

Université de Montréal

La norme, son actualisation et l'état d'exception chez Carl Schmitt

par
Pascal Solignac

Département de Philosophie
Faculté des Arts et Sciences

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de

Maître es arts (M.A.) en philosophie

Janvier 2000

© Pascal Solignac, 2000



2. 2552. 2

B
29
U54
2000
V.002

Universität de Montreal

Les notes sur actualisation et l'état d'exception chez Carl Schlegel

par
Paul Schlegel

Department de Philosophie
Faculté des Arts et Sciences

Il est permis de reproduire ce document à condition de mentionner le nom de l'auteur et de l'éditeur.

Il est permis de reproduire ce document à condition de mentionner le nom de l'auteur et de l'éditeur.

Il est permis de reproduire ce document à condition de mentionner le nom de l'auteur et de l'éditeur.

Il est permis de reproduire ce document à condition de mentionner le nom de l'auteur et de l'éditeur.

Il est permis de reproduire ce document à condition de mentionner le nom de l'auteur et de l'éditeur.



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

La norme, son actualisation et l'état d'exception chez Carl Schmitt

présenté par :

Pascal Solignac

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

M. Lukas K. Sasoe, président rapporteur

M. Jean Roy, directeur de recherche

M. Daniel M. Weinstock, membre

Mémoire accepté le : 11 juin 2000

— SOMMAIRE —

L'oeuvre de Carl Schmitt se situe sous le signe de l'ambiguïté. Qu'il s'agisse du contexte biographique qui préside à sa création ou des enjeux théoriques qui y sont présents, le réalisme schmittéen se décline sous une pluralité d'angles: historique, juridique, politique ou même idéologique. Nous avons choisi de tenter une lecture politique de sa théorie, tout en respectant les racines avant tout juridiques des positions tenues par Schmitt. C'est pourquoi la dialectique de la norme et de l'exception reste le point d'ancrage de l'essai ainsi soumis, comme l'indique le titre, *La norme, son actualisation et l'état d'exception chez Carl Schmitt*. Nous initierions donc notre étude par la conception schmittéenne du fondement de la norme en particulier et de l'ordre juridique dans son ensemble. À cet égard, Schmitt sera défini par opposition au normativisme de Hans Kelsen.

L'opposition entre normativisme et décisionnisme soulignera le rôle fondateur du politique au sujet de la création de la norme. Ce constat jouera le rôle de point tournant du mémoire puisqu'il introduit d'une part la dimension politique omniprésente à l'intérieur des thèses de Schmitt, et d'autre part, les traits problématiques du décisionnisme juridique. En effet, si les critiques et analyses de Schmitt visent juste, on peut remettre en question la pertinence systématique de l'ensemble, par exemple, la possibilité de dépasser le contexte socio-historique qui l'entoure. À cet aspect de la problématique correspondra une partie consacrée à quelques commentateurs de Schmitt dont l'apport contribuera à mettre en relief les enjeux de sa pensée.

En réponse aux enjeux ainsi soulevés, nous présenterons en premier lieu ce que l'on pourrait qualifier de « second Schmitt », c'est-à-dire, le Schmitt institutionnaliste plutôt que décisionniste. Pour ce faire, nous analyserons son principal traité institutionnaliste, à savoir, *Les trois types de pensée juridique*. Le but de cette analyse, et du mémoire dans son ensemble, revient à la lecture politique des thèses de Schmitt mentionnée plus haut. En effet, qu'il s'agisse du décisionnisme ou de l'institutionnalisme juridique, il nous semble que la ligne de force principale de l'oeuvre de Schmitt réside dans sa conception du politique. En d'autres termes, notre but consistera à soulever la possibilité d'un décisionnisme non plus juridique mais politique, c'est-à-dire considérer la dimension politique du réalisme schmittéen comme un point de départ plutôt que comme une conséquence de son analyse juridique du droit constitutionnel. Tout ceci en vue de rendre les remarques avancées par Schmitt plus systématiques, et donc applicables à plus grande échelle.

— TABLE DES MATIÈRES —

<u>SOMMAIRE</u>	1
<u>TABLE DES MATIÈRES</u>	3
<u>DÉDICACE</u>	6
<u>I — INTRODUCTION</u>	7
<u>II — SCHMITT CONTRE KELSEN</u>	
<u>A – Le normativisme kelsénien</u>	
1) L’assimilation de l’État à la sphère juridique	10
2) La primauté du droit sur le politique.	16
3) La pyramide des normes.	21
4) La clef de voûte du normativisme, la <i>Ur-norm</i> .	26
5) Un système rationaliste.	36
<u>B – Le pouvoir constituant selon Schmitt</u>	
1) La décision politique fondamentale.	44
2) L’ami et l’ennemi.	50
3) La désignation de l’ennemi.	55
4) La lutte dans le politique.	60
5) L’État, résultat de la volonté.	71
6) La supériorité de la volonté politique sur le système juridique.	77
7) Une théorie à partir de la situation d’exception.	83

III— LE DÉCISIONNISME FACE À LA PENSÉE DES ORDRES CONCRETS

A – Mise en perspective externe: quelques commentateurs

- | | |
|---|-----|
| 1) Le triptyque problématique de Schmitt. | 90 |
| 2) Les théories schmittéennes: analyse ou critique? | 92 |
| 4) Le style disjonctif de Schmitt. | 104 |
| 5) L'action politique dans la situation de norme. | 115 |
| 6) L'hypothèse de Schwab. | 121 |

IV— UNE DOUBLE RÉPLIQUE.

A – La théorie des ordres concrets

- | | |
|--|-----|
| 1) Les garanties institutionnelles, sources de la pensée des ordres concrets. | 126 |
| 2) Les deux perspectives de la théorie des ordres concrets. | 130 |
| 3) Les types de pensée juridique: normativisme, décisionnisme, positivisme et ordres concrets. | 133 |
| 4) L'histoire des pensées juridiques. | 144 |
| 5) La dimension idéologique de la théorie des ordres concrets. | 152 |
| 6) La théorie des ordres concrets: un corporatisme juridique? | 156 |

B – Un décisionnisme politique ?

- | | |
|---|-----|
| 1) Mise en contexte. | 164 |
| 2) La situation d'exception et son rapport à la lutte. | 168 |
| 3) La lutte et la situation de norme. | 174 |
| 4) Une réponse possible à la théorie des ordres concrets. | 189 |

V — CONCLUSION 193

<u>— BIBLIOGRAPHIE</u>	195
<u>Monographies</u>	195
<u>Périodiques</u>	196
<u>Références</u>	196

À mon grand-père.

I — INTRODUCTION

De nos jours, l'État de droit semble être le modèle à suivre pour qui veut fonder et exercer un pouvoir politique. La primauté du droit et de ses procédures formelles, prévisibles, est rarement remise en question. Pourtant, une tradition de pensée politique ne reconnaît pas le statut fondamental de cet idéal lorsqu'il s'agit d'exposer le fonctionnement effectif du politique. Pour certains, la relation entre le juridique et le politique résulte de l'activité fondatrice de ce dernier, d'où sa primauté.

Parmi ces derniers on peut ranger l'auteur dont nous analyserons la pensée, à savoir, Carl Schmitt. Outre son passé controversé de *Kronjurist* des nazis qui le met déjà dans une situation, pour dire le moins, particulière, le style résolument provocateur d'une pensée en continuation directe avec Hobbes et Machiavel situe Schmitt dans le noyau dur du réalisme: "Le cas normal ne prouve rien, l'exception prouve tout"¹.

On pourrait établir un parallèle avec "hors de l'Église, point de salut". Car à travers l'absolutisation de l'État de droit seul ce qui est subsumable sous une norme semble épuiser la vérité de l'État. Pourtant, même dans l'État de droit le plus accompli, respectant toutes les libertés individuelles et autres, fonctionnant selon les règles de la démocratie représentative, on ne peut complètement juridifier le politique. En réalité, le

¹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, Éditions Gallimard, coll. Bibliothèque des Sciences humaines, 1988, p. 25.

pouvoir politique ne se soumet pas dans son entièreté à la seule régularité de la norme; il subsiste toujours un élément irréductible, en l'occurrence la décision dans la situation d'exception. La question qui se pose alors est de déterminer ce que devient la décision lors de la situation de norme? C'est là le problème de la théorie de Schmitt auquel nous nous attaquerons. En effet, de par le postulat de l'opposition de la situation de norme et de la situation d'exception et son insistance sur la dernière, Schmitt éprouve des difficultés à penser la situation de norme. Une fois une constitution proclamée et acceptée, la thèse de Schmitt perd de sa pertinence dans la mesure où la constitution marque le point à partir duquel la dimension créatrice de la décision ne s'exerce plus directement, mais par le biais des lois. Comment donc la décision, et donc la pertinence des thèses de Schmitt, conserve-t-elle sa valeur dans cette situation?

Nous pensons que la pensée de Schmitt présente toujours un intérêt même dans la situation la plus normale que l'on pourrait concevoir, mais que la reconnaissance de cet intérêt exige une relativisation de l'opposition soulignée plus haut. Afin d'élaborer notre position, nous diviserons notre thèse en trois parties. Nous exposerons en première partie les principes les plus prégnants des idées de Schmitt en l'opposant à son adversaire immédiat, le normativisme de Hans Kelsen, afin d'établir la pierre de touche de son système. En seconde partie, nous exposerons par le biais de quelques commentateurs, certains éléments de la pensée schmittéenne qui font problème. Par la même occasion, nous mettrons en relief les thèses de Schmitt relativement à la théorie des ordres concrets, sa propre réponse au problème de l'antinomie entre situation de norme et situation d'exception. Nous en profiterons pour prendre position face aux enjeux suscités par les divers commentaires de Schmitt, notamment la dimension critique de son

oeuvre et les conclusions de sa théorie juridique. Nous visons donc une application plus systématique de la pensée de Schmitt jusque dans la situation de norme, malgré ce que sa première lecture peut sembler indiquer.

II — SCHMITT CONTRE KELSEN

A – Le normativisme kelsenien.

1) L'assimilation de l'État à la sphère juridique

Quel intérêt peuvent présenter les thèses de Kelsen lorsque l'on s'apprête à analyser l'auteur qui s'y oppose? La raison est double: tout d'abord, puisque la pensée de Schmitt orchestre de multiples notions à la limite de l'ambiguïté, l'opposition à Kelsen procurera un point de repère fixe qui nous évitera de nous perdre dans ses méandres. Ensuite, Schmitt lui-même se réfère souvent à Kelsen pour fonder ses arguments par antithèse, car tout deux se distinguaient par leur ambition de créer une nouvelle théorie du droit².

En effet, la théorie juridique kelsenienne dans son ensemble consiste en un projet bien précis: faire du savoir juridique un savoir scientifique. La préface de *Théorie pure du droit* est révélatrice:

« Dès les débuts de cette entreprise, j'ai eu ce but présent à l'esprit: élever la science du droit, la « jurisprudence », qui se perdait presque complètement

² Jean-François Kervégan, « La critique schmittienne du normativisme kelsenien », *Cahiers de Philosophie politique et juridique*, numéro 27, Presses Universitaires de Caen, 1995, p. 57.

dans le raisonnement de politique juridique, au niveau et rang d'une véritable science, l'une d'entre les sciences morales »³.

C'est à partir de ce point de vue que Kelsen pose l'exigence méthodologique de pureté qui déterminera le nom de sa théorie: « En d'autres termes, elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers »⁴. Des facteurs sociaux, par exemple. Comme la théorie juridique de Kelsen a pour objet central les normes qui composent le droit, on lui attribuera la dénomination de « normativisme ». La ligne de force d'une telle conception réside dans le fait que si tel ou tel phénomène entretient une quelconque relation avec le domaine juridique, son analyse sera immédiatement « fondue » au sein de la perspective juridique sous la forme d'une norme. Autrement dit, pour qu'un phénomène juridique soit correctement appréhendé, c'est-à-dire puisse produire une véritable connaissance juridique, il faut qu'il soit ramené en dernière analyse à la perspective de la norme. Ceci provient d'une double dimension que Kelsen assigne à tout fait entretenant des relations avec le droit:

« Que l'on analyse en effet un fait quelconque qui est interprété comme de nature juridique ou comme ayant rapport au droit; on pourra distinguer deux éléments: le premier est un acte, ou une série d'actes perceptibles par les sens, qui se déroulent dans le temps et dans l'espace, c'est un processus extérieur de comportement humain; l'autre élément est la signification de l'acte au regard et en vertu du droit »⁵.

Pour l'instant, contentons-nous de saisir en quoi une telle théorie peut avoir des conséquences sur le plan politique. À ce sujet, l'un des exemples proposés par Kelsen pour illustrer ce principe de dualité des phénomènes présente une certaine pertinence:

³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. VII.

⁴ *Ibid.*, p. 1.

⁵ *Ibid.*, p. 2-3.

« Des hommes se réunissent dans une salle, ils prononcent des discours, les uns lèvent la main, les autres ne la lèvent pas. Juridiquement, il signifie qu'une loi est votée, que du droit est créé; — c'est la distinction absolument courante pour le juriste entre la procédure de législation d'une part, et son produit, la loi, d'autre part »⁶.

On y constatera deux points d'intérêt. D'abord la séparation du politique — la procédure de législation — et du juridique — la loi. Ensuite une question implicite: l'activité politique se manifeste entre autres par la production du droit et rentre donc dans la catégorie des faits « ayant un rapport au droit » parce que pouvant être étudiés à travers le prisme de la norme. Pour analyser la production du droit, ne se retrouve-t-on donc pas forcé de subsumer le politique sous le juridique en supposant une forme de panjuridisme? Ou, à tout le moins, supposer l'assimilation du politique par le juridique?

La dernière question ne résulte pas de la volonté de se livrer à de vaines spéculations, au contraire elle touche l'un des points forts de la théorie normative, à savoir les rapports entre État et droit. Les passages consacrés à l'étude du problème fournissent une réponse explicite dans l'énoncé même du titre: « L'identité de l'État et du droit »⁷. Cette position réagit contre ce que Kelsen appelle le dualisme traditionnel de l'État et du droit⁸. Toute cette dualité repose sur un enjeu idéologique, à savoir, la justification de l'existence de l'État par le droit. En premier lieu, l'État est distingué du droit afin d'être posé comme source créatrice du droit. À ce titre, l'État est considéré comme une force dont la puissance est acceptée parce qu'elle produit quelque chose de juste, nommément, le droit⁹. « De la sorte, d'un simple fait de puissance ou de force, l'État devient l'État de droit, qui se justifie par le fait qu'il réalise le droit »¹⁰. Le problème d'une telle conception, outre le fait qu'elle mette en jeu des éléments non

⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁷ *Ibid.*, p.378.

⁸ *Ibid.*, p.376.

⁹ *Ibid.*, p.377-378.

¹⁰ *Ibid.*, p.378.

juridiques, vient de la contradiction qui en résulte, c'est-à-dire, une nature double attribuée à l'État qui se trouve être à la fois créateur et sujet de droit:

« Ainsi, tout ensemble, le droit présuppose l'État être métajuridique, sorte de macro-individu très puissant, ou organisme social, et l'État est un sujet de droit qui présuppose le droit parce qu'il est soumis à celui-ci, obligé et habilité par lui. C'est la théorie des deux aspects et de l'auto-obligation de l'État, qui, en dépit des contradictions immédiatement évidentes et saisissables qu'on ne cesse de lui reprocher, continue à s'affirmer contre toutes les objections avec une obstination sans exemple »¹¹.

En raison de cette contradiction, Kelsen élabore une théorie de l'identité de l'État et du juridique, mais selon la perspective de ce dernier, comme l'affirme l'énoncé du titre. Le raisonnement sur lequel Kelsen justifie l'assimilation de l'État et du droit repose sur trois équivalences. La première concerne l'équivalence que l'on constate entre une « collectivité sociale » et l'ordre normatif qui en résulte lorsque Kelsen inscrit la science du droit au sein du groupe des sciences sociales par opposition aux sciences de la nature.

« Lorsque l'on pose qu'une certaine société est constituée par un ordre normatif qui règle la conduite réciproque d'une pluralité d'hommes, on doit se souvenir qu'ordre et société ne sont pas deux choses distinctes l'une de l'autre, mais bien une seule et même chose, que la société ne consiste en rien d'autre qu'en cet ordre, et que si la société est qualifiée de collectivité, ce qui est essentiellement commun à ces hommes, c'est l'ordre qui règle leur comportement mutuel »¹².

Dans le cas qui nous occupe, l'intérêt de cette assimilation vient de ce que Kelsen postule par la suite, comme corollaire, qu'une collectivité, de quelque type

¹¹ *Ibid.*, p.377.

¹² *Ibid.*, p.119.

qu'elle soit, ne peut être fondée que par un tel ordre normatif¹³. D'où la seconde équivalence: l'État équivaut à une société régie par un système de normes. La présentation axiomatique de ce raisonnement serait la suivante: toute collectivité repose et se confond avec un ordre normatif, or l'État est une collectivité, donc l'État se confond avec un ordre normatif¹⁴.

Or, lorsque Kelsen établit une caractérisation du droit, il le définit, entre autres éléments, comme un ordre qui interdit par la contrainte certains comportements.

« Un autre caractère distinctif commun aux ordres sociaux que l'on appelle droits, est que ce sont des ordres de contrainte, cette dernière expression voulant dire qu'ils réalisent par un acte de contrainte à certaines circonstances considérées comme indésirables parce que socialement nuisibles, en particulier à des faits de comportement humain de cette nature »¹⁵.

À partir de l'énoncé de cette caractéristique du droit, il est à nouveau possible d'établir la même structure pour résumer son raisonnement. En effet, Kelsen précise à l'intérieur de la section concernant la définition de l'État que ce dernier se définit comme un ordre de contrainte¹⁶.

« Car l'élément spécifiquement « politique » de cette organisation consiste dans la contrainte que certains individus exerceront contre d'autres individus et que cet ordre règle, ou, si l'on préfère, il consiste dans les actes de contrainte que cet ordre institue »¹⁷.

¹³ *Ibid.*, p.380.

¹⁴ *Ibid.*, p.380.

¹⁵ *Ibid.*, p.46.

¹⁶ *Ibid.*, p.378.

¹⁷ *Ibid.*, p.378.

Si l'État constitue un ordre de contrainte, il correspond alors à la dimension contraignante du droit. Le politique se retrouve donc imbriqué au sein du juridique de deux manières: d'abord en tant que collectivité sociale qui trouve son fondement dans l'ordre normatif qu'est le droit, puis en tant qu'ordre de contrainte qui en fait une caractéristique de l'ordre de droit. D'où la définition de Kelsen: « L'État est un ordre juridique relativement centralisé »¹⁸.

Il importe de souligner qu'en assimilant l'État à une caractéristique du droit, Kelsen prévient toute objection qui viserait à attribuer au politique une nature distincte puisque la dimension sous laquelle l'État est le plus souvent présenté, le monopole de la contrainte, se trouve ravalée au rang de propriété du droit. Comme l'exprime Kelsen: « En tant qu'organisation politique, l'État est un ordre juridique »¹⁹. L'État se retrouve assimilé à l'ordre juridique étant donné les exigences théoriques relatives à la mise en place d'une science exacte du droit. Dans la mesure où l'analyse pure du droit existant et de la production de ce droit ne peut souffrir d'intervention externe et que le politique participe à la production du droit, on ne peut qu'assimiler ce dernier au droit.

« Ultérieurement, Kelsen renoncera à la dissociation entre la norme juridique et son application; l'application doit elle-même être pensée comme partie intégrante de l'ordre normatif, ce qui suppose premièrement de développer une conception rigoureusement formelle ou procédurale de l'ordre juridique, et deuxièmement d'affirmer la complète identité de celui-ci et de l'État »²⁰.

¹⁸ *Ibid.*, p.379.

¹⁹ *Ibid.*, p.378.

²⁰ Jean-François Kervégan, *loc. cit.*, p.62.

2) La primauté du droit sur le politique.

Ce point nous amène à la seconde partie de la question que nous nous étions posée. Si l'on peut admettre que juridique et politique constituent une seule et même essence, qu'en est-il du rapport entre les deux domaines? L'exigence de pureté peut fournir une esquisse de réponse. En effet, l'union entre politique et juridique semble aller à l'encontre de cette dernière dans la mesure où l'on ne peut admettre à l'intérieur de la science du droit d'éléments épistémologiquement étrangers. Il ne se présente donc qu'une seule solution pour élaborer un normativisme conséquent: considérer que le terme politique ne recouvre qu'un ensemble d'imprécisions ou de positions idéologiques et le dissoudre dans la sphère du droit. Conclusion qui n'est pas démentie par l'affirmation de Kelsen selon laquelle le politique, par définition, correspond à l'une des caractéristique de l'ordre de droit.

Il reste que cette interprétation peut souffrir d'une prétention trop méta-théorique, puisque nous nous livrons à l'interprétation hors contexte de l'exigence de pureté du normativisme. De plus, que le politique soit relié au juridique en tant que caractéristique de ce dernier, n'implique pas l'affirmation de sa primauté. C'est pourquoi il nous semble opportun d'étudier la conception kelsénienne des attributs généralement reliés à l'État.

Si l'on se fie à la conception traditionnelle de l'État à laquelle Kelsen s'oppose, l'État se composerait de trois éléments: un peuple, un territoire et la puissance publique qui lui permet d'agir sur les deux éléments précédents²¹. Dans le cas précis, Kelsen ne

²¹ Hans Kelsen, *op. cit.*, p.380.

s'oppose pas à la mise en place de ces trois éléments, leur existence et relation à l'État étant peu contestable. Ce sur quoi Kelsen se prononce et apporte sa contribution, c'est l'articulation qui relie ces éléments entre eux, face au politique et au juridique.

« Ces trois éléments ne se laissent les uns comme les autres définir que juridiquement; autrement dit, on ne peut les concevoir que comme des données concernant la validité et les domaines de validité d'un ordre juridique »²².

En d'autres termes, les éléments constitutifs du politique sont, au fond, de nature juridique. De plus, il ne s'agit pas de notions abstraites de toute réalité concrète ou d'exigence épistémologique, mais d'éléments concrets de la vie d'une société. Les positions de Kelsen sur le sujet dépassent donc le simple champ de la réflexion sur le savoir scientifique ou normatif. En ce qui concerne les trois éléments constitutifs de l'État et leur nature juridique, les raisonnements respectifs qui démontrent cette affirmation suivent à peu près le même schéma. Kelsen se livre à une analyse de la notion même, qu'il s'agisse du peuple, du territoire ou de la puissance publique, puis, à la suite d'une définition, démontre que cette dernière ne peut être cohérente qu'en regard d'une nature juridique²³.

D'abord, le peuple est défini comme les citoyens qui composent un État. La question qui se pose donc est de savoir ce qui lie ces individus les uns aux autres, ce qui assure la cohésion de l'ensemble.

« On ne peut pas trouver le principe d'unité des hommes qui forment le peuple d'un État ailleurs que dans le fait qu'un seul et même ordre juridique est

²² *Ibid.*, p.380.

²³ *Ibid.*, p.380.

en vigueur pour tous ces hommes, et règle leur conduite. Le peuple de l'État, c'est le domaine de validité personnel de l'ordre juridique étatique »²⁴.

L'affirmation du peuple en tant qu'unité juridique se démontre négativement, car, Kelsen affirme l'inexistence de la preuve du contraire. C'est par élimination des titres contraires que le peuple constitue une unité juridique et non une unité culturelle, économique ou psychologique.

« Toutes les tentatives pour trouver un autre lien qui fasse une unité cohérente de ce grand nombre d'hommes, alors qu'ils peuvent différer par la langue, par la race, par la religion ou les croyances, et être séparés par des antagonismes de classe et divers autres conflits d'intérêts, toutes ces tentatives sont nécessairement vouées à l'échec »²⁵.

On remarquera la dimension réductrice, ou à tout le moins le présupposé universaliste et décontextualisé, de cette conception qui fait de l'adhésion nationale un accord et une obéissance à un ensemble de normes de conduite. Schmitt, lorsqu'il proposera le critère d'adhésion à une unité politique relèvera d'ailleurs implicitement les problèmes liés à cette position. Outre cela, la démonstration de Kelsen peut prêter flanc à la critique dans la mesure où il affirme plus qu'il démontre la nature juridique de la notion de peuple. Ce n'est pas par la simple élimination des autres critères qui justifieraient la cohésion d'un État, que le critère juridique constitue pour autant la réponse à la question.

La démonstration de la nature juridique du territoire nous semble plus forte, dans la mesure où Kelsen introduit des éléments abstraits à l'intérieur de la notion de

²⁴ *Ibid.*, p.381.

²⁵ *Ibid.*, p.380.

territoire, éléments qui se prêtent plus à une appréhension juridique que géographique par exemple. En fait, c'est la définition du territoire qui présente le plus d'intérêt en regard de sa position:

« Ce n'est pas un morceau nettement délimité de la surface terrestre, mais un espace à trois dimensions, dont font partie et le sous-sol qui se trouve au-dessous et l'espace aérien qui se trouve au-dessus du territoire compris à l'intérieur de ce qu'on appelle les frontières de l'État »²⁶.

On peut se rendre compte du fait que la notion de territoire ne se limite pas à un phénomène naturel, où plutôt géographique, considérant l'introduction d'éléments constitutifs supplémentaires qui dépassent cette dimension. Par exemple, le lien établi entre la surface terrestre et l'espace aérien qui y correspond ne peut prétendre être de nature purement physique.

« Ce n'est pas une connaissance relevant d'une science de la nature qui peut répondre à la question de savoir d'après quoi se déterminent les limites de l'espace étatique, ce qui constitue son unité: c'est seulement une connaissance d'ordre juridique. On ne peut que définir ce que l'on appelle le territoire de l'État que d'une seule façon: c'est le domaine de validité territorial d'un ordre juridique étatique »²⁷.

De plus, Kelsen souligne l'importance de la dimension historique propre à l'existence d'un territoire. En effet, un territoire, au sens politique du terme, se maintient tant et aussi longtemps que l'État qui le détermine existe. De ce point de vue, l'idée de territoire politique s'affranchit de la simple dimension géographique pour

²⁶ *Ibid.*, p.381.

²⁷ *Ibid.*, p.381.

entrer dans celle de la détermination juridique, seule cette dernière pouvant rendre compte de l'ensemble de ses aspects.

« Et, de même que l'existence de l'État dans l'espace est le domaine de validité spatiale de l'ordre juridique étatique, l'existence de l'État dans le temps est le domaine de validité temporel de cet ordre »²⁸.

Étant donné les conclusions auxquelles Kelsen aboutit en ce qui concerne le peuple et le territoire, il ne sera pas surprenant de constater que la puissance publique tout entière relève, elle aussi, du juridique. Pour démontrer cette affirmation, Kelsen se sert d'une distinction entre rapports de puissance effectifs et rapports de puissance sanctionnés par le droit. Il va de soi que la puissance publique correspond au second type de rapport de puissance.

« Ce par quoi le rapport que l'on appelle pouvoir d'État, puissance publique, se distingue d'autres rapports de puissance, c'est le fait qu'il est juridiquement réglé, c'est-à-dire que les individus qui exercent le pouvoir à titre de gouvernement — *lato sensu* — de l'État sont habilités par un ordre juridique à exercer le pouvoir par la création et l'application de normes juridiques; autrement dit, c'est, en bref, le fait que le pouvoir d'État a un caractère normatif »²⁹.

On remarque que par cette distinction Kelsen évacue au passage toute reconnaissance des rapports de puissance de fait comme faisant partie de la sphère étatique et donc politique. Par conséquent, il nous semble important d'indiquer que Kelsen établit une équivalence forte entre politique et étatique. En effet, on pourrait supposer que tout rapport de force au sein de la société soit de nature politique, tout en

²⁸ *Ibid.*, p.382.

²⁹ *Ibid.*, p.383.

distinguant l'État comme force politique légitime, ce que Kelsen écarte. La position de Schmitt dans ce débat ne manquera pas de pertinence, ni d'intérêt.

Pour revenir au thème de la primauté du droit sur le politique, le constat semble s'imposer de lui-même. En effet, Kelsen vise juste lorsqu'il présente la puissance publique, le territoire et le peuple comme les éléments constitutifs d'un État donné. Or, ces éléments constitutifs sont tous, selon lui, de nature juridique. Il ne s'agit donc plus de poser le politique — ou l'étatique les deux pouvant s'interchanger — comme une sous-partie du juridique qui dispose néanmoins d'éléments constitutifs intrinsèques, mais bien de faire de l'État un élément entièrement déterminé par le juridique. On peut le voir lorsque Kelsen parle de la puissance de l'État et des outils qui s'y rapportent:

« Mais ces fortifications et ces prisons, ces canons et ces potences sont des objets inanimés, des choses inertes; ils ne deviennent des instruments de la puissance étatique que par le fait qu'ils sont manipulés par des hommes conformément aux ordres qui leur sont donnés par le gouvernement, donc si les policiers et les soldats obéissent aux normes qui règlent leur conduite. La puissance de l'État (...) n'est rien d'autre que l'efficacité de l'ordre juridique étatique »³⁰.

3) La pyramide des normes.

Étant donné la place tout à fait prédominante du droit, précisons les rapports des normes entre elles dans le cadre de cet imposant réseau. La question qui se pose à ce stade concernerait la structure interne de l'ordre juridique, à maintes reprises mentionné. Comment fonctionnent les normes entre elles, selon quelle dynamique constituent-elles

³⁰ *Ibid.*, p.383.

un tout? C'est un principe hiérarchique qui assure la cohésion de l'ordre juridique. Ainsi, Kelsen utilise une métaphore spatiale pour expliquer les rapports des normes en regard de leur création: la norme créatrice sera dite supérieure et celle créée sera dite inférieure³¹. À partir de ces multiples rapports d'infériorité et de supériorité, on obtient la construction suivante:

« L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »³².

Chaque norme posée au sein de cette pyramide se fonde sur une norme supérieure qui contient en elle les modalités de création de la norme concernée, et ce, jusqu'à ce que l'on remonte à la norme fondatrice, la *ur-norm*, dont nous expliquerons l'économie lors de la prochaine sous-partie. Pour l'instant, on se contentera de la relation générale que Kelsen établit entre *ur-norm* et constitution, cette dernière y étant conçue comme la manifestation positive du principe logique posé par la première³³. En ce qui concerne les rapports à l'intérieur de la pyramide des normes, on peut qualifier le tout d'ensemble cohérentiste dans la mesure où chaque norme contient en elle les conditions de la norme qui lui est inférieure.

« On a déjà analysé le rapport entre les normes qui réglementent la création d'autres normes et ces autres normes: en accord avec le caractère dynamique de l'unité des ordres juridique, une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle que détermine une autre norme;

³¹ *Ibid.*, p.299.

³² *Ibid.*, p.299.

³³ *Ibid.*, p.300.

cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première »³⁴.

Cette règle de création et de validation d'une norme correspond en fait à l'incarnation du principe selon lequel une norme ne peut résulter que d'une autre norme en raison « de ce quelque chose *est*, il ne peut pas s'ensuivre que quelque chose *doit être*; non plus que de ce quelque chose *doit être*, il ne peut s'ensuivre que quelque chose *est* »³⁵. C'est à ce titre que nous qualifions l'ordre juridique de Kelsen d'ensemble cohérentiste puisque les normes juridiques ne peuvent se fonder par correspondance, c'est-à-dire, en correspondant à un fait qui relève d'un domaine autre, celui de ce qui est. Les normes doivent se fonder entre elles, à l'intérieur du seul domaine du devoir-être.

La question de l'appartenance au domaine du devoir-être et donc, dans le cas particulier, à l'ordre juridique, retrace une propriété intéressante de ce dernier. Traditionnellement, on établit une distinction entre la norme elle-même, sa création et son application. On peut même dire, si l'on se réfère à la théorie de la séparation des pouvoirs qu'il y a une certaine opposition entre l'application actualisée par l'exécutif et la création, fruit du législatif. Toujours à l'intérieur de cette ligne de pensée, l'application dépend d'un individu qui posséderait une fonction précise et de la marge de manoeuvre qui l'accompagne. Or, on a pu s'apercevoir, lors de l'analyse de la primauté du juridique sur le politique, que l'individu et sa fonction ne sont que « choses inertes » aux yeux de Kelsen, n'étant que les simples délégués de la norme qui les habilite et détermine leur activité³⁶. On soulignera que ce raisonnement ne s'applique pas qu'aux

³⁴ *Ibid.*, p.299.

³⁵ *Ibid.*, p.255-256.

³⁶ *Ibid.*, p.383.

fonctionnaires subalternes, mais aussi aux membres du gouvernement fussent-ils au sommet de la hiérarchie étatique. En d'autres termes, la norme détermine ses propres modalités d'application. Il devient donc inutile de poser une distinction entre la norme et son application, cette dernière se déduisant de manière analytique, sans intervention d'un élément externe. D'un autre côté, on a vu que seule une norme peut présider à la création d'une autre norme. « Au regard de la théorie du droit positif, seul du droit peut être source du droit »³⁷. On assiste ainsi à la création d'une « combinaison théorique » qui implique le principe autonome de la norme et le principe d'autofondation du droit, ce qui permet à Kelsen d'avancer la position suivante:

Voir la fin
de la Thèse
sur le
droit.

« De même que la collectivité n'est rien autre chose que l'ordre juridique, de même la proposition qu'une norme fait partie d'un ordre juridique équivaut purement et simplement à la proposition qu'une norme fait partie d'un ordre juridique parce qu'elle a été créée conformément à la disposition d'une norme de cet ordre juridique, et, en fin d'analyse, conformément à la disposition de la norme fondamentale de cet ordre »³⁸.

Ce qui lui sert de prémisse pour conclure que « la création d'une norme qui est réglée par une autre norme constitue l'application de cette dernière »³⁹. L'opposition application de la norme et création de la norme disparaît grâce à la faculté de cette dernière à préciser ses modalités d'application et recentre donc la problématique sur la norme en tant que telle. Kelsen illustre cette procédure « d'application créative » par un résumé de la formation des ordres juridiques en général:

³⁷ *Ibid.*, p.313.

³⁸ *Ibid.*, p.315.

³⁹ *Ibid.*, p.315.

«La création de la Constitution a lieu en application de la norme fondamentale. Ensuite, la création des normes juridiques générales par la législation et par la coutume a lieu en application de la Constitution; puis, en application de ces normes générales a lieu la création des normes individuelles par des décisions juridictionnelles et des décisions administratives »⁴⁰.

De plus, cette assimilation de l'application à la création obéit à la formation « en système clos » exigée par l'ambition scientifique de Kelsen. En effet, la possibilité de la création *ex nihilo* d'une norme est immédiatement exclue:

« Car une norme dont la création n'est absolument pas réglée par une norme supérieure ne peut pas être considérée comme posée dans le cadre de l'ordre juridique, et ne peut par suite faire partie de cet ordre; et un individu ne peut être considéré comme organe, sa fonction ne peut être attribuée à cette collectivité, qu'à condition qu'il soit désigné par une norme supérieure de l'ordre juridique qui fonde la collectivité, c'est-à-dire, en d'autres termes: à condition qu'il soit habilité à la fonction par une semblable norme »⁴¹.

En fait, ce principe d'exclusion de création *ex nihilo* de toute norme juridique, allié à la pureté de la science du droit, résume l'ensemble du positivisme kelsénien. En effet, la seule présence d'un ordre juridique implique une dialectique entre la norme et son objet, dans le cas précis, les individus. Se pose alors une question à partir de laquelle on peut classer les différentes théories juridiques: qui, des individus ou des normes, règle la dynamique de l'ensemble juridique? La présence d'un système clos et cohérent posé par Kelsen, l'impossibilité de créer une norme en-dehors de l'ordre juridique s'unissent pour faire pencher la balance en faveur des normes. D'où la caractérisation du normativisme par Schmitt:

⁴⁰ *Ibid.*, p.315-316.

⁴¹ *Ibid.*, p.316.

« Le normativiste interprète ainsi, de manière normativiste, l'une des plus belles et des plus vieilles expressions de la pensée juridique humaine en général, celle du *Nomos Basileus*, du « Nomos comme roi » de Pindare. Dans le langage normativiste, cela signifie que ce qui doit « régner » ou « commander », c'est uniquement la loi, et non la nécessité imposée par la situation se modifiant sans cesse, ni non plus l'arbitraire des hommes »⁴².

La vision normativiste de l'ordre juridique se réduit donc à la norme, posée comme le pivot d'une structure en pyramide. La dimension organisationnelle de l'ordre juridique ayant été abordée, il reste maintenant à étudier la dimension fondationnelle. En d'autres termes, nous savons que chaque norme dépend d'une norme supérieure, et ce, jusqu'à la norme suprême. Comment cette dernière opère-t-elle? Quelle est sa nature et son articulation face au reste de l'ordre juridique? En effet, si chaque norme dispose d'une norme supérieure, Kelsen ne propose-t-il pas une régression à l'infini? Comment évite-t-il cet écueil sans compromettre la pureté théorique de l'ensemble? Telles sont les questions auxquelles la sous-partie suivante se consacrera.

4) La clef de voûte du normativisme, la *Ur-norm*.

La solution de la fondation de l'ordre juridique s'enracine dans la notion de norme fondamentale, la *Ur-norm*, et cette dernière, en tant que concept, s'enracine à son tour dans la notion de norme juridique. Cette dernière est définie par Kelsen comme suit: « Une « norme » est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »⁴³. À ce titre, et comme Kelsen le souligne, la norme présuppose la présence d'une volonté, pour être précis, un acte de

⁴² Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, P.U.F., coll. Droit, Éthique, Société, 1995, p.72.

⁴³ Hans Kelsen, *op. cit.*, p.7.

volonté⁴⁴. Mais la norme se distingue immédiatement de l'acte de volonté en vertu de la distinction nette établie entre ce qui est — l'acte de volonté — et ce qui devrait être — la prescription de la norme. La norme peut donc être vue comme la signification de l'acte de volonté, tout en lui étant par la suite indépendante. Dans le cas des normes juridiques cette indépendance se manifeste clairement par une autre distinction, opérée cette fois au niveau de la signification concernée. Ainsi, on peut se trouver en présence de la signification subjective d'une norme ou de sa signification objective. La signification subjective correspond à « tout acte de volonté d'un homme qui, dans son esprit, tend à obtenir une conduite d'autrui »⁴⁵. La signification objective d'un acte de volonté suppose, comme son nom l'indique, le détachement d'une volonté particulière individuelle.

« Dire que le sens objectif de l'acte est lui aussi un « *Sollen* » (c'est-à-dire quelque chose qui doit être), c'est exprimer que la conduite que l'acte vise à déterminer est considéré comme devant avoir lieu, non plus seulement du point de vue de l'individu qui pose l'acte, mais également du point de vue des tiers désintéressés; cela, même lorsque, dans la réalité, le vouloir qui signifie subjectivement un *Sollen* a cessé d'exister, lorsqu'avec la volonté ne disparaît pas également la signification, c'est-à-dire le *Sollen*, — lorsque le *Sollen* « vaut » également après que le vouloir a cessé d'exister, bien plus lorsqu'il vaut alors même que l'individu sur la conduite duquel porte l'acte de volonté ne sait absolument rien de cet acte ni de sa signification, et est cependant considéré comme obligé ou autorisé à se conduire conformément au *Sollen* de l'acte »⁴⁶.

On peut constater l'une des raisons pour lesquelles Schmitt considère le normativisme comme une théorie qui peut se prévaloir du fait qu'elle « est

⁴⁴ *Ibid.*, p.6.

⁴⁵ *Ibid.*, p.10.

