



NOMOS
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

CARL SCHMITT FACE À WEIMAR DE LA *VERFASSUNGSLEHRE* AU *HÜTER DER VERFASSUNG* (1928-1931)

par Olivier Beaud*

SOMMAIRE: *Introduction*. – I. La pertinence du matériau biographique pour expliquer la production intellectuelle des de Schmitt pendant les années 1928-1931. – II. Réexaminer les thèses sur « le gardien de la Constitution » à partir des articles de 1929. – A) *Les gains d'une lecture généalogique et comparée des textes sur le gardien de la Constitution*. – B) *Le gardien de la Constitution et la théorie constitutionnelle : ce qui « tient » encore dans l'analyse schmittienne*. – III. La conférence de Breslau sur la Constitution de Weimar (1930) : une innovation sur le fédéralisme et une vulgarisation intelligente du droit constitutionnel. – A) *Des développements inédits sur le fédéralisme sous Weimar*. – B) *Une évaluation très ambiguë de la Constitution de Weimar*.

1. Introduction.

Le titre de cette conférence, «*Carl Schmitt face à Weimar de la *Verfassungslehre* au *Hüter der Verfassung* (1928-1931)*», pourrait étonner pour au moins deux raisons. La première, c'est qu'il paraît assez peu raisonnable de limiter le sujet à un espace de temps si restreint, seulement trois années. La seconde raison est encore plus importante pour ceux qui connaissent l'œuvre de seconde raison est encore plus importante pour ceux qui connaissent l'œuvre de Schmitt. On admet d'habitude d'admettre que se pensée constitutionnelle sous la République de Weimar épouse les trois périodes de la vie politique de l'époque: l'immédiat après-guerre, chaotique de Allemagne (1919-1923), la période de stabilisation politique et constitutionnelle (1924-1929) et la nouvelle période de crise qui aboutit à la chute du régime (1930-1933).

Malgré ces objections qui viennent immédiatement à l'esprit, on a choisi pourtant comme point de départ 1928, la date de publication de la *Verfassungslehre* (le grand traité de droit constitutionnel écrit par Schmitt) et comme point d'arrivée 1931, la date de publication de sa brochure sur le gdc (*Hüter der Verfassung*). Il y a une raison à un tel choix qui procède – on nous pardonnera de l'évoquer ici – de nos propres travaux antérieurs sur Carl Schmitt. En

* Professeur à l'Université de Panthéon-Assas, IUF; Directeur de l'Institut Michel Villey. Relazione tenuta nell'ambito dell'Incontro di studio "Schmitt a Weimar nel periodo 1928-1931", organizzato dal Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea in collaborazione con la Fondazione "Paolo Galizia - Storia e Libertà", il 22 ottobre 2015.

effet, dans un travail maintenant ancien qui est la préface à la traduction française de la *Verfassungslehre*, nous avons étudié l'œuvre de Schmitt de sa jeunesse (1910) à la rédaction de son *Traité* (1928). Puis dans un second essai, *Les derniers jours de Weimar, Schmitt face à l'avènement du nazisme*, nous avons étudié ses derniers écrits, en particulier son essai *Légalité et légitimité*, datant de 1932. Un peu par l'effet du hasard, nous avons donc laissé de côté dans notre analyse la période 1928-1932. Ce fut toujours un regret que d'avoir ici laissé un « trou » dans l'étude de l'œuvre constitutionnelle de Schmitt sous Weimar. Nous avons voulu en partie combler cette lacune en organisant avec Pasquale Pasquino, un colloque franco-allemand à Berlin sur *La controverse sur le « gardien de la Constitution ». Kelsen contre Schmitt* (Paris 2007). Mais surtout nous voulions y revenir pour présenter aux lecteurs de la revue *Jus Politicum* sera la prochaine traduction de l'article de 1929 sur « *Le Reichsgericht als Hüter der Verfassung* » qui est en voie d'achèvement.

Ainsi, quand le professeur Fulco Lanchester nous a gentiment invité à Rome et nous a suggéré un titre pour cette conférence, nous avons choisi de traiter cette période des années 1928-1931. D'autres considérations peuvent aussi expliquer un tel choix car, à travers la période considérée, se laisse percevoir le moment d'un nouveau basculement du régime de Weimar qui, à partir de mars 1930, devient un régime de « cabinet présidentiel », aux antipodes du régime parlementaire voulu par les constituants. Schmitt accompagne ce mouvement, et le soutient de plus en plus nettement.

En procédant à ce réexamen des écrits schmittiens de la période, nous nous sommes un peu inévitablement demandé si nos anciennes hypothèses de lecture étaient encore fondées. Dans la préface que nous avons rédigée pour la traduction française de la *Verfassungslehre* de 1928 (1993), qui est une monographie longue de plus de cent pages, nous n'avions en réalité que fort peu traité du livre lui-même car nous voulions présenter Schmitt au public français comme étant d'abord et avant tout un juriste et aussi comme « un juriste engagé ». À l'époque, les intellectuels français ne connaissaient Schmitt qu'à travers son seul livre traduit, *La notion du politique*, présenté par Julien Freund, dans une collection dirigée par Raymond Aron. L'objectif de notre préface était de montrer que Schmitt était d'abord et avant tout un juriste, et même un grand juriste. Ainsi, dans cette trop longue préface, nous avons souhaité présenter le soubassement théorique de la pensée constitutionnelle de Carl Schmitt en effectuant la généalogie de son œuvre — de sa *Dissertation* de droit pénal (1910) à la *Théorie de la Constitution* (1928). Même si nous avons étudié sa pensée constitutionnelle — que ce soit la *Diktatur* de 1921 ou les innombrables articles parus entre 1921 et 1927 — la préface faisait un peu l'impasse sur ces écrits antérieurs de droit constitutionnel car notre objectif prioritaire était de souligner l'importance du fondement théologique de sa pensée juridique et sur le lien avec la pensée de Savigny et Hegel. Par ailleurs, nous avons recouru à l'idée que Schmitt avait, dans son *Traité* de 1928, pratiqué une sorte d'*art décrire*, à la Leo Strauss, pour concilier les impératifs d'un manuel de droit constitutionnel (requérant un minimum d'objectivité) avec ses propres idées politiques, conservatrices ou réactionnaires, qui le prédisposaient mal à apprécier la République de Weimar, objet de détestation de tous les conservateurs allemands dont Schmitt faisait partie. Cette thèse a été vivement critiquée dans

le compte-rendu de la Théorie de la Constitution fait par Pasquino en France (RFSP en 1993), et par Günter Maschke dans *Der Staat*.

C'est un peu pour répondre à leurs objections d'un Schmitt sauveur de Weimar, mais sauveur méconnu, que, dans notre ouvrage, *Les Derniers jours de Weimar. Schmitt face à l'avènement du nazisme* (1996), nous avons soutenu l'idée qu'il ne voulait pas sauver véritablement la République de Weimar, mais instaurer une « contre-constitution » allemande. Il y a deux thèses dans ce livre : selon la première, Schmitt a tout fait pour s'opposer à l'arrivée au pouvoir des nazis de sorte que l'on ne peut pas interpréter autrement sa « conversion » au nazisme en avril 1933 que comme le revirement d'un opportuniste. Selon la seconde thèse, ce que Schmitt entendait sauver dans le régime de Weimar, c'était moins la démocratie parlementaire née dans les tourments de l'après-guerre que le système autoritaire fondée, du point de vue institutionnel, sur la primauté présidentielle et, du point de vue des idées, sur des valeurs autoritaires que nous avons appelé la « contre-constitution allemande ».

Depuis lors, le débat sur Schmitt en France fut un temps parasité par la polémique suscitée par la traduction, en 2005, du livre de Schmitt sur Hobbes (publié à l'époque en pleine période nazie) et précédée par une longue préface élogieuse d'Etienne Balibar. Réagissant vigoureusement à une telle publication, Yves-Charles Zarka¹ a estimé qu'il ne fallait pas lire Schmitt, dont la compromission avec le nazisme faisait que ses écrits devaient être considérés comme des « documents » et non des « œuvres ». Notre ancien directeur de thèse, Stéphane Rials, qui fut aussi l'éditeur de Schmitt dans sa très belle collection Léviathan, où il a publié en 1993 la *Théorie de la Constitution* et en 1998 le *Nomos de la Terre* (avec une superbe introduction de Peter Haggemacher), avait entre-temps changé d'avis sur Schmitt ; il a publié, dans sa revue (*Droits*), deux articles dénonçant notamment l'idée que Schmitt puisse représenter en quoi que ce soit la pensée d'un catholique et reprochant, *mezza voce*, aux juristes français s'étant intéressé au juriste allemand de s'y être un peu compromis. Nous avons, alors, de notre côté tenté de faire le point en nous demandant si nous n'avions pas eu tort de nous engager dans la réception de l'œuvre de Schmitt en écrivant un article intitulé « Carl Schmitt, un juriste nazi ou un juriste qui fut nazi ? »², et maintenant, en fin de compte, notre intuition initiale d'un intérêt pour un juriste de droit public de lire et étudier la *Verfassungslehre*. Sur ce point, notre conviction n'avait pas changé entre 1993 et 2006, malgré la révélation de l'antisémitisme maladif de Schmitt (livre de R. Gross). Quoi qu'on puisse penser de Schmitt théoricien du politique, il nous semble toujours que son œuvre de juriste, de théoricien du droit et de constitutionnaliste mérite, encore et toujours, l'étude. On a affaire à un héritier de la pensée de Savigny, pour l'Allemagne, et de celle d'Hauriou pour la France. Certes, on peut comprendre que les juristes davantage sensibles aux charmes de la pensée de Kelsen, sont insensibles à celle de Schmitt³. Pour notre part, il est presque certain

¹ « Le nazi philosophe », *Le Monde* 6 décembre 2002

² « Carl Schmitt, un juriste nazi ou un juriste qui fut nazi. Tentative d'examen critique », in *Droits* n° 40, 2004, pp. 207-218

³ C'est assez frappant dans la belle thèse de Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel entre science et politique* (préface de Sadoun, avant-propos de Beaud), Paris, LGDJ, 2009

que notre scepticisme, de plus en plus affirmé au cours de nos années de formation, à l'égard de la pensée kelsénienne, nous a fait nous rapprocher, presque instinctivement, des écrits non seulement de Schmitt mais aussi de Herman Heller.

