fait le même travail qu'en cherchant à surmonter la dualité des pouvoirs spirituel et temporel dans une forme d'unité: il a besoin de l'unité dans la conception de la décision pour décider valablement, et non plus contradictoirement, de la dualité conflictuelle entre idéologies comme entre politiques. Pour C.S. celles-ci ne peuvent pas être l'expression directe du conflit entre réalité spirituelle et réalité matérielle, «la contradiction du matérialisme et de l'idéalisme devient inessentielle dès que toute matière se transforme en radiation et toute radiation en matière» (L'unité du monde, p. 7).

Une tentative plus approfondie pour comprendre l'oeuvre de C.S. exigera une analyse sérieuse des rapports entre la déthéologisation des temps modernes et la fonction réelle des sciences permettant un nouveau regard qu'il essayait de se donner sur l'unité du monde, sans fuir la réalité du conflit humain.

Nous espérons que ce travail aura contribué à l'actualisation d'une problématique et aussi d'un penseur qui reste encore trop peu connu. Au fond, il est peut-être normal que le «théoricien de l'ennemi» ait eu de nombreux ennemis durant sa vie. Et que pense C.S. de sa propre situation? C'est à l'auteur d'Ex captivitate salus (1960) qu'il faut interroger: «L'autre est mon frère. L'autre se trouve être mon frère et le frère se trouve être mon ennemi. Adan et Eve avaient deux

filis: Caïn et Abel. Ainsi commence l'histoire de l'humanité. C'est ainsi qu'apparaît le père de toutes choses. Telle est aussi la tension dialectique qui maintient l'histoire du monde en mouvement, et cette histoire n'est pas encore parvenue à terme. Prends garde et ne parle pas à la légère de l'ennemi».

Appendice

Dans un article publié en allemand en 1934* sous le titre «L'Etat, le mouvement et le peuple», C.S. exprime son appui explicite au régime hitlérien récemment arrivé au pouvoir. Dans cet ouvrage, il essaie d'expliquer et de justifier la nouvelle tripartition introduite en Allemagne par le nazisme après la prise légale du pouvoir. Pour lui une chose est remarquable en Allemagne comme dans d'autres Etats européens : c'est le parti et non plus le gouvernement qui inspire la politique.

Dans la première partie de cet article consacrée à la «situation constitutionnelle moderne», il est mis en évidence que cette nouvelle structuration de l'unité politique n'a été possible qu'à la suite des carences de la République de Weimar» qui avait été élaborée comme une constitution «neutre» alors qu'elle devait être politique. Désormais, à la dualité propre au libéralisme — celle de l'individu et de l'Etat — fait place une triade qui assure mieux l'ordre et l'autorité dans la société.** C'est à ce titre que C.S. avait cru voir dans le nazisme un régime politique plus adéquat à la réalité constitutionnelle de la société de masse du XX^e siècle, c'est-à-dire la substitution du dualisme par le pluralisme. Hitler n'a pourtant pas répondu à cet espoir. Dans cette optique, il semble légitime de soumettre à la critique une relation trop directe entre C.S. et le national-socialisme. Sa prise de position temporaire en faveur du nazisme fait surtout référence à une nécessité de solution concrète au nouveau type d'Etat qui entrera plus évidemment en vigueur après 1945 — l'Etat administratif — et aux problèmes technico-politiques posés par cette nouvelle réalité constitutionnelle.

* (staat, Bewegung, volk)

La copie utilisée pour ce travail a été la seule traduction disponible en italien dans un recueil de textes sur le national-socialisme intitulé Principii politici del National Socialismo sélectionné et traduit à l'italien par D. Cantimori, Succ. Landi, 1935, 251 p.

** C.S. affirme à la section II de cet ouvrage que l'Etat, le mouvement et le peuple, sont trois mots qui désignent une seule et même totalité, celle de l'unité politique. Chacun de ces éléments désignent un aspect particulier de cette question totale. «On peut considérer l'Etat au sens strict comme la partie politique statique, le mouvement comme la partie politique dynamique, et le peuple comme un élément proprement apolitique qui s'organise sous la protection et dans l'ombre des décisions politiques». (C.S., 1934, p. 185).