⁴⁶ *Ibid.*, p.10-11.

impersonnelle et objective »⁴⁷. Pour revenir à la théorie pure du droit, on soulignera que la signification objective de l'acte de volonté qui pose la norme joue le rôle de condition de possibilité de l'existence de la norme au sens juridique du terme. La norme juridique peut donc se présenter comme un sous-ensemble du domaine du devoir-être, par opposition à n'importe quelle volonté exprimée subjectivement. C'est à partir de cette distinction que nous rejoignons la pyramide des normes, dans la mesure où une norme donnée bénéficiera d'une dimension objective, par la norme qui lui est supérieure. En d'autres termes, lorsque l'on dispose d'un devoir-être qui résulte de l'expression d'un acte de volonté, ce devoir être ne se prévaudra d'une signification objective que lorsqu'une autre norme lui aura attribué son statut objectif, c'est-à-dire, sa validité indépendamment de la signification subjective de l'acte de volonté originaire.

« Tel est le cas lorsqu'une norme attribue cette signification objective à l'acte de volonté qui pose un *Sollen*, lorsque cet acte est habilité par une norme, qui est pour cette raison considérée comme une norme « supérieure »⁴⁸.

On remarquera la disparition immédiate et systématique de tout aspect volontariste de l'idée de norme, puisque cette disparition constitue la condition nécessaire à l'acquisition du statut de norme. La signification objective peut être considérée comme un élément clef de la pyramide des normes puisque c'est à partir de cette exigence que les normes s'organisent de manière hiérarchique. Une norme exige une autre norme pour acquérir son statut objectif et être posée comme telle.

⁴⁷ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p.72.

⁴⁸ Hans Kelsen, *op. cit.*, p.11.

« De même, si l'acte de législation, qui a subjectivement la signification d'un *Sollen*, a cette signification objectivement aussi, c'est-à-dire s'il a le sens d'une norme valable, c'est parce que la Constitution le lui confère »⁴⁹.

On remonte donc l'ensemble de la pyramide non plus seulement par l'obéissance au principe de cohérence exprimé plus haut, mais aussi par la dynamique de création du droit. Une norme n'est créée que par l'action d'une autre, qui lui confère son statut, car posée comme créatrice de droit. Ici entre en jeu la notion de norme fondamentale, de *Ur-norm*. En effet, Kelsen postule la distinction entre l'acte de volonté et la norme, et l'indépendance de cette dernière, par la dimension créatrice d'une autre norme dite alors « supérieure ». Comment « fixer » ce recours nécessaire à une norme supérieure, de manière à éviter qu'il donne lieu à une régression à l'infini? Par le postulat de la *Ur-norm* vue comme présupposé.

« L'acte de législation constitutionnelle a un sens normatif objectif aussi, s'il est présupposé que l'on doit se conduire comme le législateur constituant le prescrit.(...) On appellera désormais une telle hypothèse qui fonde la validité objective: norme fondamentale »⁵⁰.

On obtient donc le système de création et de fondement des normes suivant:

« Il faut remarquer que les actes par lesquels sont créées des normes juridiques n'entrent en ligne de compte, du point de vue juridique, qu'en tant qu'il sont réglés par des normes juridiques, et que la norme fondamentale, qui est l'ultime fondement de la validité de ces normes, n'est même pas créée par un acte de volonté mais est supposée dans la pensée juridique »⁵¹.

⁴⁹ *Ibid.*, p.11-12.

⁵⁰ *Ibid.*, p.12.

⁵¹ *Ibid.*, p.31.

Voici donc comment Kelsen évite la régression à l'infini sans fonder l'ordre juridique par une volonté qui relèverait d'un domaine autre que celui du devoir-être, par la mise en place d'une norme qui ne saurait être posée, comme les normes du *corpus* juridique, mais bien supposée. Nous établirions un parallèle avec l'hypothèse de travail à la base des sciences en général et de la science physique en particulier, selon laquelle nous vivons au sein d'un monde réel, c'est-à-dire, qui ne résulte pas du rêve du sujet, même si ce présupposé n'est pas scientifiquement démontrable. Il reste que la simple supposition d'une *Ur-norm* posant la Constitution comme créatrice de droit semble faible, pour ne pas dire arbitraire. En effet, pourquoi ne pas supposer une volonté politique originaire, appuyée sur la contrainte armée? La réponse à cette question ne se situe pas à l'intérieur de l'articulation entre la *Ur-norm* et le reste de l'ordre juridique, mais sur un fait qui n'est pas de soi juridique.

Le problème de la notion de *Ur-norm* vient de ce qu'une grande partie de son contenu se détermine négativement. Elle semble à la fois servir de notion complémentaire tout en détenant un rôle primordial dans le système kelsénien. On peut le constater par une des caractérisations fournies par Kelsen, qui, bien que la définissant de manière négative, la relie aux lignes de forces de la théorie pure du droit:

« Elle est le point de départ d'une procédure: de la procédure de la création positive du droit. Elle n'est elle-même pas une norme posée, posée par la coutume ou par l'acte d'un organe juridique; elle n'est pas une norme positive; l'instance constitutionnelle étant considérée comme une autorité suprême, et ne pouvant par suite pas être considérée comme tenant le pouvoir d'établir la Constitution d'une norme posée par une autorité supérieure, la norme fondement ne peut être que « supposée »⁵².

⁵² *Ibid.*, p.263.

D'où la difficulté à l'intégrer au sommet de la pyramide des normes, mentionnée plus haut. Malgré les objections que l'on pourrait énoncer, Kelsen se défend de supposer la *Ur-norm* de manière arbitraire: «si l'on suppose telle norme fondamentale, ce n'est pas par une décision arbitraire»⁵³. Le fondement de la position de Kelsen concernant la *Ur-norm* consiste en une question qui exprime une nécessité, d'une part, et une exigence qui se rapporte à la mise en place logique d'un savoir juridique scientifique, d'autre part. La question est celle de la validité ultime d'un ordre juridique, en tant qu'ordre normatif et système de production de connaissances juridiques.

« Mais où donc se trouve le fondement de la validité de cette Constitution, sur laquelle repose à son tour la validité de toutes les normes générales et la validité des normes individuelles créées sur la base de ces normes générales? »⁵⁴.

La question posée, en remontant à la source de tout ordre juridique et questionnant cette source même, pousse la problématique dans ses derniers retranchements: il est nécessaire de répondre à la question si l'on désire fonder la reconnaissance d'un ordre juridique propre à obtenir le statut d'objet d'étude autonome. Cette nécessité s'impose donc selon une perspective méta-théorique, il ne s'agit pas de fonder la validité du contenu des normes en regard d'une analyse éthique — ou tout autre analyse extra-normative:

« Mais il faut bien remarquer qu'en faisant l'hypothèse d'une norme fondamentale, on n'affirme aucune valeur transcendante au droit positif. Quel

⁵³ *Ibid.*, p.266.

⁵⁴ *Ibid.*, p.264.

est le contenu de cette Constitution et de l'ordre juridique étatique créé sur sa base? Cet ordre est-il juste ou injuste? Ces questions n'entrent pas en ligne de compte; ni davantage le point de savoir si cet ordre juridique garantit effectivement un relatif état de paix au sein de la collectivité qu'il fonde »⁵⁵.

Étant donné la dimension nécessaire de la *Ur-norm*, Kelsen pourrait se limiter à la supposer malgré une définition négative, sa valeur se déduisant de son rôle.

« Il faut de toute nécessité que cette hypothèse soit une norme, puisque seule une norme peut être le fondement de la validité d'une autre norme: mais elle ne sera pas une norme posée par une autorité juridique, mais une norme supposée, c'est-à-dire une norme que l'on suppose si l'on reconnaît à la signification subjective de l'acte constituant et des actes créateurs de normes posée conformément à la Constitution, le caractère de signification objective aussi »⁵⁶.

Outre le sous-entendu marqué par l'expression « de toute nécessité », on soulignera le rôle d'élément constituant de la définition de la norme juridique joué par la *Ur-norm*. En effet, une norme juridique se définit comme un devoir-être qui dispose d'une signification subjective et objective à la fois. Or cette signification objective est ultimement fournie par la *Ur-norm* qui « se porte garante » de la cohérence de l'ordre juridique en tant que sujet scientifique. Plus concrètement, la garantie que représente la *Ur-norm* s'articule à la question de la validité, du caractère obligatoire de la Constitution.

« La validité de cette Constitution, son caractère de norme obligatoire, doivent être *supposés*, admis comme hypothèses, si l'on veut qu'il soit possible d'interpréter les actes posés conformément à ses dispositions comme la création ou l'application de normes juridiques générales valables, et les actes

⁵⁵ *Ibid.*, p.267.

⁵⁶ *Ibid.*, p.265.

faits en application de ces normes juridiques générales, comme la création ou l'application de normes juridiques individuelles valables »⁵⁷.

À partir de la nécessité de fondement de la science du droit et du rôle de garantie de la signification objective des normes de l'ordre juridique, Kelsen propose un énoncé plus positif de la *Ur-norm*:

« La proposition fondamentale de l'ordre juridique en question s'énoncera de la façon suivante: des actes de contrainte doivent être posés sous les conditions et de la manière que prévoient la Constitution étatique historiquement première et les normes posées conformément à cette Constitution; ou, en forme abrégée: on doit se conduire conformément de la façon que la Constitution prescrit »⁵⁸.

Nous avons à plusieurs reprises mentionné que la *Ur-norm* ne se limite pas à représenter le fondement de la Constitution, mais aussi à servir de condition de possibilité de la science du droit, en tant qu'elle obéit à l'exigence première de la pureté de la théorie normative. Pour ce faire, Kelsen joue sur l'opposition entre les définitions respectives d'un énoncé posé et d'un énoncé supposé, comme la *Ur-norm*. En ce qui concerne le problème de sa validité, une norme posée — dans le sens « positive » et non simplement affirmée — résulte par définition d'une opération logique qui se divise en trois énoncés, la majeure, la mineure et la conclusion.

« La fondation de la validité d'une norme positive, c'est-à-dire posée par un acte de volonté et qui prescrit une certaine conduite, a lieu par une procédure syllogistique »⁵⁹.

⁵⁷ *Ibid.*, p.265.

⁵⁸ *Ibid.*, p.265-266.

⁵⁹ *Ibid.*, p.268.

Cette structure syllogistique — qui retrace par la même occasion la pyramide des normes dans son entièreté — pose elle aussi la question de la validité de l'ordre juridique, mais selon le point de vue logique. Le but de Kelsen sera donc de poser un énoncé de telle manière qu'il ne puisse plus faire l'objet d'une remise en question. Or, un tel énoncé est possible si il ne peut constituer la mineure d'un autre syllogisme, en d'autres termes, si son référent constitue une autorité suprême. En effet, la mineure entretient une relation de dépendance face à la majeure: elle tire son sens de la catégorie posée par la majeure. Cela devient clair si l'on se réfère à l'exemple fourni par Kelsen: « On doit obéir aux commandements de Dieu; or Dieu a commandé d'obéir aux ordres des parents; par conséquent, on doit obéir aux ordres des parents »⁶⁰. La relation de dépendance de la mineure à la majeure se retrace concrètement dans le rapport de norme inférieure à norme supérieure: la norme supérieure pose la norme inférieure. Ainsi, la *Ur-norm*, la norme suprême, tire son statut à partir de son rôle de majeure nécessaire d'un énoncé syllogistique, c'est-à-dire, d'une norme qui ne peut être une mineure car ne pouvant se justifier par un syllogisme.

« Si la validité d'une norme ne peut plus être fondée de cette façon, elle doit être placée comme majeure en tête d'un syllogisme, mais elle ne peut plus être elle-même énoncée comme la conclusion d'un nouveau syllogisme qui fonde sa validité. Autrement dit: elle est *supposée* comme norme fondamentale »⁶¹.

⁶⁰ *Ibid.*, p.268.

⁶¹ *Ibid.*, p.268.

On se rend alors compte que le terme « suprême » recouvre une notion plus importante que la simple hypothèse d'une norme suprême, clef de voûte de la pyramide des normes. En fait elle répond à la question suivante:

« La théorie pure du droit pose la question de savoir comment est possible une interprétation de la signification de certains faits comme un système de normes objectivement valables, descriptibles dans des propositions de droit, une interprétation qui ne recoure pas à des autorités métajuridiques telles que Dieu ou la Nature. À cette question de théorie de la connaissance, la théorie pure du droit répond: une telle interprétation est possible à la condition de supposer la norme fondamentale, « on doit se conduire comme la Constitution le prévoit », c'est-à-dire de la façon qui correspond au sens subjectif de l'acte de volonté constituant, aux prescriptions ou commandements du législateur constituant »⁶².

En fait, la notion de *Ur-norm* représente plus un processus qu'une hypothèse, il s'agit du processus que l'on doit suivre de manière apriorique pour interpréter des normes juridiques, lorsque le sujet observant les considère comme positives.

« Cette norme fondamentale ne peut donc pas être une norme voulue, elle ne peut notamment pas être voulue par la science du droit — c'est-à-dire par le juriste qui pratique la science du droit — , mais d'autre part, cette norme fondamentale (plus exactement: son énoncé) est logiquement indispensable pour fonder la validité objective des normes juridiques positives; donc elle ne peut être qu'une norme pensée, plus précisément: une norme qui est pensée comme hypothèse, lorsque l'on interprète un ordre de contrainte comme toute efficace comme un système de normes juridiques valables »⁶³.

Bien que la démonstration de Kelsen puisse être impressionnante, il n'en reste pas moins qu'un léger doute subsiste à l'intérieur de notre esprit. Non pas que nous puissions remettre en question l'énoncé de la *Ur-norm* en tant que condition de

⁶² *Ibid.*, p.267.

⁶³ *Ibid.*, p.272.

possibilité, mais la dimension purement logique de la démonstration comporte quelques conséquences. Ainsi, l'interaction entre majeure et mineure au sein d'un syllogisme procure à Kelsen la fondation de la *Ur-norm* en tant qu'énoncé nécessairement majeur. Ceci pour proposer un énoncé objectivement valable, donc à l'abri de toute remise en question syllogistique. Sur le plan logique, on peut établir l'équivalence suivante: un énoncé toujours valable équivaut logiquement à un énoncé toujours vrai, c'est-à-dire, vrai dans tous les mondes logiques possibles. Or, un tel énoncé dispose d'un nom précis et d'une non moins précise propriété: il s'agit d'une tautologie qui se distingue comme énoncé incapable de produire de nouvelles connaissances, et donc à l'abri de toute remise en question. Comment donc Kelsen peut-il fonder un système de connaissance entier, une science, sur une tautologie? Cette question ne manquera pas d'attirer les commentaires de Schmitt:

« On voit surgir la tautologie d'une effectivité grossière: une chose est valide si elle est valide et parce qu'elle est valide. C'est le « positivisme »⁶⁴.

5) Un système rationaliste.

Ayant exposé les points principaux de la théorie de Kelsen, nous allons à présent proposer quelques commentaires sur l'ensemble du normativisme afin de le situer sur le spectre des théories. Cette mise en contexte nous servira de point de départ pour la confrontation avec Schmitt.

⁶⁴ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., coll. Léviathan, 1993, p.137.

Nous nous permettons de commencer le paragraphe par une affirmation: la science du droit de Kelsen est rationaliste en ce sens que les connaissances déduites proviennent d'opération intellectuelles, par opposition à une quelconque expérience empirique de l'ordre juridique concerné. Ce contexte procède de l'utilisation de la logique pour fonder la *Ur-norm* et du parallèle établi par Kelsen entre le rôle de cette dernière et de l'idéalisme kantien. Comme on peut s'en apercevoir par la structure pyramidale de la validation des normes, la supposition — au sens kelsénien du terme — de la *Ur-norm* a pour propriété, si ce n'est raison d'être, l'esquive d'une régression à l'infini.

« Ceci conduit à soupçonner que la décision joue chez Schmitt un rôle comparable à celui de *Grundnorm* dans la théorie pure du droit: l'une et l'autre visent à garantir la consistance et la complétude de l'ordre juridique en évitant (...) le risque d'une *regressio ad infinitum* »⁶⁵.

Cette visée de la démonstration rappelle curieusement les tentatives de démonstration *a priori* de l'existence de Dieu, qui se fondaient presque entièrement sur des opérations de logique. Cette comparaison que nous établissons a surtout pour but de souligner la nature extra-empirique de la conceptualisation de la *Ur-norm*. Comme le précise Kelsen, la norme fondamentale ne provient pas de la volonté.

« En d'autres termes: si la norme fondamentale ne peut pas être une norme voulue, mais s'il est logiquement indispensable et nécessaire de l'énoncer dans la majeure d'un syllogisme pour fonder la validité objective des normes, elle ne peut être qu'une norme pensée, une norme conçue par l'intelligence »⁶⁶.

⁶⁵ Jean-François Kervégan, *loc. cit.*, p.62.

⁶⁶ Hans Kelsen, *op. cit.*, p.269.

Mais à l'opposition volonté/intelligence, ne peut-on pas superposer celle intelligence/sensation? Et donc faire de la *Ur-norm* une norme qui n'est pas conçue par l'expérience sensorielle? Cette interprétation ne repose pas uniquement sur les points communs que nous pensons remarquer entre diverses positions philosophiques, elle se retrouve à l'intérieur de la comparaison même entre la théorie pure du droit et la critique de la raison pure. En effet, pour illustrer la nécessité de la *Ur-norm* pour fonder la pyramide des normes, Kelsen lie sa propre théorie à l'idéalisme.

« On peut dire que la norme fondamentale que présente la science du droit est — s'il est permis d'utiliser par analogie un concept de la théorie kantienne de la connaissance — la condition logique transcendantale de cette interprétation »⁶⁷.

La *Ur-norm* est à l'ordre juridique ce que sont les catégories aprioriques de l'entendement à la réalité phénoménale. Or, il est traditionnellement admis que l'épistémologie kantienne se compose, dans son ensemble, d'éléments empruntés à la tradition empiriste, d'une part, et d'éléments empruntés à la tradition rationaliste, d'autre part. Les catégories aprioriques de l'entendement, auxquelles Kelsen compare la *Ur-norm*, relèvent nettement de la partie « rationaliste » de l'idéalisme. D'où la vision d'une *Ur-norm* qui procède d'un rationalisme classique, logique. Cela suffit-il pour qualifier l'ensemble de la théorie pure du droit de pensée rationaliste? On pourrait pousser la comparaison avec l'idéalisme de Kant et objecter que si la *Ur-norm* constitue un principe *a priori* d'encadrement des connaissances juridiques, rien ne s'oppose à ce que ces connaissances soient de nature empirique. Tel est le cas de la critique de la

⁶⁷ *Ibid.*, p.267.

raison pure. Une telle objection est valide mais voit sa pertinence réduite par la nature même des normes qui composent l'ordre juridique et donc les connaissances que l'on peut en déduire.

À nos yeux, le système normatif postulé par Kelsen prend sa dimension rationaliste, abstraite, à partir de deux sources. La première à trait à la nature formaliste de la pyramide des normes, et la seconde résulte de l'exigence de pureté. En ce qui concerne la dimension formelle, on se rappellera avant tout de la création des normes, plus particulièrement de l'une de ses propriétés. Cette dernière repose sur l'analyse de Kelsen concernant la validité des ordres juridiques:

« Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, c'est-à-dire parce que son contenu peut être déduit par voie de raisonnement logique d'une norme fondamentale supposée, elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale, norme supposée; c'est pour cette raison, et pour cette raison seulement qu'elle fait partie de l'ordre juridique dont les normes sont créées conformément à cette norme fondamentale. Il suit de là que n'importe quel contenu peut être droit »⁶⁸.

La propriété elle-même correspond à la seconde phrase: la question du contenu des normes se retrouve ainsi minimisée par Kelsen, elle ne rentre pas en compte lors de la déduction d'une norme inférieure à partir d'une norme supérieure. On soulignera avec raison que Kelsen fait allusion au contenu de la norme par le concept de principe d'unité statique des systèmes normatifs⁶⁹. Ce dernier est défini comme suit:

« C'est en vertu de leur fond ou contenu que ses normes sont valables, — qu'en d'autres termes, la conduite humaine qu'elles prévoient est considérée

⁶⁸ *Ibid.*, p.261.

⁶⁹ *Ibid.*, p.258.

comme devant se produire — ; c'est parce que leur validité peut être rapportée à une norme sous le fond de laquelle leur propre fond se laisse subsumer comme le particulier sous le général »⁷⁰.

Mais Kelsen limite de son propre chef la pertinence d'un tel principe, d'une part, « les systèmes de normes qui se présentent comme des ordres juridiques ont pour l'essentiel un caractère dynamique », et d'autre part, le contenu auquel il fait allusion n'est considéré que dans la mesure où il établit un rapport⁷¹. En d'autres termes, le contenu n'est pas étudié selon les critères d'un ordre moral qui lui serait externe, mais seulement selon un rapport de tout englobant face à ses sous-parties.

« Toutes les normes d'un ordre de ce type sont déjà incluses dans la norme supposée, on peut les en déduire par voie d'opération logique, en concluant du général au particulier »⁷².

Le processus reste donc formel, la question de la qualité de la norme n'est pas abordée, même lorsque Kelsen cite le contenu de la norme. Cette approche formelle se justifie par l'exclusion de présupposés externes quant à l'étude du droit comme objet de science. En ce sens, l'ordre juridique du normativisme « institue une hiérarchie d'habilitations et de points d'imputation, définit « la forme de la légalité », mais propose peu en terme de substance⁷³. Si l'on peut se permettre une image, l'étude d'un ordre juridique selon la théorie pure du droit pourrait être « traduite » en une suite d'opérations logiques, c'est-à-dire d'opérations à l'intérieur desquelles l'énoncé des normes serait remplacée par des inconnues du type, x, y, z, etc.

⁷⁰ *Ibid.*, p.258.

⁷¹ *Ibid.*, p.261.

⁷² *Ibid.*, p.258.

⁷³ Jean-François Kervégan, *loc. cit.*, p.63.

L'absence de pertinence du contenu des normes représente à la fois le symptôme de la dimension formelle que nous venons d'évoquer, et la conséquence du projet à l'origine de la théorie pure du droit. Le problème soulevé se rencontre à l'intérieur même du titre de l'oeuvre, en la personne du qualificatif « pure ». En fait, la signification que lui attribue Kelsen est révélatrice.

« Pourquoi se dénomme-t-elle elle-même une théorie « pure » du droit? C'est pour marquer qu'elle souhaiterait simplement assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet. En d'autres termes, elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers »⁷⁴.

C'est par cette exigence méthodologique que Kelsen se coupe de l'expérience empirique pour se tourner vers l'ensemble abstrait que représente l'ordre juridique composé de ses normes. En effet, le contenu de la norme, qui se trouve évacué, fait référence à une réalité précise, à savoir, la réalité sociale. Or cette dernière ne peut être prise en compte en raison d'une distinction que Kelsen établit entre science sociale causale et science sociale normative. Cette distinction retrace un système de correspondance: aux sciences sociales causales correspondent les normes fondées sur le principe de causalité, tandis qu'aux sciences sociales normatives correspondent les normes fondées sur le principe d'imputation. Le principe d'imputation de la norme juridique se distingue de celui de causalité par la relation entre les éléments exprimés au sein de la norme.

« Il est absolument évident que le crime et la peine, le délit civil et l'exécution forcée, la maladie contagieuse et l'internement du malade, ne sont

⁷⁴ Hans Kelsen, *op. cit.*, p.1

pas liés l'un à l'autre comme le sont une cause et son effet. Dans la proposition juridique, il n'est pas dit, comme dans la loi naturelle, que si A est, B est; il y est dit que, si A est, B doit être (*soll sein*); et ceci n'implique nullement que B sera réellement chaque fois que A sera »⁷⁵.

Cette distinction dispose du corollaire suivant:

« En particulier, la science du droit ne peut pas énoncer que, selon un ordre juridique donné, si un délit est commis, une sanction intervient effectivement. En produisant semblable assertion, elle se mettrait en contradiction avec la réalité; car en fait, il arrive souvent qu'un délit est commis sans que la sanction instituée pour ce cas par l'ordre juridique se réalise: et cette réalité n'est pas l'objet que doit décrire la science du droit »⁷⁶.

Ce dernier passage nous semble particulièrement important dans la mesure où il signifie d'une part, que la question de la valeur concrète d'une norme réside en dehors du champ d'étude de la science du droit, et d'autre part, que toutes les notions abordées par la science du droit de Kelsen seront influencées par cette absence. L'objet de la science du droit, en se distinguant de tout autre objet d'étude, reste dans le domaine de l'abstraction.

« L'opposition ultérieure est néanmoins en germe: en déclarant que l'application du droit n'est pas un problème juridique, Kelsen se donne trop aisément les moyens de faire valoir la thèse, qui sera constamment la sienne, du caractère purement normatif de l'énoncé juridique, pris comme *Soll-Satz* »⁷⁷.

L'assimilation de l'État au droit résulte de cette conception abstraite de l'ordre normatif: étant donné les distinctions précitées, la notion d'État ne peut être cohérente qu'en tant que formation juridique, puisqu'il ne peut constituer ni une réalité sociale —

⁷⁵ *Ibid.*, p.106.

⁷⁶ *Ibid.*, p.108.

⁷⁷ Jean-François Kervégan, *loc. cit.*, p.61.

qui relèverait alors des sciences sociales causales — , ni comme l'institution qui garantit l'efficacité des normes — cette dernière n'étant pas appréhendée. Schmitt réagit à ce problème en articulant le fonctionnement de l'État sur la décision, condition de la souveraineté, alors que Kelsen recherche une théorie de l'ordre juridique obéissant au seul normativisme.

« À cet égard Schmitt et Kelsen vont suivre à partir de là une démarche analogue: le premier va radicaliser l'autonomie de la décision en en faisant le fondement même de la normativité de la norme, tandis que le second va réduire l'espace qu'il concédait à l'application des normes en lui conférant également un caractère normatif dans le cadre d'une conception « dynamique » de l'ordre juridique comme une pyramide d'actes tous normatifs d'habilitation »⁷⁸.

Le problème ici abordé se voit adéquatement exprimé par le jugement que Kelsen pose sur l'histoire des théories du droit:

« Sans aucun esprit critique, elle a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique, et théorie d'autre part. Et certes, un tel amalgame peut s'expliquer par le fait que le second groupe de sciences se rapporte à des objets qui sont assurément en relation étroite avec le droit; la théorie pure du droit n'ignore pas ni ne songe à nier cette relation; si elle entreprend de délimiter nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines, c'est parce qu'elle cherche à éviter un syncrétisme de méthodes qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet: le droit »⁷⁹.

Mais en délimitant le domaine d'étude du droit avec une telle « exactitude », Kelsen se prive des moyens de rendre compte de l'efficacité d'une norme, moyens contenus par les autres domaines qui entretiennent une relation avec le droit, particulièrement la pensée du politique. D'où l'opposition avec Schmitt.

⁷⁸ *Ibid.*, p.62.

⁷⁹ Hans Kelsen, *op. cit.*, p.2.

En effet, le problème de l'application d'une norme établit le point central de la controverse qui oppose Schmitt et Kelsen. Si la construction abstraite de l'ordre juridique prime chez Kelsen, Schmitt postule l'inverse. Comme nous y avons fait allusion plus haut, Schmitt fonde son système sur la décision souveraine, inscrite dans la réalité concrète. La décision caractérise et détermine le politique face au juridique. Là où la norme s'arrête, commence la décision en tant qu'acte volontaire, de portée existentielle. Il s'agit là du centre de la pensée politique de Schmitt, voyons de quoi il en ressort.

B – Le pouvoir constituant selon Schmitt.

1) La décision politique fondamentale.

« Tout ordre (*Ordnung*) repose sur une décision, et même le concept d'ordre juridique qu'on emploie sans réflexion comme une chose allant de soi renferme l'opposition des deux composantes du juridique. Même l'ordre juridique repose, à l'instar de tout ordre, sur une décision et sur une norme »⁸⁰.

Cette remarque de Schmitt concernant la question de la relation entre la souveraineté et le droit résume l'approche selon laquelle Schmitt réplique à la théorie pure du droit. La décision est au cœur de l'opposition entre Schmitt et Kelsen. Il s'agit de la notion par laquelle Schmitt fonde simultanément le contexte de sa pensée juridico-politique et la critique qu'il adresse à la théorie pure du droit.

⁸⁰ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.20.

« Il est clair, à partir de là, qu'une opposition tranchée existe entre le concept normativiste (kelsénien) et le concept décisionniste (schmittien) du droit; elle se traduit, notamment, par le rejet hors de la théorie pure du droit des considérations d'ordre « politique » ou « sociologique », c'est-à-dire de tout ce qui, pour Schmitt, constitue l'élément décisionniste »⁸¹.

Cet élément décisionniste recouvre en fait le principe selon lequel dès qu'il y a norme, se pose la question de son actualisation, question que Kelsen évacue complètement. Schmitt décide donc de soulever les problèmes impliqués par une telle prise de position pour avancer les siennes propres.

« La décision exacte ou appropriée (...), c'est-à-dire juste en un sens qui n'est pas normatif postulé et idéalement reconstruit par le juriste positiviste; en effet, ainsi pourrait-on reformuler « le postulat de la détermination du droit » (...) que propose le livre, le singulier n'est jamais purement et simplement subsumable sous l'universel »⁸².

De ce point de vue, la question de la détermination de la personne compétente pour appliquer une norme donnée apparaît immédiatement. Si l'on reprend l'exemple des objets de la puissance publique et de leur rapport à la norme suprême qui détermine la constitution, on sera en position de demander ce qui désigne les titulaires des divers postes étatiques comme actualisation de la constitution. Même si la norme subsume tout le reste, y compris la personne de ces derniers, elle ne peut échapper à cette question. En effet, c'est là le noyau central de la problématique: comment la norme, en dépit de sa nature englobante, peut-elle déterminer la personne chargée de l'actualiser, et la compétence qui l'accompagne? Au vu et su des attributs mêmes de la norme, ce problème est insoluble.

⁸¹ Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt, le politique entre spéculation et positivité*, P.U.F., coll. Léviathan, 1992, p.31.

⁸² Jean-François Kervégan, *La critique schmittienne du normativisme kelsénien*, p.60.

« Que l'idée du droit ne peut se transposer d'elle-même, on le voit déjà au fait qu'elle ne dit rien de celui qui doit l'appliquer. Il est impossible de tirer de la simple qualité juridique d'une proposition une détermination qui discrimine quelle personne individuelle ou quelle instance concrète peut revendiquer pour soi cette autorité »⁸³.

La question de la compétence d'une personne contient dans ses termes mêmes celle des conditions particulières qui entourent sa nomination. Par exemple, le problème de la désignation du chef d'État: on peut accepter que la définition de son activité et de son poste soit déterminée par la norme, mais le processus de désignation de tel chef d'État plutôt que tel autre renvoie à la dimension politique de son accession au pouvoir. Cette accession se situe par définition en-dehors de la sphère de la norme qui ne peut rendre compte de la particularité de l'individu qui occupe le poste. La norme ne prédéterminant pas les personnes qui exerceront la fonction suprême, le recours à une décision devient alors nécessaire.

« C'est pourquoi la question porte sur la compétence; cette question, il est impossible de la soulever, et encore moins de la résoudre, à partir de la qualité juridique du contenu de la proposition; résoudre les questions de compétences en prenant appui sur l'élément matériel, c'est prendre les gens pour des imbéciles »⁸⁴.

La problématique de l'application de la norme face à la décision peut se poser de la manière inverse: si la norme ne peut préciser qui doit l'appliquer, peut-elle préciser lorsqu'elle ne s'applique pas?

« À l'évidence, la tendance de l'État de droit à régler si possible dans le détail la situation exceptionnelle signifie rien de moins qu'une tentative de description précise du cas où le droit se suspend lui-même. Où le droit puise-t-

⁸³ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.41.

⁸⁴ *Ibid.*, p.43.

il cette force, et comment est-il logiquement possible qu'une norme ait valeur, à l'exception d'un cas concret qu'elle est incapable de ressaisir sans reste dans ses manifestations? »⁸⁵.

Face à cette question le normativisme reste sans réponse, tandis que Schmitt propose la sienne en la personne de la décision souveraine. Le rôle de la décision se saisit en tant que remise en question permanente de l'application de la norme conçue par la normativisme, en tant que confrontation entre la distinction kelsénienne entre être et ~~le~~ *paradon* devoir-être, abstrait et concret.

« La controverse portait toujours sur le point suivant: à qui attribuer les prérogatives qu'aucune disposition positive, par exemple une capitulation, n'avait prévues? En d'autres mots, qui devait être compétent pour le cas où aucune compétence n'était prévue? »⁸⁶.

Suite à cette question, on commence à mesurer l'opposition entre la norme et la décision, opposition qui se résume par la réflexion « sur la place de l'événement par rapport à la structure »⁸⁷. À l'événement correspond la décision, chronologiquement ponctuelle, tandis qu'à la structure correspond la norme, plus régulière, mais ne disposant que de peu de ressources face au concret.

Cette opposition entre décision qui s'imbrique dans le concret et norme qui s'imbrique dans une structure abstraite met en évidence une caractéristique de la décision: la décision trouve son fondement dans la particularité.

« Chez Krabbe, l'opposition entre personnel et impersonnel est reliée à celle de concret et d'universel, d'individuel et de général et on peut la prolonger par celles de pouvoirs publics et proposition juridique, autorité et

⁸⁵ *Ibid.*, p.24.

⁸⁶ *Ibid.*, p.20.

⁸⁷ Jean-Louis Schlegel, *Théologie politique*, introduction, p.IX.

qualité et, (...) par l'opposition entre personne et idée. Il est conforme à la tradition de l'État de droit que d'opposer de la sorte le commandement personnel à la validité objective d'une norme abstraite. »⁸⁸.

Le commandement correspond ici à la décision. En ce sens, cette remarque contient certaines caractéristiques de la décision selon Schmitt. Cette dernière est personnelle, dans la mesure où elle se rattache à un individu, est donc individuelle. On peut en déduire la propriété suivante: dès qu'il y a décision, elle ne peut que concerner telle personne au sein de telle situation; elle s'imbrique toujours dans une situation concrète. Lorsque la norme énonce « le X de la constitution Y », c'est une décision qui procure une substance aux termes généraux que sont les inconnues: « On a toujours affaire à une transformation » du général au particulier⁸⁹. De cette caractéristique particularisante, on peut en déduire une autre non moins importante.

Lorsque la décision permet de franchir le pas entre l'absolu de la norme et le particulier des circonstances, il apparaît une dimension créatrice, la décision n'étant ni de l'ordre de ce qui devrait être ni réellement de celui de la pure facticité puisqu'elle est en cours de réalisation d'un acte. « Dans l'instant, la décision se détache des arguments qui la fondent et prend une valeur autonome », c'est-à-dire ne relève plus du domaine du devoir être⁹⁰. De ce point de vue, on dira que la décision représente un instant au cours duquel se fixe la limite de la norme.

Une autre opposition à la norme se profile alors: la décision, étant donné son assimilation à un processus politique, est décision justement parce qu'elle sort du cadre

⁸⁸ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.40.

⁸⁹ *Ibid.*, p.41.

⁹⁰ *Ibid.*, p.42.

de la norme, par définition générale. La décision se rejette elle-même de la norme par sa nature même qui n'obéit pas à l'argumentation fondant la norme

« Du point de vue du contenu de la norme sous-jacente, ce moment constitutif, spécifique, de la décision est quelque chose de neuf et d'étranger. Considérée d'un point de vue normatif, la décision est née d'un néant »⁹¹.

C'est à ce titre que la décision réalise une condition de possibilité de la norme.

« L'affirmation est beaucoup plus forte: la décision est ce qui *rend possible* la norme en l'instituant comme telle. Une norme, selon Schmitt, dérive toujours d'un acte décisoire; ce que le décisionnisme récuse, c'est l'idée d'une autofondation de l'ordre juridique »⁹².

On pourra donc proposer la caractérisation suivante de la décision: cette dernière consiste en un acte qui s'imbrique foncièrement dans le concret et le particulier. De plus, sa dimension créatrice s'oppose à la dimension générale de la norme qui restreint son rôle à celui de cadre des actions particulières. En résumé, on peut dire que Schmitt répond au problème juridique de l'application de la norme en introduisant une notion propre au politique, à savoir, la décision.

La question qui se pose alors est de savoir le rôle que joue la décision dans le politique, puisqu'elle sert à tout le moins de toile de fond dans la citation suivante qui nous semble fixer correctement le contexte intellectuel des thèses politiques de Schmitt.

⁹¹ *Ibid.*, p.42.

⁹² Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt, le politique entre spéculation et positivité*, p.35.

« L'État, unité politique et centre de décision, détient et concentre un pouvoir énorme: il a la possibilité de faire la guerre et donc de disposer ouvertement de la vie d'êtres humains »⁹³.

2) L'ami et l'ennemi.

Faisant explicitement référence à la guerre, cette citation implique la mise en jeu de la notion centrale de la théorie de Schmitt. En effet, quelle est la condition nécessaire et suffisante pour qu'il y ait conflit? La présence d'un ennemi face auquel on dispose d'amis. Ces deux concepts constituent le critère de l'action politique selon Schmitt. Autrement posé, si l'on remarque un regroupement entre amis à l'encontre d'ennemis, on pourra dire que la situation concernée est de nature politique.

« La distinction spécifique du politique, à laquelle peuvent se ramener les actes et les mobiles politiques, c'est la discrimination de l'ami et de l'ennemi. Elle fournit un principe d'identification qui a valeur de critère, et non une définition exhaustive ou compréhensive »⁹⁴.

Outre la nature des relations d'amitié et d'inimitié, la préoccupation de Schmitt tient à la découverte d'une mesure concrète qui permettrait la désignation de toute situation politique et donc de l'activité politique en elle-même. Le raisonnement de Schmitt repose sur le principe selon lequel toute activité repose sur une distinction qui lui est propre, agissant indépendamment des autres sphères d'activité et de leur distinction respective.

⁹³ Carl Schmitt, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p.85.

⁹⁴ *Ibid.*, p.64.

« Car le politique a ses critères à lui, qui jouent d'une manière qui leur est propre vis-à-vis des domaines divers et relativement autonomes où s'exercent la pensée et l'action des hommes, particulièrement vis-à-vis du domaine moral, esthétique et économique »⁹⁵.

On citera comme exemple de distinction l'opposition entre le beau et le laid en esthétique ou le bien et le mal en éthique. Nous tenons à souligner l'aspect binaire de l'analyse épistémologique de Schmitt, dont nous constaterons les implications plus tard. La dialectique ami/ennemi joue ce rôle de critère pour le politique; il importe de souligner que cette opposition a pour unique fonction celle de critère. Schmitt ne définit pas le politique exclusivement en terme de présence d'ami et d'ennemi.

Cette idée selon laquelle chaque critère relève d'un seul domaine de pensée ou d'activité représente le premier point d'opposition entre les thèses de Schmitt et de Kelsen. En effet, si l'on postule l'existence d'une opposition propre à chaque domaine d'action, alors le politique est irréductible à toute autre sphère en général et au juridique en particulier⁹⁶.

« Elle est autonome en tout cas, non pas au sens où elle correspondrait à un champ d'activité original qui lui serait propre, mais en cela qu'on ne saurait ni la fonder sur une ou plusieurs de ces autres oppositions, ni l'y réduire »⁹⁷.

À ce titre, chaque opposition respective ne peut et ne doit pas se confondre avec une autre, malgré les associations possibles. La distinction ami/ennemi, malgré les associations fréquentes que l'on peut faire à l'égard de nos ennemis, ne fait pas référence aux mêmes éléments que la distinction beau/laid ou bon/mauvais. La dualité soulignant

⁹⁵ *Ibid.*, p.63.

⁹⁶ Voir infra, 1) L'assimilation de l'État au juridique.

⁹⁷ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.64.

le politique exprime avant tout un degré d'union ou de désunion extrême indépendant de tout autre considération de tout ordre⁹⁸. Par exemple, il est aisément concevable que les relations économiques avec tel ou tel pays soient rentables, mais qu'il soit simultanément considéré comme un ennemi politique. L'ennemi est celui qui exprime une altérité telle que son existence même met en péril l'existence du sujet concerné.