Ainsi, de notre point de vue la polémique Balibar/ Zarka avait eu le mérite de reposer la question de principe suivante: Schmitt est-il un juriste digne d'être lu? Ou au contraire, n'est-il pas un idéologue dont les idées politiques surdéterminent son raisonnement? De ce point de vue, c'est avec un certain soulagement que nous avons appris en lisant la récente Somme de Volker Neuman — *Carl Schmitt als Jurist* (2015) — que ce dernier, très fin connaisseur de l'œuvre schmittienne, partageait la même opinion. En conclusion de son livre, il discute la formule de Niklas Luhmann selon laquelle Schmitt aurait été « largement surestimé en tant que juriste » car « il n'y a pas grand chose à tirer de son œuvre vue du point de vue de la technique juridique » (cité p. 559). S'il admet que un tel jugement est tout à fait fondé pour le droit international, en revanche, il estime considérer qu'il « y a beaucoup à en tirer en tant que professeur de droit public (*Staatsrechtslehrer*) » (p. 559). Au cours de cette conférence, on butera chemin faisant sur cette grande question en étudiant ses écrits sur le *Hüter der Verfassung*.

Afin de retracer la pensée constitutionnelle de Schmitt portant sur la constitution de Weimar, on a choisi de retracer le parcours biographique des années 1928-1931 (I) avant d'étudier sa série de textes sur le gardien de la constitution entre 1929 et 1931 (II) et de tirer de l'oubli une conférence prononcée à Breslau le 1^{er} octobre 1930 sur la constitution de Weimar qui contient selon nous quelques enseignements sur la production schmittienne de l'époque (III)

I – La pertinence du matériau biographique pour expliquer la production intellectuelle des de Schmitt pendant les années 1928-1931

II - Réexaminer les thèses sur « le gardien de la Constitution » à partir des articles de 1929

III - La conférence de Breslau sur la Constitution de Weimar (1930) : une innovation sur le fédéralisme et une vulgarisation intelligente du droit constitutionnel

I. La pertinence du matériau biographique pour expliquer la production intellectuelle de Schmitt pendant les années 1928-1931

Depuis une vingtaine d'années, la *Schmitt-Forschung* s'est développée à un point tel qu'il est pratiquement impossible de pouvoir ici rendre compte. Elle l'a fait notamment en partie parce que les écrits de Schmitt, publiés ou inédits, se sont multipliés. Ainsi, depuis l'époque où nous avons écrit la préface à la *Verfassungslehre*, ont été publiés les Journaux intimes (*Tagebücher*), et ses échanges de lettres avec ses correspondants parmi lesquels on doit mettre en valeur l'importance de ceux avec Ludwig Feuchtwanger (le frère de Lion, l'écrivain), son (grand) éditeur chez Duncker und Humblot, ou encore avec Rudolf Smend. Deux gros recueils de ses articles ont été publiés par Maschke sur la politique internationale et le droit international, ainsi que sur l'Etat, le Nomos. Par ailleurs, la littérature secondaire a

littéralement explosé. En effet, le monde anglo-américain a découvert son œuvre et la grande machine des universités américaines s'est mise en marche : on ne compte plus les traductions anglaises de Schmitt et les travaux d'exégèse qui les accompagnent. La philosophie politique est presque plus étudiée que son œuvre juridique et les exégètes se disputent autour de la question de savoir s'il faut, ou non, le considérer comme un « classique de la politique ». Un effet corrélatif de cette prolifération est plutôt injuste : les auteurs italiens, espagnols, — qui furent souvent pionniers dans l'interprétation à l'étranger, de l'œuvre schmittienne — tout comme les rares auteurs francophones, sont laissés de côté dans cette mondialisation de la *Schmitt-Forschung*.

Pour les besoins de la conférence, nous avons, un peu arbitrairement - mais pas complètement - décidé de privilégier la littérature allemande sur Schmitt qui reste, selon nous, la plus fiable pour comprendre sa pensée. De ce point de vue, deux livres nous paraissent indispensables : d'un côté, l'excellente biographie de Reinhard Mehring (*Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Beck, 2009) et de l'autre, l'ouvrage précité de Volker Neumann, *Carl Schmitt als Jurist* (Mohr, 2015). Leur lecture orientera le sens de notre propos d'aujourd'hui. En effet, ces deux auteurs s'accordent pour admettre que la *Verfassungslehre* de 1928, est le sommet de la production intellectuelle de Schmitt et que sa production ultérieure ne l'égalera pas en qualité.

Nous voudrions éprouver confirmer cette assertion en examinant brièvement certains éléments de la biographie schmittienne de l'époque ici étudiée (1928-1931). Après l'exploit que constitue l'écriture de la *Verfassungslehre* — en à peine quatre mois ! .. —, Carl Schmitt connaît une période de sa vie qui est très agitée magistralement retracée par son biographe⁴. En 1928, il vit encore à Bonn mais commence à enseigner à Berlin où il vit à l'hôtel. Mais surtout sa femme est très malade et elle reste de longs mois hospitalisée à San Remo où elle frôle la mort avant d'être sauvée, au printemps 1929, par une multitude d'opérations au poumon effectuées dans une clinique de Saint-Gall en Suisse. A cela s'ajoutent de constants voyages pour prononcer des conférences à l'étranger, en Espagne (Madrid ou Barcelone, automne 1928) ou pour effectuer des séjours de recherches à Paris, rencontrant Maritain et Pierre Linn, le traducteur de son livre sur le romantisme politique. Pourtant, malgré cette vie très irrégulière, il continue à publier de façon continue et dans toutes les directions (droit public et politique). Ses écrits de l'époque continuent à refléter ses préoccupations, sinon ses obsessions : la République de Weimar, mais aussi la Société des Nations et le droit international et les idées politiques. On peut d'ailleurs se demander comment Schmitt, avec une telle vie, si peu « académique », avec autant de voyages tout autant, en Allemagne et à l'étranger, peut écrire pendant ces années-là autant d'articles, ou de brochures. Cela apparaît difficile à concevoir. Il est possible que Schmitt se soit fait aider pour tout ce qui concerne les aspects matériels de la recherche par ses assistants. Pour le reste, on sait qu'il a un talent indéniable pour rédiger à la fois vite et bien.

⁴ IIème partie, §7 « Vom "Eisscholle" zu Eisscholle" : Signale in Berliner "Malstrom" » R. Mehring, *op. cit.* pp. 218-247

Toutefois, le fait le plus frappant qui ressort le mieux de sa correspondance avec Ludwig Feuchtwanger est son hésitation entre diverses voies, Schmitt n'arrivant pas à se concentrer pendant cette période sur un projet intellectuellement ambitieux. Le fait est d'une certaine façon paradoxale car il a atteint avec la publication de la *Verfassungslehre* la notoriété et la reconnaissance intellectuelle qu'il recherchait. Il se soucie d'ailleurs beaucoup de connaître l'écho de son livre, tout en étant structurellement insatisfait des recensions publiées, et il en profite pour se lamenter auprès de son éditeur de la situation de la science allemande du droit public⁵. Il n'a pas de mots assez durs pour la plupart de ses collègues. La seule exception est constituée par Smend. Il est « rassuré » de savoir que le professeur berlinois a apprécié sa *Verfassungslehre*, considérant notamment que la distinction entre Constitution et loi constitutionnelle opérée dans ce Traité est « juste » et qu'elle « constitue le plus gros progrès effectué depuis longtemps par la théorie de l'Etat »⁶.

Une telle reconnaissance professionnelle se manifeste aussi par des éléments objectifs : Schmitt publie désormais dans les plus grandes revues juridiques. On verra tout à l'heure que son premier essai sur le *Hüter der Verfassung* paraît dans la principale revue allemande de droit public (*Archiv des öffentlichen Rechts*) en 1929. C'est la première fois que Schmitt y est publié !... De même, il fait paraître dans la grande revue juridique hebdomadaire, *Juristische Wochenschrift*, un article relatif aux dix années de la Constitution de Weimar (1929) et deux ans plus tard, une recension aiguisée du premier volume du livre dirigé par Nipperdey sur les droits fondamentaux. A partir de 1931, et jusqu'à 1933, il publie en outre des articles dans l'autre grande revue juridique généraliste, la DJZ (*Deutsche Juristen Zeitung*). Enfin, cette reconnaissance culmine dans le fait que Schmitt est invité par les deux grandes autorités doctrinales de l'époque, Gerhard Anschutz et Richard Thoma, à écrire un chapitre - relatif aux droits fondamentaux - de leur Traité collectif de droit constitutionnel. C'est le signe indubitable du fait qu'il est désormais un juriste qui compte puisqu'il est même reconnu par ses adversaires - Thoma par exemple, avait publié une virulente recension de l'essai schmittien sur l'esprit du parlementarisme. Il n'est donc plus le trublion, cet outsider, qui écrit des essais polémiques ou iconoclastes sur la politique ou la philosophie

Toutefois, bien que scientifiquement reconnu, cela ne lui suffit pas car sa soif de reconnaissance est immense, c'est-à-dire inextinguible. Sa *Verfassungslehre* a beau être discutée partout, ou presque partout, y compris par des philosophes ou des juristes pénalistes, Schmitt ne cesse de se plaindre auprès de son éditeur qu'il n'y a pas de recension sérieuse de son travail. Sa profonde instabilité se manifeste non seulement dans sa vie privée, mais aussi dans sa vie professionnelle. Sa mutation à Berlin ne l'a pas non plus rassuré. Il enseigne dans une école marginale, la *Handelshochschule*, où il a été élu par défaut comme l'a souligné Mehring (il était la 5^{ème} personne sollicitée). Aussitôt élu, il songe à aller ailleurs et il finira d'ailleurs à se faire élire à Cologne en 1933. Surtout sur le plan professionnel, il hésite entre, d'un côté, poursuivre son travail sur la théorie de la Constitution et, d'autre part, s'orienter vers d'autres

⁵ Il traite la situation de la science allemande du droit public comme étant « misérable » (jämmerlich). » Lettre du 19 janvier 1930, in *Carl Schmitt, Ludwig Feuchtwanger - Briefwechsel, 1918-1935*, (hrsg Rolf Rieß), Duncker u Humblot, 2007, p. 315.

