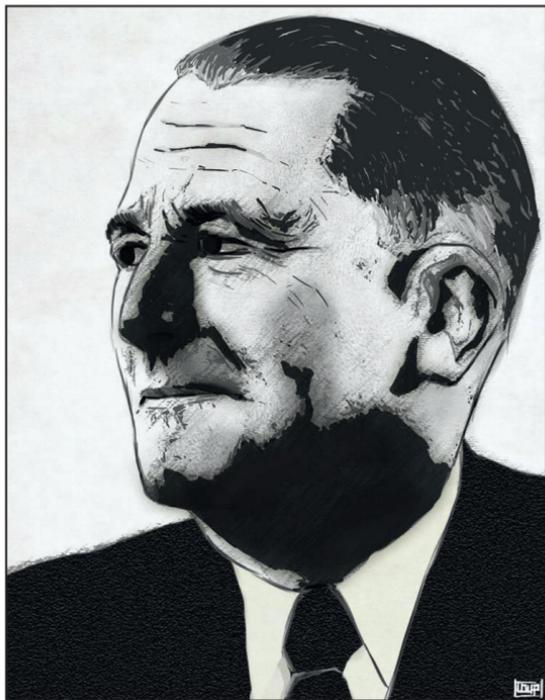


Brieuc Bauduin



**Carl Schmitt :**  
**la critique du normativisme**  
**et de l'Etat libéral**





*Carl Schmitt est né en 1888 à Plettenberg, en Westphalie. Après des études à l'université de Strasbourg et à Munich, où il suivit l'enseignement de Weber, il fut professeur aux Universités de Greifswald, Bonn et Berlin.*

*Considéré comme une des personnalités les plus influentes de l'université allemande, il participa à la vie politique du Reich pendant les dernières années de la République de Weimar et les premières années du régime hitlérien. A la suite de menaces parues dans le journal des SS, il renonça, en 1936, à toute activité autre que professorale.*

*Arrêté par les Alliés en 1945, il bénéficia d'un non-lieu et se retira à Plettenberg où il poursuivit une vie consacrée au droit constitutionnel et international et aux questions politiques en temps de guerre et en temps de paix.*



## Introduction générale

*« Peut-on éviter de reconnaître deux choses à la fois : que Schmitt a eu part au pire, qu'il a activement collaboré à une politique criminelle, mais aussi que c'est un auteur digne d'intérêt ? »<sup>1</sup>*

On assiste aujourd'hui à un regain d'intérêt à l'égard de Carl Schmitt et de son œuvre. Il se marque par un nombre croissant de conférences et de traductions en langue française de certains de ses ouvrages.

Ce *revival* de Carl Schmitt est visible chez des politiciens français qui reprennent certains éléments de son discours dans les leurs, indépendamment de leur couleur politique.

Les théories schmittiennes sont également très marquées dans la politique adoptée par les Etats-Unis depuis le 11 septembre 2001.

Quelle est donc la raison de la recrudescence des arguments anti-démocratiques à une époque où personne n'oserait se définir comme un ennemi de la

---

<sup>1</sup> J.-C. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception : réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, La découverte, 2007, p. 11.

démocratie ? Que peut nous dire un auteur nazi<sup>2</sup> qui soit encore digne d'intérêt à notre époque ?

### A. Schmitt, un penseur nazi ?

Il y a un grand débat sur la question de l'adhésion *pleine et entière* (puisque l'adhésion au parti ne fait aucun doute) de Schmitt à la cause nazie<sup>3</sup>. Cependant, certains faits témoignent de sa fervente participation au régime.

On ne peut passer sous silence la période 1933-1936 qui lui permit d'être qualifié de *Kronjurist*.

C'est notamment au cours de cette période qu'il publie un article intitulé *Le Führer protège le droit* dans lequel il tente de donner une justification *juridique* à l'assassinat des chefs des SA lors de la Nuit des Longs Couteaux.

On ne peut pas non plus omettre les propos qu'il a tenus à l'égard de « l'esprit juif » qui s'oppose à la science juridique allemande<sup>4</sup>.