« L'ennemi politique ne sera pas nécessairement mauvais dans l'ordre de la moralité (...) il se trouve simplement qu'il est l'autre, l'étranger, et il suffit, pour définir sa nature, qu'il soit, dans son existence même et en un sens particulièrement fort, cet être autre, étranger et tel qu'à la limite des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial »⁹⁹.

On mesurera à cette occasion la distance qui sépare la vision schmittéenne du politique intrinsèquement existentielle, du simple constat kelsénien d'un comportement contraire à ou habilité par l'ordre normatif social¹⁰⁰. D'ailleurs la question même de savoir si une telle caractérisation du politique comporte des implications éthiques ne dispose d'aucune pertinence, en ce qui concerne la définition et la désignation du politique: l'existence d'une sphère telle que le politique implique une spécificité irréductible à l'éthique. Par exemple, soit un psychopathe qui attaque un passant avec l'intention manifeste de le tuer, et posant les gestes visant cette fin. Chaque individu cité au sein de l'exemple représentant un groupe politique. À l'instant même de cette attaque, leur relation en sera une d'inimitié dans la mesure où les gestes de chacun impliqueront l'élimination de l'autre, autrement dit, l'existence même de l'un, en tant

⁹⁸ *Ibid.*, p.64.

⁹⁹ *Ibid.*, p.64-65.

¹⁰⁰ Hans Kelsen, *op. cit.*, p.7.

que résultat de son comportement et de ses visées, participe à la négation de l'autre. La relation d'inimitié trouve sa caractéristique centrale dans l'indépendance entre son existence et les motivations et jugements éthiques que l'on peut y poser. Dans le cas du politique, cette distinction ami/ennemi se manifeste de manière plus constante et à plus grande échelle, c'est-à-dire, que la relation ne dure pas le temps d'une simple agression au coin d'une rue, et les personnes impliquées sont en plus grand nombre. La relation ami/ennemi se comprend d'ailleurs selon une logique commune, selon laquelle l'ennemi privé ne dispose pas de caractère politique.

« Ce n'est pas (...) le rival personnel, privé, que l'on hait et pour qui on ressent de l'antipathie. L'ennemi, ce ne peut être qu'un ensemble d'individus groupés, affrontant un ensemble de même nature et engagé dans une lutte pour le moins virtuelle, c'est-à-dire effectivement possible »¹⁰¹.

C'est à ce titre que les deux personnes impliquées dans l'exemple ne constituent qu'une représentation approximative: la constante polémique de la relation ami/ennemi est bien présente, mais dans une mesure infiniment moindre. La relation ami/ennemi dépasse le cadre de l'affectif: l'ennemi ainsi combattu n'est pas l'ennemi privé. Il s'agit d'une relation conflictuelle de l'intensité décrite plus haut, donc repoussée en dehors du cadre habituel de la psychologie. Cette relation ne peut être subsumée par toute norme en général ou par l'action d'un arbitre indépendant qui s'appuierait sur une règle prescrite *a priori*. Il est à remarquer que cette question de l'intensité propre au politique, par opposition à d'autres sphères, apparaît dès la première caractérisation du politique; il

¹⁰¹ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.67.

s'agit d'une donnée omniprésente sur laquelle nous nous concentrerons à l'intérieur de la prochaine sous-partie.

« Les concepts d'ami et d'ennemi doivent être entendus dans leur acceptation concrète et existentielle et non point comme des métaphores ou des symboles, il ne faut pas les atténuer en y mêlant des notions économiques (...) ou autres, ni surtout les interpréter psychologiquement dans un sens privé et individualiste »¹⁰².

La raison soutenant cette assertion mène à une autre caractéristique de la relation ami/ennemi. On ne peut la résoudre par un ensemble de règles ou la présence d'un juge, car l'actualisation et l'efficacité de ces règles ou du juge présupposent une communauté d'esprit ou d'intérêt qui se retrouve automatiquement exclue par le statut d'ennemi¹⁰³. En effet, si l'ennemi menace à un niveau existentiel tout ce que le groupe concerné représente, comment pourrait-il être intégré dans un système de normes unissant les deux groupes?

« Dans la situation extrême où il y a conflit aigu, la décision revient aux seuls adversaires concernés; chacun d'eux, notamment, est seul à pouvoir décider si l'altérité de l'étranger représente, dans le concret de tel cas de conflit, la négation de sa propre forme d'existence, et donc si les fins de la défense ou du combat sont de préserver le mode propre, conforme à son être, selon lequel il vit »¹⁰⁴.

Cette irréductibilité de la relation ami/ennemi au présupposé de communauté d'intérêt propre aux normes met en relief la particularité du politique que nous avons relevée plus haut, à savoir, que le politique se situe à un niveau intrinsèquement

¹⁰² *Ibid.*, p.66.

¹⁰³ *Ibid.*, p.65.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.65.

collectif, selon Schmitt. En effet, l'ennemi ne peut être privé non seulement pour distinguer le politique de la psychologie, mais aussi du fait de sa nature irréductible aux règlements législatifs possibles. Un individu ne peut à lui seul menacer par sa seule existence le mode de vie le plus fondamental de toute une communauté et des lois qui la représentent; les lois étant de nature communes, l'entité capable de menacer au point de détruire la communauté qui protège leur existence doit forcément être de nature communautaire. L'unité politique ne peut être qu'un groupe. À ce titre, la relation ami/ennemi est dépourvue de connotation individuelle, mais se situe à l'extérieur des normes, et assure l'autonomie du politique:

« Le fait que l'opposition ami/ennemi puisse être isolée en regard d'autres distinctions et conçue comme un élément autonome démontre à lui seul la nature objective et l'autonomie intrinsèque du politique »¹⁰⁵.

3) La désignation de l'ennemi.

L'indépendance entre les différentes distinctions définissant leur champ d'activité respectif peut être qualifiée de forte. Cette force confère à la distinction ami/ennemi une intensité prégnante, qui s'exprime de manière existentielle et concrète. Ainsi, l'intensité telle que procurée par la dimension existentielle fournit le signe sous lequel le politique se place: l'action politique concerne des problèmes graves.

« Car il faut qu'il y ait lutte réelle pour que se manifeste la logique ultime de la configuration politique qui oppose l'ami et l'ennemi. C'est dans la

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.66.

perspective de cette éventualité extrême que la vie des hommes s'enrichit de sa polarité spécifiquement politique »¹⁰⁶.

Le politique doit sa mise en évidence à une structure qui se rapporte à l'existence même du groupe concerné. En effet, on peut difficilement concevoir une activité touchant l'être humain au niveau de son existence même, sans qu'elle ne soit pourvue d'une certaine intensité: « ces concepts opposés ne sont ni normatifs ni purs intelligibles »¹⁰⁷. La pensée politique de Schmitt fait apparaître la vérité du politique à partir du conflit extrême, celui qui met en cause l'existence même des collectivités. Selon sa thèse, on ne peut que se sentir concerné lors d'une implication dans le politique car la lutte peut en tout temps devenir inexpiable.

« L'antagonisme politique est le plus fort de tous, il est l'antagonisme suprême, et tout conflit concret est d'autant plus politique qu'il se rapproche davantage de son point extrême, de la configuration opposant l'ami et l'ennemi »¹⁰⁸.

À ce titre, l'opposition ami/ennemi ne peut se réduire à une antinomie du type kantien par exemple, ou encore à une simple débat rhétorique dépourvu de conséquences pour les acteurs concernés.

La distinction de l'ami face à l'ennemi constitue une réalité inscrite au sein du politique, et ce, indépendamment de considérations éthiques, comme on peut le voir dans le cadre des relations internationales.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.73

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.66.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p.68.

« Toute unité politique implique l'existence éventuelle d'un ennemi et donc la coexistence d'une autre unité politique. Aussi, tant que l'État en tant que tel subsistera sur cette terre, il en existera plusieurs et il ne saurait y avoir d'État universel englobant toute l'humanité et la terre entière »¹⁰⁹.

On citera comme exemple les cas d'alliances au cours de l'histoire, toujours réversibles, qu'il s'agisse de la triple entente, de la coalition contre Napoléon, l'accession du Japon à l'OTASE, malgré les bombardements américains lors de la seconde guerre mondiale, pour se prémunir contre la menace militaire représentée par la Chine communiste, entre autres. Ces exemples soulignent surtout la dimension concrète de la désignation de l'ennemi impliquée par la spécificité politique, même si cette dernière peut s'exprimer selon des modalités formelles, comme la signature d'un traité.

« Les concepts d'ami, d'ennemi, de combat tirent leur signification objective de leur relation permanente à ce fait réel, la possibilité de provoquer la mort physique d'un homme »¹¹⁰.

Ce qu'il convient de souligner, c'est que la lutte politique et militante n'implique pas nécessairement la haine personnelle de l'ennemi, ou de l'individu qui périra lors du conflit; ce qui lui donne son contenu n'est pas d'ordre psychologique, mais l'éventualité de la mort.

La présence constante d'États au sein des exemples présentés plus haut souligne l'appartenance intime de la guerre aux activités étatiques:

« L'État, unité essentiellement politique, dispose du *jus belli*, c'est-à-dire de la possibilité effective de désigner l'ennemi, le cas échéant, par une décision qui lui soit propre, et de le combattre »¹¹¹.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p.95.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.71.

La désignation de l'ennemi implique en effet la présence de deux groupes l'un désignant l'autre comme son ennemi. Bref, si le politique ne peut se situer qu'à un niveau collectif et non à un niveau individuel, il en va de même pour la désignation de l'ennemi. À nouveau apparaît la dimension extra-éthique de la position schmittéenne dans la mesure où il fonde cette remarque sur la distinction latine entre *inimicus* et *hostis*. L'*inimicus* correspond à l'ennemi privé alors que l'*hostis* est l'ennemi public, l'ennemi politique. L'exigence éthique judéo-chrétienne, qui consiste à aimer et respecter son prochain, tombe donc dans la catégorie de relations propres à l'*inimicus*, mais ne concerne pas les relations avec l'*hostis* qui est l'ennemi politique.

« Dans la lutte millénaire entre le christianisme et l'Islam, il ne serait venu à l'idée d'aucun chrétien qu'il fallait, par amour pour les Sarrasins ou pour les Turcs, livrer l'Europe à l'Islam au lieu de la défendre »¹¹².

On peut expliquer cette position en faisant la remarque que la question des sentiments, soient-ils éthiquement acceptables ou non, ne se pose pas à l'intérieur de la question de l'opposition ami/ennemi: « la définition que nous donnons ici du politique n'est ni belliciste, ni militariste, ni impérialiste, ni pacifiste »¹¹³. On citera les exemples de fraternisation entre les soldats allemands et français sur le front de la première guerre mondiale lors des accalmies, malgré le rôle que leurs États respectifs exigeait d'eux lors d'une offensive. D'un point de vue éthique ce comportement est incompréhensible alors que politiquement, il est tout à fait normal: l'opposition d'individus dans un conflit

¹¹¹ *Ibid.*, p.84.

¹¹² *Ibid.*, p.67.

¹¹³ *Ibid.*, p.71.

militaire ne se fonde pas sur des considérations d'animosité personnelle. Sur le plan collectif, il s'agit d'une autre question, la perspective n'est plus la même.

« L'ennemi au sens politique du terme n'implique pas une haine personnelle, et c'est dans la sphère de la vie privée seulement que cela a un sens d'aimer son ennemi, c'est-à-dire son adversaire »¹¹⁴.

Cette dimension collective, lorsque conjuguée avec le degré d'intensité qui caractérise le politique rend l'opposition ami/ennemi étrangère à toute forme de concurrence à l'intérieur de la société. En effet, les questions économiques, religieuses, ou autres si elles peuvent de tant à autre se prévaloir d'une seule des deux qualités susnommées, ne réunissent pas par elles-mêmes les conditions nécessaires pour susciter un conflit politique. Par contre, des conflits qui ne sont pas de soi politiques peuvent le devenir en se radicalisant.

« À l'exemple du mot *ennemi*, le mot *lutte* doit être entendu ici dans son sens original et existentiel. Ce n'est pas une simple concurrence que ce mot désigne, ni la lutte purement intellectuelle de la discussion, ni cette lutte symbolique dans laquelle finalement chaque homme est de quelque manière engagé à tout instant puisque les choses sont ainsi faites, et que la vie humaine tout entière est un combat et tout homme un combattant »¹¹⁵.

Les conditions nécessaires étant à comprendre comme la totalité des conditions qui déterminent un mode de vie collectif, d'où le sens existentiel du terme lutte. Par exemple, une personne très pratiquante pourra revendiquer pour elle l'intensité de sa conviction religieuse, mais la religion étant une question personnelle de fait de la laïcisation moderne de l'État et de la société en général, le conflit qui l'oppose à un État

¹¹⁴ *Ibid.*, p.68.

¹¹⁵ *Ibid.*, p71.

ne peut être qualifié de politique. En revanche, on notera que lors des guerres de religions on assistait à une dynamique politique malgré son origine religieuse, et c'est pourquoi le pouvoir d'État se vit forcé d'intervenir pour ramener la paix. À l'opposé, on pourra citer l'activité économique d'une firme qui engage un grand nombre d'individus, mais sans disposer de l'intensité existentielle du conflit politique, la simple concurrence économique n'allant pas jusqu'à la lutte à mort.

« Dans un dilemme qui le caractérise bien, le libéralisme, pris entre l'esprit et l'économie, a tenté de réduire l'ennemi à un concurrent du côté des affaires, et du côté de l'esprit, à l'adversaire que l'on affronte dans un débat. Il faut bien reconnaître qu'il n'y a pas d'ennemis dans le domaine économique, mais seulement des concurrents; et peut-être un monde entièrement gouverné par la morale et par l'éthique ne connaîtra-t-il plus d'autre affrontement que la discussion »¹¹⁶.

4) La lutte dans le politique.

Cette conception du politique comme dépassant toute autre sorte d'activité a pour conséquence de faire de la désignation de l'ennemi un phénomène constant, déterminant, toujours prêt à resurgir, même si les circonstances ont atténué l'évidence et l'intensité de l'opposition ami/ennemi.

« Enfin, on voit apparaître des formes de politique encore plus atténuées, défigurées jusqu'à être parasitaires ou caricaturales et qui, de la configuration originelle opposant l'ami et l'ennemi, ne conservent que l'un ou l'autre élément d'antagonisme, lequel se manifeste en tactiques et en pratiques de

¹¹⁶ *Ibid.*, p.66.

toute sortes, en rivalités et en intrigues, et qui désigne par ce nom de politique les affaires et les manigances les plus curieuses »¹¹⁷.

Par exemple, la constance de la désignation de l'ennemi et de l'opposition ami/ennemi se retrouvent au sein des assemblées parlementaires: l'adversaire désigné est l'opposition au gouvernement, ou plus exactement du parti au pouvoir, même si grâce à la réalisation de l'unité politique et la mise en place de l'État, l'adversaire n'est plus traité en ennemi.

« D'autre part, dans le langage courant de l'actualité polémique interne des États, le qualificatif de politique est souvent employé aujourd'hui pour désigner ce qui relève d'une politique de parti; l'inévitable absence d'objectivité de toutes les décisions politiques, simple reflet de la discrimination de l'ami et de l'ennemi inhérente à tout comportement politique, se manifeste alors dans les formes et dans les perspectives sordides de la distribution des places et des prébendes selon les considérations politiques d'un parti »¹¹⁸.

À l'intérieur d'un État constitué, la lutte à mort disparaît pour laisser place au débat organisé, d'où l'affaiblissement de l'opposition ami/ennemi. Mais cet exemple concret ne se limite pas à illustrer un principe, il recèle une dimension plus importante. Si l'affaiblissement de l'opposition ami/ennemi entre les pouvoirs disparaît; que les partis visés se comportent selon des rapports d'inimitié, l'unité politique est alors détruite pour être remplacée par l'affrontement des différentes factions partisans en lutte.

« Quand, au sein d'un État, les conflits entre partis finissent par occuper tout le champ des antagonismes politiques, on a atteint le degré extrême de la série de politique intérieure, c'est-à-dire qu'au lieu de la configuration de

¹¹⁷ *Ibid.*, p.68.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.69-70.

politique extérieure, c'est le regroupement en amis et ennemis à l'intérieur de l'État qui détermine le conflit armé »¹¹⁹.

C'est pourquoi, il est important de maintenir une unité politique par-delà les oppositions partisans, et donc paradoxalement, faire des débats parlementaires une forme atténuée du regroupement ami/ennemi. Le problème peut se présenter comme suit : la désignation de l'ennemi est le pivot de la vie politique d'un regroupement d'êtres humains, car selon la direction qu'elle prend, la situation débouchera sur une guerre civile ou sur la création d'une nouvelle unité politique. Si l'adversaire parlementaire se transforme en ennemi politique, l'unité politique se trouve alors rompue et l'on assistera à une scission entre deux factions qui se battent pour l'obtention du pouvoir d'État.

« Dans cette situation où c'est la politique intérieure qui l'emporte, l'éventualité effective d'un combat, obligatoirement présente si l'on prétend parler de politique, ne porte plus, logiquement, sur une guerre entre peuples organisés en unités politiques (États ou empires), elle porte sur la guerre civile »¹²⁰.

On peut illustrer cela par l'exemple de deux partis politiques qui ne délibéreraient plus en chambre mais agiraient à l'intérieur de la société en vue de refouler l'autre hors de l'unité politique, c'est-à-dire en le désignant comme l'ennemi. En d'autres termes, celui qui désigne l'ennemi, et qui peut imposer sa désignation, remporte l'épreuve de force.

« Cette tâche nécessaire de pacification intra-étatique peut également amener l'État, lorsque la situation est critique, et tant qu'il subsiste comme

¹¹⁹ *Ibid.*, p.70.

¹²⁰ *Ibid.*, p.70.

unité politique, à définir de son propre chef l'ennemi du dedans, l'ennemi public.(...) Cette désignation est, selon le comportement de celui qui a été déclaré ennemi de l'État, le signal de la guerre civile,(...) qui décidera alors du sort ultérieur de cet État »¹²¹.

De ce point de vue, le pouvoir de désignation de l'ennemi représente un élément de la définition d'un État souverain. Ceci renforcé par le fait que la possibilité de désigner l'ennemi correspond à l'appropriation du *jus belli*, le droit de faire la guerre et donc d'exiger des membres de l'unité politique de se sacrifier pour elle. La vie de l'unité politique repose sur ce pouvoir: une unité politique incapable de désigner l'ennemi et d'agir en conséquence ne constitue pas une véritable unité politique:

« Une collectivité humaine qui renoncerait à ces conséquences de l'unité politique ne serait pas une collectivité politique, car elle renoncerait au pouvoir de désigner par une décision qui fasse autorité celui qu'elle considère et traite comme un ennemi »¹²².

On soulignera au sein de cet énoncé l'assimilation interne entre l'État en tant qu'unité politique et la désignation de l'ennemi.

Cette assimilation a pour conséquence l'absence de médiation propre à la dynamique de désignation de l'ennemi. Comme l'existence même de l'État résulte de sa faculté à désigner un ennemi, toutes ses autres activités y sont subordonnées. Il n'y a donc pas de cadre préétabli à la désignation de l'ennemi. Ce qui devient évident lorsque l'on se rappelle que la désignation de l'ennemi implique le *jus belli*, à savoir, la possibilité « d'exiger de ses nationaux qu'ils soient prêts à mourir ou donner la

¹²¹ *Ibid.*, p.86.

¹²² *Ibid.*, p.88.

mort »¹²³. Or, cette exigence correspond à la guerre, au conflit armé qui s'affranchit de tout autre domaine d'activité.

« Il n'est pas de finalité rationnelle, pas de norme, si juste soit-elle, pas de programme, si exemplaire soit-il, pas d'idéal social, si beau soit-il, pas de légitimité ni de légalité qui puissent justifier le fait que des êtres humains se tuent les uns les autres en leur nom »¹²⁴.

La guerre ne s'appréhende que selon la dimension existentielle de la relation à l'ennemi, non pas en fonction de règles préétablies. La guerre résultant de la désignation de l'ennemi, il s'ensuit que la même caractéristique s'applique à cette dernière.

« Car, si à l'origine de cet anéantissement physique de vies humaines il n'y a pas la nécessité vitale de maintenir sa propre forme d'existence face à une négation tout aussi vitale de cette forme, rien d'autre ne saurait le justifier »¹²⁵.

À ce titre, la désignation devient immédiate en ce sens qu'elle n'est pas sujette à un ensemble de considérations qui la justifieraient ou guideraient son action, outre la possibilité effective du conflit qui mettrait en péril l'existence de l'unité politique. Ce contexte met en relief l'importance de la décision, cette dernière restant le seul moyen de désigner l'ennemi, en tant que préalable à toute autre forme d'activité étatique et ne pouvant compter sur l'existence de normes transcendantes qui l'encadreraient. L'importance de la décision s'évalue donc non seulement en fonction de ses conséquences, mais aussi pour elle-même: « la « décision souveraine » de Schmitt vaut

¹²³ *Ibid.*, p.85.

¹²⁴ *Ibid.*, p.90.

¹²⁵ *Ibid.*, p.90.

moins par son contenu que par le fait même de son existence »¹²⁶. Le geste de la décision posera en acte le fait de l'unité politique.

D'un point de vue épistémologique, la décision oppose à l'abstrait de la norme le concret d'une situation précise qui implique des groupes précis. En d'autres termes, le sens de la décision réside dans le contenu particulier et conditionné par un contexte qu'on lui attribuera. Il est possible de saisir la décision selon une perspective théorique et ontologique, mais la conservation de la pertinence de cette perspective passe nécessairement par l'aspect existentiel du politique associé à la dimension « autoritaire » de la décision. Toute décision politique est commandement et donc implique une réalité existentielle. Par la dimension « existentielle » du politique, nous entendons la résultante du contexte de la décision et l'implication de la désignation de l'ennemi, à savoir, la lutte politique.

La caractéristique première de la lutte a partie liée avec la constance de la désignation de l'ennemi au sein de toute activité politique: tout comme la désignation de l'ennemi régit toute formation d'unité politique, l'éventualité de la lutte à mort s'inscrit dans l'essence même du politique. « En effet, le concept d'ennemi inclut, au niveau de la réalité concrète, l'éventualité d'une lutte »¹²⁷. Dès lors que l'ennemi est désigné, la lutte devient une conséquence déterminante. La lutte n'équivaut pas nécessairement à la guerre, Schmitt opère une distinction précise entre les deux. La guerre n'est qu'une modalité de la lutte: « la guerre n'est que l'actualisation ultime de l'hostilité »¹²⁸. Pour être précis, elle en est la forme la plus explicite, mais n'épuise pas à

¹²⁶ Jean-François Kervégan, *La critique schmittienne du normativisme kelsénien*. p.63.

¹²⁷ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.70.

¹²⁸ *Ibid.*, p.71.

elle seule le spectre varié des luttes possibles. La lutte politique est à comprendre comme un phénomène d'opposition qui comporte l'éventualité toujours présente de la disparition physique de l'un des deux antagonistes.

« Les concepts d'ami, d'ennemi, de combat tirent leur signification objective de leur relation permanente à ce fait réel, la possibilité de provoquer la mort physique d'un homme »¹²⁹.

En ce sens, la guerre qui implique des soldats et des armes reste subordonnée à la lutte politique qui l'englobe, même si elle dispose d'un noyau propre irréductible composé de données techniques et stratégiques¹³⁰. La lutte constitue un contexte, à l'intérieur duquel un ennemi posant une menace existentielle constante se présente et règle ainsi toutes les actions des individus concernés.

« La guerre est loin d'être l'objectif, la fin, voire la substance du politique, mais elle est cette hypothèse, cette réalité éventuelle qui gouverne selon son mode propre la pensée et l'action des hommes, déterminant de la sorte un comportement spécifiquement politique »¹³¹.

À ce titre, la lutte politique et l'activité politique en général n'engendrent pas un état de guerre permanent. On peut même supposer l'existence de situations à l'intérieur desquelles un acte de lutte politique abrège ou empêche le développement de la guerre. On citera la guerre froide comme exemple de lutte politique comportant un regroupement clair entre amis et ennemis néanmoins dénué de conflit direct et ouvert, si ce n'est par petits États interposés. Étant donné la subordination de la guerre au

¹²⁹ *Ibid.*, p.71.

¹³⁰ *Ibid.*, p.72.

¹³¹ *Ibid.*, p.72.

politique, l'absence de moyens techniques propres aux exigences stratégiques de la guerre n'érige pas une barrière qui annulerait la lutte politique. En effet, la question de la lutte, tout comme celle de la désignation de l'ennemi, repose sur une décision et la volonté qui la prend: « Les seuls facteurs déterminants sont l'éventualité de la situation décisive, c'est-à-dire celle du combat réel, et l'acte de déterminer si cette situation est donnée ou non »¹³².

De cette relation entre la guerre et la lutte politique on peut tirer deux propriétés: en premier lieu, la guerre dans la pensée schmittéenne ne résulte d'aucune forme d'exaltation sociale ou autre, il ne s'agit que d'une éventualité. La guerre ne correspond pas *a priori* à une valeur morale ou idéologique, elle n'est ni recherchée, ni évitée lorsqu'elle se présente¹³³. Elle n'est qu'une conséquence possible de la lutte contre un ennemi particulier que l'on aura désigné.

« Ceci n'implique pas qu'elle soit chose courante, chose normale, ni d'ailleurs que l'on y voit une solution idéale ou désirable; elle reste néanmoins présente nécessairement sous forme d'une possibilité du réel tant que la notion d'ennemi garde son sens »¹³⁴.

En second lieu, la primauté du politique face à la guerre se vérifie par le problème de la désignation de l'ennemi: le militaire n'a pas à le résoudre puisque ce dernier dispose d'un uniforme qui l'identifie comme tel, de plus, l'État détenant le *jus belli*, il lui revient au préalable la tâche de désigner l'ennemi. Alors que le militaire doit régler des conflits ponctuels, l'homme d'État doit faire face à une situation de lutte

¹³² *Ibid.*, p.72-73.

¹³³ *Ibid.*, p.71.

¹³⁴ *Ibid.*, p.71.

constante¹³⁵. La guerre, en tant que phénomène d'hostilité se retrouve relativisée par la désignation de l'ennemi et par le politique en général.

« La guerre, ce moyen extrême de la politique, rend manifeste cette éventualité d'une discrimination de l'ami et de l'ennemi sur quoi se fonde toute notion politique, et elle n'a de sens que pour autant que cette discrimination subsiste comme une réalité, ou pour le moins virtuellement, au sein de l'humanité »¹³⁶.

Malgré le caractère constant de la lutte, les rapports politique ne sont pas définitifs: l'ennemi d'hier peut devenir l'ami d'aujourd'hui, les alliances ne se prétendent pas irrévocables.

« C'est pourquoi le critère qui consiste en la discrimination de l'ami et de l'ennemi ne signifie nullement non plus qu'un peuple donné sera éternellement l'ami ou l'ennemi d'un autre peuple donné »¹³⁷.

Cette dernière caractéristique concourt à faire du contexte de la lutte une situation mouvante qui évolue selon la présence d'un ensemble d'unités politiques dont un certain nombre pourrait disparaître suite à l'activité des autres. Cette éventuelle disparition est ressentie d'autant plus dramatiquement par les acteurs politiques qu'elle partage l'intensité propre à l'activité politique. D'où la dimension existentielle procurée par ce contexte au politique et aux activités qui s'y rattachent.

On obtient donc la structure suivante: la décision du pouvoir constituant fonde en acte une unité politique dont l'activité principale est la lutte contre l'ennemi dont la

¹³⁵ *Ibid.*, p.72.

¹³⁶ *Ibid.*, p.74.

¹³⁷ *Ibid.*, p.72.

désignation a présidé à son existence. Cette structure articulée autour de la lutte ne se limite pas au comportement des unités politiques, elle touche aussi le domaine institutionnel. Ainsi, la manière dont la lutte politique évolue implique un choix politique dont le résultat est le régime politique qui lui donne un corps institutionnel. Comme le souligne Schmitt, « le concept d'État présuppose le concept de politique »¹³⁸. Or, toute activité politique repose sur la désignation d'un ennemi¹³⁹. En raison de l'union entre la désignation de l'ennemi et le contexte de la lutte, les moyens utilisés pour remporter la lutte fournissent les fondations du développement à venir de l'État.

« L'État au sens strict du terme, l'État, phénomène historique, c'est un mode d'existence (un état) spécifique d'un peuple, celui qui fait loi aux moments décisifs, constituant ainsi, en regard des multiples statuts imaginables, tant individuels que collectifs, le Statut par excellence »¹⁴⁰.

Cette définition de l'État, selon Schmitt, met en relief la relation entre l'existence d'une population donnée avec le contexte décisif qui lui procure en acte son existence politique, à savoir celui de la lutte. Lorsque la lutte politique s'effectue, on assiste à une confrontation entre deux types d'organisation sociale. Ces dernières se retrouvant face à la possibilité de leur annihilation, l'activité de l'unité politique sera déterminée par cet impératif vital. Au sein de cette activité, on retrouve les mesures propres à attribuer au groupe une expression institutionnelle de son statut d'unité politique. L'État apparaît donc comme l'expression historique de l'évolution de la lutte d'une unité politique donnée. Le contexte historique joue donc un rôle important quant

¹³⁸ *Ibid.*, p.57.

¹³⁹ *Ibid.*, p.74.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.57.

à la compréhension des phénomènes politiques, tels que conçus par Schmitt. L'utilisation du terme « historique » pour qualifier le phénomène étatique rend compte de cette dimension.

C'est l'évolution même de la lutte qui forgera l'organisation de l'unité politique. Cette conception ne se résume pas pour autant à une position historiciste, dans la mesure où l'évolution historique résulte de la confrontation entre la décision politique et son contexte. La nature décisionniste de la désignation de l'ennemi comme seule source de phénomènes historiques confirme la direction prise par le réalisme schmittéen.

« Là réside l'essence de la souveraineté de l'État, et juridiquement la juste définition à en donner n'est pas celle d'un monopole de la coercition ou de la domination; mais d'un monopole de la décision »¹⁴¹.

Ce lien avec l'histoire souligne la présence d'une opposition méthodologique entre Schmitt et Kelsen. En effet, ce dernier, formaliste, vise la mise en place d'un ensemble de normes absolues et décontextualisées pour fonder la science juridique, tandis que Schmitt se fonde en partie sur l'histoire.

« Kelsen, depuis 1912, vise précisément à épurer la science juridique de tout ce qui est « sociologique », c'est-à-dire de tout ce qui ne relève pas de la pure normativité; elle explique en tout cas que Schmitt puisse qualifier sa propre orientation de « sociologique », en un sens qui s'écarte manifestement de l'usage courant »¹⁴².

¹⁴¹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.23.

¹⁴² Jean-François Kervégan, *loc. cit.*, p.58.

À ses yeux, la compréhension du politique passe l'affirmation du contexte conflictuel propre aux situations particulières. La seule constante spécifique n'est autre que la dialectique ami/ennemi. L'évolution des types d'États reste historiquement contingente, face à l'action structurante du politique dont le rôle devient décisif lorsqu'un conflit atteint un certain seuil d'intensité.

5) L'État, résultat de la volonté.

La lutte politique fournit donc le contexte au sein duquel les éléments du politique se déploient. Ils sont au nombre de trois: la désignation de l'ennemi, le regroupement selon la dichotomie ami/ennemi qui peut aller jusqu'à la lutte à mort, et la décision qui exprime une volonté autour de laquelle les deux premiers éléments s'articulent. De ce dernier élément résultent quelques conséquences. D'abord, en raison de la nature essentielle de la désignation de l'ennemi et de la lutte radicale quant à l'existence d'une unité politique, l'État constitue une création qui résulte de la désignation volontariste de l'ennemi. Ainsi, la désignation de l'ennemi présuppose une certaine cohésion communautaire et identitaire qui permettra d'atteindre l'intensité requise pour former et maintenir l'unité politique.

« Si, au sein d'un peuple, le potentiel politique d'une classe ou de quelque autre groupe se borne à empêcher de mener toute guerre à l'extérieur, sans qu'il y ait dans ces groupes la capacité ou la volonté de prendre en main le pouvoir de l'État, d'opérer de leur propre initiative la discrimination de l'ami et de l'ennemi et de faire la guerre si nécessaire, l'unité politique est détruite »¹⁴³.

¹⁴³ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.77.

En d'autres termes, la discrimination de l'ami et de l'ennemi résulte d'une union politique du groupe social concerné, qui conditionne la désignation de l'ennemi. Cette position souligne la présence nécessaire de liens sociaux et concrets pour penser et poser les problèmes juridico-politiques selon la perspective de Schmitt. La dimension créative de cette cohésion communautaire se trouve concentrée au sein du concept de volonté constituante comme fondatrice de l'élaboration de l'État.

Malgré le rôle important attribué à l'État comme expression institutionnalisée de l'activité politique, Schmitt n'établit pas une équivalence forte entre politique et étatique. Ainsi, on peut concevoir une nation dotée d'un pouvoir politique extra-étatique, ou supra-étatique, surtout lorsque le politique imprègne d'autres sphères d'activité.

« En revanche, l'équivalence: *étatique = politique* devient inexacte et génératrice d'erreurs dans la mesure où il y a interpénétration de l'État et de la société, les affaires de l'État engageant désormais la société, tandis qu'à l'inverse les affaires concernant jusqu'ici la société seule sont prises en charge par l'État, ce qui se produit nécessairement dans une unité politique organisée en démocratie »¹⁴⁴.

Le lien entre l'étatique et le politique résulte de la mise en forme complète de la volonté de ce dernier: « le concept d'État présuppose le concept de politique »¹⁴⁵. L'État équivaut en fait à l'unité politique à laquelle parvient un groupe lorsqu'il atteint un point d'association suffisamment intense pour se situer à l'intérieur de la configuration ami/ennemi. D'où l'exigence nécessaire d'une volonté visant l'unité politique.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p.59.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.57.

Cette volonté possède un moment fondamental, à savoir, la volonté constituante. On peut la définir comme la volonté politique qui, ayant remporté la lutte, s'apprête à déployer dans une constitution sa faculté de désignation de l'ennemi et la conception qui l'inspire. L'État résulte de cette union entre la fondation d'une volonté politique et de la conception des institutions à venir. À la volonté constituante correspond le pouvoir constituant qui représente une unité politique en position de désigner l'ennemi, et une fois cette étape franchie, de s'inscrire dans la durée en mettant sur pied la forme et le type d'existence politique qu'elle désire se donner.

« Le pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit de déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble »¹⁴⁶.

Sur le plan théorique, le concept de volonté constituante prend sa place dans la réflexion menée par Schmitt sur le thème de la notion de constitution.

Cette notion de pouvoir constituant en tant que source d'une constitution marque une opposition supplémentaire entre Schmitt et Kelsen. À l'intérieur de la science juridique que Kelsen met sur pied, les actes posés par les acteurs politiques sont évacués. La constitution, à laquelle l'État est subordonné, tire sa valeur de son statut d'application de la *Ur-norm*, à savoir de point de référence ultime aux autres normes.

« L'État, c'est-à-dire le système juridique, est un système de références à un point de référence ultime et à une norme fondamentale dernière.(...) Dans la

¹⁴⁶ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, p.211-212.

théorie juridique, il n'existe pas de personnes fictives ou effectives, mais seulement des points de référence »¹⁴⁷.

D'ailleurs, on a pu constater que son existence et sa pertinence résultent d'une exigence scientifique et logique. Bref, sa légitimité relève du domaine théorique et du but épistémique que Kelsen fixe. La conception schmittéenne de la constitution repose sur un ensemble de prédicats aux antipodes du spectre théorique. La constitution doit son existence à une volonté relevant des désirs.

« Le mot de « volonté » définit la nature essentiellement existentielle de ce fondement de la validité, par opposition à toute dépendance envers une justesse normative ou abstraite »¹⁴⁸.

De plus, cette volonté exprime l'arbitraire propre au politique, à ce titre, elle ne peut être évaluée selon des critères logiques. Si la substance de la *Ur-norm* provient de son rôle de fondation, celle de la constitution schmittéenne résulte d'une lutte radicale. En d'autres termes, la conception de la constitution propre à chaque auteur reprend les termes du principe hobbesien « *Autoritas, non veritas facit legem* »¹⁴⁹. Pour Kelsen, la constitution, en tant que *Ur-norm*, se pose en regard de la *veritas*. Pour Schmitt une constitution ne peut que refléter le pouvoir constituant, l'*autoritas*.

« Une constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanant d'un être politique sur le genre et la forme de son propre être »¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.30.

¹⁴⁸ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, p.212.

¹⁴⁹ Thomas Hobbes, *Léviathan*, chap.XXVI.

¹⁵⁰ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.212.

Le rapport interne des normes se retrouve ainsi renversé. Au sein du système clos de Kelsen, les normes remontent vers la *Ur-norm* dans un mouvement ascendant. Selon Schmitt, le corpus légal découle de la constitution, cette dernière servant d'outil au pouvoir constituant pour fixer les limites à l'intérieur desquelles le droit s'exercera par la suite:

« Toute loi en tant que régulation normative — donc aussi la loi constitutionnelle — a besoin pour être valide d'une décision politique antécédente qui est prise par une puissance ou une autorité politique existante »¹⁵¹.

À partir de ces éléments, se déduit la propriété suivante de la dimension existentielle: au sein de la dualité qui articule norme et volonté constituante, cette dernière joue le rôle de critère. Le problème se présente comme suit: à partir du moment où il y a une norme, il y a automatiquement distinction entre le domaine de l'être et celui du devoir être. Cette opposition articule les rapports entre norme et volonté telles que postulées par Schmitt et Kelsen: si la norme appartient au domaine du devoir être, la volonté appartient à celui de l'être. « Ces décisions en tant que telles sont qualitativement différentes des normations légiconstitutionnelles prises sur son fondement »¹⁵². Schmitt ne conteste pas la factualité des normes, dans la mesure où la norme écrite sur le papier peut-être considérée comme un fait. Par contre, si l'on considère l'opposition entre norme/devoir-être et volonté/être comme une grille de lecture, on obtient la distinction suivante: même si la norme peut prétendre, tout comme la volonté constituante, à une certaine factualité, ce n'est pas cette dernière qui lui

¹⁵¹ *Ibid.*, p.153.

¹⁵² *Ibid.*, p.212.

procure son sens. Celui-ci se maintient dans une perspective « non-actualisée », celle du « devoir-être » qui correspond à la norme. À l'opposé, la volonté constituante tire son sens de sa factualité, ne serait-ce que parce qu'une volonté n'est considérée comme telle que lorsqu'elle s'exprime en acte: « la volonté est donnée existentiellement, sa puissance ou son autorité résident dans son être »¹⁵³. Ainsi se manifeste l'importance de l'aspect existentiel de la volonté constituante qui joue alors le rôle de critère: est considéré comme factuel ce qui touche l'existence des acteurs impliqués, d'où la distinction entre volonté et norme. La volonté constituante se révèle comme une puissance appréhendée existentiellement tandis que la norme fixe une catégorie idéale à l'extérieur de l'existence. Cette opposition norme/volonté tire sa pertinence de la volonté de Schmitt d'établir une compréhension du politique à partir de l'empirie sociale.

Le corollaire de ce rapport entre norme et volonté se situe au niveau du pouvoir constituant. Si le pouvoir constituant correspond à une puissance dont la dimension existentielle agit en tant que critère de la réalité politique face à une norme idéale — donc de la volonté face à la norme — ce rôle de critère impose le pouvoir constituant comme l'antécédent de toute norme. Cette antériorité de la relation entre volonté et norme est omniprésente chez Schmitt: il ne peut y avoir de norme avant l'acte créateur de la volonté constituante. Le rôle qu'attribue Schmitt à la constitution, la première des normes, est révélateur: de son point de vue, une constitution est l'expression écrite d'une volonté et non une « norme des normes » se fondant par elle-même.

¹⁵³ *Ibid.*, p.137.