⁶ Lettre du 12 fév. 1928, p. 250

travaux, plus pratiques et d'intérêt plus immédiat. Feuchtwanger lui propose d'écrire un traité sur l'Etat allemand en train de se transformer en un Etat unitaire⁷ (*deutsche Einheitsstaat*), tandis que l'autre éditeur allemand, Mohr und Siebeck lui propose de rédiger, une histoire du droit public allemand depuis 1848, dans le prolongement du brillant essai qu'il a écrit sur Hugo Preuss en 1930⁸. Dans sa réponse à Ludwig Feuchtwanger, Schmitt avoue qu'il est irrésistiblement attiré, depuis qu'il est à Berlin, par la tendance à étudier des « des choses concrètes »⁹ et tenté par l'idée d'abandonner la science (constitutionnelle), trop abstraite et éloignée de l'actualité. Il subit désormais l'influence de la capitale berlinoise où il a rencontré Johannes Popitz, un haut fonctionnaire, qui lui a ouvert les yeux sur la manière dont l'Etat fonctionne réellement et où il tente désormais d'avoir ses entrées auprès du Chancelier, avec un succès d'ailleurs variable.

A parcourir sa biographie, on comprend que, à cette époque, Schmitt n'est pas toujours satisfait de lui. Pourtant, il est content¹⁰ de quelques rares travaux, qui sont les trois essais suivants: celui sur Hugo Preuss (1930), son article sur le Gardien de la Constitution (1929) qu'il trouve « très réussi »¹¹ qu'il a ensuite transformé en un petit livre (la brochure de 1931), le jugeant comme le son premier livre important publié depuis 1928 et, enfin, la brochure sur la *Notion du Politique* (tirée de son article de 1927) qui va lui assurer la célébrité. Il affirme à plusieurs reprises que c'est de ce dernier texte qu'il est le plus satisfait. Dans ce petit palmarès, on observera que seul un texte second concerne véritablement la constitution de Weimar : celui relatif au gardien de la Constitution. C'est la raison d'ailleurs pour laquelle on l'étudiera tout à l'heure en détail.

Arrêtons nous un instant sur la correspondance avec son éditeur qui est mécontent de voir son jeune « protégé » se disperser en conférences, articles dans des revues non juridiques et en consultations juridiques (*Gutachten*). En réalité, Schmitt oscille toujours entre deux options : soit travailler théoriquement sur le droit constitutionnel, soit rédiger des essais de légiste sur « des questions concrètes ». Cette oscillation se laisse apercevoir dans sa lettre du 6 avril 1930. L'éditeur Mohr Siebeck lui a demandé d'étendre sa brochure sur Hugo Preuß pour faire un livre sur l'histoire du droit public allemand depuis 1848 » (BW Feuchtwanger, p. 318). Il aurait donné sa promesse d'écrire un tel livre, mais il ajoute alors le commentaire suivant : « je suis à Berlin débordé par des travaux courants, et s'il y a quelque chose qui m'intéresse encore, c'est bien ma *Théorie de la Constitution*. » (Bw, p. 318). Mais bien que l'éditeur Duncker und Humblot le relance pour négocier une seconde édition actualisée de la *Verfassungslehre*, Schmitt semble y renoncer. La raison est celle invoquée dans des précédents courriers : il entreprend d'être le conseiller du Prince. Il n'a plus le temps de se

⁷ Lettre du 5 nov. 1928, p. 286

⁸ Dans un premier temps, Schmitt accepte sur le principe, mais ne réalisera jamais cette promesse.

⁹ « Ihre Anregung zum Thema : "Deutscher Einheitsstaat" werde ich immer mir überlegen. Unter den lebhaften Eindruck der Berliner Phänomene bin ich beständig in Versuchung, den trockenen und emacierten Ton meiner bisherigen Publikationen auszugeben und von konkreten Fragen zu sprechen. Der zeitlose Gesichtspunkt wird sich dabei schon von selbst ergeben. Aber wir werden sehen » Lettre du 16 nov. 1928, p. 288

¹⁰ Lettre du 20 mars 1931, p. 334.

¹¹ « Für sehr gelungen halte ich den Aufsatz. » Lettre du 18.11. 1929 p. 31

consacrer à un travail systématique intense et difficile car il « court » littéralement de conférences en conférences, de consultations en consultations et d'articles en articles de diverses natures, pas seulement juridiques.

Au cours des années en question, 1928-1931, son éditeur, Ludwig Feuchtwanger est inquiet de l'évolution de Schmitt. Dès 1928, il le « gronde » — presque comme un enfant — en lui reprochant de s'éparpiller dans des articles et conférences. Schmitt avoue en quelque sorte que son correspondant a raison, mais il tente de se rassurer en observant que les différents travaux mis en chantier depuis la fin de la rédaction de son traité (c'est-à-dire en 1928) sur le fédéralisme et le pluralisme seront avantageux pour sa *Théorie de la Constitution*¹². Cette lettre ne rassure pas son éditeur qui récidive dans une lettre très importante du 12 novembre 1929, où il confie à son auteur préféré que son talent le prédispose à écrire un nouvel « *Opus* » significatif s'il arrive à se concentrer sur ses efforts et à les hiérarchiser¹³. Schmitt reconnaît une fois la justesse des remarques de son mentor éditorial, mais croit toujours que ces « article et conférences, qui sont bons en tant que tels, laissent ouverts la voie à une synthèse systématique » et que cette façon fragmentaire de travailler est due seulement à la richesse des matériaux et des observations s'offrant à lui à Berlin qui justifient ses multiples réactions désordonnées¹⁴. Quelles que soient les auto-justifications de Schmitt, il est un fait qu'il n'a pas réussi à produire entre 1928 et 1931 l'équivalent d'un grand livre comme la *Verfassungslehre* ou *Die Diktatur*. Ainsi, Reinhard Mehring a raison d'observer que « dans le maelstrom de Berlin, Schmitt joue une nouvelle musique (neue Töne) » (p. 247). Il va progressivement abandonner les directions ouvertes dans la *Verfassungslehre* — à la notable exception du gardien de la Constitution — et s'orienter vers des études portant sur l'Etat (*Staatslehre*), mais sans écrire une théorie de l'Etat. De ce point de vue, le thème de « l'Etat total » appartient à cette époque berlinoise et accompagne la critique de plus en plus vive de la République de Weimar. De son côté, Völker Neumann observe que son arrivée à Berlin modifie la teneur et le style des écrits schmittiens et que à partir de l'année 1930, de Commerce de Berlin, « l'idéologue prend lentement le dessus sur le juriste » (p. 561). C'était justement le reproche que lui adressa Ludwig Feuchtwanger, inquiet de l'évolution politiquement « droitière » de son auteur protégé, dans une lettre virulente où il s'étonne de sa complicité intellectuelle avec Junger, et se désole de le voir publier, de plus en plus, dans les organes de la révolution néo-conservatrice¹⁵.

Ces prolégomènes bio-bibliographiques étaient nécessaires pour justifier le choix ici effectué d'extraire de la production schmittienne protéiforme de ces années là « les » textes » sur le gardien de la Constitution et un texte bien moins connu, la conférence de Breslau, en 1930, sur la constitution de Weimar.

¹² Lettre du 4 janvier 1929, p. 294

¹³ Ibid. p. 310.

¹⁴ Lettre du 18 nov. 1929, *Ibid.* p. 311

¹⁵ Lettre du 2 fév. 1931, p. 321

II. Réexaminer les thèses sur « le gardien de la Constitution » à partir des articles de 1929

L'essai de Carl Schmitt sur *Le gardien de la Constitution* (1931)¹⁶ est un de ses textes les plus fameux. Il l'est en partie parce qu'il a provoqué la non moindre célèbre réponse de Kelsen sous le titre d'un long article : *Qui doit être le gardien de la Constitution ?* – l'ensemble constituant une polémique qui est désormais tellement connue qu'elle est désormais traduite en langue anglaise¹⁷. De nos jours, la littérature secondaire est riche et qu'on voit mal ce que l'on peut dire de mieux que ce qui a été écrit sur la question, soit récemment par Volker Neuman¹⁸, soit par les participants au colloque de Berlin que nous avons organisé sur la polémique entre Schmitt et Kelsen¹⁹. C'est en partie la raison pour laquelle nous avons décidé de concentrer notre analyse sur la genèse de ce livre de 1931 en analysant les articles de 1929 qui ne sont pas entièrement identiques à leur réélaboration ultérieure sous forme du livre. Ce déplacement ne révolutionne pas la connaissance qu'on peut avoir de l'Essai de 1931, mais permet, selon nous, une meilleure compréhension de la période 1928-1931 qui fait l'objet de notre propos.

Un bref examen généalogique de ce livre, de cet Essai, de 1931 apparaît indispensable à sa compréhension (A). L'examen du contenu des articles de 1929 permet de tester ce qui résiste dans la position de Schmitt que l'on considère ordinairement comme « dépassée », voire fausse (B)

A) Les gains d'une lecture généalogique et comparée des textes sur le gardien de la Constitution

L'essai de 1931 - que l'on désignera sous la formule de HdV2 - est le fruit d'une sédimentation progressive. Il est issu de deux autres articles publiés en 1929, mais écrits en 1928 et portant sur le même thème. Le premier article, intitulé « Le *Reichsgericht* comme gardien de la Constitution » - désormais appelé RG — fut publié dans le volume jubilaire fêtant les 50 années de l'existence du tribunal d'Empire²⁰ -. Carl Schmitt a tenu à le publier après la seconde guerre mondiale et à l'accompagner de ses commentaires. On apprend qu'il l'avait achevé au mois d'août 1928²¹. Il y développe, parfois avec véhémence, des arguments

¹⁶ *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1931 (paru en avril 1931, 3 fois réédité : en 1958, 1985, et 1996).

¹⁷ *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, (edited and translated by Lars VINX), Cambridge University Press, 2015

¹⁸ *Op. cit.* pp. 220 et suiv. Notamment sur les hésitations et contradictions dans la Verfassungslehre, pp. 223-224.

¹⁹ Pour ce qui concerne Schmitt, on renvoie à l'article très détaillé d'Armel Le Divillec, et à la comparaison entre Kelsen et Schmitt, aux deux brillants articles de Matthais Jestaedt et Christoph Schönberger

²⁰ « Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung », in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin-Leipzig, de Gruyter, 1929, tome I, p 154-178 (rééd. in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p 63-100).

²¹ VRA p.100. Schmitt ajoute, qu'il a défendu, pour la première fois, « la thèse du Président du Reich comme Hüter der Verfassung » (VRA p. 100). Depuis lors, conclut-il, l'expression de gardien de la Constitution est devenue un « slogan (*Stichwort*) constitutionnel du système présidentiel » (*Ibid.*). Il précise pour conclure qu'il aurait examiné cette question du

critiques envers un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois exercé par une Cour constitutionnelle, tout en acceptant le droit de contrôle *incident* accordé aux juges ordinaires mais en insistant sur les limites qu'il estime inhérentes à la justice comme institution dans un Etat de droit. C'est ce qu'on appelle « la thèse négative » du gardien de la Constitution.