Cela dit, et ce n'est en aucun cas une circonstance atténuante à l'égard de Schmitt, il convient de ne pas oublier qu'il n'est pas le seul à s'être aventuré sur la pente glissante qu'était le national-socialisme et que bon nombre d'universitaires, qu'ils soient juristes ou philosophes, s'y sont abîmés.

---

<sup>2</sup> Nous exagérons ici la question puisque la problématique de l'adhésion de Schmitt au nazisme est controversée.

<sup>3</sup> Ce qui explique une animosité bien comprise de bon nombre d'intellectuels.

<sup>4</sup> Notons que Schmitt fait preuve d'un antisémitisme ouvertement reconnu qui continua à l'habiter même après la chute du Troisième Reich. Voy. notamment son *Glossarium*.

Il convient aussi de porter un regard critique quant à l'affirmation que Schmitt a commencé à douter du régime nazi après que des propos menaçants furent lancés à son égard dans le journal SS *Das schwarze Korps*.

Il est vrai qu'après cet événement, Schmitt s'est montré plus discret sur la scène politique mais son engagement resta indéfectible (quoique moins bruyant) jusqu'à l'échec de Stalingrad. Il prit alors ses distances avec le régime nazi.

## **B. L'intérêt de lire Schmitt**

Si l'on considère la période 1933-1936, on remarque que Schmitt n'était pas le seul à tenter de se faire bien voir par le régime en place. Parmi les intellectuels qui n'ont fait que reprendre et développer des arguments tirés de *Mein Kampf*, certains auteurs ont réussi à tirer leur épingle du jeu en développant des théories profondes et dignes d'intérêt, encore à notre époque. A cet égard, Habermas considère que Schmitt, Heidegger et Jünger illustrent le côté obscur de l'esprit allemand « *dans sa grandeur, mais aussi dans sa dangerosité* »<sup>5</sup>. Dès lors, comment expliquer qu'un esprit aussi brillant ait succombé aux sirènes nazies ? Il n'y a pas de réponse toute faite à cet égard.

On peut pointer l'appétit du pouvoir, la peur du péril communiste ou encore ce regard noir porté sur une démocratie qui ne fonctionne plus. On ne peut pas expliquer comment de savants esprits ont pu adhérer aux thèses d'un régime qui cultivait la haine à l'égard de la pensée libre.

---

<sup>5</sup> J. HABERMAS, *Profilis philosophiques et politiques*, Paris, Gallimard, 1974, pp. 84 et p. 108 cité par p. 12.

Si l'on pouvait résumer ce moment de la vie de Schmitt, on pourrait dire que ce dernier s'est attelé à débusquer les contradictions de la pensée libérale et qu'il a tenté de justifier la politique hitlérienne.

### **C. Présentation générale**

Etant dans l'impossibilité de couvrir en détail toutes les théories élaborées par Schmitt, nous nous limiterons à examiner deux domaines intimement liés l'un à l'autre.

La première partie de cet ouvrage s'intéresse à la question de l'obéissance à la règle de droit. A cet égard, il convient d'aborder la position de Kelsen pour comprendre les remarques que Schmitt lui opposera par la suite.

Kelsen entend se démarquer des iusnaturalistes ou des positivistes impérativistes qui pensaient qu'un élément extérieur donnait une validité à une règle de droit. Selon lui, la validité de la norme est dictée par une règle supérieure, de sorte que la validité du droit se trouve inscrite en lui-même.

Bien évidemment, il existe toujours une part de subjectivité puisque c'est le législateur qui adopte une norme mais cette volonté ne fonde en rien la validité d'une norme, elle n'est qu'un élément fondateur et pas un élément de validité.

Partant, si l'on respecte une décision d'un juge, c'est parce que ce dernier a tranché notre cas en application d'une règle de droit *ad hoc*.

Cette solution n'est pas convaincante selon Schmitt. Le fait de juger n'équivaut pas à appliquer un syllogisme dans lequel la majeure serait une norme et la mineure un acte de volonté.