« En réalité une constitution est valide (*gelten*) parce qu'elle émane d'un pouvoir constituant (c'est-à-dire un pouvoir ou une autorité) et est posée par la volonté de celle-ci. Par opposition aux simples normes, le mot de « volonté » pose une puissance définie par son être comme l'origine du devoir-être »¹⁵⁴.

Selon la perspective de la distinction entre être et devoir-être, le premier engendre le second. On ne peut concevoir un devoir-être qu'en regard d'un être qui le précède. À ce titre, la pyramide des normes proposée par Kelsen perd de sa pertinence puisque le système juridique est actualisé par le pouvoir constituant. Le système des normes procède de l'acte d'une volonté politique et ne devient opérant que par la puissance à la disposition de l'État.

6) La supériorité de la volonté politique sur le système juridique.

À partir de cette dernière conclusion, Schmitt postule une distinction entre les domaines propres au politique et au juridique. En effet, contrairement à Kelsen qui subordonne le politique au droit ou l'évacue dans son entièreté, la théorie de Schmitt caractérise le politique comme la cause du juridique. Selon la perspective de Schmitt, le droit se retrouve politisé dans la mesure où il résulte de l'action du pouvoir constituant. La primauté du politique est assurée par le degré d'intensité propre au politique qui le situe dans un rapport d'antériorité vis-à-vis du droit.

« La politique est par ailleurs au-dessus de tout, non parce que toute autre activité serait susceptible de s'y ramener, mais parce qu'elle détermine le niveau où se prennent de toute façon les décisions souveraines »¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.137.

¹⁵⁵ Alain De Benoist, *Du politique « légalité et légitimité » et autres essais*, Pardès, coll. « Révolution conservatrice », 1990, préface, p.XIII.

En d'autres termes, le juridique dépend du politique sous deux rapports. Le premier relève de l'organisation institutionnelle: l'État créé toute forme de droit: « la *volonté* du peuple allemand — donc un élément existentiel — fonde l'unité politique et le droit public »¹⁵⁶. À ce titre, on peut affirmer l'idée suivante: « L'existence de l'État garde ici une incontestable supériorité sur la validité de la norme juridique »¹⁵⁷.

Le second se compose de deux éléments: d'une part, le pouvoir constituant se livre par définition à toutes les activités propres à l'État. Or, les lois ne proviennent que de l'État. Cette dimension illustre la primauté du politique sur le juridique. D'autre part, le regroupement ami/ennemi assure le politique d'une essence spécifique et irréductible au juridique prévenant par la même les objections qui tendraient à assimiler l'État à son activité juridique en postulant la nécessité de celle-ci¹⁵⁸. En ce sens, Schmitt postule une distinction entre le juridique et l'ensemble de l'activité politique.

« La tâche d'un État normal est avant tout de réaliser une pacification complète à l'intérieur des limites de l'État et de son territoire, à faire régner « la tranquillité, la sécurité et l'ordre » et à créer de cette façon la situation *normale*, qui est la condition nécessaire pour que les normes du droit soient reconnues, étant donné que toute norme présuppose une situation normale et qu'il n'est pas de norme qui puisse faire autorité dans une situation totalement anormale par rapport à elle »¹⁵⁹.

L'État, sur le plan intérieur, dispose donc du pouvoir d'établir la situation à l'intérieur de laquelle les normes pourront s'exercer. La différence entre le juridique et le politique est donc essentielle: le pouvoir constituant fixe les conditions de possibilité

¹⁵⁶ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.137.

¹⁵⁷ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.22.

¹⁵⁸ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.65.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p.85.

du *corpus* normatif, et ce, de manière instrumentale. Le juridique joue donc le rôle de l'un des instruments, si ce n'est l'instrument par excellence, de régulation du pouvoir politique.

« Du point de vue de son contenu, une loi constitutionnelle est la concrétisation normative de la volonté constituante. Elle n'existe qu'à la condition préalable et sur le fondement de la décision politique globale contenue dans cette volonté »¹⁶⁰.

Le terme « normatif » importe singulièrement dans la mesure où il souligne la présence de divers moyens pour concrétiser la volonté constituante. Le pouvoir constituant dispose de plusieurs outils pour imposer sa volonté, dont le droit. À ce sujet, on rappellera une remarque formulée par Machiavel qui met en relief cette pluralité des moyens à la disposition du politique.

« Vous devez donc savoir qu'il y a deux manières de combattre: l'une avec les lois, l'autre avec la force; la première est propre à l'homme, la seconde est celle des bêtes; mais comme la première, très souvent, ne suffit pas, il convient de recourir à la seconde. Aussi est-il nécessaire à un prince de savoir bien user de la bête et de l'homme»¹⁶¹.

C'est à ce titre que l'on peut considérer le juridique comme partageant une partie de la nature du politique. Le droit ne peut donc se séparer du politique par opposition à ce que Kelsen soutient. Le sens de l'institution juridique peut être fourni par les normes elles-mêmes, mais leur substance et donc leur existence dépend de l'autorité qui a pris la décision de les créer et de les appliquer.

¹⁶⁰ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, p.212.

¹⁶¹ Machiavel, *Le prince*, Flammarion, 1992, chap.XVIII, p.141.

En effet, si les normes agissent au sein d'un ordre social ou d'une unité politique, il est fondamental pour Schmitt de souligner qu'il revient au politique, par le biais de l'État, de disposer des conditions permettant une telle unité. « L'unité et l'ordre résident dans l'existence politique de l'État, pas dans des lois, des règles, ou quelque autre normativité »¹⁶². La dichotomie résultante peut être présentée comme suit: d'une part la décision et le regroupement ami/ennemi caractérisent et procurent la substance du politique et, d'autre part, les normes qui tirent leur sens de la situation normale, cette dernière étant le fruit du combat politique. La conséquence de cette théorisation de la société est la mise en place au sein d'une société stable de deux domaines distincts bien que reliés: le domaine du politique et celui du juridique qui s'y subordonne.

« Il n'existe pas de norme qu'on puisse appliquer à un chaos. Il faut que l'ordre soit établi pour que l'ordre juridique ait un sens. Il faut qu'une situation normale soit créée, et celui-là est souverain qui décide définitivement si cette situation normale existe réellement.(...) Le souverain établit et garantit l'ensemble de la situation dans sa totalité »¹⁶³.

La relation de subordination entre le politique et le juridique se manifeste entre autre par le rôle de garantie que joue le souverain, ce dernier relevant du politique.

L'activité étatique se caractérise par la discontinuité des décisions, et la désignation d'un ennemi interne ou externe, tandis que le juridique se compose de normes, d'une portée universelle et instrument de régulation par excellence du pouvoir politique. À partir de cette distinction et de la subordination qui s'ensuit, Schmitt dispose d'un critère pour aborder le thème de la neutralisation du politique par les

¹⁶² Carl Schmitt, *op. cit.*, p.138.

¹⁶³ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.23.

théories libérales: « il n'y a pas de politique libérale *sui generis*, il n'y a qu'une *critique* libérale de la politique »¹⁶⁴. Dans le cas précis, la critique s'effectue à partir d'un point de vue soit éthique, soit économique pour nier la politisation du droit, et à travers elle, la nature intrinsèque du politique.

Et enfin, la dynamique entre le politique et le juridique fournit la pierre de touche de la définition de la souveraineté en tant que « la puissance suprême, juridiquement indépendante, déduite de rien »¹⁶⁵. Sans le postulat de la primauté du politique, on ne peut comprendre le sens d'une telle définition de la souveraineté.

La distinction entre politique et juridique implique une reconfiguration de la pyramide des normes élaborée par Kelsen. Si l'on peut accepter le fondement exclusif d'une norme par une autre norme, on ne peut, en revanche, admettre que la pyramide se referme d'elle-même, complétée par une norme suprême, tout en adoptant la perspective schmittéenne. L'unité résultant de la norme suprême dont découle la pyramide des normes ne peut être le fruit d'un principe juridique auto-fondateur. L'unité des normes ne peut provenir d'une axiomatisation interne.

« Il n'existe pas de système constitutionnel clos de nature purement normative, et il est arbitraire de considérer comme unité et ordre systématique une série de dispositions particulières que l'on définit comme lois constitutionnelles, si leur unité ne procède pas d'une volonté unitaire préalable »¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.115.

¹⁶⁵ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.28.

¹⁶⁶ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, p.138.

Deux raisons peuvent être soumises: d'une part, elles visent un point de référence idéal, d'autre part, elles ne peuvent désigner d'elles-mêmes le titulaire de la souveraineté et donc les modalités qui concernent leur interprétation et leur application. « À proprement parler seul quelque chose existant concrètement peut être souverain, pas une norme simplement valide »¹⁶⁷. Nous retrouvons ici le hiatus entre l'universalité de la norme et la dimension particulière du réel politique que nous avons souligné plus haut. En réponse à ce problème, Schmitt complète la pyramide des normes par une entité d'essence différente, à savoir, la volonté constituante. D'où l'importance pour Schmitt de souligner l'absurdité que représente l'existence d'un système normatif autosuffisant, produit de manière endogène sans qu'il y ait au préalable une quelconque volonté qui s'impose en dernière instance.

L'insistance sur l'existence d'une volonté qui trancherait tout débat se fonde sur la question de la suspension du droit dont elle constitue la réponse. En effet, une volonté dépourvue de possibilité d'appel, et donc de nature politique, dispose par définition de la faculté de déterminer l'autorité qui suspendra le droit.

« Qu'une norme, une législation ou un point de référence « s'érige soi-même », voilà qui semble une représentation particulièrement aisée à envisager pour un rationalisme juridique de cette espèce. Mais comment l'unité et l'ordre systématiques peuvent-ils se suspendre eux-mêmes? »¹⁶⁸.

L'épistémologie schmittéenne trouve son fondement dans cette problématique et, par la même, l'objection la plus forte que l'on puisse adresser au normativisme: même si la norme suprême pouvait produire d'autres normes, se créer d'elle même,

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.136.

¹⁶⁸ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.24.

préciser ses propres modalités d'application et d'actualisation, elle ne peut déterminer le moment particulier où une norme, de sa propre initiative, établit les conditions à l'intérieur desquelles elle ne s'applique plus. Car un tel mouvement exigerait une décision, précisément ce que le normativisme prétend éviter.

« Il est en marge de l'ordre juridique normalement en vigueur tout en lui étant soumis, car il lui appartient de *décider* si la Constitution doit être suspendue en totalité. *Dans l'élaboration de l'État de droit moderne, toutes les tendances vont à écarter le souverain en ce sens* »¹⁶⁹.

7) Une théorie à partir de la situation d'exception.

Cette déclinaison du juridique à partir du politique ne se limite pas à une position théorique. En effet, elle encadre aussi la dimension épistémologique présente au sein des théories schmittiennes. Ce dernier élabore sa pensée du politique à partir de la situation d'exception. Elle se définit comme la situation où le politique se révèle pleinement dans la mesure où les normes disparaissent, malgré leur origine politique.

« À cette dernière (la situation d'exception) correspond une compétence par principe illimitée, autrement dit la suspension de l'ordre établi dans sa totalité. Dans cette situation une chose est claire: l'État subsiste tandis que le droit recule »¹⁷⁰.

De plus, la notion d'exception fonde la dimension existentielle de sa conception du politique. Les notions clefs sont toutes vues à travers le prisme de l'exception, qu'il s'agisse de la volonté constituante, de la distinction ami/ennemi, ou du degré d'intensité

¹⁶⁹ *Ibid.*, p.17.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p.22.

du politique. On constate ce lien dès la lecture de la première phrase de *Théologie politique*: «Est souverain celui qui décide de la situation d'exception»¹⁷¹. Si l'ensemble de la pensée schmittéenne tourne autour de la décision, c'est l'exception qui lui sert de toile de fond et qui en précise les tenants et les aboutissants.

« La distinction entre l'acte constituant, volonté souveraine du peuple, et les lois constitutionnelles, normes toujours révisables, paraît illustrer le primat de la décision ou de la volonté dans le droit. Mais c'est surtout la situation anormale — état d'exception, dictature, précédent judiciaire faisant jurisprudence — qui semble propre à vérifier l'axiome décisionniste »¹⁷².

La décision caractérise l'action politique, mais l'exception concentre en elle l'essence du politique. Cette structure est soutenue par les liens établis par Schmitt entre l'exception, la souveraineté et la décision. Nous avons vu plus haut que le critère de définition d'une unité politique est la désignation de l'ennemi, donc une décision. Cette caractérisation de l'unité politique ne porte que sur l'activité de l'unité concernée, tandis que l'exception révèle sa nature.

Ainsi, l'activité d'une unité politique sur un territoire et une population donnée s'énonce en trois points: elle vient à l'existence en désignant l'ennemi, lutte contre ce dernier et une fois la lutte remportée devient souveraine. De plus, ni la désignation, ni la lutte ne dépendent d'une structure normative pour s'accomplir et se situent donc à l'intérieur de la situation d'exception.

« Si cette intervention n'est soumise à aucun contrôle, si elle n'est pas répartie d'une manière ou d'une autre, comme dans la pratique constitutionnelle de l'État de droit, entre différentes instances qui se tempèrent

¹⁷¹ *Ibid.*, p.15.

¹⁷² Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt la politique entre spéculation et positivité*, p.35.

et s'équilibrent mutuellement, on verra immédiatement qui est le souverain »¹⁷³.

Enfin, la souveraineté découlant de ces deux éléments, elle ne tirerait son sens que de la situation d'exception. D'où l'importance de la distinction entre politique et juridique: les logiques à la base de l'action dans chaque domaine fonctionnent de manière irréductible.

« C'est là que la décision se sépare de la norme juridique, et (pour le formuler paradoxalement) là l'autorité démontre que, pour créer le droit, il n'est nul besoin d'être dans son bon droit »¹⁷⁴.

Les concepts énoncés auparavant, le politique dans son ensemble, ne peuvent se comprendre et se penser qu'au sein de l'exception en regard de la norme. « Le cas d'exception révèle avec la plus grande clarté l'essence de l'autorité de l'État »¹⁷⁵. L'exception ne brille que par la présence d'une toile de fond constituée par la norme, plus précisément, par la situation normale. C'est à ce titre que le politique se révèle avec la situation d'exception.

Ayant établi ce rapport préliminaire entre le politique et la situation d'exception, précisons maintenant sa dynamique propre. En premier lieu, il s'agit d'un trait fondateur du politique renforcé par le statut que Schmitt lui attribue, car tout comme la distinction ami/ennemi joue le rôle de critère de reconnaissance de toute activité politique, la situation d'exception constitue le moment de vérité où apparaît la véritable souveraineté, nécessaire à toute tentative de théorisation du politique.

¹⁷³ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.17.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.23-24.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.23.

« Comme on le verra dans la suite, par situation exceptionnelle, il faut entendre ici une notion générale de la théorie de l'État, et non quelque urgence proclamée ou quelque état de siège. La situation exceptionnelle est appropriée en un sens éminent pour une définition de la souveraineté, et elle l'est pour une raison systématique »¹⁷⁶.

La réalité politique peut être comparée à un iceberg: si l'on se fie à la situation de norme pour analyser le contexte politique d'une société donnée, on n'analysera que la pointe de l'iceberg, c'est-à-dire, qu'une couche superficielle. De ce point de vue, Schmitt adresse ses critiques au normativisme et à l'ensemble des théories de l'État de droit: ces dernières proposent une vision par trop limitée du politique car elles l'évacuent et tentent de le neutraliser au profit de structures normatives plus ou moins complexes. De plus, ces structures normatives ne rendent pas compte de la notion fondatrice d'une unité politique, à savoir, sa souveraineté.

« Pratiquement, une jurisprudence qui tourne autour des questions de la vie quotidienne et des affaires quotidiennes ne s'intéresse guère à la notion de souveraineté. Pour elle aussi, seul le normal est reconnaissable, tout le reste n'étant que « perturbation ». Face au cas extrême, elle est désarmée »¹⁷⁷.

Concrètement, cela signifie que toute élaboration d'une théorie de l'État exigera une confrontation au problème de la souveraineté. Aux yeux de Schmitt, la conceptualisation à partir de la situation d'exception reste l'unique moyen propre à saisir adéquatement les tenants et aboutissants de la souveraineté. « Seule cette situation rend actuelle la question de la souveraineté tout court »¹⁷⁸. Le droit s'oppose à la souveraineté exacerbée par la situation d'exception, car au sein de cette dernière, le

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.16.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.22.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p.17.

pouvoir d'État augmente alors que la procédure juridique et le droit perdent de leur importance. « De même que dans le cas normal, le moment d'autonomie de la décision peut être ramené à un minimum, dans le cas d'exception, la norme est réduite à néant »¹⁷⁹.

Ce qui ne signifie pas pour autant que la souveraineté, dans le cadre de la situation d'exception, préside à une société devenue anarchique, la situation d'exception implique seulement la séparation des deux termes de l'expression « ordre de droit ».

« Dans le cas d'exception, l'État suspend le droit en vertu d'un droit d'autoconservation, comme on dit. Les deux composantes de la notion « d'ordre de droit » (*Rechts-Ordnung*) en viennent ici à s'opposer et démontrent leur autonomie conceptuelle »¹⁸⁰.

L'exigence d'ordre devient autonome face au droit et révèle la nature du politique par le biais de la souveraineté qui se détache par contraste de la situation de norme. À ce titre, Schmitt établit une distinction entre la situation d'exception et l'état de nature de Hobbes en présupposant une situation de norme dont la situation d'exception se distinguera par la suite. L'action du souverain s'articule entre les deux situations possibles: c'est lui qui impose et garantit la situation de norme puisqu'il est l'agent de la volonté constituante, et c'est aussi lui qui suspend provisoirement le droit en vue du maintien de l'ordre public et par là l'éventuel retour de l'ordre de droit. Étant donné le rôle de pivot dont elle dispose entre ces deux situations, il devient clair que la souveraineté ne se comprend qu'en terme d'exception. De plus, la notion de souveraineté ramène à celle de décision puisque, selon Schmitt, la définition de la

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.23.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p.22-23.

souveraineté d'État ne recouvre pas le monopole de la domination, de la coercition ou de la contrainte légitime comme Max Weber l'a soutenu, mais bien le monopole de la décision¹⁸¹. L'épistémologie schmittéenne réunit donc les deux éléments suivants: l'arbitraire de la décision originaire et l'extrême de l'exception.

« L'exception, c'est ce qu'on ne peut subsumer; elle échappe à toute formulation générale, mais simultanément elle révèle un élément formel spécifique de nature juridique, la décision, dans son absolue pureté »¹⁸².

L'intensité de la situation d'exception se comprend plus facilement lorsque l'on sait que Schmitt la fonde en tant que concept sur une analogie avec le miracle. Toute la relation entre exception et norme postulée par Schmitt repose sur ce parallèle avec la théorie où le miracle est vu comme le fruit de l'intervention directe, arbitraire, ponctuelle de Dieu, par opposition aux lois de la nature qu'il a fixées.

« Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés. Et c'est vrai non seulement de leur développement historique, parce qu'ils ont été transférés de la théologie à la théorie de l'État, mais aussi de leur structure systématique, dont la connaissance est nécessaire pour une analyse sociologique de ces concepts »¹⁸³.

D'autre part, Schmitt ne se confond pas avec Hobbes pour qui tout repose sur la crainte du retour à l'état de nature et de la mort violente. En effet, Schmitt pose sa théorie après la sortie de l'état de nature, qui ne représente de toute manière qu'une hypothèse de travail pour Hobbes. Il n'en reste pas moins que l'exception, par l'extrémisation qu'elle implique, fournit la source d'explication de tout le reste, y

¹⁸¹ *Ibid.*, p.23.

¹⁸² *Ibid.*, p.23.

¹⁸³ *Ibid.*, p.46.

compris la situation de norme qu'elle éclaire. L'exception correspond au moment de vérité qui révèle l'autonomisation apparente des normes qui régulent la situation de norme. Ce qui permet à Schmitt de conclure: «le cas normal ne prouve rien, l'exception prouve tout; elle ne fait pas que confirmer la règle: en réalité, la règle ne vit que par l'exception »¹⁸⁴.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.25.

III — LE DÉCISIONNISME FACE À LA PENSÉE DES ORDRES CONCRETS

La présentation de la notion d'exception face à la norme comme dernière ligne de force de la pensée schmittéenne recouvre en fait une intention très précise. En effet, l'articulation du cas exceptionnel et de la situation normale constitue non seulement la pierre de touche du réalisme de Schmitt, mais aussi celle de la mise en perspective que nous nous proposons d'effectuer à présent. Ainsi, l'opposition entre situation de norme et situation d'exception, et donc le décisionnisme qui en découle, peut sembler trop tranchée, et donc de pertinence limitée. Schmitt a tenté de surmonter l'antithèse représentée par les deux situations par l'élaboration d'une synthèse, à savoir, la théorie juridique des ordres concrets. Les considérations auxquelles nous allons nous livrer tournerons donc autour de ce passage du décisionnisme juridique à la théorie des ordres concrets, afin de tenter de démontrer la pertinence accrue du décisionnisme schmittéen.

A – Mise en perspective externe: quelques commentateurs

1) Le triptyque problématique de Schmitt.

Les critiques adressées à Schmitt ont toujours été nombreuses en raison, d'une part, de l'importance des questions soulevées par sa pensée, d'autre part, des ambiguïtés

que l'on peut y déceler. Tenter de présenter l'ensemble de ces critiques dépasserait le cadre de notre analyse, c'est pourquoi nous privilégierons deux perspectives. La première correspond à une formule employée par Paul Hirst pour résumer la pensée de Schmitt, et la seconde provient de l'analyse effectuée par George Schwab. La caractérisation avancée par Hirst présente l'intérêt de synthétiser les trois grandes catégories de problèmes attribués à Schmitt.

« Schmitt's own position, for all its critical power is curiously circumscribed: it insists upon the state of exception and yet seek to stabilize it, and if possible to end it by positive political action »¹⁸⁵.

Si l'on divise cette formule en trois parties, les tensions classiques de la pensée schmittéenne feront surface.

La première partie, qui correspond au premier type de tension, peut être saisie comme la description de la nature de la théorie de Schmitt, en tant que résultat d'une activité critique. Schmitt est souvent considéré comme un penseur qui réagit à d'autres théories plutôt que l'auteur d'un système complet. Dans la même ligne de pensée, ses positions apparaissent plus comme une description plutôt qu'une analyse poussée et systématique.

La seconde partie correspond à la caractérisation centrale du système schmittéen et concerne la relation entre la situation d'exception et la situation de norme. Cette dernière peut s'énoncer comme suit: le politique se révèle le plus clairement lors de la situation d'exception, or la situation d'exception est appelée à disparaître au profit

¹⁸⁵ Paul Hirst, *Representative Democracy and its Limits*, Cambridge, 1990, p.116.

de la situation de norme. On peut donc poser la question de la pertinence de la pensée de Schmitt lors de la situation de norme, son épistémologie se fondant sur la situation d'exception.

Et enfin, la troisième partie relève la difficulté principale du réalisme schmittéen, à savoir, sa volonté de passer de la situation d'exception à la situation de norme par des moyens propres à la situation d'exception, tout en postulant une disparition graduelle de cette dernière, et donc de ses moyens, lorsque la situation de norme réapparaît. Ce survol effectué, nous nous pencherons par la suite sur l'analyse présentée par Schwab dont l'hypothèse centrale fournit une explication possible des tensions propres aux thèses de Schmitt.

2) Les théories schmittéennes: analyse ou critique?

a) Une proportion critique trop importante? Le premier constat concernant les reproches associés aux thèses de Schmitt vise la part importante accordée à la critique. Cette dimension sera abordée selon deux angles: la place qu'elle occupe au sein des oeuvres principales de Schmitt que sont *La notion de politique*, *Théologie politique* et *Théorie de la constitution*, d'une part, et sa nature idéologique anti-libérale, d'autre part. Par la suite, nous aborderons la question du style littéraire de Schmitt qui n'est pas dépourvu d'un certain rôle quant à la recherche de la polémique à l'intérieur de ses écrits.

Comme mentionné plus haut, la critique occupe une place importante au sein de l'oeuvre de Schmitt. Si l'on effectue un survol de ses trois grands livres, on constatera

sans difficultés particulières que sa méthode même ouvre « une porte d'entrée » à une démarche critique. « Comme le plus souvent, Schmitt procède à la définition d'un concept par l'identification d'un *Gegenbegriff* (le concept auquel le premier s'oppose) »¹⁸⁶.

À l'intérieur de *Théologie politique*, on remarque dès le début du premier chapitre un exemple type de cette approche. En premier lieu Schmitt présente une caractérisation du souverain, le premier chapitre étant consacré à la définition de la souveraineté. Avant même d'expliquer ou de justifier la caractérisation concernée, il attaque presque simultanément les théories classiques de l'État de droit.

« Il décide autant de l'existence du cas de nécessité extrême que des mesures à prendre pour y mettre fin. Il est en marge de l'ordre juridique normalement en vigueur tout en lui étant soumis, car il lui appartient de décider si la Constitution doit être suspendue en totalité. Dans l'élaboration de l'État de droit moderne, toutes les tendances vont à écarter le souverain en ce sens »¹⁸⁷.

Les tendances auxquelles Schmitt fait référence visent notamment Krabbe et Kelsen. La citation de ces deux auteurs dispose d'une certaine pertinence au sein de cette problématique particulière dans la mesure où Schmitt leur « dédie » un peu plus de la moitié du second chapitre. Les remarques concernant le projet de la théorie pure du droit de Kelsen ne laissent pas douter de la saveur polémique de l'étude de ces deux auteurs.

¹⁸⁶ Pasquale Pasquino, « État de droit et démocratie », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, numéro 24, Presses Universitaires de Caen, 1994, p.96.

¹⁸⁷ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.17.

« La vieille opposition entre être et devoir, entre description causale et description normative, se voit transférée dans l'opposition entre sociologie et jurisprudence avec plus d'énergie et de rigueur, mais avec la même évidence sans preuve que naguère chez Georg Jellinek et Kistiakowski »¹⁸⁸.

Il en va de même pour Krabbe:

« En réalité, on a affaire à la vieille négation libérale de l'État face au droit et à l'ignorance du problème autonome de l'effectuation du droit. Cette conception a été remarquablement présentée par H. Krabbe, dont la théorie de la souveraineté du droit repose sur la thèse que ce n'est pas l'État, mais le droit qui est souverain »¹⁸⁹.

La conclusion de *Théologie politique* met en scène la pensée des philosophes de la contre-révolution, Donoso Cortès en particulier, par opposition aux thèses anarchistes dont les incohérences sont relevées et soulignées. En fait, la phrase suivante résume à elle seule la structure de *Théologie politique*: « la critique du « normativisme » forme le noyau des deux premiers chapitres de *Théologie politique* »¹⁹⁰. À titre indicatif, *Théologie politique* est constitué de quatre chapitres.

Si la critique pure occupe une place quantitativement moindre au sein de *La notion de politique*, elle n'en reste pas moins plus incisive et plus immédiate. La distinction entre politique et étatique, objet du premier chapitre, s'initie par l'évacuation de l'ensemble des désignations traditionnelles et contemporaines de l'État, et ce, avant que ne soit proposée une définition de ce dernier.

« Ces définitions et ces images comportent trop d'apriorisme sous forme d'interprétations, de significations surajoutées, de symboles et de constructions

¹⁸⁸ *Ibid.*, p.29.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p.32.

¹⁹⁰ Jean-François Kervégan, *La critique schmittienne du normativisme kelsénien*, p.58.

« systématiques, pour fournir un point de départ adéquat à un exposé simple et élémentaire »¹⁹¹.

On assiste donc à la mise en place de la curieuse structure suivante: plutôt que de proposer une définition pour ensuite la justifier, Schmitt rejette les autres définitions, propose la sienne, et la justifie par des exemples négatifs, à savoir, des exemples qui démontrent l'inadéquation des autres définitions.

« Des définitions de ce type, qui répondent aux nécessités de la pratique juridique courante, tendent simplement à fournir un moyen pratique de délimiter les cas divers soumis aux décisions juridiques à l'intérieur d'un État; leur intention n'est pas de fournir une définition générale du politique en soi »¹⁹².

Cette structure de justification typique soulève l'une des tensions de la position schmittéenne: en raison de son approche critique, elle se rend souvent tributaire des théories adverses, ou plus généralement, des théories auxquelles elle se réfère.

« De ce fait, comme l'a souligné Léo Strauss, l'argumentation décisionniste demeure prise dans l'horizon de ce qu'elle combat(...) N'étant que l'inversion du libéralisme, le décisionnisme manque d'un fondement propre, positif, à l'appui de sa conviction selon laquelle « la politique est le destin de l'homme »(...). Ce fondement positif pourrait être un dogme théologique, une anthropologie, une ontologie, ou encore une philosophie de l'histoire. Mais, faute de le poser expressément, la pensée de Schmitt demeure asservie aux catégories de son adversaire libéral »¹⁹³.

Pour revenir à *La notion de politique*, la critique devient plus explicite en ce sens que Schmitt vise ouvertement les pratiques institutionnelles propres aux régimes libéraux lors de son analyse du concept de guerre.

¹⁹¹ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.57.

¹⁹² *Ibid.*, p.59.

¹⁹³ Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt le politique entre spéculation et positivité*, p.128.

« L'équation *politique=politique de parti* devient possible dès lors que s'affaiblit la notion d'une unité politique (l'État) qui englobe tout, en ne laissant qu'une importance relative aux partis formés autour de sa politique intérieure et à leurs conflits; dès lors que, par conséquent, les antagonismes internes deviennent plus forts que l'orientation commune de politique extérieure qui s'oppose à un autre État »¹⁹⁴.

La critique du libéralisme devient par la suite de plus en plus ouverte pour culminer à l'intérieur du huitième chapitre qui aborde le thème de la neutralisation du politique au profit des valeurs défendues par le libéralisme, à savoir, l'économique et l'éthique.

« Le libéralisme du siècle dernier a singulièrement et systématiquement déformé et dénaturé l'ensemble des notions politiques.(...) Très systématiquement, la pensée libérale élude ou ignore l'État et la politique pour se mouvoir dans la polarité caractéristique et toujours renouvelée de deux sphères hétérogènes: la morale et l'économie, l'esprit et les affaires, la culture et la richesse »¹⁹⁵.

Cette propension à la critique ouverte se maintient au sein de *Théorie de la Constitution*. En effet, si Schmitt expose dans son oeuvre la distinction entre démocratie et libéralisme — et même l'éventuelle opposition entre les deux —, la seule mention des termes « libéral » et « moderne » comporte des connotations péjoratives.

« En réalité, malgré tout son juridisme et sa normativité, l'État de droit reste quand même un État et contient par conséquent en sus de la composante spécifiquement libérale bourgeoise toujours aussi une autre composante spécifiquement politique.(...) Voilà pourquoi il n'y a aucune constitution qui ne serait intégralement rien d'autre qu'un système de normes juridiques destiné à protéger l'individu contre l'État.(...) Le caractère libéral est au contraire seulement une partie de toute constitution moderne »¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.70.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p.114 et 115.

¹⁹⁶ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, p.263.

« La constitution d'un État de droit bourgeois moderne est toujours une constitution mixte: la composante libérale (d'État de droit) avec ses deux principes — droits fondamentaux (conçus comme principe de répartition) et séparation des pouvoirs (conçue comme principe d'organisation) — ne contient à elle seule aucune forme de gouvernement, mais seulement une collection d'entraves et de contrôles de l'État un système servant à garantir la liberté bourgeoise et à relativiser le pouvoir de l'État »¹⁹⁷.

En d'autres termes, l'étude schmittéenne de l'État de droit libéral a pour fonction principale d'en souligner les faiblesses, notamment une structure faible, interdisant la présence de la décision, parce que fondée sur un équilibre complexe et sur-juridifié.

« L'idéal complet de l'État de droit bourgeois culmine dans une juridictionnalité générale de l'ensemble de la vie de l'État »¹⁹⁸.

En fait, il s'agit d'une transposition des critiques adressées au normativisme dans *Théologie politique* au domaine du droit constitutionnel et des types de régime.

b) L'anti-libéralisme fondateur.

« Contrairement à l'opinion couramment reçue, c'est donc moins le décisionnisme proprement dit que l'hostilité à toute forme de pensée normative qui caractérise l'approche du droit qui est celle de Schmitt. Sa réflexion critique sur l'État de droit, la légalité et le devenir de la démocratie peut le confirmer »¹⁹⁹.

À elle seule, cette remarque résume le contenu idéologique de la pensée de Schmitt. Si l'on se rapporte au paragraphe précédent, on constatera que la cible principale de Schmitt est l'État de droit libéral. À ce titre, *Théorie de la Constitution*

¹⁹⁷ *Ibid.*, p.337.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p.271.

¹⁹⁹ Jean-François Kervégan, op. cit. , p.46.

peut être vue comme l'aboutissement de sa pensée, lorsque comparée à *La notion de politique* et *Théologie politique*. L'aversion qu'éprouve Schmitt pour les régimes libéraux en général, et celui de la République de Weimar en particulier, en a frappé plus d'un. La dynamique de cette opposition est assez simple. En effet, selon Schmitt le politique et la vie d'une unité politique tournent autour des décisions du pouvoir constituant. De ce point de vue, le système parlementaire présente un certain nombre d'obstacles, dont la séparation des pouvoirs n'est pas le moindre à la possibilité d'une décision unitaire.

« Le principe d'organisation est contenu dans la théorie dite de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire de la distinction de différentes branches de l'exercice de la puissance de l'État — où il s'agit essentiellement de la distinction entre législation, gouvernement (administration) et administration de la justice (législatif, exécutif et judiciaire). Cette séparation ou distinction sert à favoriser un contrôle mutuel et à freiner ces « pouvoirs »²⁰⁰.

La question qui se pose alors relève du problème de l'oeuf et de la poule. Schmitt élabore-t-il ses théories avant de critiquer le libéralisme, ou, partant d'une pétition de principe, agence-t-il les éléments de sa pensée *ad hoc*? On ne peut fournir de réponse catégorique à cette problématique, néanmoins, on soulignera la présence d'éléments idéologiques au sein de l'anti-libéralisme de Schmitt, ce qui semble désigner la seconde branche du dilemme précité. Le contexte biographique confirme ainsi l'hypothèse posée: Schmitt fait partie de la génération qui a subi la défaite de 1918 pour qui le passage du Second Reich à la République de Weimar est symptomatique de cette défaite.

²⁰⁰ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.265.

« Il faut comprendre que le passage de la monarchie à la république n'est pas vécue par ces hommes comme une ascension libératrice, mais comme une déchéance, une aliénation incompatible avec le génie allemand.(...) Le refus de la république et de tout ce qui est lié avec elle — le parlementarisme, les idéaux démocratiques, le libéralisme — a quelque chose d'irrationnel, d'idiosyncratique. Avant d'être une doctrine c'est une phobie, un phénomène de rejet qui va jusqu'à l'impossibilité de penser la république.(...) On ne peut la comprendre sans prendre en compte son caractère névrotique »²⁰¹.

Si la remise en question de la pertinence d'une hypothèse concernant les traits psychologique de Schmitt reste possible, son oeuvre n'en est pas pour autant absoute de tout biais. D'une part, il n'y a pas de fumée sans feu, d'autre part, l'opposition à la République de Weimar est bel et bien présente à l'intérieur des textes.

« With the ideological dismissal of the institution of the Weimar parliament, Schmitt searched for the elements contained in the constitution which could substantiate his thesis of the spiritual bankruptcy of the Weimar parliament »²⁰².

Cette accusation de biais idéologique tire sa source de la dimension critique même des positions de Schmitt. En effet, ses écrits n'abordent pratiquement pas la question du régime qui remplacerait la République de Weimar ou de son fonctionnement concret.

« Since we find as yet no concrete suggestions as to how the state which Schmitt had in mind could be brought about, his discussion of democracy and liberalism is therefore almost purely ideological »²⁰³.

201 Nicolaus Sombart, « Carl Schmitt: théories dangereuses », Magazine littéraire, numéro 265, mai 1989, p.64.

202 George Schwab, *The Challenge of the Exception*, Duncker und Humblot, 1970, p.69.

203 *Ibid.*, p.71.

Le système présidentiel proposé par Schmitt tient plus de la réaction à une situation politique difficile que d'un type d'État particulier.

À force de reprocher au libéralisme son incapacité à avancer un type d'État précis, Schmitt tombe dans la même disposition. On retrouve à cette occasion le thème de la dépendance de Schmitt à l'égard des théories adverses.

« Schmitt never put together a positive account of what political order should be. Indeed, he regarded such an endeavour as part of the Enlightenment legacy which attempted to impose an unattainable universal order on humankind »²⁰⁴.

Enfin, comme mentionné plus haut, la récurrence importante du terme bourgeois à l'intérieur des parties consacrées à la critique des régimes libéraux comporte elle aussi sa connotation idéologique.

« L'insistance sur l'adjectif *bürgerlich* à propos de l'État de droit a, malgré tout (je veux dire malgré l'ambiguïté sémantique de l'adjectif allemand), une connotation idéologique qui me paraît simplement inacceptable. Car, ou bien cet adjectif ne veut rien dire de précis, parce que il se réfère aux citoyens plutôt qu'aux bourgeois, ou bien, alors, il représente une sorte de clin d'oeil aux conceptions marxistes, et donc une figure rhétorique de *captatio benevolentiae* dont la valeur est aujourd'hui nulle et non avenue »²⁰⁵.

c)Un style polémique. L'aspect le plus problématique du contenu idéologique des thèses de Schmitt n'est pas tant le parti pris qu'il recouvre, — quel auteur politique en est dépourvu — mais l'évidence avec laquelle ce dernier s'exprime. En effet, qu'il s'agisse de la méthode employée ou du contexte historique à l'intérieur duquel il écrit,

²⁰⁴ David Dyzenhaus, « Liberalism after the Fall », *Philosophy and social criticism*, vol.22 numéro 3, 1996, p.10.

²⁰⁵ Pasquale Pasquino, *loc. cit.*, p.97-98.

Schmitt recherche la polémique, ou à tout le moins, écrit toujours en regard d'un antagoniste, réel ou théorique. Le réalisme schmittéen est placé sous le signe de la confrontation. D'où la prégnance des critiques et de l'idéologie qui la soutient: Schmitt plaidant pour un type précis d'action et de pensée politique, il va de soi que les concessions aux théories adverses et les justifications de ses propres positions céderont devant les exigences de cette dernière.

On peut suivre la piste suivante: le style littéraire d'un auteur se reflète souvent dans les termes employés par les commentateurs pour analyser ses théories. En ce qui concerne Schmitt, une expression utilisée par Paul Gottfried peut sembler pertinente.

« In *Legality and Legitimacy* and in *Protector of the Constitution*, Schmitt holds up against liberal legality the ideal of plebiscitary leadership able to rise to the challenge of the exception »²⁰⁶.

Cette courte phrase prend place à l'intérieur d'un article dont l'objet est le commentaire du livre de George Schwab, *The Challenge of the Exception*, dont l'expression est d'ailleurs tirée. On peut la saisir de deux manières: la première retrace l'opposition entre norme et exception, mais la seconde, à plus grande échelle, a trait à l'utilisation du terme « défi ». Ce dernier souligne le contexte intellectuel qui suscite l'utilisation de l'exception: il s'agit du défi lancé aux thèses normatives et libérales. C'est à ce titre que l'expression révèle l'esprit dans lequel Schmitt élabore ses positions. S'il se caractérise d'abord comme un anti-normativiste, comme le souligne Kervégan,

²⁰⁶ Paul Gottfried, « Confronting The Challenge of the Exception: George Schwab as an Interpreter of Carl Schmitt », *The Political Science Reviewer*, volume XX, printemps 1991, p.274.

c'est que le style littéraire de Schmitt s'élabore toujours à l'encontre de quelque chose et non pour quelque chose.

« This is no criticism of a man for whom all terms were political and polemical and who was always fighting: until 1945 against Weimar, Geneva and Versailles, after 1945 against his opponents »²⁰⁷.