Quelques mois après, en décembre 1928 Schmitt achève une version étendue et remanié du premier article et il le publie, dans les *Archiv*, sous le titre très sobre de « *Der Hüter der Verfassung* ». Dans cet article, long de près de soixante pages, divisée en 5 sections sans titre et contenant de 139 notes de pages, il développe plus longuement la thèse négative préalablement défendue antérieurement. Mais il innove, dans la dernière section, en défendant l'idée selon laquelle le Président du Reich devrait être le gardien de la constitution de Weimar en tant que pouvoir neutre. Ainsi, Schmitt défend l'idée hétérodoxe selon laquelle le chef du pouvoir exécutif doit régler les conflits constitutionnels majeurs et s'ériger en gardien de la constitution. C'est ce qu'on appelle « la thèse positive » du gardien de la Constitution.

Ainsi, en l'espace de six mois, au cours de l'année 1928 — année de la publication de la *Verfassungslehre* — Schmitt traite donc deux fois la question du gardien de la constitution qu'il n'avait fait qu'effleurer dans la *Théorie de la Constitution*²². Le thème lui tient tellement à cœur qu'il propose à l'éditeur Mohr et Siebeck de publier son second article sous forme d'un livre à part. C'est la brochure qui, achevée en décembre 1930, paraît au printemps de 1931, sous le titre de livre, *Der Hüter der Verfassung* (ici Hdv2). Il y a cependant des changements importants par rapport à l'article publié en 1929 dans la revue du droit public : d'une part, le livre est structuré en chapitres et titres de paragraphes, et surtout entre les deux parties du livre — 1^{ère} partie sur « la justice constitutionnelle » qui contient la thèse négative » et la 3^{ème} partie sur « le Président du Reich comme gardien de la Constitution » contenant la thèse « positive » — s'intercale un chapitre intermédiaire de soixante pages sur « la situation constitutionnelle concrète actuelle » (*die konkrete Verfassungslage der Gegenwart*), censé justifier plus fortement sa thèse²³. C'est, on l'a vu, le texte schmittien le plus connu de cette période. Sur ce point, il suffit de constater, après tant d'autres commentateurs, que celui-ci marque le tournant très « politique » de la pensée de Schmitt entre 1928 et 1931. Cette évolution est perceptible dans la seconde partie du livre où Schmitt se lamente de la dégénérescence de l'Etat sous Weimar et souhaite rétablir l'Etat allemand face aux menaces qui pèsent sur son unité et qui ont pour nom 'Fédéralisme, pluralisme et polycratie ». Toutefois, nous voudrions « documenter » ce tournant (*Wendung*, disent les Allemands) en procédant à la comparaison entre les trois versions du gardien de la Constitution

gardien de la Constitution à Berlin entre 1929 et 1931 au contact de techniciens et experts, (*Sachkenner*) comme son ami Popitz qui était l'expert constitutionnel au ministère fédéral de l'Intérieur. (VRA p. 100).

²² *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928 (reprint 1954) ; trad. fr. *Théorie de la constitution*, P.U.F., « Léviathan », 1993. p 448. Non sans contradiction, comme le note v. Neuman, *Carl Schmitt als Jurist*, p. 223-224

²³ Le livre est ainsi structuré en trois chapitres : 1. La justice comme gardienne de la Constitution ; 2. La situation constitutionnelle concrète ; 3. Le Président du Reich comme gardien de la Constitution.

2/ En effet, une telle comparaison est très utile à effectuer, mais il faut la faire en opposant deux blocs : d'un côté, les deux textes de 1929 (RG + HdV1) et, de l'autre, le livre de 1931 (HdV2). Une telle comparaison permet de mieux discerner le rôle des circonstances politiques dans l'écriture schmittienne. De ce point de vue, effet, Armel Le Divellec a certes raison de faire observer que « Schmitt avance ses premières thèses dans un contexte politique qui n'est pas celui d'une "crise" aiguë de la République de Weimar. En 1928-1929, les gouvernements modérés ou de grande coalition, fragiles certes, sont en place et les partis extrémistes encore faiblement représentés au Reichstag. Ce n'est qu'en mars 1930, avec le premier « cabinet présidentiel » de Brüning, puis avec les élections parlementaires de septembre 1930 (...) que s'ouvre une phase nouvelle, qui se dégradera encore en 1931 et 1932. Il serait pour le moins discutable de prétendre que Schmitt commence à écrire sur le gardien dans un contexte de « dissolution » de la démocratie weimarienne. »²⁴ Il est donc certain que ses deux premiers articles pionniers sur le gardien de la constitution naissent, comme d'ailleurs la *Verfassungslehre*, à une époque où le régime de Weimar n'est pas en crise. Mais tel n'est plus le cas à partir de la fin de l'année 1930, à partir de laquelle Schmitt s'engage en faveur de la présidentialisation du régime, et devient un « conseiller du Prince » multipliant les consultations au service de la frange conservatrice au pouvoir, d'abord, Brüning, ensuite Schleicher et enfin Papen – ; il ne se fait guère d'illusion sur la portée scientifique de telles expertises qualifiées par lui de « *pseudo-Wissenschaftlichkeit* », dans sa correspondance. Cette radicalisation politique est visible dans le livre de 1931 alors qu'elle n'apparaît pas dans les articles de 1929. Cette césure est un indice supplémentaire en faveur de la thèse selon laquelle à la fin de Weimar de l'idéologue politique prend le pas sur le professeur de droit public.

La comparaison « intertextuelle » permet également de saisir sur le vif la différence d'esprit dans laquelle ils ont été publiés. Selon notre interprétation, les deux articles publiés en 1929 se situent dans la perspective d'une prolongation des réflexions menées dans la *Verfassungslehre* de 1928. Ils témoignent de la volonté de Schmitt de rester fidèle à son orientation théorique et systématique qui a établi sa renommée. Un indice certain figure dans sa correspondance qu'on a précédemment examinée (v. supra, I). Un autre indice figure dans la multiplication des références à la *Verfassungslehre* dans les articles de 1929, et en particulier dans le second article (HdV1) où les notes infra-paginales renvoient à son *Traité* de 1928²⁵. Enfin, la différence entre le type littéraire des trois textes est vraiment frappante. Les deux articles de 1929 ont en commun de se conformer aux canons du genre universitaire. Ils sont très érudits, accompagnés d'un gros appareil critique. Schmitt cite à la fois la doctrine et jurisprudence de son époque, ainsi qu'une imposante littérature étrangère sur la question. Dans certaines pages, les notes sont plus longues que le texte. Ce souci de faire de la *Wissenschaft* (science) est également attesté par le lieu de publication. Le premier article est tiré

²⁴ « Le gardien de la Constitution », In O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007, p. 39

²⁵ La théorie du gardien de la Constitution apparaît au lecteur comme une nouvelle illustration des thèses schmittiennes proposées dans son manuel de droit, sur les « conflits constitutionnels » sur la justice, l'Etat de droit ou la séparation des pouvoirs. Dans le livre de 1931, les références à la *Verfassungslehre* sont bien plus discrètes»

du volume austère, jubilaire, dans lequel ont écrit les ténors de la science juridique allemande qui rendent ici hommage à la plus haute juridiction allemande²⁶, tandis que le second est publié dans la plus célèbre revue de droit public.

Mais surtout, on repère dans ces deux articles de 1929 le désir de Schmitt de se livrer à une *disputatio* classique entre juristes. Il confronte ses arguments avec ceux de l'ensemble de la doctrine germanique de l'époque et en particulier avec ses plus proches soutiens que sont Triepel et Smend. Ils s'appuient le plus souvent sur eux pour étayer ses thèses, notamment en reprenant les thèses de Triepel soutenues à Vienne en 1926. Mais il ne se prive pas non plus de l'occasion de contester leurs thèses. Aussi consacre-t-il dans l'article sur le *Reichsgericht* (RG) une note critique à la théorie de l'intégration de Rudolf Smend, qu'il développe dans le texte de son second article (HdV1). Il reproche à cette théorie dynamique du droit constitutionnel de manquer d'éléments statiques. Justement, prétend-il, sa théorie du gardien de la Constitution permettrait selon lui de réintroduire un élément statique et de pallier ainsi la principale lacune, selon lui, de la théorie « smendienne » de la Constitution.

Par ailleurs, Schmitt profite de cette discussion sur la justice constitutionnelle pour attaquer à maintes reprises Hans Kelsen et pour contester l'ensemble de sa théorie du droit. Il entend réfuter surtout le fameux rapport de Kelsen sur la Constitution et sa garantie juridictionnelle, prononcé à la *Vereinigung für Deutschen Staatsrechtslehrer*, en avril 1928 à Vienne. Dans le premier article de 1929 (RG), il évoque Kelsen, mais il le fait de manière assez brève car il n'a eu à sa disposition que le rapport sur le Congrès publié dans les *Archives du droit public*. Dans HdV1, il a pu lire, semble-t-il, entre-temps le texte de la contribution de Kelsen de sorte qu'il peut, plus longuement s'y référer et s'y opposer. C'est donc Schmitt qui engage, dès cet article de mars 1929, les hostilités, comme on le voit dans certains passages de la troisième section que nous analyserons plus loin. Kelsen est attaqué, — le plus souvent nommément mais pas toujours — aussi bien dans le texte de l'article que dans les notes de bas de page.

De ce point de vue « littéraire », le contraste avec le livre de 1931 est assez saisissant. Schmitt ne s'adresse plus seulement à ses pairs, les professeurs de droit public, qu'il veut convaincre, mais à un plus large public qu'il veut persuader. Il veut « populariser » ses idées sur le gardien de la Constitution mais pour ce faire, il modifie en partie sa façon de raisonner. Certes, il conserve, du moins dans la 1^{ère} partie, une grande partie de son appareil critique, mais il l'allège et surtout il n'accorde plus la même importance à la *disputatio* juridique. Un exemple frappant est sa polémique avec Kelsen qui se trouve pour l'essentiel reléguée dans une très longue note de page (HdV, 1931 note 2, pp. 38-40).

Concluons ce premier propos sur la comparaison entre les trois textes relatifs au gardien de la Constitution : selon notre thèse, les deux premiers de 1929 (RG + HdV1) démontrent qu'à cette époque, Schmitt continue à suivre la voie ardue et austère de la théorie constitutionnelle, celle que lui recommande de suivre son ami et conseil éditorial, Ludwig Feuchtwanger tandis que le troisième texte, HdV2, publié en 1931, révèle que, obsédé par

²⁶ « Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung »,

l'idée de devenir le « légiste du pouvoir », il utilise davantage la veine de l'Essai politique pour justifier l'accroissement des prérogatives présidentielles.