L'action arbitraire du national-socialisme a été matière à réflexion pour un article auquel nous avons déjà fait référence précédemment, publié par C.S. quelques mois plus tard, «Trois types de pensée juridique» (Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens). Ces deux articles s'éclairent réciproquement puisque la triade sociale du premier sert d'ébauche à ce qu'il appellera dans le second l'«ordre concret». Hitler apparaissait comme le modèle du décisionnisme pur qui, livré à lui-même ne peut avoir que des effets néfastes, d'où la nécessité d'être contrebancé par la pensée de l'ordre concret (institutionnel).

A partir de cette époque, C.S. se transforme en l'adversaire autant du pur «Etat de droit» que du pur «Etat politique» puisque souvent l'impuissance de l'un appelle l'autre. Quant à lui, l'idéal d'un Etat réside dans la décision politique prise par une instance politique normale, ce qui n'avait pas été le cas jusqu'alors en Allemagne. Nous retrouvons ainsi la dialectique fondamentale de sa pensée, celle de la norme et de l'exception. Dès 1935, et surtout en 1936, le «Polizeistaat» d'Hitler privait C.S. des moyens d'expressions ordinaires, y compris de la «Deutsche juristenzeitung» qu'il dirigeait.* Il se tut à sa manière en publiant un ouvrage sur T. Hobbes** et quelques rares autres plus conformes à sa spécialité: le droit. C'est alors qu'il mit l'accent sur un nouveau thème qui ne cessera plus de le préoccuper, celui de l'ordre spatial (Raumordnung). Si cette idée n'était pas absente des précédents ouvrages, elle va s'imposer à lui avec toujours plus d'emphase après 1936.

* Le journal des S.S. «Das Schwarze Korps» publie en décembre 1936 un article dans lequel on exortait brutalement C.S. au silence, sous peine d'autres traitements.

** Der Leviathan in der staatslehre des Thomas Hobbes, Hanburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938.

Bibliographie commentée des principales oeuvres de Carl Schmitt
utilisées pour ce travail.*

1921

La dictature: depuis le commencement de la pensée moderne jusqu'à la dictature du prolétariat. Première monographie sur le thème de la dictature. Il s'agit d'une relation historique présentant les diverses conceptions que l'on s'est fait de la dictature à travers les âges. Brève introduction concernant la dictature romaine, l'analyse ne commence réellement qu'avec Machiavel. Il analyse à tour de rôle les idées de Bodin, de Locke, Rousseau jusqu'au concept moderne de la dictature du prolétariat qui ne fait pas l'objet d'une attention spéciale. Somme toute, l'ouvrage s'arrête en 1848, à l'exception d'un paragraphe sur la constitution de Weimar. On y cherchera donc en vain des pages sur la dictature d'Hitler ou celle de Lénine. L'originalité principale réside dans l'analyse d'un phénomène jusqu'alors négligé, celui de la commission dictatoriale et du rôle des commissaires.

* Plus qu'un ordre strictement chronologique, la présentation qui suit essaie de respecter plutôt un ordre logique dans la présentation des thèmes qu'on retrouve dans la pensée de C.S. — Ceci a été ajouté dans le but de donner une vision panoramique des oeuvres majeures de cet auteur peu connu par le public francophone.