La présentation d'Olivier Beaud de *Théorie de la Constitution* est à ce sujet on ne peut plus claire:

« Après avoir défendu la validité d'une notion politique de la Constitution et polémique avec son grand adversaire — le viennois Hans Kelsen, promoteur du normativisme — Schmitt entreprend d'analyser l'État de droit libéral-bourgeois en le décomposant en deux éléments antithétiques — libéraux et politiques.(...) La visée polémique des propos juridiques de l'auteur ne fait guère de doute.(...) Plutôt que de lire son oeuvre de façon apologétique, il vaut mieux la recevoir comme un défi intellectuel d'envergure que n'hésiteront pas à relever, sans mépris ni anathème, tous ceux qui examinent les problèmes les plus épineux de la démocratie et du libéralisme »²⁰⁸.

La question qui survient alors est de déterminer si ce défi tient uniquement du style d'écriture ou plonge ses racines à l'intérieur de la pensée même de Schmitt. S'agit-il d'un défi stylistique ou d'un défi doctrinal? Beaud semble suggérer la seconde option lorsqu'il précise que le défi correspond aux visées de Schmitt. La critique précitée constituerait donc la mise en forme théorique d'un défi en règle aux tenants du libéralisme. En fait, il s'agit d'un équilibre entre les deux. Schmitt identifie sa construction théorique, le décisionnisme politique, avec le style qui lui correspond le

²⁰⁷ Bernhard Schlink, « Why Carl Schmitt? », *Constellations*, volume 2, numéro 3, 1996, p.432-433.

²⁰⁸ Olivier Beaud, *Théorie de la Constitution*, page couverture.

plus, à savoir un style affirmatif, catégorique qui vise plus à nier les positions adverses qu'à démontrer les siennes propres.

« On both political romanticism and modern parliamentarism, Schmitt may have spoken brilliantly, but he did not even try to give a fair analysis or critique. He was instead openly polemical »²⁰⁹.

En d'autres termes, Schmitt fusionne sa pensée du politique avec la manière de l'exprimer. Comme cette dernière se fonde entre autre sur la distinction ami/ennemi et le regroupement qui s'ensuit, Schmitt plaide au lieu de démontrer et recrée au niveau théorique le schéma du comportement politique, plus précisément, le schéma de la décision politique.

« It does not deal with other positions as varying aspects of a developing argument, but uses them only for decoration.(...) This is decisionism as an intellectual style, and it is the style that provides the fascination.(...) Complex arguments are reduced to simple contrasts; conjectures and refutations are neglected in the name of decision; our place in time and history is summed up in clear and simple concepts »²¹⁰.

Cette dernière remarque souligne jusqu'où peut mener le style affirmatif de Schmitt lorsque conjugué avec la présence imposante des critiques qu'il formule. En effet, ces deux aspects de sa pensée interagissent et procurent une apparence démesurée au ton combatif de son oeuvre. À l'intérieur d'une telle atmosphère, le lecteur peut être tenté de perdre de vue le contexte à l'intérieur duquel Schmitt écrit — ou tout au moins réagit — pour ne considérer les thèses de Schmitt que forme limitée de réalisme fondée sur un décisionnisme superficiel.

²⁰⁹ Bernhard Schlink, *loc. cit.*, p.432.

²¹⁰ *Ibid.*, p.433.

« That (le décisionnisme) this does not work and is only a matter of illusion is correct as criticism. But that misses the point; illusion can provide as much orientation as reality, and orientation is what decisionism as an intellectual style is all about »²¹¹.

Il n'en reste pas moins que la « combativité théorique » qui semble marquer les écrits de Schmitt recouvre deux tensions plus considérables que les remarques au sujet de son style.

D'une part, les critiques qui ponctuent sa pensée, lorsqu'ajoutées à son approche qui définit une notion par la notion opposée, « antagonisent » les éléments clefs des problématiques étudiées. En d'autres termes, Schmitt compose de manière binaire en opposant les éléments du couple de telle manière que la pensée de l'un s'effectue au détriment de l'autre. Cela ne laisse pas de comporter certaines conséquences lorsque le couple en question est composé de concepts aussi centraux que la situation d'exception et la situation de norme.

D'autre part, qu'advient-il de la décision mise en relief dans la situation d'exception lors du passage à la situation de norme? Comment fonder la décision qui relève de l'exception au sein de la situation caractérisée par ce qui s'y oppose, à savoir, la norme? Comment relier la décision à la norme? Tels sont les problèmes auxquels nous allons à présent nous atteler.

4) Le style disjonctif de Schmitt.

²¹¹ *Ibid.*, p.433.

Avant de préciser l'étude sur le problème précité, qu'il nous soit permis de rappeler deux traits caractéristiques de la pensée de Schmitt, l'un tenant de la méthode, l'autre de la conceptualisation même du politique.

« Comme le plus souvent, Schmitt procède à la définition d'un concept par l'identification d'un *Gegenbegriff* (le concept auquel le premier s'oppose) »²¹².

Cette méthode prend tout son sens et sa pertinence lorsque confrontée au commentaire suivant:

« For Schmitt, the core of politics is the exacting moral decision: either/or, friend-enemy. Politics has no logic other than this choice — reasoning, debate, analysis are, strictly speaking, not part of politics »²¹³.

Concrètement, on constate un amalgame entre la méthode de Schmitt, donc la forme de ses théories, avec leur contenu, leur fond. Là encore, il ne semble pas qu'une telle démarche n'implique le moindre problème que ce soit. Par contre, si l'on accepte que Schmitt procède par opposition lorsqu'il définit ses concepts et qu'il considère tout concept prégnant de la théorie politique comme membre d'un couple d'antagonistes, alors certaines difficultés surgissent. La première concerne l'aspect binaire pris par l'ensemble de la théorie qui résulte parfois en une simplification à outrance. Ensuite, lorsque cette simplification se conjugue à la tendance particularisante du décisionnisme tel que posé par Schmitt, on voit apparaître la question du fondement systématique du droit par le politique. Et enfin, dans le cas de l'opposition des éléments du couple

²¹² Pasquale Pasquino, *loc. cit.*, p.96.

²¹³ Paul Hirst, *op. cit.*, p.116.

situation de norme/situation d'exception, la polarisation de ces derniers aboutit à une absence d'articulation entre les deux registres. Nous étudierons donc ces trois points.

a) Une pensée binaire. Par pensée binaire, nous entendons une pensée presque entièrement composée d'oppositions entre lesquelles on peut souvent établir une série de parallèles. La dimension polémique laissait déjà présager ce type de dénouement, à cela près, que là où la polémique pourrait être la cause et la structure par opposition un mode d'expression parmi d'autres, donc une conséquence contingente, il semblerait que ce soit l'inverse. On pensera notamment à l'opposition entre normativisme kelsénien et décisionnisme, tous deux présentés comme des types de l'épistémologie du droit.

« Un tel schème binaire est en exacte cohérence avec la structure, profondément dualiste, de la pensée schmittienne.(...) Il est vrai que le schéma duel antécédent avait partie liée avec les éléments essentiels de la représentation théorique que Schmitt se fait du droit »²¹⁴.

La citation de cette opposition entre normativisme et décisionnisme n'est pas fortuite: il s'agit du point d'origine du « décisionnisme en tant que style intellectuel » souligné par Schlink. En effet, le schème qui oppose décisionnisme et normativisme ne se limite pas à une question de présentation. Pour présenter cela selon les termes schmittéens, il ne s'agit pas seulement de souligner que normativisme et décisionnisme s'opposent au sujet du rôle attribué à la décision lors de la mise en place d'une norme, mais bien de maintenir l'opposition au niveau des notions mêmes de décision et de

²¹⁴ Jean-François Kervégan, *op. cit.*, p.40.

norme. En d'autres termes, la confrontation entre décisionnisme et normativisme se retrouve à l'intérieur du décisionnisme, par le biais des notions de norme et de décision.

« Schmitt, cependant, ne s'en tient pas à cette formulation modérée. Norme et décision ne sont pas seulement complémentaires, elles dessinent des orientations opposées »²¹⁵.

Cette remarque rend bien compte du phénomène inscrit au sein du décisionnisme schmittéen. En tant que théorie, il est unifié, la norme s'unit donc à la décision dans un couple, mais en tant que théorie fondée sur la décision et s'opposant au normativisme, il sépare les deux notions. Les schémas d'oppositions externes, face aux autres théories, sont reproduits à l'intérieur du décisionnisme lui-même, à cause de la méthode de conceptualisation employées par Schmitt.

L'intensité de l'opposition entre décision et norme, prises en tant que telles et non selon leur rapport de causalité, est confirmé par une remarque de Schwab au sujet de l'opposition Schmitt/Kelsen. « Here two types of thinking are apparent. This contrast between Schmitt and Kelsen reveals a basic difference in the approach to the question of sovereignty »²¹⁶. La mesure de la différence entre Schmitt et Kelsen, et donc de la distinction entre décision et norme, est proportionnelle à l'importance accordée par le premier à la question de la souveraineté. À ce titre, il s'agit presque d'une prise de position d'ordre métaphysique.

Expliquer!

« L'opposition du normativisme et du décisionnisme, autour de laquelle est organisée la pensée de Schmitt jusqu'en 1933, a déjà été étudiée: elle correspond à l'accentuation de l'un ou l'autre des deux moments de l'énoncé

²¹⁵ *Ibid.*, p.35.

²¹⁶ George Schwab, *op. cit.*, p.50.

juridique, la norme et la décision, et renvoie, comme à son principe, à la distinction philosophique entre l'être, compris comme existence concrète ou volonté, et le devoir-être, construction idéale d'une rationalité abstraite »²¹⁷.

De ces caractéristiques ressortent une ligne de force du décisionnisme: ce dernier, par la primauté presque absolue qu'il accorde à la décision, frise le réductionnisme dans la mesure où presque tous les problèmes étudiés sont « catalysés » à l'intérieur d'oppositions claires, mais peut-être trop simples pour rendre exactement compte de la réalité politique. Cette tendance n'a pas échappé à Schmitt puisqu'il laissera de côté le décisionnisme pur qui caractérise ses premiers textes — *La notion de politique et Théologie politique*:

« En second lieu, Schmitt aurait été conduit à l'idée d'une pensée juridique institutionnaliste, dépassant aussi bien les « simplifications décisionnistes » que les « fonctionnalisations normativistes »²¹⁸.

De plus, les « simplifications décisionnistes » précitées peuvent prendre l'aspect d'une pétition de principe. En effet, les thèses de Schmitt appréhendent les phénomènes politiques sous la forme d'oppositions dualistes et de confrontations en posant comme postulat de départ que le politique se définit uniquement en termes d'opposition.

« Un monde d'où l'éventualité de cette lutte aurait été entièrement écartée et bannie, une planète définitivement pacifiée serait un monde sans discrimination de l'ami et de l'ennemi et par conséquent un monde sans politique »²¹⁹.

²¹⁷ Jean-François Kervégan, *op. cit.*, p.42.

²¹⁸ *Ibid.*, p.41.

²¹⁹ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.73.

La pertinence du décisionnisme prôné par Schmitt s'en trouve d'autant réduite, tant dans son application extensive que dans son application temporelle. En effet, si l'on interprète sa pensée à partir des contrastes qu'il y établit, on se rend compte que ces derniers sont d'une part, peu nuancés —tout ou rien — et d'autre part inscrits dans une structure simpliste. Par cette dernière expression nous faisons référence à la facilité avec laquelle des parallèles, pour ne pas dire des relations d'équivalence, peuvent être établis entre les différentes oppositions. Tous les mécanismes à l'intérieur de la théorie schmittéenne semblent exprimer le principe selon lequel pour tout x il y a un non-x.

« Refusant les ressources de la rationalité dialectique qui lui auraient permis d'envisager la réconciliation du positif et du négatif, il absolutise le « ou bien... ou bien »²²⁰.

Ce dernier aspect peut être relié à la dimension critique des oeuvres de Schmitt dans la mesure où se dégage de ses textes l'impression que son but n'est pas tant de rendre compte de la réalité politique dans toutes ses subtilités, mais plutôt de faire preuve de plus de cohérence que ses adversaires. D'où l'utilisation d'antinomies claires mais de pertinence réduite, thème qui peut prendre une place importante lors de la critique de Schmitt.

« Man is by nature either good or bad; if a political theory assumes man is bad, the theory is true, while if the theory assumes man is good, it is not true; the political criterion is that of friend or enemy; a notion is either capable of a friend-enemy decision and thus justifies its political existence, or it is not so capable, and is therefore without justification; substantive legitimacy is opposed to insubstantive legality; the era of states ends where the era of super-regions and hemispheres begins, and so on with the series of Schmittian contrasts.(...) Complex arguments are reduced to simple contrasts; conjectures

²²⁰ Chantal Mouffe, « Carl Schmitt, une politique du droit », *Repères*, 1993, p.187.

and refutations are neglected in the name of decision; our place in time and history is summed up in clear and simple concepts »²²¹.

L'autre tension créée par cette structure dichotomique ne provient pas de la présence même d'oppositions, quelque soit les épithètes dont on puisse les adjoindre, mais de la dynamique interne de ces dernières. Nous pensons notamment à la dichotomie situation d'exception/situation de norme. Comme toute notion importante de l'oeuvre de Schmitt, la situation d'exception est le contraire de la situation de norme. Mais il s'agit aussi du fondement du décisionnisme schmittéen. En effet, l'exception exige une décision et, par contraste, souligne l'importance de cette dernière.

« La situation exceptionnelle est appropriée en un sens éminent pour une définition juridique de la souveraineté, et elle l'est pour une raison systématique, qui relève de la logique du droit. En effet, la décision de l'exception est décision en un sens éminent »²²².

Cette mise en relief de la décision est double: elle décrit son importance et son autonomie, mais en révèle aussi la limite. Que se passe-t-il lorsque la norme, son antagoniste, survient? Ou plus exactement:

« Mais si la décision a été prise, le thème du décisionnisme ne devient-il pas caduc? La pensée juridique doit « comprendre » la situation nouvelle parce que le droit n'est pas une spéculation pure, un système de normes abstraites, mais il est le droit vivant d'un peuple, il est lié à la fois à la situation actuelle et l'expression de l'essence du peuple »²²³.

²²¹ Bernhard Schlink, *loc. cit.*, p.433.

²²² Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.16.

²²³ Dominique Séglaard, *Les trois types de pensée juridique*, présentation, P.U.F., coll. Droit, éthique société, 1995, p.20.

Par ce questionnement on saisit immédiatement la limite de la décision: celle-ci est ponctuelle, foncièrement ancrée dans une situation particulière. À ce titre, du fait de son lien avec le pouvoir constituant et le détenteur de la souveraineté, elle doit sa genèse à un individu — ou un petit groupe — lui aussi très précis.

« Or, en termes quasi hégéliens on pourrait dire que la norme est un universel abstrait (neutre et « impersonnel ») , alors que la décision est un particulier concret (« personnel ») et que l'ordre concret est un universel concret (« suprapersonnel »).

Dans ces conditions comment fonder le passage d'un geste à toutes fins pratiques individuel, posé lors de conditions particulières, à ce qui est appelé à devenir une constante sociale? En effet, le décisionnisme schmittéen, passant difficilement du personnel au collectif — du moins dans le contexte de cette critique — ne peut rendre compte aisément de la présence et de la création des institutions. La position épistémologique de Schmitt selon laquelle seule la situation d'exception révèle pleinement la réalité politique amplifie d'autant plus la pertinence de ces remarques. « Avec l'exception, la force de la vie réelle brise la carapace d'une mécanique figée dans la répétition »²²⁴.

Si l'exception seule peut révéler le politique dans sa réalité, et que la décision s'inscrit dans une logique particularisante, le décisionnisme schmittéen ne risque-t-il pas de tomber dans une forme de solipsisme? En effet, on pourrait formuler la dynamique entre situation d'exception et décision comme suit: la situation d'exception exige une décision qui à son tour est révélée par la situation d'exception. C'est là que le bât blesse

²²⁴ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.25.

dans la mesure où la décision doit théoriquement fonder l'inverse de la situation d'exception, à savoir, la situation de norme. Mais comment est-ce possible puisque la décision doit sa genèse à la situation d'exception et représente le noyau de cette dernière? Autrement dit, comment la décision peut-elle s'insérer — et à plus forte raison fonder — à l'intérieur de la situation de norme si cette dernière représente l'antinomie de la situation d'exception? Concrètement, une fois la décision prise, les normes apparaissent et rendent la décision obsolète. D'un point de vue épistémologique, on ne peut répondre à la question si l'on ne concède pas de valeur politique à la situation de norme. Or, c'est précisément ce que Schmitt refuse.

« L'exception est plus intéressante que le cas normal. Le cas normal ne prouve rien, l'exception prouve tout; elle ne fait pas que confirmer la règle: en réalité la règle ne vit que par l'exception »²²⁵.

Si l'on peut utiliser une image, les rapports entre situation d'exception et situation de norme selon Schmitt sont comparables à ceux d'une pièce de monnaie: lorsqu'on tire à pile ou face, on obtient soit une face, soit l'autre, mais jamais les deux ensembles et très rarement la tranche de la pièce. Or, c'est bien la tranche qui assure le lien entre les deux. D'où une marginalisation du rôle épistémologique de la situation d'exception et de la pertinence de la décision en regard de la situation de norme.

« D'un côté, présupposant le chaos de l'état de nature, situation d'exception originelle que la décision transforme en ordre juridique, il finit par ne plus s'appliquer qu'au cas d'exception »²²⁶.

²²⁵ *Ibid.*, p.25.

²²⁶ Dominique Séglaard, *op. cit.*, présentation, p.46.

En fait, on peut résumer le problème par une description et une question. La description concerne le contenu de chaque situation. Dans le cas de la situation d'exception, il y a déjà été fait allusion: la situation d'exception est composée de décisions puisqu'elle appelle ces dernières. Il en va de même pour la situation de norme:

« Toute norme générale exige une organisation normale des conditions de vie, où elle pourra s'appliquer conformément aux réalités existantes et qu'elle soumet à sa réglementation normative. La norme a besoin d'un milieu homogène »²²⁷.

On peut donc déduire que la situation de norme est composée, comme son nom l'indique, de normes. À ce titre, on pourrait déjà formuler une objection: les deux registres ne peuvent communiquer puisqu'ils sont composés d'éléments de nature opposée. Mais cette objection, même si elle désigne une tension, souffre à elle seule d'incomplétude puisque Schmitt fait reposer la norme sur une décision. « Même l'ordre juridique repose, à l'instar de tout ordre, sur une décision et non sur une norme »²²⁸. Mais c'est là que se situe le problème de la dynamique entre les deux situations. Éclairé par la remarque de Ségлар au sujet des limites du décisionnisme schmittéen, ce dernier devient évident.

« Il faut donc élargir l'analyse et trouver un fondement du droit en partant, non certes d'un système de normes, mais de la situation normale »²²⁹.

²²⁷ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.23.

²²⁸ *Ibid.*, p.20.

²²⁹ Dominique Ségлар, *op. cit.*, présentation, p.46.

D'une part tout ordre normatif repose sur une décision, et seule la situation d'exception révèle le phénomène politique. D'autre part, une fois la décision prise, l'incarnation de la situation d'exception et de la décision, c'est-à-dire le souverain retourne à la limite de la situation de norme.

« Il est en marge de l'ordre juridique normalement en vigueur tout en lui étant soumis, car il lui appartient de décider si la Constitution doit être suspendue en totalité »²³⁰.

Situation de norme et situation d'exception s'excluant réciproquement, il faut donc fonder l'ordre normatif par autre chose que l'exception et la décision du pouvoir constituant, d'où la remarque de Séglaud. Or, une telle exigence ne peut être satisfaite par le décisionnisme schmittéen parce que la situation de norme ne constitue qu'un voile recouvrant la réalité politique du juridique, donc impropre à toute fondation; et parce que Schmitt ne précise en rien quelles sont les liens entre le « voile normatif » et la réalité exceptionnelle. Quel est le lien entre la situation de norme et la situation d'exception une fois la situation de norme établie? Il n'est pas question de contester le principe selon lequel l'exception procure sens et existence à la norme, ni la dimension déterminante de la décision politique, pas plus que d'affirmer une éventuelle impotence du souverain face à la norme. Cependant, la question qui se pose est de savoir en quoi l'exception influence le contenu et la structure de la norme, et donc de la situation qui en découle. La version décisionniste de Schmitt ne peut résoudre le problème étant donné la prééminence accordée à la situation d'exception: les outils théoriques élaborés ne peuvent préciser si le voile constitué par la situation de norme conserve une dimension

²³⁰ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.17.

politique, ou, à tout le moins, un contenu juridique suffisamment substantiel pour fonder un ordre de droit. Et enfin, il importe de souligner qu'au milieu de ce problème de filiation se pose toujours la question posée auparavant: que devient la décision à l'intérieur de la situation de norme? Étant donnée la structure causale qui régit les rapports entre décision et norme, y a-t-il même encore place pour la décision? Et surtout, comment s'exprime-t-elle à travers le voile de la situation de norme?

5) L'action politique dans la situation de norme.

La question soulevée par la permanence de la décision au sein de la situation de norme fait surgir un problème concret. Ainsi, l'opposition situation de norme/situation d'exception pose la décision à l'orée d'un dilemme. En effet, on peut d'une part concevoir la décision comme un noyau dont l'existence dépend directement de la présence d'une situation d'exception et donc disparaît tout à fait, lors de l'instauration de la situation de norme, ce que préconisent certains commentateurs. D'autre part, on peut concevoir l'existence de la décision à l'intérieur de la situation de norme — ce qui constituerait selon nous une lecture plus juste des thèses de Schmitt — , mais simplement recouverte par cette dernière qui joue alors par rapport à la volonté souveraine à l'origine de « l'ordre concret ». Quelque soit la branche empruntée, le cadre reste celui de la troisième partie du commentaire de Hirst: « ...It insists upon the state of exception and yet seek to stabilize it, and if possible to end it by positive political action »²³¹.

²³¹ Paul Hirst, *op. cit.*, p.116.

La dimension concrète de ce dilemme résulte de la relation entre souverain et décision. En effet, si l'on se souvient de la définition schmittéenne de la souveraineté, on constatera un lien puissant entre les deux: est souverain celui qui monopolise la décision²³². D'où la structure suivante: la situation d'exception exige une décision qui à son tour révèle le souverain. La maintien de la décision à l'intérieur de la situation de norme soulève directement la question du rôle du souverain et donc de l'activité politique de l'unité concernée, cette dernière devant se focaliser sur la personne du souverain.

On pourrait remarquer avec raison qu'à l'intérieur de ce contexte la constitution cristalliserait la volonté du souverain au sein de la situation de norme. Mais cela n'aboutit qu'au déplacement du problème plutôt qu'à sa résolution. En effet, une telle interprétation du rôle de la constitution reste adéquate à condition que cette dernière soit de nature normative, c'est-à-dire que la volonté souveraine soit cristallisée sous la forme d'une norme. Mais cette hypothèse ne se trouve infirmée par la notion schmittéenne de constitution pour laquelle une constitution ne représente pas une norme, mais un antécédent à toute norme. Cette idée résulte du raisonnement schmittéen selon lequel il faut établir une distinction forte entre constitution et norme constitutionnelle.

« Une notion de constitution n'est possible qu'à condition de distinguer entre constitution (*Verfassung*) et loi constitutionnelle (*Verfassungsgesetz*).(...) Pour la théorie constitutionnelle, la distinction entre constitution et loi constitutionnelle est bien plutôt le préalable de toute discussion du sujet »²³³.

²³² Carl Schmitt, *op. cit.*, p.23.

²³³ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, p.151.

À partir de cette distinction Schmitt présente effectivement la constitution comme l'expression d'une volonté, mais dont l'essence ne procède pas de la norme. La constitution est vue comme condition nécessaire à toute structure normative.

« La constitution comme décision. Il est nécessaire de parler de la constitution comme d'une unité, et dans cette mesure de préserver un sens absolu de la constitution.(...) Mais la distinction entre constitution et loi constitutionnelle n'est possible que parce que l'essence de la constitution n'est pas contenue dans une loi ou dans une norme. Avant toute normation, on rencontre la décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant, c'est-à-dire du peuple dans la démocratie, du monarque dans la vraie monarchie »²³⁴.

La constitution reste donc à l'intérieur du domaine de la décision politique, donc de la situation exceptionnelle, sans apporter de réponse au dilemme précité. Cette problématique se rattache au coeur même du questionnement schmittéen. La confrontation de la situation de norme et de la situation d'exception recouvre la question à laquelle Schmitt et Kelsen apportent une réponse si opposée:

« In view of Schmitt's concern with the decisionist aspect in sovereignty and his interpretation of Article 48, he also addressed himself to the following related questions: (1) Can a state of exception be subsumed to a general norm? and (2) What happens in a state of exception? »²³⁵.

À cette double interrogation Schmitt en appose une autre, qui introduit la notion de souveraineté: « The question then was, who is the sovereign »²³⁶. Si l'on opère une synthèse du problème, le décisionnisme schmittéen se résume comme suit: une norme peut-elle subsumer tous les cas de figure, y compris les exceptions possibles? La

²³⁴ *Ibid.*, p.154.

²³⁵ George Schwab, *op. cit.*, p.49.

²³⁶ *Ibid.*, p.47.

réponse de Schmitt étant négative, la figure du souverain apparaît par le biais de la situation d'exception pour combler le vide normatif qui en résulte.

« La controverse porte sur son usage concret, et cela veut dire: sur celui qui décide en cas de conflit, en quoi consistent l'intérêt public et celui de l'État, la sûreté et l'ordre publics, le *salut public*, etc.(...) Seule cette situation rend actuelle la question du sujet de la souveraineté, c'est-à-dire la question de la souveraineté tout court »²³⁷.

À ce titre, le souverain représente une implication de la situation d'exception, en ce sens que si l'on suppose une norme à même de subsumer tous les cas possibles, le phénomène de l'existence du souverain et les interrogations qui l'accompagnent ne se posent plus. Il ne s'agit pas de nier l'existence concrète du souverain, mais bien de souligner la présence d'un lien « englobant » entre la situation d'exception et le souverain tel que conçu par la théorie de Schmitt. En d'autres termes, la conceptualisation du souverain — dont l'exactitude n'est pas remise en question — est tributaire de la conceptualisation de la situation d'exception. Par conséquent, la situation de norme ne peut amener à conceptualiser le souverain, en cohérence avec l'affirmation de Schmitt selon laquelle la situation d'exception prouve tout aux dépens de la situation de norme²³⁸.

On observe une alternative « exclusive » entre les deux situations: soit la situation de norme, soit la situation d'exception. Cette alternative a pour conséquence non seulement de pousser la notion de souveraineté vers la situation d'exception, mais en plus d'en faire une notion exclusivement rattachée à celle-ci.

²³⁷ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.16-17.

²³⁸ *Ibid.*, p.25.

« En somme, le concept hégélien de la société civile prétend surmonter l'alternative, si radicalement inéluctable pour toute forme de décisionnisme, entre ordre et chaos: le chaos est présent au sein de l'ordre, fût-ce même sous la forme tempérée de la concurrence et de la compétition, il en est même, en un sens, la condition toujours régénérée »²³⁹.

L'opposition ordre/chaos a ceci de clarifiant qu'elle souligne bien que tout ordre tire effectivement sa source d'une décision du souverain, donc que le souverain permet le passage à l'ordre, tout en relevant toujours du domaine de l'exception. Ce qui ne pourrait être qu'une interprétation se voit confirmée par la notion de pouvoir constituant, qui, à peu de chose près, correspond au pouvoir dont dispose le souverain.

« Le pouvoir constituant est la volonté dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble »²⁴⁰.

Le souverain réalise l'unité politique et donc la mise en place de la fondation de tout ordre juridique se retrouve fondé. Le souverain s'insère entre deux notions inéluctablement séparées, mais n'apparaît pleinement que dans l'état d'exception. On peut voir dans l'analyse de Mark Neocleous une forme de confirmation de ce qui vient d'être avancé.

« The centrality of war within their key concepts — for Schmitt « the concept of the political », for Foucault « the social body » — will be drawn out, in order to show how both end with an acceptance of, even a commitment to, the idea of perpetual war.(...) Nonetheless, their accounts are overlaid with some key differences, most notably in Foucault's inability to theorize the political and Schmitt's inability to theorize the social »²⁴¹.

²³⁹ Jean-François Kervégan, *op. cit.*, p.304-305.

²⁴⁰ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, p.211-212.

²⁴¹ Mark Neocleous, « Perpetual war, or « war and war again », *Philosophy and social criticism*, volume

Bien que l'on puisse énoncer quelques objections à l'idée selon laquelle le système de Schmitt repose entièrement sur l'idée de guerre perpétuelle — à nos yeux la prééminence serait plutôt accordée à l'idée d'exception — , il n'en reste pas moins que l'analyse de la perspective schmittéenne présente un intérêt certain. En effet, Schmitt est opposé à Foucault parce que sa perspective reste fondamentalement politique — malgré la présence d'éléments dits sociaux. Or le politique se révèle lors de la situation d'exception; d'où l'hypothèse suivante: Schmitt ne pense pas la relation entre le souverain et la situation de norme, parce que selon sa perspective, cette dernière correspond à la société civile qui se définit comme un agrégat apolitique.

Si l'on conjugue ces trois éléments, à savoir, la dépendance du souverain face à la situation d'exception, son insertion entre les deux situations et la nature mutuellement exclusive des deux situations concernées, on remarquera une curieuse conception du rôle tant concret que théorique du souverain. À quelle fréquence intervient donc cette entité chargée de tendre une perche entre les deux situations en ayant pour but de faire disparaître l'une d'elles? En quoi consiste la permanence du souverain? À ce sujet Schwab apporte une réponse pertinente:

« What happens to the sovereign in normal times? From Schmitt's discussion it may be concluded that in normal times the sovereign is, so to speak, slumbering, and he is suddenly awakened at a crucial moment: namely, at the borderline between normalcy and the state of exception »²⁴².

On ne peut ajouter beaucoup de commentaires à cette conclusion: à partir du moment où Schmitt appréhende le rôle du souverain selon l'angle d'une logique de la

22 numéro 2, 1996, p.48.

²⁴² George Schwab, *op. cit.*, p.50.

« sphère extrême » qui fait du souverain un « cas limite », le souverain devient à son tour un cas limite²⁴³. À ce titre, si son activité n'en reste pas moins intense, elle risque de se trouver reléguée à un rôle accessoire.

6) L'hypothèse de Schwab.

Au vu et su des trois types de remarques exposées à partir du commentaire fait par Hirst, on pourrait se demander quels en sont les tenants et aboutissants. Autrement dit, si l'on tient à ce que la critique ne reste pas gratuite, à quoi peut-on attribuer les tensions relevées et quelle conclusion en tirer? En effet, les tensions illustrées par les pages précédentes, posent une question particulière: en quoi consiste le fil conducteur des thèses de Schmitt? Ou, pour être plus précis, en regard de quoi Schmitt élabore-t-il sa théorie? Là encore, l'apport de Schwab s'avère déterminant. En effet, on peut classer les commentateurs de Schmitt selon la place accordée aux événements politiques qui l'entouraient: certains les délaisseront pour se concentrer sur les seuls liens théoriques possibles avec d'autres positions, tandis que d'autres mettront l'accent sur sa biographie. Schwab se situe clairement à l'intérieur de la seconde catégorie.

« A point made in my study is that Schmitt's ideas can be understood properly only if the concrete situation is borne in mind — namely the answers Schmitt tried to supply to specific questions »²⁴⁴.

L'hypothèse même de Schwab fournit le fil conducteur recherché, et donc, une explication possible quant aux problèmes rencontrés dans l'oeuvre de Schmitt. Les

²⁴³ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.16.

²⁴⁴ George Schwab, *op. cit.*, p.144.

écrits principaux de ce dernier sont plus souvent qu'autrement motivés par les événements, ou les tournants politiques de la République de Weimar auxquels il assiste. On retrouve donc un trait propre aux textes schmittéens: ils sont circonstanciels. « Il est un auteur atypique, accoutumé à rédiger de courts essais et brochures par lesquels il réagit face à l'actualité »²⁴⁵. De cette caractéristique, on peut tirer deux critères d'analyse qui serviront de pôles lors de la compréhension de Schmitt. On peut les présenter comme suit: la dimension circonstancielle des thèses de Schmitt peut en premier lieu circonscrire ses observations à un contexte particulier qu'elles peuvent difficilement dépasser, ou, en second lieu, donner une valeur transhistorique à un raisonnement à l'origine particulier. En ce qui concerne le contexte particulier difficilement dépassé, tant politiquement que théoriquement, on soulignera un des commentaires de Schlink.

« His definitions of politics as turning on the friend-enemy distinction has proven less than useful, and the appeal behind it — an appeal to the German bourgeoisie of the twenties for political decisiveness — is clearly outdated »²⁴⁶.

Et « l'absolutisation » de remarques particulières:

« Carl Schmitt érige en système d'interprétation les observations polémiques, pour une part circonstancielle, de Donoso Cortes »²⁴⁷.

« Dans la *Verfassungslehre*, sa critique générale de la démocratie libérale est dédoublée: elle vise concrètement la Constitution (loi constitutionnelle) de Weimar et abstraitement l'État de droit en général »²⁴⁸.

²⁴⁵ Olivier Beaud, *Théorie de la Constitution*, préface, p.14.

²⁴⁶ Bernhard Schlink, *loc. cit.*, p.432.

²⁴⁷ Jean-François Kervégan, *op. cit.*, p.120.

On peut donc résumer les tensions propres au système schmittéen de la façon suivante: « due to Schmitt's concern for particular legal situations no answers to universal philosophical questions will be forthcoming »²⁴⁹. Étant donné ces motivations pour le moins concrètes, les trois sources de tensions s'expliquent plus facilement.

En premier lieu, la dimension critique se justifie par le contexte de la République de Weimar: Schlink le reconnaît implicitement lorsqu'il souligne que Schmitt s'exprimait le plus souvent alors qu'il était au centre d'une polémique²⁵⁰. On comprendra que, « confronté à une conjoncture de déstabilisation quasi-générale », Schmitt radicalise les moyens rhétoriques à sa disposition lors d'affrontements avec d'autres théories.

« La polémique contre le positivisme juridique et Kelsen n'était donc pas du tout une querelle d'école. Les enjeux étaient tout à fait concrets politiquement, comme nous le disions plus haut »²⁵¹.

Il s'opère alors ce que l'on qualifierait de retournement de perspective. Schmitt ne pose pas l'opposition situation de norme/situation d'exception selon la perspective d'un intellectuel à l'extérieur du problème, mais à partir du point de vue opposé.

« Schmitt résumait la situation sous Weimar par cette formule: « l'époque réclame une décision ». Or « la décision est enfin prise » le 30 janvier 1933. C'est la situation antérieure qui était anormale, exceptionnelle puisque c'était une époque de crise. Il fallait prendre une décision qui mette fin à ce chaos et rétablisse l'ordre, c'est-à-dire une situation normale à partir de laquelle des normes juridiques pourraient opérer.(...) Avec l'accession d'Hitler au pouvoir, la situation est donc redevenue « normale », Schmitt voulant signifier par là

²⁴⁸ Olivier Beaud, *op. cit.*, préface, p.95.

²⁴⁹ George Schwab, *op. cit.*, p.7.

²⁵⁰ Bernhard Schlink, *loc. cit.*, p.432-433.

²⁵¹ Dominique Ségler, *op. cit.*, présentation, p.20.

que c'était le *statu quo* de Weimar, produit de la défaite et imposé par les vainqueurs, qui était anormal »²⁵².

La césure entre situation d'exception et situation de norme résulte alors du constat que Schmitt pose sur la réalité qui l'entoure: il vit au sein d'une situation d'exception. Situation d'exception d'autant plus particulière qu'elle s'aligne dans la continuité d'une défaite militaire sans précédent et que l'on ne peut prédire exactement les effets des moyens préconisés par Schmitt pour en sortir. En effet, le souverain marginalisé mentionné plus haut correspond simultanément à la situation dans laquelle se trouvait le président Hindenburg et à l'action que Schmitt espérait de lui. Ces espérances se fondent sur l'interprétation de l'article 48 de la constitution de la République de Weimar —cité ci-après — qui aurait permis l'instauration d'un régime présidentiel-plébiscitaire.

« Art.48. — Si un Pays ne remplit pas les devoirs qui lui incombent en vertu de la Constitution ou des lois du Reich, le Président du Reich peut l'y contraindre avec l'aide de la force armée.

Le Président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis dans le Reich allemand, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement; en cas de besoin, il peut recourir à la force armée. À cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153 »²⁵³.

Ce régime, qui aurait pu résoudre la crise politique de la République de Weimar, souffre du même problème que la conception schmittéenne du souverain: on

²⁵² Dominique Séglaard, *op. cit.*, présentation, p.20.

²⁵³ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, p.551-552.

ne peut prévoir les résultats de l'action du souverain et, plus fondamentalement, on ne peut déterminer le rôle exact du souverain une fois la situation de norme rétablie, si le dit rétablissement s'effectue.

Si la mise en contexte opérée par Schwab permet l'explication des tensions reprochées à Schmitt, elle met par la même en relief les limites de son système décisionniste. Ainsi, non seulement on peut remettre en question la pertinence de la théorie de Schmitt, mais en plus sa capacité à s'appliquer aux cas possibles à l'extérieur de la République de Weimar. D'où le commentaire qui résume les thèses schmittiennes antérieures à 1933.

« Schmitt criticized Kelsen for belonging to the Kantian tradition, and since Kant believed that « exceptional right is no right at all... » it becomes self-evident that Kelsen « does not know what to do with the state of exception... ». (...) Kelsen, on the other hand, could justly claim that Schmitt does not know what to do with the normal situation »²⁵⁴.

²⁵⁴ George Schwab, *op. cit.*, p.49-50.

IV — UNE DOUBLE RÉPLIQUE.

A – La théorie des ordres concrets.

1) Les garanties institutionnelles, sources de la pensée des ordres concrets.

Schmitt n'est pas indifférent aux objections que l'on peut adresser au décisionnisme pour lequel il plaide. Le problème de la scission entre situation de norme et situation d'exception lui est apparu relativement tôt: si cette distinction lui permet de répondre efficacement au normativisme pur de Kelsen, elle souffre des faiblesses exposées au sein des paragraphes précédents.

« In Schmitt's previous attacks he had fought Kelsen's attempts to banish the concept of sovereignty by defining sovereignty in decisionist terms. Schmitt had aimed at bursting Kelsen's nonpolitical norm system by raising the challenge of the exception. But Schmitt realize as early as 1928 that his purely decisionist approach was insufficient, and therefore he began then to explore the possibilities of establishing a legal system based on concrete orders »²⁵⁵.

Le problème est donc le suivant: fonder une décision exceptionnelle dans une réalité normale. La théorie des ordres concrets représente la solution proposée par

²⁵⁵ George Schwab, *op. cit.*, p.115.

Schmitt, tout en maintenant son opposition au positivisme, au normativisme et au libéralisme.

La théorie des ordres concrets tire d'une part son origine de la réflexion de Schmitt sur l'idée de garantie institutionnelle et d'autre part sur une modification de la théorie institutionnaliste du droit de Maurice Hauriou. Nous commencerons donc par aborder ces deux aspects avant de passer à la théorie des ordres concrets proprement dite. L'idée de garantie institutionnelle est la réponse anti-individualiste de Schmitt aux libertés individuelles qui régissent le libéralisme.

« Un manque de précision dans le vocabulaire fait justement qu'on parle souvent dans ce cas de droits fondamentaux, alors que la structure de ces garanties est logiquement et juridiquement tout à fait différente de celle d'un droit de liberté.(...) Elle n'existe qu'à l'intérieur de l'État et ne repose pas sur l'idée d'une sphère de liberté illimitée en principe, mais porte sur une institution reconnue juridiquement qui en tant que telle est toujours une entité circonscrite et délimitée, servant à des tâches et à des buts définis »²⁵⁶.

