

Volker NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015

La littérature consacrée à la postérité controversée de Carl Schmitt ne cesse de revenir sur de douloureuses questions (celles des compromissions, ambiguïtés et duplicités du Méphisto de l'époque pré-hitlérienne) qui ont toujours divisé ses exégètes et pesé sur le destin posthume de l'homme et de son œuvre. Dans son ouvrage *Carl Schmitt als Jurist*, Volker Neumann se propose de tenir ces questions quelque peu à distance pour dresser de Schmitt un portrait de « juriste ». L'adjonction que porte le titre de son ouvrage – « comme juriste [*als Jurist*] » – exprime clairement cette ambition et vaut délimitation thématique du propos. Une telle entreprise est curieusement assez inédite en Allemagne : en effet, si des juristes comme Hasso Hofmann ou Peter Schneider ont pu porter un regard critique sur l'œuvre de science juridique du célèbre penseur weimarien, ils ont cependant mené leur étude en tant que philosophes du droit ou théoriciens de l'État, mais non pas comme « dogmaticien [*Dogmatiker*] » du droit public interne ou du droit public international. Empruntant les voies d'une dogmatique juridique (*Rechtsdogmatik*) focalisée sur la pratique et les processus du droit, V. Neumann s'emploie justement à une telle entreprise pour montrer que Schmitt s'est assuré une présence durable dans l'histoire du droit public allemand. Son ouvrage est ainsi consacré à une méticuleuse recherche de cette présence non seulement dans la doctrine weimarienne (G. Anschütz, H. Heller, R. Thoma, H. Triepel et, bien sûr, Kelsen), mais aussi dans la théorie générale de l'actuel État fédéral et au sein de la jurisprudence constitutionnelle du Tribunal de Karlsruhe. Commentant un jugement de Bernhard Schlink qui fait état d'une « influence impressionnante » de l'œuvre étatique et constitutionnelle de Schmitt et qui inscrit ce dernier dans une galerie des ancêtres commencée par Paul Laband et Georg Jellinek, V. Neumann est d'avis que le « bon ordre » de cette prestigieuse galerie serait le suivant : Laband, Kelsen, Schmitt.

Le chemin emprunté par V. Neumann est semé d'embûches car il s'avère malaisé, si ce n'est impossible, de faire le départ, chez le juriste rhéno, entre des argumentations juridico-dogmatiques et des argumentations de théories de l'État ou du droit. De surcroît, Neumann constate que Schmitt s'est très souvent démarqué du positivisme de droit public. Reprenant, à cet égard, le mot de E.R. Huber faisant de Laband le « Professeur strasbourgeois » de Schmitt, il observe que le « réalisme conceptuel » de Schmitt n'a rien à voir avec la méthode de travail de Laband. Alors que ce dernier recherche des concepts généraux du droit qu'il trouve de préférence dans le droit civil, Schmitt prend soin de former, en général, ses propres concepts à l'aide desquels il saisit ensuite les manifestations juridiques et la réalité politique et sociale (il est ainsi conduit à dissimuler le droit positif « dans le carcan de concepts soi-disant absolus de droit public »). Dans la mesure où, pour Laband, la science du droit