1919

Romantisme politique

Observations sur la différence entre le romantisme français et le romantisme allemand. Le premier est d'orientation plutôt révolutionnaire, le second une idéologie de la réaction et de la restauration (référence particulière à Adam Müller). Le romantisme apparaît simultanément à la décadence de la réalité d'un Dieu transcendant. Deux démiurges se sont substitués à elle, celle de la Société conçue comme peuple ou humanité qui est d'essence révolutionnaire, et celui de l'Histoire qui est d'essence conservatrice. A ces nouvelles réalités du rationalisme, le romantisme oppose le Moi créateur sous la forme de l'irrationalité de la personne; un système devient un individu, un individu devient un système. Ce désordre a conduit à refuser toute relation à une cause, de sorte que le romantisme est tombé dans l'occasionalisme, dans une confusion entre politique et esthétique, donc une politique impuissante qui renonça à intervenir dans le monde réel qui se jetait avec complaisance dans la passivité, chacun devenant le spectateur de lui-même.

1922

Théologie politique

Oeuvre qui se situe dans le prolongement de Romantisme politique et qui lui fait en quelque sorte contrepoids. Cette fois-ci C.S. interroge les contre-révolutionnaires, puisqu'eux aussi utilisent des concepts théologiques, mais non à la manière des romantiques. Il analyse dans ce cadre la pensée de Bonald, de Maistre, Donoso Cortés, mais en s'appuyant également sur des auteurs comme Marx, Proudhon et Bakounine. L'important de cet ouvrage est le problème des rapports entre politique et théologie: «tous les concepts fondamentaux de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés». A travers les multiples exemples fondés sur cette analogie, on y retrouve celle entre l'Etat et Dieu, entre la situation d'exception dans le domaine de la jurisprudence et le miracle en théologie. La seconde idée importante est qu'en politique, on ne saurait échapper à la décision, sous peine de tomber dans l'irrésolution du libéralisme qui refuse tout choix. Ce qui est important c'est qu'une décision intervienne et non la manière dont elle est prise. L'humanité n'est qu'une horde d'aveugles conduite par un aveugle, ce qui explique la nécessité d'une tradition et sa dimension métaphysique. La formule la plus radicale de cette idée se trouve chez Donoso Cortés qui, frappé par la stupidité des masses et la vanité des chefs réclame une dictature imprégnée de principes moraux (catholiques) contre un socialisme athé.

1952

Interprétation européenne de Donoso Cortés.

Série d'articles accumulés depuis 1922 sur la pensée du contre-révolutionnaire espagnol.

1928

Le concept de la politique

Exposition de sa théorie de l'ami et de l'ennemi, la distinction entre Etat et politique, sa théorie de la guerre comme problème inhérent à l'exacerbation des conflits extrêmes et la transformation potentielle de tout problème social en problème politique. Dans la périphérie du concept de la politique se trouve la notion d'exception sous toutes ses formes, depuis le décret-loi jusqu'à la guerre civile. L'exception aide à mieux comprendre l'importance de la décision en politique et son rapport avec l'ordre. Le droit exige, pour répondre à sa vocation, une situation normale. Dans une situation d'exception, on ne peut rétablir l'ordre que par une décision qui ne peut se subsumer sous les catégories du droit en vigueur. C'est ce qui a permis à C.S. de donner une définition originale de la souveraineté « Est souverain, celui qui décide en cas de situation exceptionnelle ».

1963

La théorie du partisan

Mise à jour de La notion de la politique où on met en évidence l'abolition des distinctions classiques d'ami et d'ennemi et l'apparition des nouvelles formes de la guerre inter-étatique dans le contexte de la guerre froide.

1929

L'époque de la neutralité

Interprétation de l'histoire moderne comme histoire du processus de désintégration de la foi médiévale. C.S. y interprète l'évolution des quatre derniers siècles d'histoire européenne comme un parcours de neutralisations graduelles, un déplacement des valeurs autant spirituelles que politiques qui tente d'éviter continuellement la discussion métaphysique et les décisions qui lui sont inhérentes. Ce déplacement du centre d'attraction de la vie spirituelle part de la théologie au XVI^e siècle, en passant par la métaphysique au XVII^e siècle, la morale humanitaire de l'Illustration au XVIII^e siècle et ensuite le romantisme, jusqu'à l'économisme du XIX^e siècle qui se prolonge dans la neutralité absolue de la technique. Ce

caractère instrumental de la technique sera pourtant repris au XX^e siècle par une nouvelle culture qui ne prétend plus être neutre mais qui recherche plutôt une raison d'être positive.