Autrement dit, les libertés dont jouit l'individu ne se fondent pas sur sa nature propre, mais sur son statut de membre d'une institution particulière, ou ultimement, en tant que membre d'un État déterminé. Si l'on fait appel au critère de la séparation des pouvoirs, les garanties institutionnelles limitent l'activité du pouvoir législatif par le biais d'une institution, par opposition aux libertés individuelles qui, traditionnellement, visent plutôt à prévenir les abus possibles de la part de l'exécutif.

« Alors que les articles concernant les droits fondamentaux reconnaissent la liberté naturelle de l'individu et la protègent contre tout abus de l'État en fixant des limites à l'action de celui-ci au moyen de la loi, les institutions et les

²⁵⁶ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.308.

instituts juridiques sont régulés par le droit positif quant à leur contenu, ce qui revient à dire que si pour les premiers la loi n'a à intervenir qu'exceptionnellement, de manière discontinue et uniquement afin d'empêcher un abus, seules les dispositions de la loi peuvent déterminer le contenu et la portée juridique des seconds. Mais afin que de simples lois ne se retournent pas contre l'institution et que, loin d'en déterminer le contenu et d'en assurer la conservation, elles cherchent à la supprimer, il faut subordonner la loi à une garantie institutionnelle »²⁵⁷.

Le but visé par les garanties institutionnelles est d'harmoniser l'activité du législatif — qui pouvait être parfois chaotique sous la République de Weimar — au droit constitutionnel qui assurerait un élément de stabilité. C'est de cette union entre le droit constitutionnel et le pouvoir législatif que jaillit la théorie des ordres concrets. Ainsi, si l'on pose que la Constitution — ou le droit qui s'y rattache — contient un ensemble de garanties vis-à-vis des individus concernés par celle-ci, cela signifie alors que cette dernière vise un certain contenu lors de la production de la loi. Deux raisons justifient cette affirmation: d'abord, la Constitution prend parti pour les valeurs identifiées par les garanties, ensuite, et surtout, la Constitution ne se limite plus au rôle de norme réglant la production des autres normes, mais bien à celui de norme fondamentale intervenant dans la substance des normes produites.

« Or, cette thèse est à son tour solidaire de celle qui soutient la primauté du sens matériel sur le sens formel de la constitution, et de l'organisation de l'État (première partie) par rapport aux droits fondamentaux (seconde partie) »²⁵⁸.

À partir de cette primauté du sens matériel sur le sens formel, Schmitt postule l'existence d'institutions, défendues par les garanties institutionnelles, dont le droit devient une sous-partie puisque sa production est réglée en fonction de celles-ci. C'est à

²⁵⁷ Dominique Ségard, *op. cit.*, présentation, p.51.

²⁵⁸ *Ibid.*, p.51.

ce point du raisonnement au sujet des garanties institutionnelles que l'on peut établir le lien avec l'institutionnalisme d'Hauriou. En effet, si l'on peut résumer l'institutionnalisme par une phrase-type, il s'agirait d'un renversement du rôle de la loi face à l'institution en ce sens que la loi ne serait plus ni créatrice ni mise en forme de l'institution, mais l'inverse.

« La doctrine institutionnelle d'Hauriou avait été un allié de taille dans la lutte contre le positivisme juridique et le normativisme parce qu'elle soutenait l'idée selon laquelle les normes n'existent pas plus par elles-mêmes qu'elles n'engendrent les institutions, mais qu'au contraire ce sont les institutions qui engendrent les normes, et que chaque institution forge son propre droit autonome, de manière spontanée.(...) S'en prenant à Duguit, qui défendait la règle de droit comme fondement du droit, il conclura son texte par cette formule: « Ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions »²⁵⁹.

Avec le croisement entre ce postulat de base de l'institutionnalisme d'Hauriou — dont il se distinguera par la suite en raison de sa connotation augustiniste et catholique — et la théorie des garanties institutionnelles et ses conséquences, Schmitt disposera de la pierre de touche pour élaborer sa théorie des ordres concrets. Par la même occasion, il fera « d'une pierre deux coups » en, apportant d'une part au droit dans son ensemble un fondement plus solide qu'une simple décision exceptionnelle, et d'autre part, en proposant une passerelle qui franchirait le fossé entre la situation d'exception et la situation de norme.

« Dès le début, et de manière constante, sa pensée s'est voulue une pensée de l'ordre. Elle pouvait alors s'exprimer sous deux modalités: soit, et telle est la pensée décisionniste, en manifestant le primat du futur, c'est-à-dire l'ordre à constituer, et cette pensée sera surtout opératoire dans les circonstances

²⁵⁹ *Ibid.*, p.58-59.

extrêmes, soit en affirmant le primat du passé, c'est-à-dire de l'ordre constitué, et tel est la pensée de l'ordre concret, qui correspond surtout aux situations normales »²⁶⁰.

Tel est donc le programme constitué par la théorie des ordres concrets qui, pour se réaliser, passera par la critique du normativisme, du décisionnisme et du positivisme.

2) Les deux perspectives de la théorie des ordres concrets.

Avant de voir plus en détail les caractéristiques de l'analyse des types de pensée juridique, l'évocation du contexte dans lequel prend place cette analyse est nécessaire. La théorie des ordres concrets s'élabore selon deux angles: d'une part, l'analyse comparative des théories elles-mêmes, d'autre part, la mise en place d'une théorie historique de l'évolution de ces théories. À partir de ce double « éclairage », Schmitt évalue la situation du droit en général et du droit allemand en particulier. La structure comparative des *Trois types de pensée juridique* a ceci de particulier qu'elle annonce la volonté de Schmitt de s'écarter des dichotomies habituelles pour tenter d'élaborer des triptyques théoriques, à savoir, passer de l'opposition normativisme/décisionnisme au triangle normativisme/décisionnisme/théorie des ordres concrets. Ceci ne restera qu'au rang de tentative dans la mesure où dans son analyse historique de l'évolution du droit, Schmitt opérera l'amalgame du décisionnisme et du normativisme pour expliquer l'apparition du positivisme. On retombe donc dans une opposition dualiste entre positivisme et théorie des ordres concrets.

²⁶⁰ *Ibid.*, p.54.

« Le positivisme juridique du XIXe siècle comme combinaison de la pensée d'après la décision et de la pensée d'après la loi (décisionnisme et normativisme) »²⁶¹.

« La pensée de l'ordre concret est le concept antagoniste (*Gegenbegriff*) du positivisme juridique et, si ce dernier n'est pas un type pur, il n'en est pas de même de la première. Seul ce type de pensée juridique est en mesure, non seulement de résister à la menace de sociologisation du droit, mais aussi de relever le défi lancé au droit par la situation politique actuelle en Allemagne »²⁶².

En ce qui concerne l'analyse historique, elle repose sur un principe déjà énoncé dans *Théologie politique*:

« La norme a besoin d'un milieu homogène. Cette normalité de fait n'est pas un simple «préalable externe» que le juriste puisse ignorer; elle appartient, bien au contraire, à sa validité immanente.(...) Tout droit est « droit en situation »²⁶³.

De cette affirmation générale concernant la compréhension adéquate du droit, Schmitt en extrait une idée plus précise selon laquelle le droit et les théories du droit varient selon le lieu et l'époque.

« Il est très important de savoir quel est le type de pensée juridique qui s'impose pendant une certaine période et à un certain peuple. Différents types de pensée sont attribués à des peuples et à des races différentes, et la prédominance d'un certain type de pensée peut être liée à une domination spirituelle, et donc politique, sur un peuple »²⁶⁴.

²⁶¹ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p.84.

²⁶² Dominique Ségler, *op. cit.*, p.39.

²⁶³ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.23.

²⁶⁴ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p.69.

Schmitt jouera donc constamment sur les deux registres lors de l'analyse du droit qu'il fournira. On peut le constater par la structure même du texte, qui se divise en deux parties, l'une consacrée à la « Distinction des types de pensée juridique », l'autre analysant la « Répartition des types de pensée juridique dans le développement global de l'histoire du droit »²⁶⁵. La définition du positivisme est tout autant révélatrice de cette double approche: il est vu comme la combinaison du normativisme et du décisionnisme, mais surtout comme une combinaison éminemment circonscrite dans le temps, c'est-à-dire, le XIXe siècle. L'appartenance au XIXe siècle participe autant à la définition de la nature du positivisme que ses rapports aux deux autres types de théorie juridique. On comprendra alors que l'impact de la théorie historique des pensées juridiques représentera des enjeux d'importance lors de l'étude de la théorie des ordres concrets.

« Il ne s'agit pas ici de constater ni de distinguer d'un point de vue extérieur les différents types de pensée juridique qui se manifestent théoriquement, pratiquement et dans l'histoire des idées, mais de le faire de l'intérieur. Plutôt que des analyses méthodologiques ou épistémologiques préparatoires concernant les possibilités purement logiques ou les conditions purement formelles d'une science du droit en général, c'est une méthode d'observation concrète qui pourra aboutir à un résultat »²⁶⁶.

Quelles sont les fins visées par cette utilisation du contexte historique? Quel rôle jouent-elles dans l'élaboration de la théorie des ordres concrets? Telles sont les questions auxquelles nous tenterons d'apporter une réponse immédiatement après avoir présenté la conception schmittéenne des différents types de pensée juridique.

²⁶⁵ *Ibid.*, sommaire.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.69.

3) Les types de pensée juridique: normativisme, décisionnisme, positivisme et ordres concrets.

La distinction des trois types de pensée juridique « pures » repose sur l'hypothèse suivante: chaque théorie du droit peut être ultimement réduite à un concept de base, à savoir, une équivalence entre droit et norme, décision, ou ordre concret. Il apparaît immédiatement que le positivisme n'est pas un type pur, puisqu'il n'appartient pas à l'une des trois idées précitées.

« Toute pensée juridique oeuvre d'après des règles ou des décisions, ou encore d'après des ordres et des organisations. Mais l'idée *ultime*, juridiquement conçue, à partir de laquelle toutes les autres sont juridiquement déduites, se ramène toujours à une seule chose: soit à une norme (au sens de règle et de loi), soit à la décision, soit à un ordre concret »²⁶⁷.

De plus, chaque théorie juridique est en concurrence avec l'autre pour s'imposer comme la seule véritable théorie représentative du droit.

a) Le normativisme. En ce qui concerne le normativisme, Schmitt vise la théorie de Kelsen selon laquelle tout ordre juridique se réduit aux normes qui l'exposent.

« Quand, dans l'expression « ordre du droit », on pense le « droit » comme une norme, une règle ou une loi abstraite — et tout juriste pensant de manière normativiste le comprendra évidemment en ce sens — dès lors tout ordre, à partir de cette représentation normativiste du droit, se transforme en simple ensemble (*Inbegriff*), ou en une simple somme de règles et de lois »²⁶⁸.

²⁶⁷ *Ibid.*, p.67.

²⁶⁸ *Ibid.*, p.71.

La conséquence de ce postulat est la primauté du système de norme sur la réalité factuelle, en harmonie avec le principe selon lequel la loi doit régner et non les êtres humains. Si l'on exige de la loi, dans toute sa régularité, qu'elle règne sur la réalité humaine, on se doit de la couper des faits empiriques, ces derniers souffrant d'une irrégularité en contradiction avec l'idée même de norme.

« Toute règle, toute normatisation juridique règle de nombreux cas. Elle s'élève donc par-dessus les cas singuliers et la situation concrète, et elle possède de ce fait, en tant que « norme », une certaine supériorité et prééminence par rapport à la simple réalité et à la simple facticité des cas singuliers concrets par rapport à la situation mouvante et à la volonté changeante des hommes »²⁶⁹.

Le normativisme effectue donc une séparation nette entre Devoir et Être, le second ne disposant d'aucune valeur juridique:

« Disons-le autrement: si le normativisme répondait à l'exigence de découverte de règles objectives et impersonnelles, soustraites à l'arbitraire humain ou à l'instabilité des situations concrètes, cela revenait à soutenir que, pour atteindre ce niveau de pureté, il était nécessaire de se détacher de la réalité concrète et d'introduire une coupure entre le *Sollen* et le *Sein*: « Le Devoir n'entre pas en contact avec l'Être »²⁷⁰.

Sur le plan politique, Schmitt conçoit le normativisme comme une menace à l'encontre de l'État puisqu'il le subordonne aux normes, et surtout parce qu'il vide les normes juridiques de toute substance et donc de leur référence socio-politique. Autrement dit, du point de vue normativiste, il n'y a de distinction qu'entre ce qui est légal et ce qui ne l'est pas, tel que posé par la norme.

²⁶⁹ *Ibid.*, p.72.

²⁷⁰ Dominique Séglard, *op. cit.*, p.42.

« Toutes les normes en vigueur, tant qu'elles sont valides, sont toujours naturellement « dans l'ordre »; le « désordre » de la situation concrète, en revanche, n'intéresse pas le normativiste, qui ne s'intéresse qu'à la norme. Ainsi considérés d'un point de vue normativiste, les faits concrets ne peuvent même pas exprimer le désordre, par opposition à l'ordre »²⁷¹.

Il n'y a pas de degré entre les différents faits illégaux, car une telle distinction ferait référence au réel concret. Ainsi, le vol d'un portefeuille et le meurtre représentent la même chose.

« D'un point de vue normativiste, ce qui est posé (*Satzung*) par la loi fait ses preuves dans la mesure où l'assassin est condamné à mort en application du code pénal en vigueur; mais le crime n'est pas un désordre, c'est un simple « fait ». Pour une logique normativiste du droit, ce crime, en tant que tel, est un « état de faits », de même qu'il existe un état de faits qui, en droit fiscal, permet à l'État de lever des impôts, ou qui, en droit privé, permet l'exercice du droit à quelque chose »²⁷².

Coupées de toute réalité concrète, les normes nient l'existence des institutions qui les soutiennent et donc la permanence de ces dernières.

« En transférant le système légal dans un royaume idéal des significations et en le réduisant au rôle d'instrument, le normativisme détruit le respect à l'égard des institutions légales existantes. Il montre que le contenu du droit et de la loi n'est que ce qu'il est, à savoir un compromis entre forces sociales en conflit et non un ordre sacré et éternel, et que ce contenu peut donc être modifié lorsque les circonstances le permettent »²⁷³.

D'où la contradiction suivante: le normativisme, par son obsession pour la stabilité et l'objectivité de la norme, nie la réalité factuelle à un point tel que la norme devient à son tour un instrument de déstabilisation.

²⁷¹ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.75.

²⁷² *Ibid.*, p.75-76.

²⁷³ Dominique Séglaard, *op. cit.*, p.42.

b) Le décisionnisme. Le décisionnisme constitue la réplique directe au normativisme en ce sens qu'il postule la suprématie du factuel sur le normatif.

« Les antithèses plus anciennes ne portaient pas sur l'opposition entre norme et ordre, mais le plus souvent sur l'opposition entre norme et décision, ou norme et commandement »²⁷⁴.

Dans le cas précis, le factuel énoncé évoque la décision à l'origine de toute norme:

« Pour le juriste de type décisionniste, ce n'est pas le commandement en tant que commandement, mais l'autorité ou la souveraineté d'une *décision* ultime, donnée avec le commandement, qui constitue la source de tout « droit », c'est-à-dire de toutes les normes et de tous les ordres qui en découlent »²⁷⁵.

Schmitt distingue deux types de décisionnisme, l'un « pur », l'autre « impur ». Le type de décisionnisme dit « impur » limite l'importance de la décision à la restauration d'un ordre préexistant, interrompu par une situation d'exception. Le rétablissement dans la situation de norme, fût-il au prix d'une décision, s'effectue en regard d'un ordre présumé et de ce qu'il prescrit.

« Lorsque Tertullien, juriste et théologien, disait: « Nous sommes obligés à quelque chose non pas parce que c'est bien mais parce que Dieu l'ordonne » (*neque enim quia bonum est, idcirco auscultare debemus, sed quia deus praecipit*), cela sonne déjà comme du décisionnisme juridique; mais en raison du concept chrétien de Dieu qui est là présumé, il lui manque encore la représentation consciente d'un complet désordre, d'un chaos qui ne peut être

²⁷⁴ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.80-81.

²⁷⁵ *Ibid.*, p.81.

transformé en loi et en ordre que par la décision pure et simple, et non par une norme »²⁷⁶.

La forme « pure » du décisionnisme s'incarne dans la pensée de Hobbes, avec son *Auctoritas, non veritas facit legem*²⁷⁷. Ce type de décisionnisme ne prend en compte aucun type d'ordre préétabli, seul le pouvoir dans sa pure factualité compte. Celui qui dispose du pouvoir décide et inversement. Par rapport au décisionnisme « impur », le décisionnisme « pur » multiplie exponentiellement l'importance de la décision en ce sens que cette dernière ne s'exerce plus en regard d'un quelconque but ou contenu, mais par le fait même de décider. On peut donc dire qu'elle est coupée de toute forme de légitimation.

« Par conséquent la décision souveraine ne s'explique juridiquement ni par une norme ni par un ordre concret; elle ne s'insère pas non plus dans le cadre d'un ordre concret parce que, pour le décisionnisme, c'est la décision qui fonde la norme et l'ordre. La décision souveraine est commencement absolu, et le commencement n'est rien d'autre qu'une décision souveraine »²⁷⁸.

Cette conception du décisionnisme expose ses limites en raison même de sa pureté. En effet, si le souverain ne décide qu'en fonction de ce qu'il vise à établir, et non selon un quelconque ordre qu'il soit normatif ou concret, c'est que son pouvoir prend place à l'intérieur d'une situation intrinsèquement désordonnée. La décision « jaillit d'un néant normatif et d'un désordre concret »²⁷⁹.

« Ce n'est pas en raison d'un ordre préexistant que le souverain qui décide est responsable de la décision. Seule la décision qui remplace le désordre et

²⁷⁶ *Ibid.*, p.82.

²⁷⁷ Thomas Hobbes, *Léviathan*, chap.XXVI.

²⁷⁸ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.83.

²⁷⁹ *Ibid.*, p.83.

l'insécurité de l'état de nature par l'ordre et la sécurité du stade étatique en fait le souverain, et rend possible tout ce qui en découle — à savoir la loi et l'ordre »²⁸⁰.

Les critiques les plus simples que l'on peut adresser à ce type de décisionnisme sont les mêmes que celles énoncées à l'égard de Schmitt²⁸¹. Mais la faiblesse la plus prégnante du décisionnisme « pur » selon Schmitt vient de ce qu'il contient en lui les germes du positivisme. En effet, si la décision ne peut être régie par une forme d'ordre ou de norme préétablie, Hobbes doit donc postuler l'absence de tout droit ou ordre qui servirait à justifier autrement que par le pouvoir de fait la position des souverains: « bref, elle est le fruit d'un processus de sécularisation radicale parce qu'elle ne se fonde sur aucun « droit divin des rois »²⁸². Hobbes représente donc le premier pas vers le positivisme.

Bref, si le décisionnisme « pur » combat efficacement le normativisme, il n'en va pas de même pour le positivisme qui peut l'englober, grâce à l'absence de fondement théorique constant. « Le décisionnisme court toujours le risque de rater, en se fixant sur la ponctualité de l'instant, l'être au repos présent dans tout grand mouvement politique »²⁸³.

c) Le positivisme. Le positivisme, ce à quoi Schmitt s'attaque à l'intérieur des *Trois types de pensée juridique*, représente une sorte d'anomalie en regard de l'hypothèse posée par Schmitt au début de l'oeuvre: il ne s'agit pas d'un type pur. Le positivisme juridique repose sur une idée méthodologique, à l'origine exprimée par

²⁸⁰ *Ibid.*, p.84.

²⁸¹ Voir infra, toute la troisième partie.

²⁸² Dominique Séglaard, *op. cit.*, p.45.

²⁸³ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.13.

Auguste Comte, selon laquelle une discipline particulière, pour constituer un savoir, ne peut accepter d'éléments qui lui soient externes. Par conséquent, en ce qui concerne le droit, une théorie positiviste sera dépourvue de notions extra-légales.

« Le terme « positivisme » a tout d'abord signifié, pour la science juridique du XIX^e siècle, quelque chose de polémique: le refus de tout ce qui était « extra-légal », de tout droit qui n'était pas créé par une convention (*Satzung*) humaine, qu'il apparaisse sous forme de droit divin, naturel ou rationnel »²⁸⁴.

L'union entre normativisme et décisionnisme s'articule autour de cette exigence. Ne pouvant fonder la loi, qui d'ailleurs s'assimile au droit, par un ordre normatif préexistant, le positivisme se trouve forcé d'en appeler à la volonté du législateur. De là découle un glissement qui poussera le positivisme vers sa dimension normative:

« La fondation de ce positivisme de la légalité, offerte par la théorie du droit, a dû passer par trois stades: on s'en est tenu, tout d'abord, à la *volonté du législateur*; puis, afin de ne pas succomber à des recherches subjectives et psychologiques, on a parlé — avec apparemment encore plus d'objectivité — de la *volonté de la loi*; enfin, on a décrété que c'était uniquement la *loi elle-même*, la norme autosuffisante, qui était déterminante »²⁸⁵.

Le positivisme est donc composée d'éléments décisionnistes pour expliquer l'origine de la loi, et d'éléments normativistes pour éviter de tomber dans le subjectivisme.

« Pour le juriste positiviste, ce ne sont ni les situations normales, ni les types normaux présumés par la réglementation législative, ni le but

²⁸⁴ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p.86.

²⁸⁵ *Ibid.*, p.86.

poursuivi par les rédacteurs du texte de loi, ni le principe qui se trouve au fondement de la norme, ni la nature de la chose, ni le sens d'une disposition légale qui doivent être déterminants, mais uniquement le contenu concret, indubitable, de la norme elle-même »²⁸⁶.

La présence d'éléments de théories opposées à l'intérieur du positivisme le condamnent à une fondation contradictoire. En effet, si le positivisme explique l'origine de la loi, il ne précise en rien ce qui fonde sa légitimité. Étant donné sa composante normativiste, le positivisme ne peut accepter que la décision, fût-elle du législateur, soit à l'origine de la validité des normes. D'un autre côté, le positivisme ne peut évacuer les éléments décisionnistes sans risquer de retomber dans le « piège de la transcendance » qu'il souhaite éviter.

« Dès lors, le positivisme juridique, par le fait même de ne vouloir partir d'aucun contenu juridique ni d'aucune situation normale préalable afin de sauvegarder la pureté de la sphère du droit, conduit à un décisionnisme irrationnel comme seule solution permettant de fonder la validité du droit positif »²⁸⁷.

Face à cette contradiction, le positivisme évoque l'idée de « force normative du factuel », que Schmitt tient en bien piètre estime:

« Considérée en elle-même, du point de vue de la logique juridique, elle n'est qu'une pure combinaison de mots et une paraphrase de la tautologie vide du positivisme, du fait de sa composante normativiste, qui consiste évidemment à toujours interpréter la positivité factuelle comme une force « normative »²⁸⁸.

²⁸⁶ *Ibid.*, p.86.

²⁸⁷ Dominique Séglaud, *op. cit.*, p.48.

²⁸⁸ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.90.

d) La théorie des ordres concrets. La théorie des ordres concrets se propose de répondre aux trois théories précédentes en résolvant le problème de la fondation de la validité des normes et donc du droit en général.

« En tant que contre-concept du positivisme juridique, l'ordre concret sert à dégager le fondement du droit, question que le positivisme juridique ne peut se poser du fait de la scission originaire qu'il opère entre *Sein* et *Sollen*; c'est-à-dire que, partant d'un système de normes, ce dernier s'interdit de présupposer une situation normale, tout comme le décisionnisme, mais pour d'autres raisons »²⁸⁹.

L'ordre concret est un composé de représentations, d'institutions et de personnes jouant un rôle en rapport avec la sphère juridique. Ces représentations tiennent de l'ordre du présent et sont le fruit de l'évolution historique d'un groupe donné, ce qui explique l'importance accordée par Schmitt au contexte historique des théories du droit.

« Mais le fait que cette différence s'exprime à l'aide de présupposés qui fondent un ordre global, c'est-à-dire par des représentations de ce que l'on peut considérer comme étant une situation normale, un homme normal, et par les figures concrètes, présumées typiques d'une vie qu'il faut estimer juste, tout cela est beaucoup plus important pour distinguer théoriquement les types de pensée juridique »²⁹⁰.

L'expression « ordre concret » tire son origine d'une modification du terme « institution » tel qu'utilisé par Hauriou, rendue nécessaire par les connotations trop nombreuses du concept d'origine.

²⁸⁹ Dominique Séglaud, *op. cit.*, p.53.

²⁹⁰ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.70.

« C'est ainsi que l'expression « pensée institutionnelle » est trop marquée comme étant une réaction purement conservatrice au normativisme, au décisionnisme et au positivisme du XIXe siècle, qui est le composé des deux, et qu'elle s'expose à de mauvaises interprétations et à de faciles objections.(...) C'est la raison pour laquelle je ne proposerai pas l'expression pensée « institutionnaliste » pour désigner le troisième type de pensée juridique, à savoir le type actuel, mais plutôt celle de pensée de l'ordre concret et pensée de l'organisation (*Gestaltung*) concrète »²⁹¹.

Selon Ségлар, il s'agit aussi d'une continuation du concept d'élaboration de l'effectuation d'une norme²⁹²: « Comme l'idée du droit est incapable de s'effectuer elle-même, elle a besoin, pour toute insertion dans la réalité, d'une élaboration et d'une mise en forme spéciales »²⁹³.

Le concept d'ordre concret réalise l'union des domaines du Devoir et de l'Être en reversant la perspective: ce n'est pas la norme qui gère l'ordre concret, mais l'inverse.

« Afin de surmonter le dualisme *Sein/Sollen*, il fallait partir d'un fondement antérieur à la scission, et soutenir que les normes sont immanentes à un ordre social concret »²⁹⁴.

Le droit résulte de l'union de l'ordre concret, de nature socio-historique, et des normes légales qui sont le fruit de cet ordre.

« Pour la pensée orientée d'après l'ordre concret, « l'ordre » n'est pas en premier lieu une règle ni une somme de règles, mais, au contraire, la règle n'est qu'une partie et un moyen de l'ordre.(...) Ce n'est pas la norme ou la règle qui crée l'ordre, mais elle a plutôt, sur la base et dans le cadre d'un ordre donné,

²⁹¹ *Ibid.*, p.107.

²⁹² Dominique Ségлар, *op. cit.*, p.61.

²⁹³ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.39.

²⁹⁴ Dominique Ségлар, *op. cit.*, p.53.

une certaine fonction régulatrice qui n'a de validité autonome et indépendante de l'état des choses que dans une mesure relativement faible »²⁹⁵.

Une fois posée cette relation de dépendance entre la norme et l'ordre concret, Schmitt s'emploie à la démontrer en précisant le mode de fonctionnement de la norme en regard des ordres concrets.

« Les diverses coutumes, ce qui a un caractère réglé, et ce qui possède un caractère prévisible au sein d'un tel ordre, rien de cela ne peut ni ne doit embrasser ni épuiser l'essence de cet ordre, mais uniquement être à son service. L'ordre concret intérieur, à savoir la discipline et l'honneur propres à toute institution, résiste, du moins tant que celle-ci existe, à la moindre tentative de normation (*Normierung*) et de réglementation intégrales. Il place le législateur et toute personne appliquant la loi devant le dilemme suivant: soit reprendre à son compte et utiliser les concepts concrets du droit fournis par l'institution, soit détruire cette dernière »²⁹⁶.

On remarque la reprise du thème de la limitation de l'activité désorganisée du pouvoir législatif, déjà présent à l'intérieur de la théorie des garanties institutionnelles. L'utilisation de figures concrètes, c'est-à-dire de membres du pouvoir étatique ou de personnes qui y occupent une fonction, permet aussi de rendre compte avec plus d'exactitude de certains problèmes juridiques tel celui de la souveraineté.

« Nous comprendrons mieux une question juridiquement importante et nous résoudrons un problème juridique de manière plus juste, si nous faisons ressortir une figure concrète, telle que celle du « Gardien de la Constitution », qui ne saurait exister d'un point de vue normativiste, parce que, d'après celui-ci, les organes compétents sont tous à égalité des « gardiens de l'ordre juridique »; ou celle du « Chef du Mouvement » (*Führer der Bewegung*), qu'un mode de pensée normativiste sera contraint de transformer en « organe étatique » compétent afin de l'intégrer ainsi dans le système de légalité d'un

²⁹⁵ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p.72.

²⁹⁶ *Ibid.*, p.77.

État de droit, comme ce fut le cas du monarque au XIXe siècle, ravalé au rang d' « organe étatique »²⁹⁷.

Par la même occasion, la notion d'État se retrouve éminemment simplifiée; en tant qu'ordre concret qui met en forme les autres ordres disponibles. « Il est l'ordre concret des ordres, l'institution des institutions »²⁹⁸. Et enfin, après avoir démontré les insuffisances du normativisme en regard de la réalité juridique, Schmitt se démarque du décisionnisme qui lui était reproché en reformulant le principe énoncé dans *Théologie politique* par celui-ci:

Théologie politique: « Car tout ordre repose sur une décision, et même le concept d'ordre juridique qu'on emploie sans réflexion comme une chose allant de soi renferme l'opposition des deux composantes du juridique »²⁹⁹.

Les trois types de pensée juridique: « Tout ordre, y compris « l'ordre juridique », est lié à des concepts normaux concrets qui ne sont pas déduits des normes générales mais, au contraire, produisent de telles normes à partir et pour leur ordre propre »³⁰⁰.

4) L'histoire des pensées juridiques.

Si l'étude comparative des différents types de pensée juridique représente une certaine importance, celle-ci tend surtout à se limiter au domaine critique. Par exemple, si l'on se réfère encore une fois au sommaire, on constatera l'absence de toute partie explicitement consacrée à la définition de la théorie des ordres concrets.

²⁹⁷ *Ibid.*, p.78-79.

²⁹⁸ *Ibid.*, p.98.

²⁹⁹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.20.

³⁰⁰ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p.79.

- « Chapitre 1 — Distinction des types de pensée juridique
- I/ La pensée orientée d'après des règles ou des lois (normativisme) et la pensée selon l'ordre concret
 - II/ La pensée orientée en fonction de la décision (décisionnisme)
 - III/ Le positivisme juridique du XIXe siècle comme combinaison de la pensée d'après la décision et de la pensée d'après la loi (décisionnisme et normativisme) »³⁰¹.

On constate effectivement la mention de la pensée des ordres concrets à l'intérieur de la première partie, mais sa conceptualisation tient plus de la réaction aux principes normativistes qu'à une élaboration indépendante. Au sein de cette partie, Schmitt avance ses positions négativement en soulignant les faiblesses théoriques adverses. La partie historique constitue à ce titre une réponse à ce volet critique: par un survol de l'évolution des théories juridiques, Schmitt justifie la pertinence et la justesse des propos de la théorie des ordres concrets.

Le débat entourant la question des formes « pures » des théories du droit retrace éloquemment cette particularité. En premier lieu Schmitt rejette le positivisme en raison de sa forme conceptuelle « impure » qui n'est pas un « type éternel » à la différence du décisionnisme et du normativisme, mais ne précise pas en quoi la théorie des ordres concrets satisferait cette condition. Ce n'est pas par la structure des concepts de cette dernière que Schmitt justifiera son statut de « pensée pure du droit », mais par une démonstration historique.

« La première est consacrée à la distinction *systematique* des trois types de pensée juridique, alors que la seconde les situe dans le cadre du développement global de l'*histoire* du droit.(...) La seconde partie opère une mise en

³⁰¹ *Ibid.*, sommaire.

mouvement de la première à un niveau global, permettant de soutenir que la pensée selon l'ordre concret est à la fois une forme originaire, antérieure à la technicisation normativiste du droit, et le point d'aboutissement, le *terminus a quo* et le *terminus ad quem* de l'histoire du droit allemand »³⁰².

L'exclusion du décisionnisme résulte aussi en partie d'un argument historique: chronologiquement, il débouche sur le positivisme.

« Hobbes se trouve donc à l'origine du positivisme juridique et de l'État de droit tel qu'il se développera surtout au XIXe siècle, qui est plutôt un État de loi, un État législateur (*Gesetzstaat*) »³⁰³.

À l'origine de cette méthode, en plus de son utilité, se trouve le refus de la part de Schmitt de ne considérer les théories étudiées pour elles-mêmes. Tout comme la validité de la norme doit trouver son fondement, l'étude des théories juridiques doit s'ancrer dans la réalité.

« Les types de pensée évoqués ici ne seront donc pas présentés de manière relativiste, « au choix » pour ainsi dire, mais leur rang sera déterminé par le contexte global de la situation concrète actuelle ainsi que par la réalité contemporaine de notre vie juridique »³⁰⁴.

En accord avec ce principe, Schmitt survole l'histoire du droit en France, Grande-Bretagne et Allemagne, cette dernière bénéficiant de deux parties, à savoir, le droit jusqu'en 1933 et les perspectives à partir de 1933. Ce survol s'organise en respect de la vision schmittéenne: chaque peuple produit un certain type de théorie du droit. Cette synthèse historico-nationale des théories juridiques mènera à une caractérisation spatio-temporelle des théories énoncées.

³⁰² Dominique Ségler, *op. cit.*, p.38.

³⁰³ Dominique Ségler, *op. cit.*, p.47.

³⁰⁴ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.93.

« Tous les changements de type de pensée juridique s'inscrivent — comme nous l'avons montré ci-dessus — dans un contexte historique et systématique général par lequel ils s'intègrent à chaque fois aux circonstances de la vie politique d'une communauté. Tout comme le décisionnisme de Hobbes appartient au XVII^e siècle, époque où l'absolutisme princier a commencé à s'imposer, et tout comme le normativisme du droit rationnel appartient au XVIII^e siècle, la combinaison de décisionnisme et de normativisme représenté par le positivisme de la loi, qui domine le XIX^e siècle, s'explique par un certain rapport dualiste entre l'État et la société civile-bourgeoise, par la structure binaire de l'unité politique qui s'est, à l'époque, désintégrée pour donner naissance au couple État-société, et oscillait entre l'état d'exception et la légalité »³⁰⁵.

On remarquera à cette occasion la critique implicite de la dichotomie situation de norme/situation d'exception. En ce qui concerne la théorie des ordres concrets, l'analyse historique de Schmitt vise à démontrer qu'il s'agit d'une théorie propre à la conception allemande du droit.

« La pensée orientée d'après l'ordre concret et la communauté concrète n'a jamais cessé d'exister en Allemagne. Elle n'a été éliminée de la pratique juridique qu'au XIX^e siècle, à dire vrai dans la seconde moitié du XIX^e siècle, par ce qui a été appelé le positivisme juridique ou légal. Jusqu'à cette période, les concepts d'ordre ecclésiastique et d'ordre intérieur à l'État ont continué d'opérer »³⁰⁶.

En effet, l'absolutisme relié au décisionnisme et donc menant à la codification positiviste ne s'est jamais réellement imposé en Allemagne, qui n'était pas encore un État centralisé au XVII^e siècle. Les ordres, représentés par des statuts comme celui de l'Empereur, de l'Église, et autres ont conservé leur vitalité malgré un certain nombre d'attaques.

³⁰⁵ *Ibid.*, p.114.

³⁰⁶ *Ibid.*, p.94.

« Cette formule s'applique tout autant à chaque corporation, à l'Empereur, au Prince, au juge, au soldat, au maître et à la maîtresse de maisons qu'à la mère; leur droit à tous, selon Luther, n'est pas une normation abstraite, mais un ordre naturel concret qui se réalise à partir de la situation concrète de leur rang, et non à partir de « règles ».(...) Les conséquences ultimes d'un siècle dominé par le droit rationnel individualiste ont été exprimées par Kant, lorsqu'il a réduit le mariage à un contrat entre des individus mutuellement intéressés à jouir sexuellement l'un de l'autre. À la fin du XVIIIe siècle, cependant, les ordres concrets n'avaient toujours pas disparu de la vie intérieure effective de l'État »³⁰⁷.

Si l'on veut résumer le survol historique de la théorie du droit allemand, on se fondera sur la distinction entre théorie juridique et pratique administrative de l'État. En effet, toute la problématique schmittéenne repose sur l'opposition des deux couples suivants: la société civile indépendante de l'État et la normativisation décontextualisée face à la réalité concrète. Le second couple correspond à la question du fondement de la validité des normes posée précédemment, tandis que le premier décrit la dimension historico-politique du problème. Ainsi la solution au problème de la fondation des normes se trouve à l'intérieur de l'ensemble de l'activité politique du pays concerné. Mais cette piste proposée par Schmitt n'est pas neutre, en raison de son refus de considérer les systèmes pour ce qu'ils sont, indépendamment de leur contexte. En effet, le but recherché est la démonstration que tout comme la scission loi/ordre concret constitue une aberration pour la pensée juridique allemande, la séparation État de droit/société civile l'est aussi. Il y a distinction forte entre la théorie juridique allemande en fusion avec sa contrepartie politique et le reste.

« La différence entre le concept allemand d'État et celui de droit rationnel occidental et libéral, ou encore de positivisme, se manifeste en ceci que, dans l'Allemagne du XIXe siècle, l'État a été compris comme Empire. Le concept

³⁰⁷ *Ibid.*, p.95.

positiviste d'État oscille du décisionnisme propre à la construction dictatoriale de l'État selon Hobbes au normativisme de la pensée ultérieure, orientée en fonction du droit rationnel, c'est-à-dire de la dictature à l'État de droit civil-bourgeois »³⁰⁸.

Les commentaires à l'égard des derniers théoriciens allemand de l'État à la manière de Hegel, à savoir Lorenz von Stein et Rudolf Gneist, sont particulièrement révélateurs.

« Toute l'oeuvre de ces deux professeurs allemands de droit public ayant pour objet la science du droit est sous-tendue par l'effort d'intégration de la société civile-bourgeoise à l'État. La Raison de la science juridique et la réalité concrète, la réalité et la Raison n'étaient pas encore disjointes de manière normativiste positiviste; Gneist et von Stein — Stein davantage que Gneist — opposent la pensée allemande orientée en fonction de l'ordre à la doctrine libérale de la séparation des pouvoirs, qui est le fondement de l'État de droit libéral et du positivisme normativiste raccordé à ce dernier »³⁰⁹.

À partir de cette distinction, Schmitt fondera sa classification des divers droits nationaux. Le cas de la Grande-Bretagne tient de l'anomalie à cause de sa pratique du « case law », du droit jurisprudentiel par opposition au droit codifié plus ouvert au positivisme et au normativisme.

« On peut laisser de côté la science anglaise du droit parce que la méthode anglaise du *case law* n'est pas menacée de la même manière par le caractère trop étroit du normativisme »³¹⁰.

Il s'agirait plutôt d'une forme de décisionnisme ou d'une combinaison du décisionnisme et de la théorie des ordres concrets.

³⁰⁸ *Ibid.*, p.98.

³⁰⁹ *Ibid.*, p.99.

³¹⁰ *Ibid.*, p.103.

« Mais selon la conception *anglaise* du *case law*, le *précédent* oblige en tant que *cas particulier*; il n'est lié ni à la norme qui se trouve au fondement de la décision concernant le cas particulier, ni à une coutume apparaissant de manière évidente dans la décision concernant le précédent »³¹¹.

La tendance britannique en faveur du décisionnisme se trouve expliquée par la personne de Hobbes, mais l'appréhension schmittéenne du droit anglo-saxon reste conjoncturelle. « Mais il n'est guère facile pour un juriste continental de se repérer dans le mode de pensée autochtone à l'oeuvre dans la pratique du droit anglais insulaire »³¹².

Le cas de la France, et des pays latins en général, est beaucoup plus clair: en raison de sa codification du droit, elle représente le berceau du positivisme. Schmitt y oppose donc Duguit et Hauriou, chacun représentant respectivement le positivisme et l'institutionnalisme:

« Hauriou, qui a longtemps été le Doyen de la Faculté de droit de Toulouse, était le rival célèbre de son non moins célèbre collègue positiviste de Bordeaux, Léon Duguit (1859-1928). On peut essayer de ramener les oppositions de ces deux grands juristes à des slogans sommaires: métaphysique contre positivisme, pluralisme contre monisme, *institution* contre *règle de droit*.(...) Le positivisme juridique de Duguit est de nature tout à fait métaphysique, et Hauriou, le soi-disant mystique, est « réel », plus proche de la réalité et, en ce sens, beaucoup plus « positif » qu'un doctrinaire du positivisme fondamental et purement « scientifique »³¹³.