travaille seulement la forme et non pas le contenu du droit positif, la méthode juridique et méthodique constitue, pour le célèbre publiciste wilhelminien, un travail de réflexion purement logique qui ne laisse aucune place à des considérations historiques, philosophiques ou politiques. Schmitt a, pour sa part, toujours ignoré une telle séparation de l'être et du devoir-être, du droit positif et du droit naturel. Selon V. Neumann, le dépassement de ces traditionnelles séparations est manifeste dans la pensée de *l'ordre concret* (selon celle-ci, le droit est essentiellement formé d'institutions – la famille, le « gardien de la constitution » – cristallisées autour d'une « substance juridique » qui leur est propre et qui est transcrite, en partie, dans des règles formelles). Cette pensée de *l'ordre concret* fait, d'une part, des réalités du *Sein* des sources du droit et, d'autre part, supprime toute séparation du juridique et du politique, du juridique et de l'idéologique. Ainsi, bien loin d'être « un étonnant élève de Laband », Schmitt apparaît plutôt appartenir à l'école des anti-positivistes marquée par une profonde adversité à l'encontre du positivisme étatique en général et de la théorie kelsénienne du droit en particulier. Cependant, parmi les membres de cette école, au nombre desquels on compte, par exemple, Erich Kaufmann ou Rudolf Smend, Schmitt détone par son souci d'une argumentation clairement structurée. Schmitt est enclin, la plupart du temps, à privilégier la *théorie constitutionnelle* (qui conduit, par une démarche interdisciplinaire, vers des abstractions à partir du droit constitutionnel positif) sur la *dogmatique constitutionnelle* qui porte son attention, à la faveur d'arguments logiques et systématiques, sur les applications et les formes méthodologiques. Cette inclination commence à s'imposer dans la seconde moitié des années 1920. À cet égard, les textes relatifs à la « dictature présidentielle », que ce soit *Der Hüter der Verfassung* ou *Legalität und Legitimität*, révèlent le fait que Schmitt agit alors davantage comme un leader idéologique du cabinet présidentiel que comme son *Kronjurist*. Si Schmitt s'immisce, à cette époque, dans le monde délétère de la politique allemande, il devient pourtant un publiciste très sollicité, sans cesse contraint à argumenter en s'inscrivant dans une approche de dogmatique constitutionnelle (comme en témoignent, par exemple, les réflexions de théorie constitutionnelle incluses dans ses contributions relatives au pouvoir dictatorial du Président du *Reich* ou ses discours devant la Cour de Justice de l'État).

En se consacrant essentiellement à la seule argumentation juridique, l'ouvrage de V. Neumann permet, quant à l'étude de la production scientifique de Schmitt, de mettre plus aisément en évidence les fausses voies empruntées dans son œuvre la plus tardive. En effet, alors qu'il est principalement, jusqu'au début des années 1940, un juriste intéressé par les questions méthodologiques et épistémologiques au sein de sa discipline, il devient, dans la seconde partie de son séjour à la *Handelshochschule* de Berlin, un idéologue qui prend lentement le pas sur le juriste, évolution qui apparaît comme un terrible désaveu pour celui qui disait partager la thèse savignicienne du rôle éminent dévolu aux juristes (dans les mains desquels il avait souhaité laisser la destinée de la Constitution weimarienne). Ainsi, dans son *Der Hüter der Verfassung*, si certains traits de l'argumentation se rattachent encore à la controverse scientifique relative à l'instauration d'une juridiction constitutionnelle, d'autres traits argumentatifs, consacrés au

thème du pluralisme, n'ont presque plus rien à voir avec le droit constitutionnel positif. *Legalität und Legitimität* n'est plus qu'un écrit de propagande politique, dont certains thèmes de droit public ne peuvent plus tromper. À la fin de la République weimarienne, il est ainsi « plus l'idéologue en chef que le *Kronjurist* de la dictature présidentielle ». Alors que ses écrits sont encore, dans la seconde partie de l'année 1932, ceux d'un partisan de F. von Papen qui comprend que la dictature présidentielle n'a plus d'avenir, ils se transforment, après 1933, en une pure propagande au soutien du régime hitlérien.