B) Le gardien de la Constitution et la théorie constitutionnelle : ce qui « tient » encore dans l'analyse schmittienne

Il ne nous semble pas nécessaire de s'arrêter sur la « thèse positive » contenue dans le gardien de la Constitution qui s'appuie sur une utilisation, fort contestable, des théories de Benjamin Constant sur le pouvoir neutre. En revanche, il nous semble que la « thèse négative » qui entend défendre l'idée d'une incompatibilité de principe entre la juridiction constitutionnelle et l'idée de constitution, mériterait d'être sérieusement examinée. On doit selon nous s'intéresser particulièrement à la troisième section de l'article de mars 1929 (*HdV1*) dans laquelle Schmitt soulève une intéressante question de théorie constitutionnelle qu'il formule sous forme d'axiomes emboîtés les uns dans les autres : « pas d'Etat de droit sans une justice indépendante, pas de justice indépendante sans une soumission matérielle à la loi (*materielle Bindung*), pas de soumission matérielle à la loi sans différenciation matérielle de la loi et de la sentence judiciaire » (p. 186). Toute la théorie du gardien de la Constitution chez Schmitt repose sur sa conception matérielle des fonctions de l'Etat de droit (« *sachliche Unterscheidung verschiedener Gewalten* », p. 186). Ici Schmitt renvoie à ses développements de la *Verfassungslehre* (*VL*, p. 127) pour cette vision matérielle de la séparation des pouvoirs, tout comme il renvoie au même livre (*VL* p. 152) pour ce qui concerne le lien systématique entre la justice et la loi. C'est pour lui l'équivalent allemand de la formule anglaise du « due process of law ». Certes, on a pu contester cette réintroduction de la théorie du « juge-automate » dans le raisonnement alors que Schmitt l'avait critiquée dans son livre de 1912 sur la loi et le jugement. Certes, encore, on peut trouver naïve sa volonté de dénoncer la politisation de la justice et la judiciarisation de la politique qui seraient le corollaire de l'instauration d'une juridiction constitutionnelle. Le développement de ces Cours depuis la seconde guerre mondiale ne serait-elle pas le plus clair démenti à apporter aux propos de Schmitt ?

Pourtant, il nous apparaît que, à l'occasion de ces développements de théorie constitutionnelle figurant dans les deux articles de 1929, Schmitt soulève des questions qui méritent encore aujourd'hui l'examen, sans que nul puisse prétendre que le conflit intellectuel a été tranché par l'histoire. Il faut en effet rappeler que son raisonnement hostile à l'idée d'une Cour constitutionnelle repose sur une thèse « forte » qui est *la spécificité des dispositions contenues dans une Constitution*. Celles-ci diffèrent nécessairement des dispositions contenues dans un Code civil ou un Code pénal. Or, une telle différence a des conséquences pratiques importantes sur la manière de penser le contrôle du juge et son interprétation du droit positif. Voici notamment ce qu'écrit Schmitt dans son premier article de 1929 (RG) :

« Il est évidemment impossible de déduire le *contenu* des actes juridiques de nature politique – comme ceux consistant à légiférer ou à gouverner – à partir du contenu des dispositions

constitutionnelles, qui « régissent » la législation et le gouvernement. Au contraire, le contenu de la décision juridictionnelle est déduit du *contenu de la loi* et déterminé par la subsumption des faits sous la règle. Le juge pénal qui condamne un homme à la prison pour vol, subsume les faits sous leur qualification juridique définie par une disposition du droit pénal, le juge civil sous leur qualification juridique définie par une norme de droit civil, et il en déduit le contenu de sa décision. Au contraire, le Chancelier du *Reich* qui détermine les lignes directrices de la politique, n'arrête pas le contenu de ses décisions politiques au moyen d'une subsumption sous l'art. 56 de la Constitution (« le Chancelier du *Reich* détermine les lignes directrices de la politique ») ; pas plus que le *Reichstag*, lorsqu'il adopte une loi, ne subsume sous l'art. 68 de la Constitution (« les lois du *Reich* sont adoptées par le *Reichstag*. »)

Cette différence est essentielle dans le débat sur une prétendue Cour constitutionnelle, parce que la décision qui lève le doute relatif au contenu d'une disposition constitutionnelle ne peut pas être déduite de ce contenu qui fait l'objet du doute. Elle n'est donc plus, par essence, une décision juridictionnelle» (*VRÄ*, p. 79-80)

Une telle opinion suppose de faire, comme Schmitt, une distinction tranchée entre la loi et la sentence juridictionnelle, ce qu'il fait. On lui reprochera alors une démarche « essentialiste », mais ce n'est tout à fait cela. Schmitt entend revaloriser comme Hauriou, une conception *matérielle* du droit, estimant notamment que les fonctions étatiques (législation, exécution des lois et justice) doivent être définies en fonction de leur objet, et non en fonction de l'organe qui les prend (critère formel organique) ou de la procédure suivie (critère formel procédural). Il entend appliquer cette méthode à tous les objets. Cela le conduit à proposer une théorie de la règle (norme dirai Kelsen) qui est matérielle en ce que selon son objet, elle est différente. C'est surtout dans le second article de 1929 que Schmitt poursuit cette idée en distinguant plus longuement « les normes justiciables » des « normes non justiciables » (HdV1, pp. 189 et suiv.). Il reprend cette idée qu'une règle contenue dans une Constitution n'est pas de la même nature qu'une règle contenue dans un Code civil ou dans un Code pénal. Il introduit alors le concept de « normes non justiciables » parce qu'elles sont nécessairement vagues, correspondant à des normes d'habilitation attribuant donc des compétences à des acteurs politiques. Sa réfutation de la théorie du gardien juridictionnel de la Constitution est donc fondée sur l'idée que la spécificité du droit constitutionnel réside dans la nature particulière des règles qui, lorsqu'il s'agit de l'organisation des pouvoirs publics, sont principalement des normes d'habilitation. Il insiste sur la nécessité, en droit, de ne pas confondre des « normes attributives de compétences » et des « normes fixant un contenu » - (HdV1 p. 189, « Normierung » ici en allemand). Ce n'est pas du tout fortuit si ses développements se poursuivent par une attaque directe contre Kelsen et sa théorie de la hiérarchie des normes. Schmitt reprend une critique récurrente des adversaires du normativisme en soutenant qu'il « n'y a pas de hiérarchie des normes mais seulement une hiérarchie des autorités » (Hierarchie (..) konkreter Instanzen) » (HdV 1, p. 191) et que l'utilisation kelsénienne du mot de normes constitue un aplatissement de la notion de « normes » contre laquelle Otto Mayer avait mis vainement en garde (HdV1, p. 193).

Pour un constitutionnaliste d'aujourd'hui, il nous semble important de savoir décider si l'on doit, ou non, interpréter de la même façon un article du Code civil (ou du Code pénal), qu'un article de la Constitution. Se poser cette question, c'est revenir à la question des questions : « qu'est-ce qu'une constitution ? ». Or, si on dit qu'une Constitution est un ensemble de normes, on peut alors dire qu'elle est de la même nature qu'un Code civil ou qu'un Code pénal – qui sont aussi un ensemble de normes. Mais alors en quoi se manifeste la particularité de la Constitution ? Par sa supériorité normative. Bien faible réponse car elle laisse de côté les questions dérangementantes et difficiles, celle qui retenaient l'attention de Schmitt, et portant sur la différence de contenu entre les règles de droit (critère matériel du droit). Un récent travail que nous avons effectué sur la constitution fédérative, sur le pacte fédératif²⁷, nous a convaincu, une fois de plus, qu'une appréhension matérielle du droit constitutionnel et de la Constitution était de la loin la plus stimulante intellectuellement et la plus fructueuse. Bref, il nous semble que ce débat lancé par Schmitt sur l'appauvrissement de la science du droit n'est pas terminé. Nous gardons en mémoire le petit mot que nous avait adressé le civiliste Jean Carbonnier – immense juriste selon nous - en réponse à l'envoi de la traduction française de la *Théorie générale des normes* de Kelsen. Il ne disait pas autre chose que Schmitt, se désolant de voir le droit rabaissé à une pure et simple « technologie des normes », dominée par le principe mécanique de la hiérarchie des normes.

En soulignant seulement cet aspect-là des textes schmittiens de 1929, nous réduisons aussi leur portée. Il est évident que le lien effectué par Schmitt entre le développement de la juridiction constitutionnelle et la conception contractuelle de la Constitution est une observation d'une grande portée, qui confirme le lien fait par Kelsen et par lui entre l'idée de gardien de la Constitution et la construction fédérale²⁸. En tout cas, nous avons voulu suggérer l'idée que tout n'était pas à « jeter » dans les textes schmittiens sur le gardien de la Constitution. Nous pouvons désormais passer à la dernière partie de notre conférence qui visera à exhumer un texte peu connu de Carl Schmitt.

III. La conférence de Breslau sur la Constitution de Weimar (1930) : une innovation sur le fédéralisme et une vulgarisation intelligente du droit constitutionnel

Le 1^{er} octobre 1930, Schmitt prononce une conférence à Breslau sur la constitution de Weimar. Alors qu'il est souvent mécontent de ses prestations, il note à propos de la première conférence ; « *guter Vortrag über Verfassung* » - « bonne conférence sur la constitution »²⁹. Bien qu'il fût publié dans les actes du colloque dès 1931³⁰, ce texte est assez peu connu. Schmitt lui-même ne l'a pas inclus dans le volume des essais de droit constitutionnel (*VrA*) publié

²⁷ Conférence sur « The Founding Constitution » qui sera prononcée à Yale le 30 octobre 2015 dans un colloque organisé sur le thème du fédéralisme vu par des non-américains.

²⁸ Point commun subtilement relevé par Schönberger, in Beaud-Pasquino, . p. 184

²⁹ *Tagebücher, 1930 bis 1934*, (hrsg von W. Schuller, in Zusammenarbeit mit Gerd Gieseler, Berlin AkademieVerlag, 2010 p. 46

³⁰ « Die Weimarer Verfassung » in Staatsbürgerkunde und höhere Schule. Eine Vortragsreihe, Breslau, Selbstverlag der Arbeitgemeinschaft « Hochschule und höhere Schule », 1931, réédité par Piet Tommissen, in « Zwei Breslauer Referate », in *Schmittiana, IV*, 1994, pp. 11-34

en 1958, probablement parce que, dépourvu d'appareil critique, c'est-à-dire sans notes infrapaginales³¹, il n'était pas jugé assez pas scientifique pour une telle publication. Redécouvert par hasard, il a été réédité, en 2004, dans la revue *Schmittiana*, mais sans figurer dans le recueil posthume (*Etat, Grand Espace, le Nomos*) publié un an plus tard par Maschke en 2005— ce qui est dommage selon nous.