L'importance de l'acte de volonté est clairement manifestée lorsque l'on se trouve dans un état d'exception, lorsque l'on se trouve aux limites du droit. Faute de loi applicable au cas d'espèce, il convient alors de se tourner vers un élément extérieur, *i.e.* la volonté du souverain. La volonté intervient donc en cas d'application du droit mais également (et à plus forte raison) en cas d'inapplication de celui-ci.

Le deuxième point abordé dans cet ouvrage est la question du libéralisme politique et juridique qui sévit durant la République de Weimar.

Le libéralisme veut que l'Etat se borne à assurer le Juste, la question du Bien ne lui revenant plus. L'Etat doit donc veiller à ce que chacun puisse exercer les libertés qui lui sont propres afin d'atteindre le Bien.

Cependant, force est de constater que la pensée libérale se retourne contre elle-même, transformant le Parlement en une criée où chacun veut faire dominer ses arguments et où tout devient politique. Si bien que plus rien n'est politique.

Privé de la base démocratique que le libéralisme revendiquait à ses débuts, Schmitt essaya de restaurer le système en le centrant sur le souverain.

Cette seconde partie aborde donc les réponses successives données par Schmitt à la crise de l'Etat parlementaire : le décisionnisme, l'institutionnalisme et l'institutionnalisme post-nazi.

Une lecture attentive et aussi objective que possible s'impose par conséquent au lecteur car cet ouvrage forme un tout et il ne saurait être possible de comprendre un chapitre indépendamment des autres.



## Partie I

### L'or du roi Midas : critique schmittienne de Kelsen

*« De même que tout ce que le roi Midas touchait se transformait en or, tout objet auquel le droit s'applique acquiert une existence juridique. »<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, première édition, Neuchatel, La Braconnière, 1953, p. 143.



## A. Introduction

Après la première guerre mondiale, se développe en Allemagne un courant antipositiviste soutenu notamment par Smend, Triepel, Heller, Koellreuter, Leibholz et Schmitt. Bien que ces derniers ne se soient réunis sous une Ecole commune, certains éléments (révolutionnaires) leur sont semblables. En effet, leur cheval de bataille est la vision normative de la science du droit. Pour eux, le droit contient des éléments certes normatifs mais également une dimension ontologique que les positivistes semblent mettre de côté<sup>7</sup>.

*« La nature du droit implique bien un devoir-être (Sollen), mais en même temps le droit à son fondement dans la sphère de l'être (Sein). En conséquence, une conception juridique doit tenir compte non seulement de l'obligation normative que le droit impose à une personne, mais aussi de l'efficience des normes dans la réalité. Tout ordre juridique est, en même temps qu'un*

---

<sup>7</sup> C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995, p. 9 préface de D. SEGLARD.

*système de normes, quelque chose de donné dans la réalité, un être [...] Seule la connaissance du fonctionnement correct du droit public en permet la compréhension vivante.* »<sup>8</sup>

A l'opposé de cette conception positiviste qui fait le parallèle entre la loi et le droit, ces penseurs estiment que la légitimité d'une loi n'est pas à trouver dans le droit mais dans les actes du pouvoir politique<sup>9</sup>. Partant, une loi n'est légitime que si elle reçoit l'aval de la « *conscience juridique d'un peuple donné* »<sup>10</sup>. Une telle conception entre en contradiction avec celle des positivistes qui voulaient que ce soient les lois, et non les hommes, qui doivent gouverner<sup>11</sup>.

Cette position, positiviste d'un point de vue épistémologique et libérale d'un point de vue politique, cherchait à protéger l'individu de l'emprise de l'Etat en limitant le pouvoir de ce dernier par la légalité, ou plutôt en réduisant celui-ci à un système de normes.

---

<sup>8</sup> G. LEIBHOLZ, « Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, pp. 210-211 cité par C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.* p. 9 préface de D. SEGLARD.

<sup>9</sup> « [...] *les lois, préalablement, ne sont pas des actes de droit, mais des actes de la communauté étatique, c'est-à-dire des actes du pouvoir politique, qui doivent leur validité à la force* » G. LEIBHOLZ, « Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne », *ibid.*, p. 213 cité par C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.*, p. 9 préface de D. SEGLARD.