1928

La théorie de la constitution

Analyse du concept de constitution et la diversité des problèmes qu'elle soulève. L'analyse se limite au constitutionnalisme occidental. Les constitutions particulières sont évoquées à titre d'exemple pour illustrer des considérations théoriques. La notion de constitution s'interroge sur la notion de loi fondamentale, sur les diverses façon d'établir une constitution, sur la légitimité constitutionnelle, sur le pouvoir constituant, les modifications constitutionnelles, violation, suspension, conflits constitutionnels... etc. bref, sur les divers aspects historiques de l'usage que l'on fait d'une constitution. C.S. porte son attention autant sur les éléments politiques que juridiques des constitutions modernes et c'est pourquoi apparaissent autant des notions comme celles de libertés, d'identité, de représentation, de séparation des pouvoirs comme les polémiques sur les notions de loi et droit, sur la distinction entre droits fondamentaux et garanties constitutionnelles. En définitive, il s'agit d'une série d'interrogation sur l'équivalence entre les conceptions libérales et la démocratie

et du rôle que doit occuper le peuple dans une conception de la démocratie qui ne soit pas abstraite.

1931

La défense de la constitution

C'est dans le même esprit sceptique, face à une équivalence entre libéralisme et démocratie, que C.S. examine la question du défenseur de la constitution. Sous les nouvelles conditions de la société de masse et de l'Etat moderne interventionniste, il en résulte que l'idée claire du conflit constitutionnel s'est modifiée. Ceci exige des éclaircissements sur les conditions que présupposent un système de justice cohérent. D'autre part, à qui revient la compétence dans une situation exceptionnelle? C.S. souligne l'importance politique du Président du Reich comme chef suprême élu par le peuple comme un tout, dont les décisions sont légitimées plébiscitairement.

1932

Légalité et légitimité

A partir d'une récapitulation sur l'évolution des concepts de politique, de droit et de représentation, C.S. propose

L'élimination du concept de légitimité démocratique correspondant à la «souveraineté du droit» pour le danger qu'il représente sous une démocratie de masse (révolution légale). En discutant les relations problématiques entre constitution, loi normale, loi pour modifier la constitution sous le régime de la République de Weimar, C.S. interprète comme inconstitutionnelle la prise du pouvoir par le national-socialisme ou le communisme en 1932-33.

1934

L'Etat, le mouvement et le peuple (article)

Ouvrage qui essaie d'expliquer et de justifier la nouvelle tripartition politique introduite en Allemagne par le nazisme après la prise légale du pouvoir. Hitler y apparaît comme le modèle du décisionnisme pur.

1934

Trois types de pensée juridique. (article)

Oeuvre stratégique qui éloigne C.S. à la fois du décisionnisme pur et du national-socialisme, et qui représente la transition vers sa pensée de l'ordre concret. Tout juriste, dit-il, consciemment ou inconsciemment, utilise comme fondement de ses recherches un concept de «droit» qu'il entend soit comme une règle, soit comme une décision ou un ordre ou structure concrète, et qu'il transpose à la notion de droit en général. Ces trois types de pensée juridique sont qualifiés de normativisme, le décisionnisme et la pensée fondée sur l'ordre concret.

1950

Le Nomos de la Terre

Oeuvre majeure de C.S. en matière de droit international où il développe une sorte d'histoire des relations internationales. Il s'agit d'un essai pour fixer les questions fondamentales de tout ordre social et économique à partir du «Nomos», de montrer que le droit a surtout une signification par rapport à la terre, ce qui veut dire qu'il ne peut créer

un ordre que s'il est localisé dans un territoire déterminé.