Il pourrait donc sembler paradoxal de ressortir de l'oubli un texte que Schmitt n'a pas jugé assez important pour le faire figurer dans ses *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Cela pourrait même paraître absurde à ceux qui connaissent l'existence d'un article paru un an auparavant dans la *Juristische Wochenschrift* du 11 août 1929 et intitulé « Dix ans de constitution de Weimar »³². Comment en l'espace d'un an, Carl Schmitt pourrait-il dire quelque chose de différent sur le même sujet, la Constitution de Weimar ? Pourtant, on voudrait pourtant tenter de vous convaincre de l'intérêt de ce texte, sans vouloir non plus en exagérer la portée.

D'abord, dans ce texte, Carl Schmitt prend position sur la Constitution de Weimar, mais cette fois sans le sens négatif qu'il lui confère habituellement et qu'on peut assez souvent ressentir en lisant la *Verfassungslehre* ou ses divers articles parus en 1939 dans *Positionen un Begriffe*. Une telle appréciation critique porte le plus souvent sur la République de Weimar en tant que telle et elle apparaît le mieux dans conférence sur l'Etat de droit bourgeois (« *der bürgerliche Rechtsstaat* »), publié en 1928 dans une revue catholique et réédité dans le recueil précité de Maschke³³. Plus probant, et plus intrigant est l'article précité sur « *Les dix ans de la Constitution du Reich* » (1929) paru dans la *Juristische Wochenschrift*. C'est un texte, subtilement critique, où Schmitt attire l'attention des lecteurs sur le changement du centre de gravité de cette Constitution. Désormais, ce qui retient l'attention du public et des juristes, c'est la seconde partie de la Constitution sur les droits et devoirs fondamentaux des Allemands. Un tel déplacement a pour effet de mettre la justice ordinaire au centre du système puisqu'elle a désormais « du pouvoir sur la Constitution », ce qui est à la fois « inhabituelle et d'une grande portée » (VRA p. 89). Une telle évolution est considérée comme très problématique par Carl Schmitt pour des raisons qu'on a vues plus haut à propos du gardien de la Constitution (supra, §2).

Cette conférence de Breslau de 1930 donne l'occasion à Schmitt de se prononcer sur la Constitution de 1919, mais cette fois, il exclut de son analyse, sans expliquer pourquoi, la seconde partie de la constitution de Weimar relative aux « droits et devoirs fondamentaux des Allemands », celle qu'il juge pourtant la plus problématique. Ainsi, cette conférence de Breslau ne reflète donc pas toute la pensée de Schmitt sur une telle constitution. Néanmoins si l'on croit nécessaire de l'analyser, c'est en raison d'une part de l'étude sur le fédéralisme

³¹ Pour la Littérature, c'est-à-dire la littérature secondaire, Schmitt se contente de renvoyer au commentaire classique d'Anschütz, *Kommentar zur Reichsverfassung* (Stilke) et à sa *Verfassungslehre* » (p. 35)

³² « Zehn Jahre Reichsverfassung in VRA pp. 34-40.

³³ Toutefois, le texte n'est pas de la main de Schmitt, il est tiré d'une prise de notes de son élève, Werner Weber, et surtout il parle davantage de la République de Weimar — ou pour parler comme Schmitt du « nouvel Empire allemand » (*neu Deutsche Reich*) » (SGN p. 44) que de la constitution de Weimar elle-même

qu'elle contient, et, d'autre part, de ce qu'elle révèle de l'ambivalence du traitement de la constitution de Weimar chez Schmitt.

A) Des développements inédits sur le fédéralisme sous Weimar

Schmitt entend décrire dans sa conférence le système organisationnel de la constitution de Weimar (la 1^{ère} partie de la Constitution) à partir des trois principes organisateurs (« les *Strukturelemente* ») qui sont le fédéralisme, le parlementarisme et la démocratie. La présentation est d'ailleurs déséquilibrée puisque la moitié de sa conférence est consacrée au fédéralisme, l'autre moitié seulement étant réservée au parlementarisme et au principe démocratique. En ne retenant pas l'Etat de droit parmi de tels éléments structurants de la Constitution de Weimar, Schmitt poursuit l'œuvre accomplie dans la *Théorie de la Constitution* consistant à scinder, pour toute constitution moderne, l'élément politique de l'élément libéral (séparation des pouvoirs, garantie des droits).

Toutefois, par rapport à la *Verfassungslehre*, la grande originalité de cette conférence tient à la place importante accordée au fédéralisme. Certes, dans son Traité de 1928, Schmitt rédige deux chapitres (29 et 30) dans la 4^{ème} et dernière partie du livre qui porte sur la théorie générale de la Fédération (*Bundeslehre*). Toutefois, dans cette partie, hautement intéressante et originale selon nous, l'auteur n'examine presque jamais le fédéralisme pratiqué sous Weimar. Le contraste est net avec le parlementarisme sous Weimar qui fait l'objet d'un chapitre entier (§27, *Verfassungslehre* pp. 340-353). On peut supposer que Schmitt, pressé d'achever son traité de droit constitutionnel, n'avait pas eu le temps de consacrer un tel chapitre au développement du fédéralisme sous Weimar. C'est une lacune dans la *Verfassungslehre* que peut-être — simple hypothèse de notre part — Schmitt a voulu combler dans une telle conférence en présentant à son auditoire les « traits fondamentaux » (*Grundzüge*) du fédéralisme weimarien. L'originalité de cette conférence ressort d'ailleurs de sa comparaison avec des textes ultérieurs, notamment avec la brochure sur le *Hüter der Verfassung* de 1931 précédemment étudiée. Alors que la seconde partie de cet ouvrage porte sur « fédéralisme, polycratie et pluralisme », il n'y a pas, en réalité d'étude détaillée du fédéralisme sous Weimar car Schmitt se borne à écrire deux pages sur son évolution et à relever l'opposition entre des forces centrifuges (les partis isolés de type fédéraliste) et des forces centripètes (les partis nationaux). Il préfère se concentrer sur le thème du pluralisme, de l'éclatement de l'Etat, amorçant ses thèses sur l'Etat « dualiste » ou encore sur l'Etat « total ». La même année, Schmitt analyse également le fédéralisme dans son article de 1931 sur la *Reichsreform* (DJZ de 1931), mais il le fait de manière assez polémique, sans entrer dans le détail technique du fédéralisme.

Ainsi, cette moitié de la conférence de Breslau constitue — du moins à notre connaissance — le seul exposé complet et précis du fédéralisme sous Weimar, tel que Schmitt en tout cas le conçoit. C'est presque un chapitre que Schmitt aurait pu ajouter à sa *Théorie de la Constitution* s'il était résolu à rédiger une seconde édition de ce livre. C'est avec sa théorie du Gardien de la Constitution (étudiée précédemment), la seule production de cette période qui aurait pu, être intégrée dans la seconde édition de la *Verfassungslehre*. Il aurait dû ajouter des notes de bas de page

pour avoir un texte présentable. Il aurait dû aussi intégrer la jurisprudence du *Staatsgerichtshof* sur la question du fédéralisme, qui est curieusement absente de sa conférence Voyons maintenant le contenu de ce passage relatif au fédéralisme dans ce texte prononcé en octobre 1930.

Si Schmitt commence son analyse institutionnelle de la constitution de Weimar par le fédéralisme, c'est parce que ce dernier « est toujours au début de toutes nos questions d'organisation du Reich » (p. 21). A la différence de ses collègues juristes, il ne veut pas gloser les dispositions de la Constitution de Weimar, mais décrire la situation constitutionnelle en décrivant « l'image de la vie constitutionnelle réelle » (« Bild des wirklichen Verfassungslebens ») (p. 21). Mais comme toujours, il mêle l'analyse conceptuelle à l'analyse historico-juridique. Plutôt que de traiter des définitions académiques relatives à l'Etat fédéral et à la Confédération d'Etats, Schmitt entend décrire ce qu'a voulu faire Bismarck et l'originalité de sa construction fédérale. Le Chancelier allemand avait cherché à concilier deux choses apparemment contradictoires : « une fédération de gouvernements monarchiques », d'un côté, et un « Etat national (*Nationalstaat*) », de l'autre. Il réussit à le faire grâce à son génie politique, jouant constamment l'un contre l'autre, et de façon alternative, selon les circonstances politiques, c'est-à-dire l'élément « national » (c'est-à-dire démocratique selon Schmitt) contre l'élément monarchique, privilégiant tantôt le *Reichstag*, tantôt les Etats-membres. La nouvelle situation issue de la Révolution de 1918 est évidemment différente, nous explique Schmitt qui reprend ici une thèse explicitement défendue dans la *Verfassungslehre* : sous Weimar, « l'Empire allemand n'est pas une Fédération, mais un Etat fédéral, mais un Etat fédéral sans fondement fédératif » (*ohne bündische Grundlage*) (p. 15).