La mise en perspective de la thèse d'Hauriou permet à Schmitt de faire ressurgir le thème du fonctionnement de l'administration publique et de son rôle face à la théorie des ordres concrets.

³¹¹ *Ibid.*, p.103.

³¹² *Ibid.*, p.104.

³¹³ *Ibid.*, p.105.

« Ce n'est pas en pressurant les textes de loi isolés, sur le mode normativiste positiviste, mais par l'étude quotidienne de l'objet direct du *régime administratif*, qu'Hauriou est parvenu à une conception juridique claire de ce régime, c'est-à-dire de l'organisme vivant de l'administration française qu'il considère comme une unité vivant selon ses lois propres et sa discipline intérieure, et qu'il distingue tant du gouvernement que de la justice civile et des fonctions administratives *particulières* que l'on trouve dans tout État »³¹⁴.

L'étude des pratiques propres à l'administration de l'État permettent donc de saisir la réalité des ordres concrets même au sein de nations ouvertement positivistes comme la France ou qui en subissent son influence — l'Allemagne. La situation de cette dernière peut être résumée comme suit: la pensée selon l'ordre concret n'a disparu que pendant une moitié de siècle.

« Plutôt que de continuer sur ces détails qui émergent de la théorie juridique, il est beaucoup important de savoir dans quelle mesure la pensée d'après l'ordre concret a continué d'exister dans la pratique administrative de l'État et, en particulier, dans celle de l'armée prussienne. En elles-mêmes, l'armée prussienne et l'organisation de l'administration étatique étaient des formations et des ordres bien trop résistants et vitaux pour laisser dénaturer leur droit interne propre par une pensée normativiste ou positiviste orientée en fonction des lois »³¹⁵.

Il importe de souligner ici que Schmitt ne prône pas un relativisme pur lorsqu'il associe théorie du droit et situation historico-nationale: si différents pays peuvent effectivement développer différents types de théorie juridique, selon l'époque, la pratique administrative de l'État moderne rappelle à leur bon souvenir la présence d'ordres concrets. La théorie des ordres concrets s'affirme donc par le biais de l'administration à l'encontre des prétentions des autres théories, ce qui lui assure sa place prédominante. En ce sens, si la partie systématique des *Trois types de pensée*

³¹⁴ *Ibid.*, p.105.

³¹⁵ *Ibid.*, p.101.

juridique tient plus à la critique, la partie historique est plus « positive »: la théorie des ordres concrets ne s'impose pas seulement grâce aux faiblesses conceptuelle des autres, mais à partir d'une réalité propre à tous les États modernes, indépendante de la théorie juridique dominante. L'ordre concret relié à la pratique administrative de l'État traverse le voile des théories juridiques en général et du positivisme en particulier.

5) La dimension idéologique de la théorie des ordres concrets.

Si l'opposition au positivisme et au normativisme se démontre clairement à l'intérieur des objectifs de la théorie des ordres concrets, cette dernière, en raison de ses critiques radicales, comporte le risque de dépasser le cadre de la simple analyse pour tomber dans l'argumentation idéologique.

«By furthering the theory of institutions or concrete orders (with modifications of Maurice Hauriou's, George Renard's and Santi Romano's understandings of institutions), Schmitt had hoped to perpetuate a system of justice in Germany which would have negated what he considered the « unjust » normativist approach of subsuming every legal case to existing norms »³¹⁶.

On peut reprendre à ce sujet le principe schmittéen selon lequel les théories ne s'analysent pas en dehors de leur contexte: « tout comme il n'existe aucune intelligence flottant librement dans les airs, il n'existe pas non plus de théorie juridique de cette sorte »³¹⁷. On peut ajouter dans le cas précis la modification suivante: tout comme il n'y a pas de théorie juridique décontextualisée, il n'y en existe pas qui ne visent ou ne

³¹⁶ George Schwab, *op. cit.*, p.123-124.

³¹⁷ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.93.

défendent un but précis. C'est à partir de cette dimension que l'idéologie s'insère dans les mailles de la théorie des ordres concrets.

« Ce texte, qui constitue une simple esquisse, recèle un mode d'emploi implicite du droit par le pouvoir révolutionnaire nazi: plutôt que de tout bouleverser, avec les conséquences que cela risque d'impliquer, il suffit de conserver l'essentiel de l'arsenal juridique en vigueur jusque-là, en le réorientant en fonction d'un nouveau type de pensée juridique qui corresponde à leur objectif. Telle serait la dimension *tactique* de la pensée juridique de l'ordre concret »³¹⁸.

Formulé autrement, la théorie des ordres concrets vise à rendre compte, par le biais du droit constitutionnel, de la pratique politique à l'époque où les nazis prennent le pouvoir. On pourrait en déduire que la théorie des ordres concrets constitue une tentative de systématiser la réalité politique allemande de 1933. Tentative qui, si elle n'en est pas moins justifiable, pose à nouveau la problématique de l'oeuf et de la poule: qui encadre l'autre? S'agit-il de la théorie des ordres concrets qui sert alors effectivement de « mode d'emploi », ou de la pratique du pouvoir par les nazis qui entraîne la théorie des ordres concrets à sa suite? Disposant du recul procuré par le temps, la réponse semble relever de la seconde option. Les méthodes employées par les nazis tendaient à ne se préoccuper du respect du cadre légal que si la force — légitime ou illégitime — ne se trouvait pas de leur côté.

« Hence Schmitt's conclusion that the National-Socialist state was not a *Rechstaat* was officially repudiated. Hans Frank declared in 1934 that the German state is the « German *Rechstaat* of Adolf Hitler.(...) What promised to be an interesting discussion on the meaning of the *Rechstaat* concept in the nineteenth and twentieth centuries, and especially on what type of state the

³¹⁸ Dominique Séglaard, *op. cit.*, p.38.

National-Socialist state was, soon deteriorated into acceptance of Frank's formulation »³¹⁹.

Les considérations pragmatiques, c'est-à-dire le rapport entretenu par la théorie des ordres concrets avec le régime nazi, risquent de prendre le dessus, au détriment des considérations appartenant en propre à la théorie concernée.

« Schmitt aurait développé une théorie qui aurait visé à faire entrer le nazisme dans un cadre constitutionnel et l'aurait donc dénaturé, au moment précis où il s'adaptait au vocabulaire en vigueur. L'argumentation de 1958 pourrait donc servir à montrer combien l'entreprise de 1934 était condamnée d'avance parce que le national-socialisme, opérant la fusion de l'État et du Peuple par le Mouvement, ne saurait trouver de place dans aucune doctrine constitutionnelle sans la faire exploser »³²⁰.

En effet, la soumission d'un système politique à parti unique par un ensemble constitutionnel, fut-il basé sur des ordres concrets, reste une entreprise difficile, sinon impossible. D'où la conclusion selon laquelle la théorie des ordres concrets se verrait forcée, au niveau théorique, de suivre l'évolution de la situation politique sans la maîtriser, et pratiquement, de ne servir que de voile couvrant le pouvoir personnel de Hitler. Le cadre constitutionnel et institutionnel préconisé par Schmitt se retrouve alors marginalisé et inopérant.

« Furthermore, Schmitt assumed that although the *Führer* was competent to make the decision of decisions about whether an exception or emergency existed and then act accordingly, in normal times he would, nevertheless, have hesitated to interfere directly in the operational process of the concrete orders. However, in totalitarian systems such an assumption cannot be made since the entire political order is at the mercy of the leader or party »³²¹.

³¹⁹ George Schwab, *op. cit.*, p.118-119.

³²⁰ Dominique Séglaard, *op. cit.*, p.53.

³²¹ George Schwab, *op. cit.*, p.125.

La question de savoir si la déviation de la théorie des ordres concrets résulte d'une opération volontaire ou involontaire ne sera pas abordée en profondeur. Il reste que l'anti-normativisme viscéral de Schmitt n'est pas dénué de responsabilité. Le problème relié à cette question vient de la nature de la conclusion de théorie des ordres concrets: cette dernière échappe au domaine de la réflexion juridique pour immédiatement dévier vers l'idéologie. «L'État, en tant qu'ordre particulier à l'intérieur de l'unité politique, n'a plus le monopole du politique, il n'est qu'un organe au service du *Führer* du mouvement »³²².

Ce que l'on peut alors considérer comme une adhésion au nazisme, quelle qu'en soit la cause, exprime une position polémique à l'égard du système politique qu'est le libéralisme.

«L'antiparlementarisme politique conduit alors à l'opposé de l'attachement du juriste au principe de la représentation.(...) Le fait que Schmitt ait alors renoncé au décisionnisme, ou en tout cas l'ait relativisé à l'aide du nouveau motif de la « pensée concrète de l'ordre », paraît en être la confirmation directe »³²³.

Suite à ces commentaires, la proposition d'une réponse devient plus simple. En effet, le passage d'une théorie juridique à une critique politique par un auteur qui postule l'articulation des deux ne manifeste pas forcément un biais idéologique volontaire. Par contre, si l'on se fie à la citation précédente, il ne s'agit pas non plus d'une conclusion de nature politique: le système proposé par Schmitt ne représente qu'une profession de

³²² Carl Schmitt, *op. cit.*, p.114.

³²³ Jean-François Kervégan, *op. cit.*, p.321-322.

foi à l'égard du rôle du *Führer* en tant qu'unique détenteur du pouvoir. Cette position dépasse même le cadre de l'étude de la dictature souveraine.

« His major deviation from Hegel came when he saw no essential need for two houses, and Schmitt's universal, if we may call it as such, was incorporated in the *Führer's* personal will »³²⁴.

Si la théorie des ordres concrets établit son point de départ par une analyse comparative de différentes théories juridiques, sa conclusion réside bel et bien à l'extérieur non seulement de la théorie juridique, mais aussi de la théorie politique.

6) La théorie des ordres concrets: un corporatisme juridique?

Souvent, les prises de position en théorie juridique constitutionnelle impliquent des retombées au niveau de la conceptualisation du politique et/ou de l'État, particulièrement lorsque le sujet de la création des lois entre en ligne de compte. Chez Schmitt, en raison de l'union postulée entre juridique et politique, une telle affirmation équivaut à une redondance. Ce n'est pas par pur hasard que sa théorie peut être résumée par le titre *Law as Politics*³²⁵. Ainsi surgit la structure générale des thèses schmittiennes: pour toute théorie juridique proposée, analysée, ou critiquée, on retrouve une théorie politique qui y correspond. Par exemple, au décisionnisme juridique correspond le réalisme politique fondé sur la distinction ami/ennemi qui appelle à son tour la décision:

³²⁴ George Schwab, *op. cit.*, p.122-123.

³²⁵ David Dyzenhaus, éditeur, *Law as Politics, Carl Schmitt's Critic of Liberalism*, Duke University Press, Durham and London, 1998.

« À l'intérieur de l'État, unité politique organisée formant un tout à qui revient la décision ami-ennemi, parallèlement aux décisions essentiellement politiques et à l'abri de la décision prise, on trouve en corollaire de nombreuses conceptions secondaires du politique »³²⁶.

Le normativisme se retrouve articulé avec le parlementarisme, tandis que le positivisme implique le libéralisme

« Le parlement représente (*repräsentieren*) la nation entière en tant que telle et en cette qualité, après une discussion publique et une décision publique, édicte des lois, c'est-à-dire des normes générales rationnelles et justes qui déterminent et régissent l'ensemble de la vie de l'État »³²⁷.

De ce système binaire on peut déduire aussi le type de régime: le positivisme soutient les systèmes prônant sa séparation des pouvoirs et la primauté des droits individuels. Quant au réalisme, si en théorie il ne préconise aucun régime en particulier, — le politique fonctionnant de la même manière pour tous — lorsqu'exposé sous le prisme du décisionnisme schmittéen, tend vers les formes de présidentielisme plébiscitaire. Les théories schmittéenne sont donc organisées de telle manière qu'à partir de la théorie juridique concernée, on peut déduire la théorie politique y correspondant, et dans une certaine mesure le régime politique qui y est inclus.

La théorie des ordres concrets, quelque soit la dimension sous laquelle elle se présente, systématique, historique ou tactique, est une théorie de nature juridique. À quelle théorie politique et à quel type de régime équivaut-elle donc? Il importe de souligner que ce qui suivra ne prétend qu'au statut d'hypothèse, les éléments de réponse proposés ne sauraient être définitifs dans le cadre de ce qui exigerait en soi une étude

³²⁶ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.68.

³²⁷ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, p.463.

exhaustive. Il n'en reste pas moins que la question mérite d'être posée: la théorie des ordres concrets n'est-elle autre chose que la transcription juridique des thèses corporatistes en cour pendant l'entre-deux-guerres? L'indice qui a suscité cette hypothèse provient du commentaire formulé par Schwab au sujet du contexte intellectuel entourant l'énonciation de la théorie des ordres concrets. « Schmitt's concrete-order concept is essentially similar to the various corporate theories advanced by a number of Germans »³²⁸. Ne s'agit-il que d'un parallèle facile, ou y a-t-il un lien plus fort entre la théorie des ordres concrets et le corporatisme? Telle est la question qui sera à présent abordée. De prime abord, Schmitt semble confirmer de lui-même une partie de l'hypothèse en admettant au sein de la préface de *Théologie politique* l'existence d'un lien entre théorie des ordres concrets et corporatisme.

« Et alors que le normativisme dégénéré fait du droit le mode purement fonctionnel d'une bureaucratie étatique, et que le décisionnisme court toujours le risque de rater, en se fixant sur la ponctualité de l'instant, l'être au repos dans tout grand mouvement politique, une pensée institutionnelle isolée mène au pluralisme d'un développement féodal-corporatiste (*feudal-standischen Wachstums*) dépourvu de souveraineté »³²⁹.

Cette remarque reste tout de même ambiguë: Schmitt reproche-t-il à la théorie des ordres concrets « isolée » de mener au corporatisme dans son ensemble, ou reproche-t-il à la théorie des ordres concrets « isolée », un lien avec une forme, elle-même déviante, de corporatisme? Étant donné l'importance attribuée par Schmitt à la souveraineté, on ne peut s'empêcher de saisir la présence de cette ambiguïté.

³²⁸ George Schwab, *op. cit.*, p.122.

³²⁹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.13.

L'utilisation d'une définition générale du corporatisme en vue de procurer un point de repère ne peut que clarifier la problématique:

« La distinction entre corporatisme d'État et corporatisme d'association est si importante qu'elle scinde pratiquement en deux l'école corporatiste. Le corporatisme d'État est le seul des deux qui, dans les temps modernes, ait eu des applications pratiques: il s'agit alors de politiques autoritaires, créant de toutes pièces des organisations corporatives à objet économique et social, d'affiliation obligatoire et étroitement soumises aux directives et au contrôle de l'État. Ainsi du fascisme mussolinien, du corporatisme salazarrien au Portugal du phalangisme espagnol et, à certains égards, du national-socialisme hitlérien.(...) Sur le plan théorique, le corporatisme d'État entend que les corporations des activités productives et distributives, les ordres et les corps des autres professions soient les rouages d'un mécanisme politique et mènent une action conforme à la politique générale définie par l'État lui-même ou par un parti unique. Dans ces conditions, l'État crée toutes les institutions de collaboration économique et sociale, en définit les structures, les obligations et pouvoirs, nomme ou homologue les dirigeants, entérine ou rejette les décisions prises, définit les pouvoirs d'impulsion et de sanction qu'il accorde à ses propres commissaires ou au parti dominant »³³⁰.

Comme on peut s'en apercevoir, le corporatisme d'État ne se distingue de la définition du corporatisme féodal proposée par Schmitt que par la présence d'un État central puissant, donc souverain selon les termes schmittéens. Par contraste, le corporatisme d'association, prônant la formation libre des diverses corporations, correspond à la définition du corporatisme féodal et tombe dans la catégorie de critiques adressées par Schmitt aux théories pluralistes de l'État.

La remarque de Schmitt selon laquelle un « institutionnalisme isolé » mène au corporatisme mérite donc une légère nuance. L'institutionnalisme visé dans la préface de *Théologie politique* peut effectivement mener au corporatisme-féodal, mais, en raison

³³⁰ « Corporatisme », Maurice Bouvier-Ajam, *Encyclopaedia Universalis*, vol. 4 Encyclopaedia Universalis France S.A., 1968, p.1039-1040.

du soutien de Schmitt pour un État « qualitativement fort », la théorie des ordres concrets exposée dans *Les trois types de pensée juridique* mène de son côté au corporatisme d'État, c'est-à-dire au corporatisme en vogue pendant les années vingt et trente. Cette interprétation se voit justifiée par certains passages à l'intérieur *Des trois types de pensée juridique*, qui font référence au corporatisme quand la terminologie elle-même n'est pas explicitement utilisée.

Ces passages se concentrent surtout à l'intérieur de la partie historique de l'oeuvre. Dès le second paragraphe du chapitre à teneur historique, Schmitt fait implicitement référence à l'inspiration du corporatisme d'État en citant l'union du droit et de la structure sociale médiévale.

« Le droit naturel aristotélico-thomiste du Moyen-Âge est l'unité d'un ordre vivant, comprenant une échelle d'essences et d'êtres, des ordres supérieurs et des ordres inférieurs, chaque être étant intégré à un ordre et exclu d'un autre »³³¹.

Presqu'immédiatement, Schmitt exprime pour la première fois le terme corporation lorsqu'il survole le développement de l'État moderne, et son action de nature décisionniste, personnifié par le *Léviathan* de Hobbes.

« Il élimine et relativise les communautés corporatistes traditionnelles, ecclésiastiques ou régies par le droit féodal, les degrés de la hiérarchie et les droits bien acquis, il élimine tout droit de résistance fondé sur de tels ordres pré-étatiques, il monopolise le droit au profit du législateur étatique et cherche à construire l'ordre étatique à partir de l'individu donc, du point de vue de la

³³¹ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p.93.

pensée orientée en fonction de l'ordre, d'une *tabula rasa*, d'un néant d'ordre et de communauté »³³².

En regard de l'hypothèse présentée, Schmitt ne fournit jusqu'alors qu'un lien généalogique entre la société des ordres médiévale et la théorie des ordres concrets. Rien ne laisse donc supposer que l'État préconisé sera de nature corporatiste, les liens exprimés avec le droit naturel pouvant ne constituer qu'une explication chronologique. Un tournant conceptuel est néanmoins atteint lorsque Schmitt assimile la pensée selon l'ordre concret à la présence au sein de l'organisation politique de groupes et d'ordres procédant directement des corporations féodales.

« La pensée orientée d'après l'ordre concret et la communauté concrète n'a jamais cessé d'exister en Allemagne.(...) Jusqu'à cette période, les concepts d'ordre ecclésiastique et d'ordre intérieur à l'État ont continué d'opérer. L'ordre intérieur des nouveaux États territoriaux allemands, né au XVIIe siècle, n'a pas véritablement fait *tabula rasa* »³³³.

La relation entre théorie des ordres concrets et corporatisme devient plus claire au niveau de la dimension critique: la théorie des ordres concrets adresse les mêmes critiques au libéralisme que ne le fait le corporatisme classique. La mise en parallèle d'une remarque de Schmitt au sujet de la situation du droit allemand en 1933 et d'un commentaire au sujet de la notion de corporatisme rend clairement compte du point commun critique des deux théories.

« Aujourd'hui, après le réveil de la pensée de l'ordre concret grâce à une nouvelle vie communautaire, nous comprenons mieux l'axiome juridique selon lequel il ne convient pas de séparer la fidélité, la discipline et l'honneur, d'un côté, de la direction, de l'autre, que ne le faisait le mode de pensée

³³² *Ibid.*, p.94.

³³³ *Ibid.*, p.94.

normativiste-libéral d'un individualisme périmé, avec son État de droit et sa séparation des pouvoirs »³³⁴.

« Au libéralisme le corporatisme reproche son individualisme — qui rompt les solidarités sociales — et son organisation économique, qui creuse l'opposition entre capitalistes et prolétariat »³³⁵.

Il est frappant de noter avec quelle aisance l'on peut interchanger les expressions « vie communautaire » et « solidarité sociale » sans que le sens des deux énoncés cités ne soit substantiellement modifié. L'assimilation entre théorie des ordres concrets et corporatisme atteint son point culminant lorsque Schmitt oppose le normativisme non plus à la théorie des ordres concrets, mais à l'organisation sociale corporatiste.

« La mise en place des institutions corporatistes réalisera davantage encore l'idée du lien inséparable qui existe entre la direction (*Führung*), la discipline et l'honneur, et permettra ainsi de surmonter un normativisme conçu selon le principe de la « séparation des pouvoirs »³³⁶.

Il serait possible de répliquer que les liens tissés entre théorie des ordres concrets et le régime corporatiste trahissent un procès d'intention dans la mesure où rien ne précise que le corporatisme sommaire appliqué par les nazis incarnait celui que Schmitt élaborait. Il ne reste pas moins que malgré l'impossibilité d'interpréter catégoriquement les intentions de Schmitt lorsqu'il relie corporatisme et théorie des ordres concrets, les deux théories partagent un point commun systématique. Tout

³³⁴ *Ibid.*, p.102.

³³⁵ « Régime corporatiste », *Dictionnaire constitutionnel*, Presses Universitaires de France, éd. Olivier Duhamel et Yves Mény, 1992, p.873.

³³⁶ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.112.

comme la théorie des ordres concrets semble camoufler derrière sa critique des autres types de pensée juridique une « théorie » du pouvoir personnel de Hitler, le corporatisme d'État présent au sein des régimes fascistes ne représente qu'une tentative fragile d'institutionnaliser un État avant tout fondé sur la violence.

« La doctrine corporatiste a été largement utilisée par les réformes autoritaires européennes en Italie, en Espagne ou au Portugal ou encore sous la France de Vichy. Dans la plupart des cas, des institutions formelles ont été créées mais le fonctionnement pratique des institutions politiques semble avoir montré que celles-ci sont souvent restées des coquilles vides, des leurres masquant mal la réalité d'un pouvoir autoritaire »³³⁷.

Cette courte analyse ne prétend pas clore une fois pour toute le débat concernant les liens possibles entre corporatisme d'État et théorie des ordres concrets. Néanmoins, le parallèle établi porte un coup sérieux à la pertinence de la théorie des ordres concrets: cette dernière se trouve comparée, ne serait-ce que potentiellement, à une théorie de l'État qui n'a jamais été appliquée dans sa forme pure, ou n'a donné lieu qu'à une application pour le moins simpliste, à savoir, le fascisme. Si le politique et le juridique s'articulent aussi étroitement que Schmitt le conçoit, que doit-on en déduire quant à la valeur de la théorie des ordres concrets?

³³⁷ « Corporatisme », *Dictionnaire constitutionnel*, p.237-238.

B – Un décisionnisme politique ?

1) Mise en contexte.

Au vu et su des tensions propres à la théorie des ordres concrets, la question de la « jonction » entre situation de norme et situation d'exception se pose avec une insistance accrue. En effet, si la théorie des ordres concrets propose un cadre conceptuel à la fondation de la légitimité du droit capable de fonctionner dans la situation de norme, les dernières remarques laissent planer un doute au sujet de la possibilité d'un ordre de droit au sein du système politique proposé par la théorie précitée. Si la théorie des ordres concrets ne constitue pas une réponse adéquate au problème des liens entre les deux situations, que reste-t-il? La dimension décisionniste des thèses schmittiennes d'avant 1933, comme l'indique le titre de cette partie. Ainsi, le décisionnisme occupe une place intéressante dans l'oeuvre schmittienne puisqu'il représente à la fois l'opposition entre situation de norme et situation d'exception tout en ne réussissant pas à la résoudre, d'où la présence de la théorie des ordres concrets qui doit prendre le relais.

Apparemment, le décisionnisme ne peut donc proposer de réponses supplémentaires. Pourtant, les critiques adressées par Schmitt au décisionnisme ne sont pas elles-mêmes dépourvues d'enjeux. Si l'on se rappelle des remarques contenues dans *Les trois types de pensée juridique* au sujet du décisionnisme, il y était souligné la présence de deux types de décisionnisme, l'un dit de type « impur » et l'autre, le décisionnisme hobbién, « pur ».

« Dans *Théologie politique*, puis dans *Le concept de politique*, il s'agissait surtout de souligner la présence dans l'acte juridique d'une composante irréductible à toute configuration normative.(...) En revanche, la formulation du thème décisionniste dans le texte de 1934 présuppose, en quelque sorte, la permanence de l'exception, « néant normatif et désordre concret ». Dans ces conditions, seule une situation révolutionnaire, dans laquelle tout ce qui était en vigueur se trouve éliminé comme injuste (non-droit), est susceptible d'une interprétation décisionniste »³³⁸.

N'est-on pas alors en présence d'une distinction *ad hoc*? En effet, Schmitt ne postule pas cette distinction à l'intérieur des textes « pré-théorie des ordres concrets ». « On l'a déjà relevé: son ralliement au national-socialisme entraîne un abandon, ou du moins une relativisation de l'orientation décisionniste jusqu'alors revendiquée »³³⁹. Quelles que soient les motivations qui poussèrent Schmitt à élaborer la théorie des ordres concrets, il reste que la distinction entre les deux types de décisionnisme relativise les critiques adressées dans la mesure où elles concernent avant tout la forme la plus radicale du décisionnisme.

De plus, indépendamment du type de décisionnisme adopté, la notion même recouvre quelques considérations qui influencent le débat abordé:

« Le décisionnisme n'est pas une théorie politique, encore moins une philosophie du politique. Il veut être un type de pensée juridique qui, au moyen d'une certaine articulation entre droit et politique, se démarque tout à la fois de la politique libérale et de l'épistémologie normativiste, l'une et l'autre caractérisées par la dénégation de cette articulation »³⁴⁰.

En d'autres termes, l'opposition entre théorie des ordres concrets et décisionnisme ne se situe qu'à l'intérieur du cadre de la réflexion juridique, même si

³³⁸ Jean-François Kervégan, *op. cit.*, p.45.

³³⁹ *Ibid.*, p.43.

³⁴⁰ *Ibid.*, p.325.

Schmitt y lie systématiquement le domaine politique. La perspective schmittéenne est avant tout celle d'un juriste, certes engagé politiquement, mais considérant tout de même les événements à partir du droit.

« Paradoxalement, la récente réception de son oeuvre en France — ainsi qu'aux États-Unis — a essentiellement visé le seul penseur politique et donc la partie de son oeuvre la plus sujette à discussion. La présente traduction de la *Verfassungslehre* devrait précisément permettre au lecteur français d'avoir enfin accès à l'une des oeuvres majeures de Schmitt en même temps qu'à un grand classique de la pensée juridique du XIXe siècle, qui est à la science constitutionnelle ce que la « Théorie pure du droit » de Kelsen est à la philosophie. Cette traduction fournit donc l'occasion de rectifier l'image d'un « penseur du politique » au profit de celle du *juriste-savant* »³⁴¹.

Même si l'appréciation de la dimension politique de l'oeuvre de Schmitt peut être elle aussi sujette à discussion, ce commentaire a le mérite de préciser clairement le point de vue à partir duquel Schmitt établit ses positions théoriques, particulièrement lors de la comparaison du décisionnisme et de la théorie des ordres concrets. Ces dernières remarques mènent à la conclusion suivante: les critiques qui visent le décisionnisme, fussent-elles de commentateurs ou de Schmitt lui-même, se limitent à ses propriétés juridiques, pour être précis, la possibilité de fonder un ordre institutionnel et la situation normale qui en découle à partir d'une décision ponctuelle et particulière.

N'y a-t-il donc pas place au sein des thèses schmittéennes pour l'élaboration d'un décisionnisme, non pas juridique, mais politique? Posé selon les termes du problème, peut-on prôner un décisionnisme politique qui, conjugué au décisionnisme « impur » fonderait la validité juridique, et, grâce à sa perspective politique et non juridique, établirait des liens entre situation de norme et situation d'exception?

³⁴¹ Olivier Beaud, *Théorie de la Constitution*, préface, p.6-7.

On peut admettre qu'outre sa perspective juridique, la majorité des textes marquants de Schmitt traitent effectivement de problèmes juridiques. C'est d'ailleurs par opposition à un autre juriste qu'il a été choisi de définir les lignes de forces de sa pensée au début de ce mémoire. « Il apparaît de ce fait très tôt comme *l'anti-Kelsen* »³⁴². Ce qui ne signifie pas pour autant que le côté nettement politique de son oeuvre, représenté par *La notion de politique*, ne puisse fournir d'éléments propres à l'approfondissement de sa pensée dans son ensemble.

« Il ne faut chercher dans *La Notion de politique* que ce que l'auteur a voulu consciemment y mettre, étant donné qu'il a lui-même précisé la portée et les limites de cet ouvrage dans la postface de 1932 où il indique clairement qu'il s'agit uniquement d'un essai destiné à fournir un cadre théorique à l'immense problème du politique »³⁴³.

Ainsi est exprimé le principal intérêt de *La notion de politique*: l'État présuppose le politique et le droit présuppose l'État; en se servant du cadre théorique fourni par l'oeuvre, on devrait pouvoir fonder l'opposition situation de norme/situation d'exception de manière à la relativiser et donc atténuer les défauts propres au décisionnisme juridique. D'où l'hypothèse concernant les conditions de possibilité d'un décisionnisme politique.

Il importe de souligner immédiatement que ce qui suivra ne constitue qu'une interprétation et une utilisation d'un aspect très précis des thèses schmittéennes. En effet, les idées avancées ne disposent d'une quelconque pertinence que dans la mesure où *La notion de politique* est considérée comme une oeuvre d'importance

³⁴² *Ibid.*, p.26.

³⁴³ Julien Freund, *La notion de politique*, préface, p.23.

Théologie politique ou *Théorie de la Constitution*, ce qui en soit pourrait faire l'objet d'un débat. À ce titre, les positions exprimées et les conclusions tirées ne prétendent ni à l'exhaustivité ni à une quelconque forme d'absolu.

2) La situation d'exception et son rapport à la lutte.

Il tiendrait presque de la redondance de souligner à nouveau l'importance que représente la situation d'exception pour l'ensemble du système schmittéen. Il s'agit pourtant de cette importance dont il est question. En effet, la situation d'exception constitue le point de départ des thèses de Schmitt, fût-ce celles orientées vers le juridique ou le politique.

« Carl Schmitt, quoi qu'il en dise lui-même, est sans doute le premier auteur à avoir conféré à l'exception et aux situations extrêmes un rôle central dans la pensée du droit et de l'État »³⁴⁴.

En soi, l'importance accordée à la situation d'exception se justifie étant donné l'opposition au normativisme: la situation d'exception institue dans les faits le fondement de la validité des normes tout en réfutant la thèse kelsénienne concernant la nature autofondatrice de l'ordre de droit.

« L'intérêt des situations d'exception, telle que la dictature, n'est donc pas seulement de montrer, ce qui serait banal, que le droit ne s'applique pas lui-même ou qu'il n'est rien sans la force; il est de souligner le caractère absolument premier de l'exception à l'égard de la normalité, de la décision à l'égard de la règle. L'état d'exception ne désigne pas seulement la borne de

³⁴⁴ « État d'exception », Jean-François Kervégan, *Dictionnaire de philosophie politique*, éd. Philippe Raynaud et Stéphane Rials, P.U.F., 1996, p.232.

l'ordre juridique, mais véritablement son principe autant que sa condition d'effectivité »³⁴⁵.

La force, ou la puissance, appartiennent toutes deux au domaine du politique, il est donc naturel de postuler, comme le fait Schmitt, l'interaction politique/juridique. À partir de cette interaction, il en déduit une caractérisation du souverain: « est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »³⁴⁶. La situation exceptionnelle représente donc le centre de gravité du décisionnisme schmittéen puisque c'est à partir d'elle que le souverain se définit, qu'une décision est exigée et que l'ordre juridique se met en place.

Or, la notion de situation d'exception, pour utile qu'elle fût, relève avant tout du domaine juridique. « L'état d'exception désigne, notamment dans la langue juridique, l'ensemble des moyens prévus pour faire face à une telle situation d'extrême danger »³⁴⁷. En d'autres termes, si la situation d'exception révèle le lien nécessaire entre le juridique et le politique, elle ne révèle qu'en partie le politique lui-même. Le politique ainsi exposé ne l'est que sous l'angle précis de son rôle en tant que condition préalable du droit. Cela ne signifie pas pour autant que le politique se ramène à la situation d'exception. On se souviendra du problème posé par la question de l'activité du souverain lors de la situation de norme: il est évident que si ce dernier se définit en fonction de la situation d'exception, il n'agit plus lorsque cette dernière disparaît. Ce qui revient à dire qu'en dehors d'une « situation d'extrême danger », il n'y a pas d'activité politique, affirmation pour le moins problématique.

³⁴⁵ *Ibid.*, p.232.

³⁴⁶ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.15.

³⁴⁷ « État d'exception », Jean-François Kervégan, p.231.

D'un autre côté, Schmitt propose à l'intérieur de *La notion de politique* un critère de distinction du politique, à savoir, la discrimination ami/ennemi. À partir de ce critère entre en scène le concept de lutte, la configuration ami/ennemi tirant son sens de la possibilité toujours présente de lutte.

« Les concepts d'ami, d'ennemi, de combat tirent leur signification objective de leur relation permanente à ce fait réel, la possibilité de provoquer la mort physique d'un homme »³⁴⁸.

La mort physique constituant un résultat toujours possible de la lutte engagée entre les deux groupes concernés. Les deux notions de situation d'exception et de lutte partagent donc un point commun dans la mesure où elles jouent le rôle de contexte au sein duquel les autres concepts s'articulent. On peut donc mettre en parallèle les deux structures suivantes: d'une part, la situation d'exception, concept juridique, qui encadre les notions de souverain et de décision; d'autre part, la lutte, en tant que concept politique, procure le sens de la distinction ami/ennemi et de la désignation de ce dernier.

À ce titre, un autre point commun aux deux structures peut être relevé: la désignation de l'ennemi constitue elle aussi une décision au sens fort du terme, elle tient donc du même ordre d'idée que la décision qui fonde la validité d'une loi, malgré une perspective différente.

« L'État, unité essentiellement politique, dispose du *jus belli*, c'est-à-dire de la possibilité effective de désigner l'ennemi, le cas échéant, par une décision qui lui soit propre, et de le combattre »³⁴⁹.

³⁴⁸ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.71.

³⁴⁹ *Ibid.*, p.84.

Étant donné que la définition du souverain tient au monopole de la décision, on peut donc définir le souverain non pas en fonction de la situation exceptionnelle, mais selon la perspective de la lutte. On pourrait avancer le résultat suivant: en vertu de la dimension décisionniste de la désignation de l'ennemi et de la discrimination ami/ennemi, est souverain celui qui décide de la désignation de l'ennemi. En effet, la désignation de l'ennemi ne s'impose pas selon un ensemble de règles externes au souverain puisque le statut d'ennemi ou d'ami politique peut varier d'un instant à l'autre, selon l'évolution de la lutte.

« C'est pourquoi le critère qui consiste en la discrimination de l'ami et de l'ennemi ne signifie nullement non plus qu'un peuple donné sera éternellement l'ami ou l'ennemi d'un autre peuple donné, ou qu'une neutralité n'est pas chose possible, qu'elle est un non-sens politique.(...) Les seuls facteurs déterminants sont l'éventualité de la situation décisive, c'est-à-dire celle du combat réel, et l'acte de décider si cette situation est donnée ou non »³⁵⁰.

L'oeuvre de Schmitt présente donc deux définitions distinctes du souverain selon le point de vue adopté. En quoi cette modification limitée à la caractérisation juridique du souverain constitue-t-elle une différence? Il s'agit en fait d'un transfert du centre de gravité à l'intérieur des thèses de Schmitt. La situation d'exception, auparavant point de départ de l'ensemble des conceptualisations change et devient une modalité de la lutte politique. La situation d'exception ne révèle pas entièrement le souverain tant et aussi longtemps qu'elle dure, avec la décision qui s'ensuit et l'éventuelle lutte si la situation dégénère en guerre civile. La lutte, plus précisément son résultat, désigne le souverain qui par ses décisions détermine s'il y a situation

³⁵⁰ *Ibid.*, p.72-73.

d'exception ou non. Mais l'activité du souverain s'agence en regard de la lutte, non de l'éventuelle présence d'une situation d'exception. En effet, la lutte « bénéficie » d'une permanence dont ne dispose pas la situation d'exception et désigne donc plus facilement le souverain, et ce, en tout temps. La comparaison des traits « temporels » de la lutte et de la situation d'exception apparaît clairement à l'intérieur de ces extraits de *La notion de politique* et de *Théologie politique*:

« D'où la justesse de cette remarque d'un diplomate anglais, qui prétend que l'homme politique est mieux entraîné au combat que le soldat parce que l'homme politique se bat toute sa vie, alors que le soldat ne le fait qu'exceptionnellement »³⁵¹.

« La situation exceptionnelle a pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie »³⁵².

Tout comme le soldat ne se bat qu'exceptionnellement, les situations à l'intérieur desquelles le droit ne s'applique plus sont rares. Cela ne signifie pas pour autant que la lutte politique s'interrompe en dehors des situations d'exception possibles, pas plus que l'homme politique ne se repose en tant de paix.

« Les deux composantes de la notion d' « ordre de droit » (*Rechts-Ordnung*) en viennent ici à s'opposer et démontrent leur autonomie conceptuelle.(...) Malgré tout, même le cas d'exception reste accessible à la connaissance juridique, car les deux éléments, norme et décision, demeurent dans le cadre juridique »³⁵³.

³⁵¹ *Ibid.*, p.72.

³⁵² Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.46.

³⁵³ *Ibid.*, p.23.

Autrement dit, l'alternance entre situation d'exception et situation de norme ne concerne que l'association ou la dissociation des notions d'ordres et de droit. Le souverain ne se définit pas en regard de cette alternance, il reste attaché à la lutte. Selon cette perspective, les variations selon le type de situation concernée pourraient seulement affecter l'État, en tant que modalité historiquement circonscrite et distincte du politique.

« En revanche, l'équivalence: *étatique=politique* devient inexacte et génératrice d'erreurs dans la mesure où il y a interpénétration de l'État et de la société, les affaires de l'État engagent dorénavant la société, tandis qu'à l'inverse les affaires concernant jusqu'ici la société seule sont prises en charge par l'État, ce qui se produit nécessairement dans une unité politique organisée en démocratie »³⁵⁴.

Et pourtant, la réaction de l'État face à la situation d'exception reste toute relative puisque selon les propres mots de Schmitt « l'existence de l'État garde ici une incontestable supériorité sur la validité de la norme juridique »³⁵⁵. La situation d'exception constitue un symptôme propre à souligner l'activité du souverain et non sa nature. En effet, comment une situation, qui, en dernière analyse, ne provoque de changement que pour une modalité du politique, pourrait participer à la définition de ce qui représente l'incarnation du dit politique pour une unité donnée? Par contraste, la lutte offre une vision du souverain plus constante et plus précise, qu'il s'agisse de la lutte pour l'obtention de la souveraineté ou de la lutte pour la conservation de la souveraineté. Selon une perspective politique, la situation d'exception devient une conséquence possible de la désignation de l'ennemi et des décisions prises non pas en

³⁵⁴ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.59.

³⁵⁵ Carl Schmitt, *Théologie politique*, p.22.

vue d'établir ou de rétablir un ordre juridique, mais en vue de remporter la lutte. Si la situation d'exception révèle le lien entre le politique et le juridique, la lutte révèle le politique lui-même. D'où la position en faveur de l'élaboration d'un décisionnisme politique fondé sur la lutte plutôt qu'un décisionnisme juridique fondé sur la situation d'exception.

3) La lutte et la situation de norme.