1953

Appropriation, division, paître (article)

Cette petite étude consacrée tout particulièrement au concept de «Nomos» a été rédigé pour mieux comprendre son ouvrage précédent. Il y montre que la notion de «Nomos» a originairement trois sens, celui de prendre, celui de diviser et celui de paître. Dans le premier cas il s'agit d'occuper un territoire (activité politique), dans le second de diviser ce territoire en propriétés, donc de distribuer la terre (acte juridique), dans le dernier d'y avoir une activité productive (acte économique). C.S. remarque que de nos jours tout ordre social implique sous des formes diverses ce triple mouvement qu'il analyse plus en profondeur dans Le Nomos de la Terre.

1960

Ex captivitate salus

Expérience de C.S. entre les années 1945 et 1947. C.S. y affirme avoir été le dernier défenseur conscient du «Jus Publicum europaeum», le dernier qui a fait des recherches à son sujet dans un sens existentiel et qui éprouve son déclin. Le théoricien de l'ennemi eut beaucoup d'ennemi durant sa vie et dans cette oeuvre il laisse entrevoir ce qu'il pense sur sa propre situation. «L'autre est mon frère. L'autre se trouve être mon frère et le frère se trouve être mon ennemi. Adam et Eve avaient deux fils: Caïn et Abel. Ainsi commence l'histoire de l'humanité. C'est ainsi qu'apparaît le père de toutes choses. Telle est aussi la tension dialectique qui maintient l'histoire du monde en mouvement, et cette histoire n'est pas encore parvenue à terme. Prends garde et ne parle pas à la légère de l'ennemi».

1979

La révolution légale mondiale (article)

C.S. revient sur le thème de la plus-value politique qu'accorde la possession légale du pouvoir et oblige à faire un effort

pour remettre à jour nos conceptions sur la révolution en rappelant la cas de la prise du pouvoir par Hitler en 1933 et ses manoeuvres «légales» pour abolir la constitution de Weimar. Il confesse sa conviction que les méthodes violentes de la révolution illégales de Lénine et de Trotsky en 1917 sont maintenant aujourd'hui périmées. La voie la plus efficace encore en ce moment (1979) est la révolution par les voies de la légalité de l'Etat.

Bibliographie*

* Note:

Les notes de publication des oeuvres de C.S. qui sont indiquées dans cette thèse sont celles de la première édition allemande à l'exception de trois conférences qui ont été publiées dans la décade des années vingt et dont il m'a été impossible de retracer l'année originale de publication étant donné qu'elles apparurent sous diverses formes (conférence, article, livre). Nous avons préféré, dans ce cas, indiquer la date de publication de la compilation de ces trois conférences faite en espagnol sous le titre Estudios politicos (1941). Ceci ne pouvait malheureusement être corrigé qu'en ayant un accès direct aux textes en allemand, chose qui n'était pas possible dans le moment.

Si nous tenons à indiquer autant que possible la date de publication en allemand dans le texte de la thèse, c'est parce que nous croyons que leur chronologie peut faciliter la compréhension de la pensée de cet auteur par rapport à sa propre évolution et aussi par rapport à son contexte socio-historique.

Ces dates de publication en allemand sont énumérés sur les pages suivantes avec les titres en français dans une bibliographie commentée. Les données exactes des traductions espagnoles utilisées se trouvent dans la bibliographie par ordre alphabétique.