Dressant l'inventaire de la présence des idées schmittiennes au sein de la littérature publiciste allemande, V. Neumann remarque que, sur le plan du droit international public, cette présence est très faible, à l'exception de son écrit consacré à la figure du partisan qui, sans rencontrer d'approbation doctrinale, a trouvé une certaine réception dans l'interrogation portée sur le terrorisme mondialisé compris comme le produit de l'âge post-étatique de la politique (chez le juriste rhénan, la « politique totale » du partisan est contemporaine d'une déterritorialisation du politique qui succède aux « dépolitisations » de l'ère libérale). Par contre, l'influence du *Schmitt théoricien de l'État* est bien plus importante, tout particulièrement sur la littérature consacrée au processus de sécularisation et à la critique du parlementarisme. La réception de sa célèbre critique du parlementarisme a ainsi été préparée, dans les années 1960, par J. Habermas qui, dans sa thèse de doctorat, a repris, d'une part, la conception selon laquelle le consensus sur ce qui peut être jugé nécessaire et raisonnable au plan de l'intérêt général s'établit par la discussion publique et, d'autre part, le diagnostic selon lequel le parlement est devenu, suite au développement des partis de masse, un espace « où se rencontrent des délégués de partis liés par des instructions afin d'enregistrer des décisions déjà arrêtées ». Parallèlement à cette influence sur Habermas qui fit alors scandale en qualifiant Schmitt de « fils légitime de Max Weber », la critique du parlementarisme formulée par la gauche estudiantine d'outre-Rhin fut aussi marquée par les écrits de Johannes Agnoli qui, adossé à la critique schmittienne des défaillances du parlementarisme libéral, définissait le parlement comme une simple « machine d'enregistrement » composée de représentants « appliquant les directives de leurs adjudicateurs ». Quant à l'étude du processus de sécularisation, on peut rappeler que la célèbre formule de E.-W. Böckenförde selon laquelle « l'État libéral sécularisé vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas à même de garantir lui-même » exprime le fait qu'un tel État se fait fort de garantir la démocratie, la justice et le respect des droits de l'homme sans jamais, du fait de sa neutralité axiologique, se préoccuper de définir ce qui est bon et moralement juste. En effet, un tel État ne peut, à vrai dire, être établi et perdurer que dans la mesure où la liberté qu'il garantit « peut être régulée par la substance morale des individus et l'homogénéité de la société » (cette homogénéité procède avant tout des « conceptions communes relatives aux modalités de la vie collective »). Tout en s'inscrivant dans la postérité de cette notion schmittienne d'« homogénéité », la signification donnée par Böckenförde à ce terme est, cependant, plus proche de celle que lui confère Kelsen car il comprend cette homogénéité comme une exigence préalable de l'application des règles procédurales démocratiques (au premier chef desquelles le

principe majoritaire). Soulignant que tout État a besoin d'un lien unificateur garantissant l'homogénéité qui précède la liberté, la théorie de Böckenförde invite donc à se garder d'une pensée introvertie de l'État de droit ignorante des conditions de possibilité d'un tel modèle étatique et à comprendre l'État comme l'instance qui, par l'établissement de l'état de paix intérieure, crée les conditions de validité du droit positif.

Quant aux apports de son œuvre à la jurisprudence constitutionnelle, Carl Schmitt a pu être qualifié d'ancêtre de la *dogmatique de la légitimation* (théorisée, dans les années 1980, par E.-W. Böckenförde et reprise, plus tard, par le Tribunal de Karlsruhe). Selon celle-ci, la tâche à laquelle doit s'atteler une organisation démocratique de la collectivité politique n'est pas de déconstruire tout pouvoir ou organe représentatif non soumis à un mandat impératif, mais de soumettre tout pouvoir à la légitimation démocratique au sein d'un processus ouvert de formation de la volonté, c'est-à-dire de le subordonner à la responsabilité et au contrôle démocratiques afin que son action puisse valoir comme étant exercée pour le peuple et au nom du peuple. Au regard de l'article 20 al. 2 de la Loi Fondamentale qui pose que tout le pouvoir étatique doit procéder du peuple, la doctrine d'outre-Rhin a pu souligner que cette conception de la démocratie défendue par Böckenförde repose sur la conception schmittienne d'une unité politique homogène. Selon V. Neumann, si les principales convergences entre les deux auteurs concernent la manière d'appréhender la représentation du peuple (la distinction entre la *volonté de tous* et la *volonté générale*), de profondes divergences demeurent : alors que la représentation est, pour Böckenförde, un « élément constitutif de la démocratie », Schmitt est fidèle à l'héritage de Rousseau en ce qu'il distingue strictement la *représentation* de la *démocratie* (chez lui, le lien entre peuple et représentation s'opère par l'acclamation publique, « phénomène démocratique primitif » écartant les intérêts particuliers).