Ainsi, le fédéralisme wilhelmien aurait légué au fédéralisme sous Weimar un problème central d'organisation qui est le manque de clarté de la répartition de compétences entre la Fédération et les Etats-membres, alors que c'est « la question fondamentale de toute organisation fédérative (*bundesstaatlichen Organisation*) », p. 35). Plus exactement, l'originalité de la situation allemande réside dans ce qu'on appelle aujourd'hui le fédéralisme d'exécution, à savoir le fait que ce sont les administrations des Etats-membres qui exécutent les lois fédérales ce que Schmitt met parfaitement en lumière. Alors qu'aux Etats-Unis et en Suisse, où « le contenu tout entier d'une compétence est une affaire de la Fédération » (p. 15), en Allemagne, une matière est certes légiférée au niveau de la Fédération, mais ce sont les Etats-membres (les Länder) qui doivent appliquer la législation. C'est ce qui résulte de l'article 14 de la constitution de Weimar. Il n'y a donc pas une « généralité » (*Durchgängigkeit*) (p. 16) de la compétence par matière. De ce point de vue, la lecture de la constitution, de sa lettre, ne doit pas tromper, explique le conférencier de Breslau. Ce n'est pas parce que les articles 6 à 12 confèrent une liste impressionnante de compétences à l'Etat fédéral allemand que celui-ci est plus puissant que la Fédération des Etats-Unis ou que la Confédération helvétique. En effet, « la puissance des Länder est plus forte que l'on serait censé penser au premier regard » (p. 16). L'énumération des compétences attribuées ne rend pas compte de la « vitalité politique des Länder ». De manière très pratique et très fine, Schmitt observe que, par

exemple, les fonctionnaires sont avant tout des fonctionnaires des Länder et que la hiérarchie de ceux-ci s'arrête à la porte du Bund. Du point de vue bureaucratique, il y a donc 17 « têtes » (*Spitzen*), et au dessus encore une « tête » fédérale. Cette dissémination de la puissance publique, du point de vue de son appareil d'Etat, connaît un exemple particulièrement malheureux avec la fragmentation de la police : il y a 17 polices, 17 ministères de l'Intérieur, et le ministère fédéral de l'Intérieur est le 18ème ministère de l'Intérieur. Cette situation particulière devient presque ubuesque, observe Schmitt, quand on examine les pouvoirs d'urgence du président de la République de Weimar (qu'il possède en vertu du fameux article 48 RV). Lorsqu'il exerce de tels pouvoirs, le président n'a pas de police à sa disposition car il ne peut commander qu'à l'armée. Il doit se fier au ministère fédéral de l'Intérieur qui doit lui-même se fier aux ministères de l'intérieur des Länder. Le risque de ne pas maîtriser l'ordre public est donc évident. « Il n'y a pas une tête, mais seulement une série de têtes qui coexistent les uns à côté des autres » (p .17). Ainsi, l'autonomie de son Exécutif fait la force de vie particulière des Länder comme Etats » (p .18). Ainsi, le fédéralisme sous Weimar a pour particularité assez étonnante de rendre la Fédération dépendante du bon vouloir des Länder. Notons au passage, en faisant un bond vers l'histoire contemporaine, que l'incapacité de la police allemande à arrêter rapidement le trio néo-nazi clandestin NSU (*Nationalsozialistischer Untergrund*) qui a tué une dizaine d'immigrés turcs dans divers Länder procède exactement de la même raison : la division de la police allemande en autant de polices fédérées.

De tels développements permettent à Schmitt d'annoncer une thèse qui se veut hétérodoxe. Alors que la lecture du texte constitutionnel de 1919 laisse penser que les constituants de Weimar ont voulu instituer un Etat quasi-unitaire, Schmitt observe que la praxis constitutionnelle a plutôt révélé le rôle important des Länder. Certes, concède-t-il, « il est bien connu que les « forces unitarisantes sont très fortes ». Mais il veut souligner, volontairement, « l'autre face des choses », c'est-à-dire l'importance des forces centrifuges en insistant sur le poids trop méconnu des Länder dans la République de Weimar. Selon la thèse qu'il propose, « les freins (*Hemmungen*) et obstacles constitutionnels sont plus forts qu'il n'apparaît au premier regard. En Allemagne, on n'a pas encore pris vraiment conscience de la force des Länder. » (p. 18). Schmitt va alors combiner l'analyse exégétique des dispositions de la constitution de Weimar avec l'analyse politique. Selon lui, « la force des Länder repose sur des raisons différentes de type historique et sociologique. Elle a trouvé son expression constitutionnelle à différents endroits de la constitution de Weimar. » (p. 18).

La première disposition constitutionnelle pertinente pour illustrer cette thèse de la vitalité politique des Länder est l'article 17 qui impose l'homogénéité démocratique dans tout le Reich puisque chaque Land doit avoir une « constitution libre (*freistaatliche Verfassung*) ». Par là, il faut comprendre – en raison de la phrase suivante de l'article 17 — que la représentation du peuple doit émaner du suffrage universel, ouvert aux hommes et femmes, et selon un mode de scrutin proportionnel. Autrement dit, par cet article, la constitution de Weimar impose aux Etats-membres le parlementarisme, c'est-à-dire leur forme de gouvernement. Indirectement, mais nécessairement, une telle disposition remet en cause ce

que la doctrine enseignait depuis l'époque wilhelmienne, à savoir l'incompatibilité entre parlementarisme et fédéralisme. Celle-ci se fondait notamment sur le fait que les deux grandes fédérations, les USA et la Suisse, étaient des démocraties non parlementaires, la première présidentielle, et la seconde directoriale. Inversement, explique Schmitt, « on expliquait autrefois pour l'Allemagne, que l'Empire, en tant que Fédération d'Etats monarchiques, dans l'empire, c'est-à-dire dans la Fédération, ne pouvait se permettre aucune concession au parlementarisme, sinon, l'Etat fédéral serait menacé » (p. 18). La doctrine se fondait sur un fameux discours de Bismarck de 1883 et formulait ainsi l'alternative suivante : « soit l'Etat fédéral, et alors pas de parlementarisme, soit l'inverse » (p. 18). Cette alternative est donc aujourd'hui dépassée. Schmitt entend expliquer à ses auditeurs que la constitution de Weimar prouve la compatibilité du fédéralisme avec le parlementarisme. Encore une fois, il entend faire preuve de réalisme constitutionnel. De façon même un peu paradoxale, il entend rendre compte de la nouvelle situation constitutionnelle en observant que « le parlementarisme est devenu un soutien, nouveau et ferme, du fédéralisme » (p. 23). La raison en est d'ordre politique car, sous Weimar, les partis politiques ont plutôt intérêt à maintenir le système fédéral. Si au niveau du Reich, une coalition de droite gouverne, une majorité de gauche dans un *Land* a tout intérêt à défendre l'autonomie des Etats-membres pour continuer à être maître chez soi, et *vice-versa*. Ainsi, la tendance à estimer que le parlementarisme contribue à « unitariser » l'Allemagne, à le transformer en Etat unitaire, est démentie par les faits. Schmitt souligne ici à quelle point la « construction » (*Konstruktion*), c'est-à-dire le modèle théorique, est ici mis à mal par l'observation des faits politiques (p. 19).

La seconde série de dispositions constitutionnelles sur lesquels Schmitt prend appui est celle portant sur la Chambre fédérale, le *Reichsrat*, qui représente les *Länder*. Mais son recours au texte de la Constitution apparaît surtout comme un prétexte car il veut démontrer l'écart important, ici aussi, entre les dispositions du texte de la Constitution et la réalité constitutionnelle. En effet, « le *Reichsrat*, qui pourrait peut-être apparaître, si on lit les article 60 et suivants [de la RV], comme un organe secondaire (*nebensachliches*), est en vérité plus influent que ce qu'on doit admettre d'après la lettre de la constitution. Il participe de manière très efficace à la législation et à l'administration du Reich et il n'est pas, en tout cas, un *puissance* (*Größe*) de second rang de notre vie constitutionnelle, quand bien même il manifeste dans la vie publique d'une manière qui n'est pas spectaculaire » (p. 19). Schmitt énumère alors les compétences expressément attribuées par la lettre de la Constitution : participation à la législation et à l'administration, droit de veto contre les lois adoptées par le Reichstag, le droit d'être tenu au courant de la conduite des affaires du Reich. Mais Schmitt précise tout de suite : « De telles réalités politiques ne laissent pas comprimer (*pressen*) par des “étalons de mesure” (Schablonen) normatifs. Le droit par exemple d'être tenu au courant peut en réalité signifier que celui qui doit tenir au courant, communique le soir ce qui figurait précédemment dans le journal [on reconnaît l'ironie du propos schmittien]. Mais cela peut aussi - selon la puissance politique du bénéficiaire - signifier un véritable contrôle, si l'on exige qu'une telle consultation soit organisée avant que d'importances décisions seront prises. » (p. 20, §1).

Autrement dit, le texte constitutionnel peut parfois s'avérer impuissant contre des forces politiques contraires. Pour comprendre le véritable rôle de la Chambre fédérale sous Weimar, il faut admettre que « le *Reichsrat* a aujourd'hui une plus grande importance que celle qu'on peut percevoir au premier regard sur le texte de la Constitution » (p. 20, §2). Cette règle fondamentale d'interprétation s'applique aussi au cas du poids effectif des Länder. Si l'on veut savoir ce qu'ils ont conservé une existence politique » (p. 20), on ne peut pas se contenter de lire le texte de la Constitution. Il faut examiner la réalité politique qui révèle l'existence d'une double loi. Il semble que Schmitt ici s'inspire des travaux de son ami Carl Bilfinger — qu'il ne cite pas — pour rappeler l'existence de la double loi du fédéralisme : « *Freiheit und Einfluß* », c'est-à-dire autonomie et participation (pour reprendre en français les expressions utilisées en France par Georges Scelle). C'est un point capital de la théorie schmittienne : une institution constitutionnelle n'a de sens, et donc de force, que si elle s'appuie sur une « force politique réelle », ce qui veut dire que le droit ne peut pas s'imposer à la réalité politique. La meilleure preuve, c'est que si le droit ignore la réalité politique, il est alors inefficace et la réalité prend sa revanche sur un droit devenu alors impuissant. « Les normes légisconstitutionnelles (*verfassungsgesetzlichen*) doivent s'incliner (*biegen*). » (p. 20) devant cette réalité politique. Ainsi, la constitution de la République de Weimar a accordé une faible place à la Prusse, c'est-à-dire dans les dispositions de la Constitution, mais comme la Prusse continue à exister, elle a une « force politique » contre laquelle le législateur constitutionnel a peu d'influence, même s'il essaie de limiter une telle force (p. 20/21). Ici encore, le contraste entre le droit écrit et la praxis politique est frappant, comme le note Carl Schmitt et on peut appliquer au Reichsrat sous Weimar ce qu'on peut penser du Reichstag sous le II^{ème} Reich : « Il s'est révélé que la Chambre des députés a exercé une influence sur le gouvernement. N'importe comment, une force politique (*politische Machtfaktor*) va finir par obtenir ses compétences. (..) » (p. 21). Par analogie avec le Reichstag poursuit Schmitt, « le *Reichsrat* sous Weimar n'a pas, selon la lettre de la Constitution, de grandes prérogatives (*Machtbefugnisse*), mais il est, en réalité, un organe très important » car c'est le théâtre dans lequel « les Etats-membres peuvent faire valoir leur influence » (p. 21).