La question qui se pose à présent concerne la présence de la lutte à l'intérieur de la situation de norme, puisque la pertinence de l'hypothèse qui vient d'être énoncée ne se vérifie que si la lutte constitue un critère à même de maintenir la conception du souverain à l'intérieur de la situation de norme, par opposition au critère qu'est la situation d'exception.

Le problème sera abordé selon deux angles, l'un critique, l'autre proposant une solution possible. Le volet critique concerne l'absence de conceptualisation précise de l'activité politique à l'intérieur d'une unité constituée et le lien que l'on peut établir avec la conception schmittéenne de la démocratie, tandis que l'autre visera à démontrer, en réponse à ce premier volet, le maintien de la lutte à l'intérieur de la situation de norme de la même unité constituée.

a) La politique intérieure chez Schmitt. Le problème évoqué tourne autour de ce qui est souvent considéré comme une lacune concernant la conception de la souveraineté au sein de l'ensemble du système schmittéen. Ainsi, la conception de

l'État chez Schmitt peut sembler se limiter curieusement au domaine de la politique extérieure aux dépens de la politique intérieure.

« L'ère de l'État naît, selon lui, des guerres confessionnelles qui ont fait apparaître la nécessité d'un pouvoir commun susceptible d'imposer la paix intérieure et la souveraineté extérieure. Ce modèle conduit Schmitt à privilégier la dimension extérieure de la souveraineté, en faisant du *jus belli* l'attribut majeur de la puissance étatique, et en reléguant au second plan la question des formes et de la légitimité de la subordination, qui était le cœur de la philosophie politique classique. Il y a certainement dans cette identification de l'« étatité » (*Staatlichkeit*) à la politique étrangère, que Schmitt s'efforce de justifier historiquement, une source de difficultés pour sa pensée »³⁵⁶.

Il est vrai que l'on ne peut s'empêcher de remarquer que lorsque Schmitt parle de lutte, il s'agit presque toujours de lutte entre deux unités politiques constituées. La possibilité de guerre civile est mentionnée surtout dans le contexte d'une critique implicite de la pensée libérale et des risques reliés à la neutralisation du politique qu'elle prône. Le parlementarisme se trouve visé par la même occasion:

« L'équation politique=politique de parti devient possible dès lors que s'affaiblit la notion d'une unité politique (l'État) qui englobe tout, en ne laissant qu'une importance relative aux partis formés autour de sa politique intérieure et à leurs conflits; dès lors que, par conséquent, les antagonismes internes deviennent plus forts que l'orientation commune de politique extérieure qui s'oppose à un autre État »³⁵⁷.

La possibilité d'une guerre civile n'est guère considérée en elle-même, comme dimension intrinsèque à toute activité politique, mais seulement en tant que conséquence pratique des phénomènes de neutralisation du politique. Il s'ensuit que les situations moins clairement tranchées, comme une opposition larvée, une lutte de factions rivales à

³⁵⁶ Jean-François Kervégan, *op. cit.*, p.67.

³⁵⁷ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.70.

l'intérieur du même État, risquent de ne pas être considérées comme une possibilité propre à l'activité politique d'un État moderne. Il reste que l'on ne peut attribuer une importance démesurée à ce type d'objection, dans la mesure où les thèses politiques de Schmitt constituent avant tout une ébauche.

« Il en est d'autres qui lui font grief de négliger simplement la politique intérieure, ce qui aurait précisément chez lui une signification de politique intérieure. L'objection ne manque sans doute pas de fondement, mais les conclusions qu'on en tire me semblent erronées.(...) En effet, toute la critique du pluralisme interne, au sens où Laski et Cole l'ont conçu, considère justement l'État dans sa structure interne d'unité politique »³⁵⁸.

Le problème ne tient justement pas aux conclusions que l'on peut tirer des objections précitées, puisque rien n'empêche d'appliquer à la politique intérieure les préceptes élaborés pour la politique extérieure, même si on limite le concept d'ennemi à celui d'adversaire lors de la transposition. Il réside plutôt dans les raisons que l'on peut supputer concernant le choix d'orientation théorique de Schmitt. En effet, l'absence d'élaboration au sujet de la politique interne, en-dehors d'une critique du libéralisme, pourrait résulter de la conception schmittéenne de la démocratie.

Aux yeux de Schmitt, la notion de démocratie se démarque radicalement de celle de liberté individuelle, la première ressortissant du politique, tandis que la seconde résulte des principes éthiques des Lumières. La définition de la démocratie schmittéenne diffère donc nettement des acceptations habituelles.

« Définition de la démocratie: La démocratie, tant comme forme de gouvernement (*Staatsform*) que comme forme gouvernementale

³⁵⁸ Julien Freund, *La notion de politique*, préface, p.24.

(*Regierungsform*) ou de législation, est l'identité du dominant et du dominé, du gouvernant et du gouverné, de celui qui commande et de celui qui obéit. Cette définition découle de l'égalité substantielle qui est la condition primordiale de la démocratie »³⁵⁹.

Ce qui suscite le commentaire suivant:

« To be sure, Schmitt is no democrat in the liberal understanding of the term, and he had only contempt for the constraints imposed by liberal institutions on the democratic will of the people »³⁶⁰.

Par égalité substantielle, Schmitt entend une égalité de fait, basée sur une homogénéité des personnes participant à l'identité entre gouvernant et gouverné. En effet, la question de l'appartenance prend ici une importance cruciale dans la mesure où la démocratie obéit au principe politique.

« La notion démocratique d'identité est une notion politique, et, comme toute véritable notion politique, elle se réfère à la possibilité d'une distinction.(...) L'égalité qui fait partie de l'essence même de la démocratie ne s'applique donc qu'à l'intérieur (d'un État) et pas à l'extérieur: au sein d'un État démocratique tous les nationaux sont égaux. Conséquence pour le point de vue politique et celui de droit public: celui qui n'est pas citoyen n'a rien à faire avec cette égalité démocratique »³⁶¹.

Vu sous ce prisme, la notion d'homogénéité propre à la démocratie prend un sens bien précis: il s'agit d'une dimension, de quelque nature que ce soit, partagée par les membres d'une unité politique donnée qui agit comme critère d'appartenance. Les deux notions d'égalité et d'identité se recourent pour définir ce qui constitue une partie

³⁵⁹ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, p.372.

³⁶⁰ Chantal Mouffe, *Law as Politics, Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, « Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy », Duke University Press, Durham and London, 1998, p.164.

³⁶¹ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.365.

de la démocratie, ce qui est apte à participer au processus d'identité du gouvernant et du gouverné.

« His argument is that democracy requires a conception of equality as substance and cannot satisfy itself with an abstract conception like the liberal one since « equality is only interesting and invaluable politicaly so long as it has substance, and for that reason at least the possibility and the risk of inequality. In order to be treated as equal, citizens must, he says, partake of a common substance »³⁶².

La substance commune peut être de tout ordre, et a d'ailleurs varié au cours de l'histoire: appartenance religieuse, culturelle, nationale, etc. D'où l'opposition déduite entre la notion de démocratie et celle de liberté, et la critique des fondements du libéralisme.

« Schmitt asserts that there is an insuperable opposition between liberal individualism with its moral discourse centered around the individual and the democratic ideal which is essentially political and aims at creating an identity based on homogeneity »³⁶³.

Dès lors, on comprend donc les attaques de Schmitt dirigées à l'endroit des théories pluralistes de l'État. La notion même de démocratie s'oppose à ses yeux au pluralisme qui menace à lui seul les fondements même de l'unité politique. Si l'on reprend les principes démocratiques de Schmitt en fonction de sa conception du politique en général, on obtient l'articulation suivante: d'une part, l'unité politique se réalise selon la configuration ami/ennemi, c'est-à-dire le degré d'association et de dissociation le plus intense. D'autre part, la démocratie exige une homogénéité forte

³⁶² Chantal Mouffe, *loc. cit.*, p.160-161.

³⁶³ *Ibid.*, p.161.

pour donner corps au principe d'égalité substantielle. Donc, pour qu'une démocratie existe en tant qu'unité politique — et il ne peut en être autrement la démocratie relevant du politique — il faut que son homogénéité, son degré d'association soit substantielle. À ce titre, il est compréhensible que la politique extérieure prenne le pas face à la politique intérieure, cette dernière ne peut reconstituer même une version « diluée » de l'opposition ami/ennemi sans mettre en péril l'existence même de l'unité politique, point à partir duquel la question de la politique intérieure ne se pose plus.

Malgré la cohérence du raisonnement, le principe d'homogénéité des démocraties, s'il représente une exigence importante et un enjeu pertinent, ne suffit pas à lui seul à empêcher toute configuration ami/ennemi à l'intérieur d'une unité politique. Tout le problème repose sur la question de la définition de l'appartenance au groupe et du critère relié: qui et comment décide du type de substance commune qui définit l'appartenance à l'unité démocratique? Schmitt ne peut répondre directement à la question dans la mesure où il pose que la démocratie se définit par l'identité des gouvernants et des gouvernés. La volonté qui détermine le critère d'appartenance ne peut donc être précisé autrement que par une référence historique. D'où l'idée selon laquelle Schmitt tend souvent à considérer, et à plus forte raison dans le cas particulier, la situation socio-politique comme une donnée stable, fixée avant l'élaboration du problème.

« While rejecting the pluralist conception, Schmitt is nevertheless unable to situate himself on a completely different terrain because he retains a view of political and social identities as empirically given »³⁶⁴.

Étant donné cette vision présupposée de la réalité sociale, l'opposition entre homogénéité et pluralisme se trouve fortement relativisée, puisque si l'homogénéité est donnée, ou présupposée, elle ne peut être menacée par le pluralisme; par contre, si ce dernier représente une menace réelle, cela signifie que le « donné politique » constitue le résultat d'une évolution artificielle qui repose avec insistance la question de la détermination du critère d'appartenance, paradoxe clairement souligné par Chantal Mouffe:

« On the one hand, he seems to seriously consider the possibility that pluralism could bring about the dissolution of the unity of the state. If that dissolution is, however, a distinctive political possibility, it entails also that the existence of such a unity is itself a contingent fact which requires a political construction. On the other hand, however, the unity is presented as a fact whose obviousness could ignore the political conditions of its production »³⁶⁵.

Dit autrement, l'opposition entre pluralisme et homogénéité n'est pas si inexorable que Schmitt la présente. Il en va donc de même pour l'homogénéité de l'unité politique démocratique et pour la question de la politique intérieure.

Schmitt semble ignorer la question de la lutte et de l'opposition entre ami et ennemi à l'intérieur de l'unité politique en raison de sa conception de l'homogénéité démocratique. Mais cette conception repose sur ce que Chantal Mouffe qualifie de « False Dilemma »³⁶⁶. À ce titre, une fois écarté ce dilemme problématique, rien ne

³⁶⁴ *Ibid.*, p.171.

³⁶⁵ *Ibid.*, p.171-172.

³⁶⁶ *Ibid.*, p.171.

s'oppose à ce que les préceptes valides au sujet du politique en relations extérieures ne puissent s'opposer à la structure interne d'une unité donnée. Étant donné cette dernière conclusion, la présence de la lutte peut être supposée à l'intérieur de l'État, même si les modalités par lesquelles elle s'exprime différeront probablement de celles propres aux relations extérieures. Il importe de retenir que le concept de lutte prend son sens en regard de la possibilité existentielle d'un combat qui impliquerait l'éventualité de la mort. Cela ne signifie pas pour autant que toute situation de lutte équivaut à un conflit armé, en effet, la lutte n'est pas synonyme de guerre, comme nous allons le voir à présent.

b)La permanence de la lutte. Avant de passer à la question de la lutte proprement dite, la nécessité d'opérer une digression s'impose. L'objet de la digression concerne une partie des thèses de Jean Baechler au sujet de la polémologie, c'est-à-dire l'étude des conflits. Les thèses de Baechler serviront d'articulation entre les notions abordées jusqu'à présent, notamment la lutte et les institutions. Le but visé est d'établir un lien théorique entre la lutte telle que proposée par Schmitt et la présence d'institutions, qu'elles soient conçues comme le résultat ou l'enjeu de la lutte, par le biais de la réflexion de Baechler sur les phénomènes révolutionnaires. Ainsi, si nous pouvons faire ressortir un lien entre institution et permanence de la lutte, la pertinence d'un décisionnisme politique à l'intérieur de la situation de norme en sera d'autant plus justifié.

L'intérêt posé par l'étude de Baechler vient de ce qu'elle recoupe exactement le thème à présent abordé. « Le trait spécifique des phénomènes qui nous occupent est de

se fonder sur l'agressivité à l'intérieur d'un groupe »³⁶⁷. Bien entendu, l'agressivité évoquée est liée au politique dans la mesure où les instances politiques ont, du moins à l'intérieur, pour fonction d'assurer l'ordre, définition que l'on retrouve aussi chez Schmitt. Ce que Baechler ajoute à notre propos vient de ce qu'il étudie les conséquences d'un éventuel défaut des institutions politiques, à savoir, la possibilité que l'État ne soit plus en mesure d'assurer la sécurité de ses citoyens.

Jusqu'à présent le parallèle avec Schmitt se maintient, puisqu'il prévoit lui aussi cette éventualité, avec le thème de la rupture de l'unité politique, c'est-à-dire la guerre civile ou la révolution selon la terminologie de Baechler. Là où ce dernier se distingue, c'est dans les causes de la rupture en question.

« Il nous apparaît que trois facteurs permanents agissent constamment comme éléments perturbateurs du mécanisme d'arbitrage des conflits: l'arbitraire des valeurs, l'arbitraire du choix et les contraintes de la rareté »³⁶⁸.

L'arbitraire des valeurs consiste en une hiérarchie entre les diverses sphères d'activité, hiérarchie fondée sur la valorisation de ces dernières.

« En toute société, on trouve au moins des éléments de ces activités, mais toujours l'une ou l'autre se voit conférer une importance majeure, aussi bien dans les faits que dans la représentation que les sociétés se font de l'idéal »³⁶⁹.

Le trait le plus important en ce qui concerne la lutte, est constitué par la dimension arbitraire de la hiérarchisation des domaines.

³⁶⁷ Jean Baechler, *Les phénomènes révolutionnaires*, Presses Universitaires de France, 1970, p.34.

³⁶⁸ *Ibid.*, p.35.

³⁶⁹ *Ibid.*, p.35.

« Notons, en premier lieu, qu'aucune rationalisation ne peut justifier l'une quelconque des hiérarchie de valeurs: celles-ci sont arbitraires, mises en place à la suite de conflits et reflètent des rapports de force. Il va de soi que ces rapports sont instables, que de nouveaux conflits sont constamment possibles »³⁷⁰.

La possibilité de différentes combinaisons possibles exacerbe d'autant plus les chances de contestation et donc de lutte à l'intérieur de l'ordre social.

« Bien entendu, l'arbitraire des valeurs est d'autant mieux perçu qu'une société a une histoire longue, qui a vu se succéder plusieurs systèmes, ou qu'elle coexiste avec des sociétés qui en connaissent d'autres: le traitement rationnel des systèmes de valeurs, c'est-à-dire la perception de leur relativité irréductible suppose la constatation de cette pluralité réelle. Il s'ensuit qu'une société placée dans cette situation verra nécessairement se multiplier les contestations »³⁷¹.

À partir de cette dimension plurielle, Baechler déduit une perspective différente pour aborder le même phénomène: l'arbitraire du choix. Il s'agit en fait de la version subjective de l'arbitraire des valeurs, plus objectif. Ce dernier fonctionne de la même manière que l'arbitraire des valeurs, seulement à l'échelle de l'ensemble de la vie sociale. Pour chaque geste social posé, il y a un certain nombre de possibilités. Par exemple, il est possible de rédiger un document de différentes manières, selon les outils disponibles.

« Or un seul possible peut être réalisé effectivement à un moment donné dans un groupe donné. Toute institution sociale est choix et tout choix est arbitraire. Il s'ensuit que toute institution est contrainte et que toute institution peut être remise en question »³⁷².

³⁷⁰ *Ibid.*, p.35.

³⁷¹ *Ibid.*, p.36.

³⁷² *Ibid.*, p.37.

La dimension arbitraire est d'autant plus contraignante qu'elle se rapproche du domaine d'activité valorisé par la hiérarchie des valeurs. La nature sociale de cet arbitraire — le premier tenant plus de l'éthique — implique une propriété particulière:

« À quoi l'on peut ajouter une précision supplémentaire: plus une institution a perdu de son caractère fonctionnel, plus elle a des chances d'apparaître comme contrainte pure et de se voir combattue »³⁷³.

La troisième cause potentielle de lutte interne est liée à la possession des biens que sont la richesse, le pouvoir et le prestige. ces derniers ont pour caractéristique commune la rareté, que cela provienne de leur nature fondamentale, ou de leur rapport avec le sujet humain.

« Cela est évident pour le pouvoir, défini comme la possibilité d'imposer sa volonté à autrui, et le prestige, conçu comme la position d'où un individu ou un groupe désigne à autrui ce qui est désirable. Si pouvoir et prestige étaient répartis également entre tous les sociétaires, ils disparaîtraient purement et simplement.(...) L'abondance signifierait donc que les désirs peuvent être intégralement comblés. Ce qui est absurde; l'expérience la plus quotidienne et le bon sens indiquent suffisamment que les désirs sont illimités et excèdent toujours toute satisfaction possible »³⁷⁴.

La rareté implique deux phénomènes: d'une part la concurrence pour l'obtention de ces trois biens, d'autre part, le résultat de cette concurrence, une répartition inégale.

« Pour simplifier, nous dirons qu'elle se fait en fonction du rapport des forces, étant entendu que le contenu concret de ces forces peut être tout facteur qui décide d'un plus ou d'un moins dans la répartition. Or le rapport des forces est quelque chose d'instable, non seulement parce qu'il doit constamment être

³⁷³ *Ibid.*, p.37.

³⁷⁴ *Ibid.*, p.38.

maintenu, ce qui entraîne un minimum de tension et de conflit entre les parties prenantes (celle qui resterait passive serait rapidement éliminée ou rejetée en marge), mais aussi parce que des facteurs endogènes (mutation économique par exemple) ou exogènes (guerre, conquête) peuvent perturber cet équilibre instable »³⁷⁵.

L'inégalité ainsi conçue remet en question l'idée d'homogénéité proposée par Schmitt. En effet, même si tous les membres d'un groupe partagent la même appartenance, religieuse par exemple, certains disposeront d'un prestige ou d'un pouvoir moindre, non pas en dépit de, mais en raison de cette appartenance commune. Dans le cas d'une appartenance religieuse, les rapports entre un prêtre et un laïc, et ceux entre un évêque et un prêtre. Il en va de même pour l'arbitraire des valeurs ou des choix: l'homogénéité politique du groupe ne peut être complète, en raison de l'appartenance à une hiérarchie. Et celle-ci reste tout aussi substantielle que le critère d'appartenance. Tout comme « le monde n'est pas une unité politique, il est un *pluriversum politique* », la société selon une perspective politique est elle aussi, dans une certaine mesure, un *pluriversum*³⁷⁶. D'autant plus que tout secteur d'activité peut donner lieu à la formation d'un groupe politique.

« Une communauté religieuse qui en tant que telle fait la guerre, que ce soit contre les membres d'autres communautés religieuses ou que ce soit quelque autre guerre, transcende sa nature de communauté religieuse et constitue une unité politique »³⁷⁷.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait « affrontement explicite » à l'intérieur d'une société pour que l'éventualité de la lutte, et donc la présence du politique se réalise.

³⁷⁵ *Ibid.*, p.39.

³⁷⁶ Carl Schmitt, *La notion de politique*, p.95.

³⁷⁷ *Ibid.*, p.76.

« Le politique n'est pas donné dans la lutte elle-même, qui a ses propres lois techniques, psychologiques et militaires; il consiste, ainsi qu'il a été dit, dans un comportement commandé par l'éventualité effective de celle-ci, dans le clair discernement de la situation propre qu'elle détermine et dans la tâche de distinguer correctement l'ami de l'ennemi »³⁷⁸.

À ce titre, et en raison des concepts proposés par Baechler, la lutte à l'intérieur d'une unité politique reste une possibilité immanente. La dimension constante du conflit potentiel en constitue le trait le plus prégnant. Cette conclusion ne s'éloigne pas radicalement des thèses de Schmitt: il s'agirait plutôt d'une élaboration des thèses contenues ou sous-entendues à l'intérieur de *La notion de politique*. En effet, l'un des commentateurs le plus proche de Schmitt sur le plan conceptuel, Julien Freund, émet la remarque suivante au sujet de la configuration ami/ennemi au sein de l'État, remarque à ce point pertinente que l'on ne saurait proposer d'autre conclusion pour cette partie.

« Ce qui signifie que la relation ami-ennemi n'est pas uniquement un critère de la politique extérieure, mais aussi de la politique intérieure (dans la mesure où le conflit extrême reste potentiel dans l'État) et, par conséquent, de la politique en général.(...) On ne saurait indiquer plus clairement que l'association ou l'intégration interne réalisée par l'État a pour base la relation ami-ennemi. L'inimitié n'est pas uniquement un facteur de division ou de rupture, mais aussi d'union et d'association. Toutefois, l'intégration et l'association ne sont jamais conquises définitivement à l'intérieur d'une unité politique, car, pour autant que la relation ami-ennemi reste latente ou potentielle, elles peuvent être brisées si les oppositions intérieures prennent l'allure d'un conflit extrême »³⁷⁹.

Il importe toutefois de nuancer les remarques précédentes au sujet de la possibilité de lutte à l'intérieur d'une unité politique donnée. En effet, tout comme les modalités de la lutte en politique extérieure diffèrent des ses modalités en politique

³⁷⁸ *Ibid.*, p.76.

³⁷⁹ Julien Freund, *La notion de politique*, préface, p.25.

intérieure, le statut des personnes désignées lors de la lutte change quelque peu. Deux distinctions apparaissent lorsque politique intérieure et lutte interne sont confrontées: d'une part, la distinction entre ennemi et adversaire, et deux types possibles d'adversaires.

La première distinction fait référence à l'idée selon laquelle l'État se définit comme l'unique source de violence légitime à l'intérieur d'une unité politique, et ne reconnaîtra pas *a priori* la présence d'un ennemi interne:

« Par sa dynamique interne l'État est la structure politique qui a pour fin l'élimination de l'ennemi intérieur, source de violence et de guerre intestine. Il ne veut connaître que l'ennemi extérieur, en dehors des frontières de la collectivité politique indépendante »³⁸⁰.

À partir de cette finalité se constitue la figure du tiers, c'est-à-dire tout groupe qui contribue dans les faits à l'équilibre interne d'une unité politique, et pourrait donc le remettre en question. Face à la réalité du tiers, l'État peut le reconnaître — accepter la possibilité de sa remise en question — ou tout faire pour le détruire, ce que l'on retrouve souvent dans le cadre des États totalitaires. La reconnaissance du tiers représente l'effectuation de la distinction précitée. En reconnaissant le tiers, l'État l'institutionnalise et le fait rentrer dans le cadre de la politique étatique, malgré la différence ou la contestation possible qu'il prône.

« En fait, ce qui est important, ce n'est pas la diversité des solutions possibles, mais le principe même de la reconnaissance du tiers. Ainsi compris, le système étatique reste fidèle à sa finalité qui est le refus de l'ennemi

³⁸⁰ Julien Freund, « L'ennemi et le tiers dans l'État », *Archives de philosophie du droit*, tome 21, Sirey, 1976, p.28.

intérieur, mais il accueille l'adversaire, dans le respect commun d'une règle du jeu politique, valable pour tout le monde, au même titre que la loi »³⁸¹.

Ici intervient la seconde distinction mentionnée. Cette dernière répond en fait à la question de la finalité de l'action des adversaires concernés: que se passe-t-il si un adversaire refuse la règle du jeu politique ou l'accepte tout en ayant pour but de la détruire une fois le pouvoir d'État en sa possession? Selon la réponse à cette question, on peut établir une hiérarchie des adversaires possibles, la seconde catégorie se rapprochant éminemment de l'ennemi. Il y a donc deux types d'adversaires: ceux qui acceptent la règle du jeu politique et respectent son maintien, et ceux qui tout en la respectant, ont pour but ultime sa destruction. On peut citer comme exemple le parti nazi après son *putsch* manqué, ou les partis d'extrême-droite représentés à l'intérieur des assembles législatives.

Pour revenir à notre propos, c'est en regard de ce type d'adversaire que nous postulons la possibilité de la constance de la lutte. L'État peut détenir le monopole de la force légitime et donc l'exclusion de l'ennemi à l'extérieur de l'unité politique, mais les finalités de certains adversaires internes se rapprochent plus du comportement larvé d'un ennemi, que d'un adversaire qui accepte que la règle soit « valable pour tout le monde »³⁸².

³⁸¹ *Ibid.*, p.31.

³⁸² *Ibid.*, p.31.

4) Une réponse possible à la théorie des ordres concrets.

En quoi ces derniers paragraphes permettent-ils d'outrepasser l'opposition entre la situation d'exception et la situation de norme? Une récapitulation s'impose à ce stade du raisonnement. En premier lieu, la position prédominante de la situation d'exception dans l'épistémologie schmittéenne a été relativisée au profit de la notion de lutte suivant l'hypothèse selon laquelle la lutte fournirait un critère de l'activité du souverain indépendant des situations successives, donc plus stable et plus révélateur du politique.

Afin de vérifier cette hypothèse, il importait de démontrer la continuité de la lutte, ne serait-ce qu'en tant que potentialité, à l'intérieur de la situation de norme. Pour ce faire, l'angle de la politique intérieure a été utilisé dans la mesure où la politique intérieure d'une unité politique constituée et stable inclut la situation de norme.

La continuité de la lutte à l'intérieur de la situation de norme fut confirmée d'une part par les analyses de Baechler, d'autre part par le commentaire de Freund. À ce titre, il devient possible de soutenir que la lutte se maintient dans la situation de norme, le souverain reste actif puisqu'on peut le définir en regard de la lutte. À partir de ce point, on peut commencer à établir le lien avec la dimension juridique constituée par le couple situation de norme/situation d'exception.

En effet, si le souverain peut se définir selon ses rapports avec la lutte, une fois l'État mis en place par le pouvoir constituant, on peut aussi le désigner par son activité législative. Or, la création des lois prend place au sein du contexte de lutte potentielle suscitée à plus forte raison par toute confrontation d'un État et d'une société civile. De

plus, Schmitt précise qu'à l'intérieur de la lutte politique, la décision prime en raison de l'absence de médiation possible. C'est selon cette perspective que l'on peut parler de décisionnisme politique: une lutte politique ne se résout pas par la référence à une instance supérieure ou une norme posée a priori, mais à coup de décisions.

Si l'on accepte les positions de Baechler, il est possible d'avancer que les décisions concernées jouent un rôle fondateur dans la création des institutions de l'unité sociale concernée; ce qui est d'ailleurs confirmé par Freund: « l'inimitié n'est pas uniquement un facteur de division ou de rupture, mais aussi d'union ou d'association »³⁸³. Une dialectique se constitue donc entre la lutte créatrice d'institutions et les institutions elles-mêmes à l'origine de la contestation. Or, parmi les premières institutions créées se trouve la constitution au sens matériel du terme, expression de la volonté, de la décision, du pouvoir constituant.

La constitution devient donc un enjeu politique, non seulement du point de vue de sa création, mais aussi de sa conservation. On se rappellera à l'occasion la dimension utilitaire de la contestation: si une institution perd de son utilité, cette dernière court le risque de faire face à une contestation accrue. La volonté à l'origine de la constitution ne peut donc se permettre de s'exprimer qu'à une seule reprise, elle se doit de décider de mesures supplémentaires pour se maintenir. Si elle ne le fait pas, elle risque de se voir érodée par les trois facteurs constamment présents de contestation et de ne plus exister politiquement. Il s'agit en fait d'un corollaire du principe selon lequel une unité politique se doit de conserver son pouvoir de désignation de l'ennemi.

³⁸³ Julien Freund, *La notion de politique*, préface, p.25.

« Qu'un peuple n'ait plus la force ou la volonté de se maintenir dans la sphère du politique, ce n'est pas la fin du politique dans le monde. C'est seulement la fin d'un peuple faible »³⁸⁴.

Il en va de même avec la volonté souveraine et la protection des institutions qu'elle crée autour de la société civile: si elle n'a plus la force ou la volonté de se maintenir dans la sphère du politique, et donc de lutter pour se maintenir par ses institutions, c'est la fin d'une volonté souveraine faible.

On remarque donc la propriété de la structure ainsi proposée: l'institution résulte directement de la volonté politique et de sa confrontation avec la société civile. On peut donc définir une institution comme suit:

L'ensemble des conséquences sur une société donnée d'une volonté politique et les mesures prises pour que la dite volonté se maintienne dans la sphère politique. Par conséquence, nous entendons les ricochets provoqués par la confrontation de la volonté elle-même et la réaction de la société prise dans son ensemble face à celle-ci.

Les deux situations « interviendraient » dans ce schéma à partir du moment où la volonté souveraine provoquerait quelque réaction que ce soit, dans la mesure où la pertinence de penser l'absence ou la présence de normes ne se pose que si il existe quelque chose que l'on puisse exprimer normativement. La question du droit ne se posant qu'en regard de la situation de norme et de la situation d'exception, les normes n'apparaîtraient que suite à la mise en place d'institutions.

On obtiendrait donc la structure suivante: une volonté politique s'impose suite à la lutte, créée par ce fait des institutions avec les implications précisées par la

³⁸⁴ Carl Schmitt, *op. cit.*, p.95.

proposée, et les normes joueraient le rôle de constat de l'effectivité de la volonté politique, par le biais des institutions dont elles font partie. Cette structure donne simultanément la réplique à la théorie des ordres concrets en postulant un système au sein duquel la décision fonde l'institution, et non l'inverse. À ceci près qu'il ne s'agit plus d'un décisionnisme juridique avec les défauts soulignés, mais d'un décisionnisme politique, qui se transmet au niveau juridique. Celui-ci constitue donc un hybride décisionniste/institutionnaliste dans la mesure où les institutions à l'intérieur desquelles le droit prend place résultent d'une dynamique elle aussi décisionniste.

Si l'on veut se rapprocher des termes schmittéens, on peut faire un parallèle avec sa théorie du pouvoir constituant du peuple.

« Même s'il n'a une volonté décidée et exprimée clairement que dans des cas peu nombreux et décisifs, il est néanmoins capable d'une telle volonté, et en mesure de répondre oui ou non aux questions fondamentales de son existence politique »³⁸⁵.

Si l'on reprend ce modèle de la volonté populaire pour l'adapter à ce qui est ici proposé, les gestes posés par le souverain correspondent à des questions implicites. L'institution serait le fruit de cet échange entre le « questionnement actif » du souverain et les réponses de la société civile, en tant que peuple d'une unité politique constituée.

³⁸⁵ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, p.219.

V — CONCLUSION

La pensée de Schmitt en est une de la confrontation. Non seulement parce qu'il lui accorde une place importante au sein de ses thèses, mais aussi parce qu'elle provoque chez le lecteur une remise en question de ce qui peut *a priori* sembler évident ou incontestable. C'est à partir de ce défi intellectuel que la nature de la théorie de Schmitt peut être qualifiée de philosophique et politique. En effet, ces deux domaines ne possèdent qu'une seule constante, la remise en question du donné, y compris le plus incontestable. Cette dimension politique, provoquante, réminiscente de Machiavel et Hobbes, nous a servi de base pour fonder notre lecture de Schmitt.

Il pourra être souligné que la pensée de Schmitt s'aborde selon d'autres angles, dont le juridique ne représente pas le moindre, mais il nous semble que le réalisme schmittéen présente un ensemble plus stable selon une perspective politique. En effet, comme on aura pu le constater au cours de cette étude, la pensée de Schmitt oscille constamment entre trois pôles: d'abord, le juridique et le politique, puis, par la suite, la dimension institutionnelle. À nos yeux, la perspective politique est plus à même d'opérer une union entre les trois sphères d'activité, telles que conçues par Schmitt. D'une part à cause de sa nature première tant en regard du droit que des institutions, et d'autre part parce qu'une institution ne peut décider, elle ne peut que réguler. Autrement dit, si l'institution fonde plus facilement la norme qu'une multitude de

décisions, il peut aussi lui arriver de faillir et d'exiger à son tour une décision politique. Tout comme une norme ne peut se fonder elle-même, une institution, en tant qu'enjeu sur l'échiquier d'une unité politique donnée, ne peut se défendre entièrement d'elle-même. C'est là qu'intervient le politique, pour défendre — ou remettre en question, selon la perspective — les institutions à coup de décisions.

À l'intérieur de l'introduction du mémoire nous nous sommes posé la question de la possibilité d'une pertinence systématique accrue du schème schmittéen. Le rôle que nous accordons à la dimension politique des thèses de Schmitt constitue une réponse à cette question. Le politique et la lutte fonctionnant indifféremment du lieu, de l'époque et du régime concerné, l'étude des réflexions de Schmitt selon ce prisme présente un tout plus cohérent et plus facilement adaptable au pluralisme inhérent à l'activité politique. Toutefois, nous tenons à souligner qu'il serait vain de vouloir faire une synthèse définitive de la pensée de Schmitt à l'intérieur de ce qui ne constitue avant tout qu'un essai. Tout au plus nous est-il donné de résumer le système schmittéen par l'une de ses propriétés, adéquatement soulignée par Dominique Ségлар:

« La pensée de Schmitt ne peut décidément pas se réduire à une seule de ses facettes; simplement, si la logique conceptuelle est rigoureuse elle n'est pas univoque. Lue à travers le prisme de chaque situation, elle se réfracte en une pluralité de significations »³⁸⁶.

³⁸⁶ Dominique Ségлар, *op. cit.*, présentation, p.60.

Périodiques

- Dyzenhaus David,** « Liberalism after the fall », *Philosophy and Social Criticism*, volume 22, numéro 3, 1996.
- Freund Julien,** « L'ennemi et le tiers dans l'État », *Archives de philosophie du droit*, tome 21, Sirey, 1976.
- Gottfried Paul,** « Confronting the Challenge of the Exception : George Schwab as an Interpreter of Carl Schmitt », *The political Science Reviewer*, volume XX, printemps 1991.
- Kervégan Jean-François,** « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, numéro 27, Presses Universitaires de Caen, 1995.
- Mouffe Chantal,** « Carl Schmitt, une politique du droit », *Repères*, 1993.
- Neocleous Nark,** « Perpetual war, or « war and war again », *Philosophy and Social Criticism*, volume 22, numéro 2, 1996.
- Pasquino Pasquale,** « État de droit et démocratie », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, numéro 24, Presses Universitaires de Caen, 1994.
- Schlink Bernhard,** « Why Carl Schmitt ? », *Constellations*, volume 2, numéro 3, 1996.
- Sombard Nicolaus,** « Carl Schmitt : théories dangereuses », *Magazine littéraire*, numéro 265, mai 1989.

Références

- Dictionnaire constitutionnel*, éditeur Olivier Duhamel et Yves Mény, Presses Universitaires de France, 1992.
- Dictionnaire de philosophie politique*, éditeur Philippe Raynaud et Stéphane Rials, Presses Universitaires de France, 1996.
- Encyclopaedia Universalis*, Encyclopaedia Universalis France S.A., 1968.

— BIBLIOGRAPHIE —

Monographies

- Baechler Jean**, *Les phénomènes révolutionnaires*, P.U.F., 1970.
- Dyzenhaus David**, éditeur, *Law as Politics, Carl Schmitt's Critic of Liberalism*, Duke University Press, Durham and London, 1998.
- Hobbes Thomas**, *Leviathan*, Cambridge University Press, 1991.
- Hirst Paul**, *Representative Democracy and its Limits*, Cambridge University Press, 1990.
- Kelsen Hans**, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.
- Kervégan Jean-François**, *Hegel, Carl Schmitt, Le politique entre spéculation et positivité*, P.U.F., coll. Léviathan, 1992.
- Machiavel**, *Le prince*, Flammarion, 1980.
- Schmitt Carl**, *La notion de politique*, Flammarion, 1992.
- Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*,
Pardès, coll. « Révolution conservatrice », 1990.
- Théologie politique*, Éditions Gallimard,
coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988.
- Théorie de la Constitution*, P.U.F., coll. Léviathan, 1993.
- Les trois types de pensée juridique*,
P.U.F., coll. Droit, Éthique, Société, 1995.
- Schwab George**, *The Challenge of the Exception*, Duncker und Humblot, 1970.

Articles

- Colliot-Thélène Catherine**, « Les origines de la théorie du Machstaat »,
Philosophie, numéro 20, 1988.
- Descombes Vincent**, « Philosophie du jugement politique »,
La pensée politique, numéro 2, juin 1994.
« Universalisme, égalité, singularité »,
La pensée politique, numéro 3, mai 1995.
- Dyzenhaus David**, « Liberalism after the fall »,
Philosophy and Social Criticism, volume 22, numéro 3, 1996.
- Freund Julien**, « L'ennemi et le tiers dans l'État »,
Archives de philosophie du droit, tome 21, Sirey, 1976.
« Droit et Politique, essai de définition du Droit »,
Archives de philosophie du droit, numéro 16, Sirey, 1971.
« Guerre civile et absolutisme, contribution historique à une
sociologie de la politique »,
Archives européennes de sociologie, numéro IX, 1968.
- Gottfried Paul**, « Confronting the Challenge of the Exception : George Schwab as
an Interpreter of Carl Schmitt »,
The political Science Reviewer, volume XX, printemps 1991.
- Guénaire Michel**, « La constitution ou la fin de la politique »,
Le débat, numéro 64, mars-avril 1991.
- Kervégan Jean-François**, « La critique schmittienne du normativisme kelsenien »,
Cahiers de philosophie politique et juridique, numéro 27,
Presses Universitaires de Caen, 1995.
- Lowith Karl**, « Le décisionnisme occasionnel de Carl Schmitt »,
Les temps modernes, numéro 544, novembre 1991.
- Mc Cormick John E.**, « Introduction to Schmitt's « The Age of Neutralizations
and Depoliticizations »,
Telos, numéro 96, été 1993.
- Mouffe Chantal**, « Carl Schmitt, une politique du droit »,
Esprit, numéro 197, décembre 1993.
« Pluralisme, rationalisme et démocratie moderne »,
Revue d'éthique et de théologie morale,
numéro 194, septembre 1995.

- Neocleous Nark,** « Perpetual war, or « war and war again »,
Philosophy and Social Criticism, volume 22, numéro 2, 1996.
- Mongin Olivier,** « Glissement de la politique à la morale »,
Esprit, numéro 2, février 1997.
- Pasquino Pasquale,** « État de droit et démocratie »,
Cahiers de philosophie politique et juridique, numéro 24,
Presses Universitaires de Caen, 1994.
« La norme constitutionnelle comme équilibre »,
Revue Européenne des sciences sociales, tome XXXIV, numéro
104, 1996.
- Scheuerman William E.,** « The unholy alliance of Carl Schmitt and Friedrich A.
Hayek »,
Constellations, volume 4, numéro 2, 1997.
- Schlink Bernhard,** « Why Carl Schmitt ? »,
Constellations, volume 2, numéro 3, 1996.
- Sombard Nicolaus,** « Carl Schmitt : théories dangereuses »,
Magazine littéraire, numéro 265, mai 1989.
- Tertulian Nicolas,** « Carl Schmitt entre catholicisme et national-socialisme »,
Les temps modernes, numéro 589, août-septembre 1996.
- Wachsmann Patrick,** « Le kelsenisme est-il en crise ? »,
Droits, numéro 4, 1986.

Ouvrages de références

- Dictionnaire constitutionnel*, éditeur Olivier Duhamel et Yves Mény,
Presses Universitaires de France, 1992.
- Dictionnaire de philosophie politique*, éditeur Philippe Raynaud et Stéphane Rials,
Presses Universitaires de France, 1996.
- Encyclopaedia Universalis*, Encyclopaedia Universalis France S.A., 1968.