Au titre des conceptions schmittiennes dont l'ombre portée sur la doctrine publiciste d'outre-Rhin est la plus étendue, il convient, selon V. Neumann, de mentionner, au premier chef, la dogmatique des droits fondamentaux, et tout particulièrement la définition de ces derniers comme des « droits absolus » (par exemple, la liberté de conscience), non garantis et limités dans les conditions prévues par une loi (selon une formule de la *Verfassungslehre*, « l'un des traits propres au principe de répartition de l'État de droit bourgeois consiste dans le fait que la liberté individuelle soit présumée et que la restriction imposée par l'État apparaisse comme une exception »). On sait, à cet égard, que Schmitt juge nécessaire de faire une distinction (qui n'est pas parvenue à s'imposer dans la doctrine d'outre-Rhin) entre ces droits fondamentaux et les *garanties institutionnelles* (en effet, ceux des droits individuels qui dépendent de l'insertion de l'individu au sein d'un ordre étatique doivent être entendus comme des garanties institutionnelles qui supposent une limitation définie par la législation). Témoignant d'une absorption du droit naturel dans le droit public, cette transformation des droits fondamentaux en *garanties institutionnelles* implique leur subordination à l'État qui les garantit par des prescriptions.

Le juriste rhénan est également souvent cité à propos de la garantie des clauses d'éternité de l'article 79 al. 3 de la Loi Fondamentale, garantie pour

laquelle, toutefois, sa célèbre conception « au sens positif » de la constitution (un acte décisionnel accompli par l'unité politique « pour elle-même » par le biais du titulaire du pouvoir constituant) ne constitue pas un moyen d'interprétation éclairant. Richard Thoma fut un des premiers critiques de la théorie schmittienne des limitations matérielles de la révision de la constitution. Selon lui, la constatation succincte selon laquelle il est possible, sur le plan du droit positif, qu'un texte constitutionnel puisse conférer une intangibilité formelle à certaines de ses normes, commande, en 1929, l'implacable jugement suivant : « le droit constitutionnel allemand établi ne saurait, en aucun cas, justifier un tel examen ». R. Thoma observe, cependant, trois ans plus tard, que cette théorie trouve sa raison d'être dans « la peur d'une éventuelle et prochaine majorité qualifiée des deux tiers socialiste qui pourrait supprimer l'article 153 alinéa 2 de la Constitution weimarienne et remplacer le *Reichsrat* (assurant la représentation des *Länder*) par un *Reichsarbeitsrat* (assurant la représentation des travailleurs) ». Selon V. Neumann, la critique de R. Thoma est encore aujourd'hui recevable, comme en témoigne l'appréciation de Michael Stolleis selon laquelle la théorie de Schmitt, « très précaire sur le plan méthodique », se ramène à « un démantèlement quasi-jusnaturaliste du droit positif ». Quant aux implications politiques de cette théorie, bien qu'elle soit en mesure d'empêcher l'instauration d'une monarchie héréditaire par une majorité qualifiée, R. Thoma se montre sceptique quant au fait de savoir si elle est bien utile au camp républicain. En premier lieu, Schmitt n'établit aucun inventaire des normes intangibles. En second lieu, sa théorie est susceptible de conduire, du fait de la possibilité d'un contrôle juridictionnel, à « une victoire de la méfiance des juristes à l'encontre de la loyauté constitutionnelle des hommes politiques ». Enfin, cette théorie conduit « non pas à une sanctification, mais à une dévalorisation des constitutions écrites auxquelles elle confère une grande fermeté qui, dans certaines circonstances, peut les briser ». Si elle fait l'objet de certains soutiens dans la littérature publiciste weimarienne, cette théorie est principalement rejetée en ce qu'elle ne trouve aucun appui dans le texte normatif de la Constitution. Quant à son influence sur la célèbre « clause d'éternité » de la Loi Fondamentale (article 79 alinéa 3), tout effort pour faire un lien avec la théorie de Schmitt est voué à l'échec car cette dernière s'adosse sur la célèbre distinction entre *constitution* et *lois constitutionnelles*, distinction que ne reconnaît en rien la Loi Fondamentale (même si on peut estimer que la distinction entre législation constitutionnelle et révision constitutionnelle y est présente : l'article 79 al. 1 et 2 encadre la révision de la Constitution alors que l'article 79 al. 3 protège les principes structurels de la Constitution de toute atteinte de la part des pouvoirs constitués).