On achèvera cette brève présentation de ces développements du fédéralisme sous Weimar par une remarque et une interrogation. La remarque est d'ordre critique dans la mesure où Schmitt ne justifie pas du tout la thèse selon laquelle les Länder auraient reconquis du pouvoir sous Weimar. Ils évoquent les partis politiques, la vitalité politique » et la force du Reichsrat. Mais il ne donne aucun exemple de prouver une telle assertion qui contredit d'ailleurs, en partie, ce qu'il a suggéré dans la *Verfassungslehre* sur la tendance à la centralisation dans l'Etat allemand en raison de la pression du principe démocratique³⁴. Une interrogation maintenant : Schmitt les termine en précisant qu'il ne discutera pas la question de la réforme du Reich qui était d'actualité (p. 21). Il s'est donc borné à « décrire » la situation fédérale existante. Mais, plus tard, lors de la discussion avec la salle, il précise en passant que, si l'ensemble de l'organisation institutionnelle de la constitution de Weimar n'a

³⁴ Nous devons à Völker Neumann d'avoir attiré notre attention sur ce point précis et nous le remercions de la lecture de la dernière partie de cette conférence.

pas besoin d'être réformée, il fait une exception pour l'organisation fédérale (p. 35). On ne saura pas cependant, en lisant cette conférence, pour quelle raison il juge nécessaire de réformer l'organisation du Reich. La lecture de sa brochure sur le *Hüter der Verfassung*, publiée quelques mois plus tard, laisse néanmoins deviner le sens de la réforme qu'il appelle de ses vœux : le fédéralisme a pour effet de créer un pluralisme territorial, néfaste à l'unité de l'Etat allemand, de sorte qu'il faudrait centraliser le pouvoir au profit du Reich pour lutter contre un tel éparpillement du pouvoir. Cette contradiction potentielle entre fédéralisme et étatismes est vivement ressentie par le lecteur de la *Verfassungslehre* qui ne comprend pas comment la première partie sur la notion de Constitution, tout entière concentrée sur l'idée d'unité politique de l'Etat peut être conciliée avec la quatrième partie sur le fédéralisme, dont l'existence présuppose la coexistence de la Fédération avec les Etats-membres, donc un dualisme assumé.

B) Une évaluation très ambiguë de la Constitution de Weimar

On ira très vite sur les deux parties de cette conférence sur le parlementarisme et la démocratie car Schmitt ne fait que « vulgariser » pour un grand public les idées qu'il a déjà énoncées dans sa *Théorie de la Constitution* : le système institutionnel de Weimar prévoit quatre sous-systèmes gouvernementaux qui sont les quatre moyens d'interpréter la notion de "gouvernement parlementaire" (voir VI, §27, p. 342), tandis que l'élément plébiscitaire, contenu dans la constitution de Weimar, vient contrebalancer les mécanismes de démocratie représentative (démocratie parlementaire). Il n'y a dans ces deux dernières parties de la conférence rien d'original pour qui connaît l'œuvre schmittienne. Pas plus originale est la mise en garde finale de Schmitt sur l'anachronisme en droit constitutionnel, c'est-à-dire la tendance à vouloir juger la constitution de Weimar à partir des représentations mentales de l'ancienne constitution du Reich. Schmitt reprend son leitmotiv selon lequel les juristes et le peuple allemands doivent enfin comprendre et accepter qu'ils ont affaire à un gouvernement républicain, et non plus à une monarchie.

En réalité, ce qui mérite d'être retenu de la seconde moitié de cette conférence, ce sont deux choses : d'une part, le jugement relativement élogieux sur la dimension « institutionnelle » de la constitution de Weimar, et de l'autre, la défense de la Constitution comme symbole de l'identité nationale. Les deux sont-ils conciliables ? On peut en douter.

Dans cette conférence de Breslau plus péremptoire en soulignant les mérites de l'œuvre de Hugo Preuss et des constituants. « C'est un des principales qualités de la Constitution en vigueur qu'elle a délibérément échafaudé ce système mobile (*labil*) avec quatre sous-systèmes. On peut certes soulever facilement une masse d'objections contre la seconde partie de la Constitution de Weimar. On trouve là nombre de contradictions résultant de ce qu'on a combiné ensemble les divers points de vue sociaux-démocrates, catholiques, libéraux et démocratiques. Mais la partie organisationnelle, la partie centrale (*Mittelstück*) de la Constitution et notamment réglementation du problème parlementaire avec son équilibrage (*Ausbalanzierung*) de trois forces (*Faktoren*) — la Chambre des députés le *Reichsrat*, et le

Président —, est une pièce tout à fait réussie et bien réfléchie d'une organisation étatique » (p. 25). Cet éloge de la partie organisationnelle tranche avec ce que dit Schmitt de la République de Weimar dans l'article de 1928 sur « l'Etat de droit bourgeois » et avec tous les autres écrits de la période réunis dans le volume *Positionen und Begriffe. En lutte contre Weimar, Genève et Versailles*. A entendre une telle conférence, les auditeurs auraient eu du mal à connaître le fait que le professeur berlinois avait mené depuis 1919 un combat intellectuel contre la nouvelle démocratie constitutionnelle et constamment mis en avant l'état d'exception par rapport à la situation normale.

Par ailleurs, une chose plus surprenante encore figure dans son jugement plutôt équilibré sur le parlementarisme de Weimar qui ressort de la discussion ayant suivi sa conférence. Cette conférence de Breslau a lieu au lendemain des élections de septembre 1930, où le NSDAP obtient 107 sièges sur 577 et le danger nazi se précise. Pourtant, Schmitt répond à une question sur le contreseing qui peut limiter, dit-on, le pouvoir présidentiel. Il évoque le cas particulier du contreseing nécessaire à la nomination présidentielle du Chancelier et il précise que le nouveau Chancelier peut toujours faire l'objet d'un vote de défiance de la Chambre. Il ajoute alors cependant : « Le système entier présuppose une coopération loyale, et, en outre et surtout, une majorité parlementaire capable d'agir. » Il ajoute alors cette précision importante : « On ne doit pas juger la Constitution à partir de l'actuelle situation. Nous sommes dans une situation parlementaire « a-normée » (*abnormen*) : de là s'expliquent toutes les difficultés » (p. 33). Il semble qu'en octobre 1930, Schmitt ne prenne pas officiellement parti en faveur de la thèse favorable au « cabinet présidentiel ». Or, que dit-il, le 4 décembre 1930, un mois plus tard donc, lorsqu'il prend la parole devant le Conseil économique du Reich ? Il déclare tout l'inverse, selon la recension qu'en fait le journal très conservateur, le *Ring*, dans la mesure où il aurait dit que « la situation générale en Allemagne n'est pas seulement critique, mais précisément « a-normée » (*abnorm*) et que « cette a-normalité est le point de départ de toute appréhension juste de la situation générale de l'Etat allemand actuel »³⁵. On sait qu'il retrouve dans ses écrits de décembre 1930 à décembre 1932 la même veine qui faisait le cœur de ses livres jumeaux, *Théologie politique* et *La Dictature*. A travers la comparaison de ces deux citations, on voit comment la parole schmittienne peut varier en peu de temps, épousant les circonstances et les différents auditoires.

Enfin, Schmitt conclut sa conférence de Breslau par une seconde mise en garde qui peut sembler étonnante car elle n'est pas directement en relation avec son propos antérieur de nature essentiellement descriptive. Il s'inquiète de la tendance récurrente à évoquer « le reproche de rupture ou de violation de la constitution » car presque naturellement, « tout parti et tout intéressé déclare comme étant la seule interprétation véritablement constitutionnelle, celle qui lui est favorable ». Il plaide alors en faveur de la « considération » et du « respect de la constitution » et met en garde ceux qui agitent le spectre des violations de la constitution de subir le destin du garçon qui, dans le conte s'amusait « par bravade » à crier « au loup » (p. 29). Mais de quelle constitution parle-t-il ? On l'apprend à la fin de sa

³⁵ « Carl Schmitt über den totale Staat », *Der Ring*, 3Jg,n N° 51 ? 21 déc. 1930, S. 912 in *Schmittiana*, Bd VII, 2001, p. 37

conférence lorsqu'il se livre à un éloge vigoureux de la Constitution comme « symbole » du peuple allemand :

« La Constitution devrait être le sanctuaire du peuple allemand. Elle devrait devenir pour la Nation allemande ce que, dans les époques antérieures, la monarchie avait été pour l'Etat allemand. F. Naumann, notamment, a souligné cela dans les délibérations de la commission constitutionnelle : le peuple et l'Etat ont besoin d'un symbole, auparavant ils en avaient un de manière simple, évidente, dans la monarchie et la personne du monarque. Ce symbole a disparu et ne peut être restauré – car l'efficacité des symboles tient au fait qu'ils sont dans la continuité, et une fois que la chaîne de cette continuité est brisée, elle ne peut être restaurée. Il en irait de même pour la Constitution. Dans cette situation critique qui est actuellement la nôtre, le plus important est de garder en conscience l'immense valeur que représente une telle Constitution. Elle doit être bien plus qu'un simple mode d'emploi pour régler n'importe quelle fonction en politique intérieure, mais, au-delà, un symbole de grande valeur, universellement respecté. » (p. 30)

La constitution apparaît donc ici comme un substitut symbolique de la royauté. On pourrait être surpris de ce « patriotisme constitutionnel » avant la lettre qui semble vouloir faire de Schmitt un précurseur de Dolf Sternberger ou de Jürgen Habermas. Ce serait une grave erreur de compréhension. La mention du « sanctuaire du peuple allemand », qui apparaît dans d'autres contextes à propos de la seconde partie relative aux droits fondamentaux, ne trompe pas : il suffit sur ce point de renvoyer à nos analyses proposées dans *Les derniers jours de Weimar* (1996) : la Constitution sacralisée par Schmitt n'est pas la constitution de Weimar, mais la constitution à « l'essence allemande » ou la « contre-constitution » qu'il appelle ses vœux et qu'il invoque comme légitimité constitutionnelle à l'encontre de la constitution de Weimar.

Pour conclure, le propos d'aujourd'hui, qui ne prétend pas avoir une énorme ambition, a conforté, selon nous, l'idée selon laquelle l'œuvre constitutionnelle de Carl Schmitt sous Weimar résiste bien au temps. On peut lire avec profit non seulement la *Verfassungstheorie*, mais aussi ses articles de 1929 sur le gardien de la Constitution. Surtout on peut regretter qu'il ait si vite délaissé ses travaux prometteurs de 1927-1929 pour se lancer dans l'activité de conseiller du Prince où il s'est littéralement « perdu ». C'était évidemment son destin et ce n'est pas par hasard si la biographie de Reinhard Mehring a pour sous-titre : « *Ascension et chute* ». On préférera pour noter part concentrer notre étude sur les moments de l'ascension....