- SCHMITT, Carl «La defensa de la constitución».
Ed. Editorial Tecnos, S.A., Madrid,
1983. Titre Original: «Der Hüter
Der Verfassung», Ed. Verlag Duncker
Humbolt, Berlin-München, s.f. (1931)
Traduction: Manuel Sanchez Sarto;
Prologue: Pedro de Vega. 251 pages.
- «La dictatura. (Desde los comienzos del
pensamiento moderno de la soberania hasta
la lucha de clases proletaria.)» Ed.
Revista de Occidente, Madrid, 1968.
Titre original: «Die diktatur, von
den Anfängen des modernen souveränitäts-
gedankens bis zum proletarischen
klassenkampf.» Ed. Dunker und Humbolt,
Munich, Leipzig (1921). Traduction:
José Diaz Garcia. 338 pages.
- «Estudios políticos» inclue: «La época
de la neutralidad» (1929), «Teología
política» (1922) et «El concepto de la
política» (1927). Ed. Editorial Cultura
Espanola, L.T., Madrid, 1941. Traduction:
Francisco Javier Conde. 191 pages.
- «Ex captivitate salus (experiencia de
los anos 1945-47)» Ed. Moret, Madrid.
- «Interpretacion europea de Donoso Cortés».
Ed. Editorial Rialp, S.A., Madrid, 1952.
Titre Original: «Donoso Cortés in
Gesamteuropäischen Interpretation»,
Ed. Greven Verlag, Colonia, 1950.
Traduction: Francisco de Asis Caba.
Ibeno. Prologue: Angel Lopez-Amo.
145 pages.

«Legalidad y legitimidad» Ed. Aguilar Madrid, 1971. Titre original: «Legalität und legitimität», Ed. Duncker und Humbolt, Berlin (1932) Traduction: José Diaz Garcia. 172 pages.

«El Nomos de la Tierra» (en el Derecho de Gentes del Jus publicum europeum)» Ed. Centro de estudios coll. Estudios internacionales constitucionales. Madrid, 1979. Titre original: «Der Nomos der erde im völkerrecht des jus publicum europaeum», Cologne, Greven, 1950. Traduction: Dora Schilling Thon. 443 pages.

«Teoria de la constitución» Ed. Alianza editorial, S.A. Madrid, 1982. Titre original: «Verfassunglehre» Ed. Duncker und Humbolt, Berlin, 1928. Traduction: Francisco Ayala. Epilogue: Manuel Garcia Pelayo. 377 pages.

«Teoria del partisano. (acotacion al concepto de lo politico.)» Ed. Instituto de estudios politicos. Coll. Ideologias contemporancas, Madrid, 1966. Titre original: «Theorie des partisanen - Zwischenbemerkung zum Begriff des politischen.» Ed. Duncker und Humbolt, Berlin, 1963. Traduction: Anima Schmitt de Otero. 131 pages.

«La notion de politique. Théorie du partisan» Ed. Calmann-Levy, Paris, 1972. Traduction: Marie-Louise Steinhauser. Préface: Julien Freund. 331 pages.

«Romantisme politique». Lib. Valois, Paris, 1928. Titre original: «Politische Romantik» Ed. Duncker und Humbolt. 1919 Traduction: Pierre Linn. 165 pages.

- GOMEZ ORFANEL, German
«Excepcion Y Normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt». Tesis Doctoral. Inédita. Universidad Complutense, Madrid, 1984; 581 pages.
- KELSEN, Hans
«Teoría pura del derecho» Ed. Universidad nacional autonoma de México. (Instituto de investigaciones juridicas.), México, 1982. Traduction de la 2è ed. allemande par Roberto J. Vernengo. Titre original «Reine Rechtslehre», zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1960. 364 pages.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris
«Les constitutions de l'Europe nouvelle», Bib. d'histoire et de politique, (Librairie delagrave), Paris, 1928.
- CANTIMORI, D.
«Principii politici del Nazional Socialismo» scritti scelti e tradotti da D. Cantimori. Succ. Landi, 1935 (incluant l'article «L'Etat, le mouvement et le peuple» - en italien) 251 pages.

REVUES

Revue européenne de sciences sociales. «Cahiers Vilfredo Pareto» Tome XVI, 1978, no. 44. Art: «Vue d'ensemble sur l'oeuvre de Carl Schmitt», par Julien Freund, p. 7-38.

Revista de estudios politicas. Tomo 10 (Nueva época) julio-agosto 1979 Centro de estudios constitucionales, Madrid.

Encyclopédie

Historia general de las civilizaciones. Vol. VII.