Parmi de nombreuses traces d'influence schmittienne dans la littérature publiciste, il convient également de rappeler que, dans ses réflexions consacrées à l'État de droit, la théorie générale de l'État d'outre-Rhin a souvent repris le commentaire sceptique du juriste rhénan à l'égard du principe de l'articulation des pouvoirs (on sait qu'il n'emploie pas l'expression de « séparation des pouvoirs [*Trennung der Gewalten*] » et lui préfère celle de « distinction [*Gewaltenunterscheidung*] »). Placée, selon lui, au fondement de toute « constitution libérale bourgeoise », la « distinction » signifie non pas un isolement complet des divers pouvoirs, mais le fait de

distinguer les différentes parties composant le pouvoir unitaire de l'État, c'est-à-dire non pas une *séparation*, mais une *balance* permettant contrôle et blocages réciproques (rappelons qu'une telle signification, formulée dans la *Verfassungslehre*, est défendue, plus tard, dans *Der Hüter der Verfassung*, au soutien de l'affirmation de la nécessité d'un pouvoir neutre – celui exercé par Hindenburg en tant que « gardien » – qui transcende la compétition entre les pouvoirs).

Une autre trace identifiable concerne la théorie schmittienne de l'État fédéral qui, élaborée en 1928, a connu, après la guerre, une forte réception : dans les années 1960, Heinhart Steiger reconnaît ainsi la particulière pertinence de cette théorie qui, écartant la distinction classique entre État fédéral et Confédération d'États, abandonne le concept de souveraineté pour expliquer le caractère fédéral de la Communauté européenne. On sait que la *Verfassungslehre des Bundes* a connu une renaissance inattendue à la faveur d'une compréhension doctrinale du fédéralisme qui a consisté, ces dernières années, à le détacher de l'État et à user du terme de *Fédération* entendue comme un mode non étatique d'organisation sociale et politique (dans la mesure où la souveraineté est historiquement et intrinsèquement liée à l'État, et dans la mesure où la *Fédération* dépasse le modèle étatique, il n'existe pas de lien entre la *Fédération* et la souveraineté). Ainsi, Olivier Beaud, sensible à la présentation schmittienne de la Fédération qui met en évidence un « dualisme de l'existence politique » entre une unité politique résultant de l'association (la Fédération) et une pluralité d'unités politiques (les États membres), présente Schmitt comme l'un des juristes, avec Pufendorf et Pellegrino Rossi, dont l'œuvre fut « décisive » dans l'élaboration de sa propre *Théorie de la Fédération*.

Dans sa recherche de l'héritage théorique laissé par l'œuvre schmittienne, V. Neumann n'est jamais enclin à survaloriser l'influence du juriste weimarien : il qualifie, par exemple, de « légende » le fait de voir en ce dernier un des pères théoriques de la V^e République française. À ses yeux, l'opinion selon laquelle certaines positions défendues dans *Der Hüter der Verfassung* se retrouvent, à la faveur de leur réception par René Capitant, dans l'économie de la Constitution française de 1958 ne peut être que difficilement soutenue. En effet, alors que le Président de la République ne devait être, aux yeux de Capitant, qu'un « rouage accessoire » du parlementarisme, l'ouvrage publié en 1934 par Schmitt avait pour principal dessein un renforcement du gouvernement par une affirmation des compétences du chef de l'État. En outre, la formule de l'article 5 de la Constitution française, selon laquelle le chef d'État « veille au respect de la Constitution », n'exprime pas, dans le traditionnel vocabulaire du droit constitutionnel, une attribution inhabituelle des fonctions du chef de l'État et n'est donc pas une reprise du « gardien [*Hüter*] » de la Constitution weimarienne (ainsi, même si la Constitution de 1958 avait explicitement fait mention du terme de « gardien de la Constitution », cette formule n'aurait pas constitué une preuve irréfutable de la réception de Schmitt).