<sup>10</sup> G. LEIBHOLZ, « Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, *ibid.*, p. 213 cité par C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.*, p. 9 préface de D. SEGLARD.

<sup>11</sup> C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.* p. 9 préface de D. SEGLARD.

Cependant, il est illusoire de limiter l'Etat à un simple système normatif puisque la réalité nous démontre qu'aussi complet soit-il, tout ordre juridique est incapable de régler les problèmes sociaux dans leur totalité. Partant, lorsqu'un problème survient et qu'aucune réponse juridique n'est possible, il appartient au gouvernement de résoudre cette situation par une *décision*. La politique échappe au règne du droit<sup>1213</sup>.

Ce qui est frappant avec cette logique positiviste qui réduit l'Etat à un système normatif et qui ramène la loi à une manifestation de ce dernier, c'est qu'on obtient alors des systèmes normatifs dont le contenu est indifférent et des Etats qui sont *nécessairement* des Etats de droit (en ce compris les régimes despotiques).

« Tout Etat doit nécessairement être un Etat de droit en ce sens que tout Etat est un ordre juridique [...] En prétendant limiter [...] la notion d'Etat de droit aux seuls Etats qui répondent aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique, on se condamne logiquement à admettre que seuls peuvent être considérés comme des ordres juridiques « véritables » des ordres de

---

<sup>12</sup> « *La politique est le domaine dans lequel il est procédé au règlement des questions qui ne sont pas encore réglementées. Elle est le domaine des possibilités encore en suspens, celui de la libre décision.* » R. SMEND, « Les actes de gouvernement en Allemagne », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1931, vol. II, PUF, p. 22 cité par C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.*, p. 10 préface de D. SEGLARD.

<sup>13</sup> C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.*, p. 10 préface de D. SEGLARD.

contrainte qui présentent ce caractère. Mais une telle idée est un préjugé de droit naturel. »<sup>14</sup>

A côté de cette critique purement théorique de la positivité se tient également un débat politique sur la légitimité même de la Constitution de Weimar et sur la relation entre libéralisme et démocratie. En effet, si celle-ci n'est qu'un fragile compromis entre des intérêts diffus et égoïstes<sup>15</sup> (sous couvert d'un principe de discussion publique), comment croire en la valeur normative des règles adoptées par le Parlement ?<sup>16</sup> Comment justifier cette plus-value qu'avaient donnée très justement à leur époque Burke, Bentham, Guizot et John Stuart Mill au Parlement ?<sup>17</sup>

Schmitt se rallie à ce courant antipositiviste et associe de manière radicale le droit avec la politique. Si Dieu unit en lui le droit et l'autorité, on ne peut pas imaginer que le droit soit impuissant et ineffectif. Dit

---

<sup>14</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, deuxième édition, Paris, Dalloz, 1962, pp. 147-148 cité par C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, op. cit., p. 11 préface de D. SEGLARD.

<sup>15</sup> « *Qu'est-ce que la Constitution de Weimar, sinon un compromis entre unilatéralisme et fédéralisme, gouvernement personnel et régime parlementaire, bourgeoisie patronale et socialisme prolétaire, Etat et Eglises confessionnelles, exigences de la vie collective et individualisme ?* » E. Vermeil, « La Constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande », *Essai d'histoire et de psychologie politiques*, Strasbourg, 1923 cité par C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.*, p. 11 préface de D. SEGLARD. Notons également que durant les années 20, les partis politiques allemands qui soutenaient la démocratie (à savoir le SPD, le Zentrum, le DDP et le DVP) n'ont jamais obtenu la majorité au Reichstag.

<sup>16</sup> C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.*, p. 11 préface de D. SEGLARD.