D'autres influences sont grevées de plus lourds sous-entendus politiques, ce qui est particulièrement vrai des écrits de droit international. On sait que, pour le juriste weimarien, seul « l'État total » peut libérer l'Allemagne du statut international défini à Versailles (et légalisé à Genève)

et combattre le libéralisme allemand qui n'est, à ses yeux, que le Cheval de Troie de la domination occidentale. Concernant cette interprétation tragique de l'histoire du droit international dans laquelle le Traité de Versailles est vu comme le moment décisif de la dislocation du *Jus publicum europaeum*, ce sont essentiellement des penseurs politiques et des historiens des idées, et non pas la doctrine juridique internationaliste, qui ont repris et souhaité développer plus avant la doctrine schmittienne du *Nomos de la terre* qui souligne que l'hypocrisie et l'humanisme proclamé des démocraties libérales les condamnent, lors d'une déclaration de guerre, à justifier cette dernière sous les formes d'un combat pour le Droit et l'Humanité dont l'enjeu devient l'éradication du mal (la « guerre juste » emportant l'anéantissement de l'État ennemi disqualifié et criminalisé). De même, seuls les auteurs de sciences politiques ont fait une réception de la notion de « l'ordre du grand espace international ». Rappelons, à cet égard, qu'après l'adieu à l'État souverain exprimé dans son livre consacré au *Léviathan* de Hobbes, Schmitt redéploie sa pensée dans le domaine du droit international pour y prédire l'effacement des entités étatiques comme lieux de souveraineté et leur remplacement par un « *Grossraum* [grand espace] » détenant le monopole des relations internationales. Il s'agit, pour lui, de définir une nouvelle conception de l'espace susceptible de surmonter les souverainetés parcellaires et l'universalisme politique triomphant (qui n'est, selon lui, que le camouflage idéologique des intérêts impérialistes des grandes puissances). Quant à la réception de ces thèses, V. Neumann, tout en rappelant que Franz Neumann a présenté Schmitt, dans son *Behemoth*, comme « la voix dominante dans le chœur révisionniste des nationaux-socialistes », considère qu'il est pourtant assez réducteur d'agréger Schmitt aux théoriciens du *Volkstum* (mot intraduisible exprimant l'esprit de la race). La doctrine du « grand espace » a souvent été, en Allemagne ou en Italie, utilisée comme une « catégorie d'analyse » propre à expliquer des phénomènes de politique internationale (par exemple, Wolfgang Friedmann estimait que le discours officiel de justification de l'intervention des États-Unis en République dominicaine présentait des accents semblables à ceux de l'affirmation d'un « ordre légal international des grands espaces »).

Dans ses pages conclusives où il est disposé à suivre, quant au seul droit international public, le jugement de Niklas Luhmann selon lequel Schmitt est, « en tant que juriste », largement surestimé, V. Neumann observe que si le célèbre juriste weimarien appartient incontestablement à l'histoire de la science du droit public et de la théorie du droit allemandes, il n'a cependant pas posé les fondements de ces disciplines, ce qui, en revanche, est peut-être le cas pour la science politique d'outre-Rhin. Il est manifeste, à cet égard, que le succès mondial rencontré par les écrits de Schmitt procède davantage de la lecture de *La Notion de politique* que de sa *Théorie de la Constitution*. Le considérable débat dont a fait l'objet son œuvre a davantage eu lieu en dehors de la science du droit public. C'est, par exemple, une question fort controversée que celle de savoir si Schmitt a conçu le rapport ami/ennemi comme la *qualité* ou comme la *condition de possibilité* des comportements politiques : selon E.W. Böckenförde, *La Notion de politique* est un avertissement à l'encontre de l'éventuel éclatement des oppositions sociales en d'inconciliables inimitiés : au sein de l'État, la politique doit assurer, par le monopole étatique de la violence, un ordre de paix qui doit conserver les

conflits et les affrontements au-dessous du plan des groupes ami/ennemis. Selon V. Neumann, une telle interprétation ne saurait emporter la conviction car les « concepts secondaires de la politique » sont, chez Schmitt, employés de manière négative, c'est-à-dire interprétés comme déficitaires par rapport à la « haute politique » au sens de la théorie du rapport ami/ennemi.

Malgré ses lourdes ambiguïtés, le concept schmittien du politique peut parfois servir d'outil intellectuel à des desseins tout à fait opposés à ceux poursuivis par le juriste weimarien : ainsi (et pour prendre un exemple extérieur au monde allemand étudié par Neumann), dans son ouvrage *L'illusion du consensus*, C. Mouffe, soucieuse de sortir le débat public de l'obsession du consensus imposé par J. Habermas ou U. Beck, juge nécessaire d'accepter le conflit et suggère, à propos de Schmitt, de penser « avec lui contre lui » pour réaffirmer les identités politiques et établir la confrontation entre elles (la redécouverte de la dimension partisane du politique doit appréhender cette confrontation non pas en termes d'ami/ennemi, mais selon des formes propres à préserver le pluralisme démocratique). Au titre des déclinaisons du critère schmittien du politique, Neumann fait aussi état du « droit pénal de l'ennemi [*Feindstrafrecht*] » théorisé par Günther Jakobs qui, par sa distinction entre le citoyen respectueux de l'ordre juridique et l'ennemi de cet ordre, a radicalisé la distinction schmittienne ami/ennemi. Selon lui, parallèlement au « droit pénal du citoyen [*Bürgerstrafrecht*] » composé de dispositions grâce auxquelles un individu peut, en vertu de son appartenance à la communauté politique, bénéficier de garanties juridiquement sanctionnées, le « droit pénal de l'ennemi » s'adresse à des sujets mis, de leur propre fait, au ban de la communauté politique et privés, de ce fait, de la jouissance de certains droits.

Dans son effort d'appréciation critique de l'œuvre schmittienne qu'il se propose de soumettre à une grille de lecture juridique, V. Neumann, soucieux de mettre en évidence la toile de fond historique sur laquelle s'est tissée cette œuvre, ne s'abandonne jamais à une quelconque mansuétude à l'endroit d'un auteur qui, après la guerre, ne s'est jamais confronté avec sincérité à la terrible question de sa contribution intellectuelle à l'établissement du régime meurtrier nazi et à la propagation de l'antisémitisme comme doctrine étatique. À l'opposé d'un Julien Freund qui a estimé que la « noblesse » de la retraite de Plettenberg avait constitué « la meilleure garantie de la droiture des jugements » portés par Schmitt sur son passé, V. Neumann est d'avis que ce dernier, bien loin de se retirer dans la « sécurité du silence », s'est contraint à une discrétion lui permettant d'échapper à toute interrogation critique sur son rôle dans la *catastrophe allemande*. Observant qu'il est toujours singulier de constater combien peuvent alterner, inopinément, dans son œuvre, des traits de génie et une logorrhée triviale, V. Neumann souligne que ses rares réponses à cette interrogation, où le larmoyant le dispute à l'agressivité, sont marquées « d'une effarante stupidité ». Se perdant en de médiocres excuses et dénégations, Schmitt s'est surtout employé à multiplier de fausses pistes, comme celle d'un antisémitisme adopté comme une posture d'auto-protection ou celle d'une réécriture de la légende du positivisme juridique. À cet égard, à l'opposé de la version habituelle d'une des plus tenaces légendes de la littérature publiciste qui soutient que le positivisme juridique

aurait condamné l'ordre constitutionnel weimarien à une neutralité axiologique le conduisant jusqu'au « suicide », Schmitt est d'avis que le positivisme juridique alors dominant a pu aller, dans sa radicalité, jusqu'à qualifier de « juridique » toute norme ou commandement susceptible d'être considéré comme l'ordonnance légale d'une autorité gouvernementale compétente (c'est ainsi que Hitler a pu être défini comme la source de toute légalité). Schmitt pensait avoir trouvé par là l'explication psychologique et sociologique de l'attitude des hauts fonctionnaires qui avaient participé à l'inhumanité faite loi sans avoir été considérés « comme des malades mentaux irresponsables ». Ainsi, par exemple, le fait que le national-socialisme ait pu s'assurer de la loyauté du barreau ne procède pas de l'objectivité et de la distanciation imposées par le positivisme juridique, mais bien plus de l'identification du praticien du droit à la *Weltanschauung* des nationaux-socialistes. Selon V. Neumann, l'attitude de Schmitt lui-même, qui a invité les praticiens du droit à interpréter et à appliquer les clauses générales dans le sens des principes fondamentaux du national-socialisme et à être ainsi des employés de la volonté du *Führer*, en est un témoignage édifiant. À dire vrai, la théorie et les méthodes de travail du positivisme étatique (transparence, intelligibilité et rigueur conceptuelle) se tenaient en totale opposition avec la réalité juridique du régime hitlérien, système de terreur caractérisé, comme l'a montré M. Stolleis, par une forte « informalisation juridique » par laquelle s'est effacée la frontière entre décret, ordonnance et loi (R. Capitant qualifie le droit public hitlérien de simple « technique de la puissance »).