<sup>17</sup> C. SCHMITT, *Légalité et légitimité*, Paris, Seuil, 1988, p. 97.

autrement, il est impensable de croire, comme le soutient le normativisme, que le droit puisse être tout à fait politiquement neutre (ou qu'il soit séparé de ce moment fondamental qu'est celui de la décision) puisque le droit et le politique/la puissance sont intimement liés. Le droit est donc un instrument ou plutôt une manifestation du pouvoir, un *Katéchon*, qui agit et retarde la fin de ce dieu mortel qu'est l'Etat souverain. Pour les normativistes et les libéraux, en revanche, l'Etat n'est plus qu'un instrument parmi tant d'autres qui disparaît dès lors qu'il a exécuté ce pour quoi il avait été créé<sup>18</sup>. Il n'est plus question ici d'un Dieu mortel destiné à nous protéger mais bien d'un instrument quelconque perdu dans un monde pluraliste. L'ancien *Nomos* s'est fait submerger par le normativisme<sup>19</sup>.

L'objet de ce présent titre est d'aborder l'opposition entre Carl Schmitt et Hans Kelsen. Celle-ci est une lutte théorique s'inscrivant dans le contexte de crises politiques, institutionnelles et économiques permanentes qui caractérise la République de Weimar.

---

<sup>18</sup> « A ce stade de la doctrine rationaliste, l'œuvre de l'Etat, qui consiste à contraindre et à éduquer, est considérée comme temporellement conditionnée, et on peut s'attendre à ce qu'un jour l'Etat lui-même se rende superflu. En d'autres termes, on voit déjà poindre le jour où le grand Léviathan pourra être abattu. » in « L'Etat comme mécanisme chez Hobbes et Descartes », pp. 8-9 cité par C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, op. cit., p. 13 préface de D. SEGLARD.

<sup>19</sup> « Le plus grand malheur historico-intellectuel de la civilisation occidentale se trouve dans la substitution de la norme au *Nomos*. » C. SCHMITT, *THEOLOGIE POLITIQUE*, II, p. 108 cité par C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, *ibid.*, p. 13 préface de D. SEGLARD.

Ce combat oppose deux penseurs minoritaires, tous deux convaincus de la défaillance de la doctrine dominante positiviste.

Bien qu'opposés, la base de leur critique est identique : tous deux constatent qu'il y a une situation paradoxale au sein du positivisme.

En effet, toute norme positive contient à la fois un commandement et une base normative<sup>20</sup>. C'est sur base de cette hypothèse que ces deux penseurs vont développer leurs théories et prendre des chemins différents : Carl Schmitt s'intéressera au commandement, créant ainsi la théorie décisionniste, tandis que Kelsen prendra parti pour la signification objective de la règle de droit, créant ainsi le courant normativiste. Le dénouement de cette lutte intellectuelle aboutira à l'exclusion de Kelsen, en 1933, de la chaire qu'il occupait à l'Université de Cologne<sup>21</sup>.

Mais plus fondamentalement, le débat qui oppose ces deux penseurs est une réflexion critique sur le fondement de la validité, de la légitimité du droit. Au fond, pourquoi nous soumettons-nous au droit du souverain et pas aux desiderata d'un voleur ?<sup>22</sup> Quel est le fondement, autre que subjectif – hormis le fait qu'il a été édicté par un dirigeant – qui nous impose de nous conformer à ce qu'il décide ?<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> J.-Fr. KERVEGAN, *QUE FAIRE DE CARL SCHMITT ?*, Paris, Gallimard, 2011, p. 115 ; J.-Fr. KERVEGAN, *Hegel, Carl Schmitt : le politique entre spéculation et positivité*, Paris, PUF, 1992, p. 30.

<sup>21</sup> J.-Fr. KERVEGAN, *QUE FAIRE DE CARL SCHMITT ?*, *OP. CIT.*, p. 115.

<sup>22</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, L.G.D.J., 1999, p. 61 et s.

<sup>23</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *ibid.*, 1999, p. 193.

## ***Titre I. L'or de Kelsen***

*« Tout comme il n'existe aucune intelligence flottant librement dans les airs, il n'existe pas non plus de théorie juridique de cette sorte. »<sup>24</sup>*

---

<sup>24</sup> C. SCHMITT, Les trois types de pensée juridique, op. cit., p. 93  
préface de D. SEGLARD.