Sans s'aventurer dans la question même de la trahison du clerc (débat auquel J.-F. Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Gallimard, 2011¹, a apporté une très stimulante contribution en défendant la thèse d'une autonomie de la pensée savante et en nous invitant à faire un usage critique et vigilant des écrits schmittiens à l'aune des seuls impératifs de la rationalité discursive), V. Neumann observe que l'intérêt mondial pour l'œuvre schmittienne, qui porte bien plus sur la science politique que sur la science du droit, procède avant tout du considérable intérêt porté à l'époque historique durant laquelle Schmitt a écrit ses ouvrages majeurs, une époque qui fut un fascinant laboratoire d'expérimentation des idées politiques au sein duquel a été testée la capacité de résistance des structures étatiques à la violence historique. Tout en soulignant que ce nécessaire effort de contextualisation historique ne saurait servir une quelconque recherche de circonstances atténuantes, V. Neumann estime que si les réponses que Schmitt a apportées aux enjeux du siècle sont objectivement contestables, partisans et souvent grevées d'une imposante mauvaise foi (qui le conduit à imputer tous les maux dont souffre la modernité à la logique universaliste des droits de l'homme et à minorer, à l'inverse, les effets destructeurs des logiques particularistes), elles témoignent, dans leur nature problématique même, de la virulence des champs de bataille théoriques de l'Entre-deux-guerres. À cet égard, on peut considérer que ses écrits permettent plus

¹ Voir notre recension dans *Jus Politicum*, n° 8, texte disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Jean-Francois-Kervegan-Que-faire-de-Carl-Schmitt-Paris-Gallimard-2011-552.html>.

d'interroger que de démêler les enjeux de notre modernité en ce qu'ils donnent essentiellement à voir et à comprendre les funestes pathologies de la politique moderne. Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer et Franz Neumann ont pu ainsi tirer grand profit de certaines observations formulées dans *État, mouvement, peuple* qui donnent à voir les défaillances structurelles d'une organisation juridique de l'État basculant dans le totalitarisme. Il est vrai que l'intérêt pour les écrits schmittiens procède souvent du fait qu'ils apparaissent comme un témoignage et un reflet théorique très révélateur de l'époque durant laquelle ils ont été écrits. Ainsi, par exemple, les ambiguïtés de l'idée schmittienne d'*État total* sont celles qui caractérisent la notion même de « totalitarisme », une notion conduisant la pensée de l'État à l'extrémité de ce qui peut être appréhendé sous le vocable d'*État*².

Tout en saluant le stimulant et méticuleux effort de V. Neumann pour identifier la présence des concepts et des positions du « juriste » Carl Schmitt dans la littérature publiciste d'outre-Rhin, concluons cette recension en soulignant que l'œuvre schmittienne ne peut, par-delà cette présence, que très difficilement faire l'objet d'un droit d'inventaire. En effet, en ce qu'elle commande une très grande lucidité critique, elle n'autorise pas d'héritage au sens classique du terme.

Jacky Hummel est Professeur agrégé de droit public à l'Université Rennes 1. Il est notamment l'auteur de Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : Le modèle allemand de la monarchie limitée, Paris, PUF, 2002 ; Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique, Paris, Michalon, 2005 ; Essai sur la destinée de l'art constitutionnel, Paris, Michel Houdiard, 2010.

² Sur cet exemple, nous prenons la liberté de renvoyer à J. HUMMEL, « L'État totalitaire et l'essence du politique. La notion d'État totalitaire et le concept schmittien d'un "État qualitativement total" », in J. BAUDOIN & B. BRUNETEAU (dir.), *Le totalitarisme. Un concept et ses usages*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, p. 93-114.