

Augustin Simard

L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la « démocratie militante » en R.F.A.

C'est avec un enthousiasme touchant, mais qui paraîtra un peu déplacé aux yeux de la postérité, que l'Assemblée constituante de 1791 remettait la garde de la constitution qu'elle venait d'adopter « à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français » (titre V, article 8). En dépit de ce que laisse croire sa formulation emphatique, cette disposition appartient de plain-pied à l'histoire du constitutionnalisme moderne. Elle rend sensible le déplacement qui s'est opéré, au cours de la seconde moitié du XVIII^e siècle, quant à la façon d'envisager la conservation d'un régime.

Si la question des conditions nécessaires à la survie d'un régime a préoccupé la réflexion politique au moins depuis *La république* (546a-547a) de Platon, le problème concernait alors exclusivement la compatibilité et l'adéquation dudit régime à des données extérieures, perçues comme éminemment contraignantes. Au cours des grandes phases d'innovation constitutionnelle de la fin du XVIII^e siècle, la persistance d'un régime acquiert une autre signification : elle se rapporte désormais à un pouvoir d'auto-affirmation de l'ordre constitutionnel, à une sorte de « droit à la survie » immanent qui, non seulement autorise, mais exige une défense *active* de la constitution. Un régime constitutionnel, faut-il entendre, n'est pas seulement le fruit des circonstances. Sa survie, loin de dépendre de l'adéquation à un substrat lourd de son antériorité (mœurs, caractère national, religion, climat), repose d'abord sur une disposition qu'il faut nourrir. On doit, par conséquent, le protéger contre ses ennemis.

Une part non négligeable du développement de l'État constitutionnel au cours des XIX^e et XX^e siècles a consisté en un effort pour trouver une formule positive à cette idée de protection de la constitution qui, pour avoir été énoncée explicitement dès 1791, n'en demeurait pas moins amorphe. Ainsi, à l'épreuve des échecs constitutionnels des deux derniers siècles, le système de défense constitutionnelle s'est formalisé, ses conditions de mise en œuvre se sont codifiées, et les pouvoirs qu'il implique ont pris la forme de compétences réglées, inscrites au sein d'une hiérarchie de normes. D'un pouvoir diffus, encore pétri de l'ancien « droit de nécessité » (*Staatsnotsrecht*), le système de défense constitutionnelle s'est métamorphosé en un dispositif légal et prévisible.

Le présent article voudrait éclairer ce qui est souvent envisagé comme le dernier stade de ce processus de formalisation : le dispositif de protection prévu par la constitution allemande de 1949. On ne saurait bien sûr ignorer l'enracinement de ce dispositif – qu'il est d'usage de qualifier de *streitbare Demokratie* (démocratie « militante » ou « combative »)¹ – dans une trajectoire nationale tragique. Pourtant, tout en tirant leçon de ces catastrophes, les constituants de 1949 et la doctrine qui leur a succédé ont revendiqué pour le concept de « démocratie militante » une validité très large, prétendant dépasser la tension considérée jusqu'alors insoluble entre liberté des citoyens et sûreté de l'État². En revenant sur la genèse de ce dispositif de protection et sur le discours qui l'a accompagnée, il s'agira de relever l'empreinte profonde laissée par les controverses doctrinales de la fin de la république de Weimar et d'apprécier l'ascendance des « spectres du passé » sur « le cerveau des vivants » (Marx). Pour le dire schématiquement, le concept de « démocratie militante » est le produit d'une certaine « métabolisation »³ de l'échec de Weimar, d'une certaine interprétation des possibles constitutionnels qui s'offraient en 1930-1933, et d'une certaine mise en forme polémique du passé. Invitation donc à procéder à ce qu'il convient d'appeler une « étude des sources » de la notion de démocratie militante en Allemagne, en prenant comme fil conducteur le travail d'un juriste allemand exilé, Karl Loewenstein, et le rôle déterminant – mais, au bout du compte, paradoxal – qu'il a joué dans la politique constitutionnelle de la reconstruction démocratique post-1949.

I. Sagesse posthume et traumatisme démocratique

Dans son petit ouvrage *Prelude to Silence*⁴, Arnold Brecht avançait un diagnostic assez cohérent quant à l'échec de la république de Weimar. S'adressant d'abord à un public américain – Brecht enseignait alors à la *New School for Social Research* – l'ouvrage ne prenait pas moins place dans une conversation qui impliquait de façon indirecte quelques dizaines de « survivants » de Weimar – des juristes surtout, mais aussi des sociologues et des philosophes, juifs ou socialistes pour la plupart, qui réussirent à gagner l'Amérique avant qu'il ne soit trop tard. Parmi

¹ Cf. Eckard Jesse, *Streitbare Demokratie*, Berlin, Colloquium, 1980. Pour une présentation officielle, cf. la documentation publiée par le Bureau fédéral de protection de la constitution, *Bundesamt für Verfassungsschutz. Aufgaben, Befugnisse, Grenzen*, Cologne, 2002.

² Sur les difficultés conceptuelles propres à la *streitbare Demokratie*, cf. Otto Pfersmann, « Shaping Militant Democracy », in A. Sajó (dir.) *Militant Democracy*, Utrecht, Eleven, 2004, p. 47-60.

³ J'emprunte ce terme à Jan-Werner Müller, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, p. 5.

⁴ *Prelude to Silence. The End of German Republic*, Princeton University Press, 1944. Brecht reviendra sur les thèses exposées dans *Prelude to Silence* à l'occasion de son autobiographie, *The Political Education of Arnold Brecht*, Princeton University Press, 1970.

cette communauté d'exilés, il faut mentionner, outre celui de Brecht, les noms de Karl Loewenstein, Sigmund Neumann, John Herz, Ferdinand Hermens, Franz L. Neumann, Otto Kirchheimer et Erich Voegelin⁵.

Si le diagnostic posé par Brecht mérite l'attention, ce n'est pas uniquement à cause de son caractère précoce, mais aussi parce qu'il émane d'un témoin direct de la crise de Weimar. Haut fonctionnaire fédéral, Arnold Brecht fut l'un des instigateurs de la loi de 1922 sur « la protection de la république ». À ses yeux, la crise de la république de Weimar relève d'une auto-intoxication démocratique. On peut trouver diverses variations sur ce thème au sein de son œuvre, la formulation la plus schématique se trouvant au début de *Prelude to Silence* :

Le fait décisif, c'est qu'après 1920, il n'y avait plus en Allemagne de majorité en faveur de la démocratie. Il pouvait bien sûr y avoir des gouvernements constitutionnels, appuyés sur une majorité au parlement, mais aucun d'eux ne pouvait poursuivre une politique démocratique cohérente [...]. L'absence d'une majorité pro-démocratique a été une maladie mortelle.

La métaphore pathologique est ici révélatrice, en ce qu'elle suggère l'inéluctabilité à la crise finale, qui n'est retardée que par le fait que la majorité anti-démocratique se trouve elle-même divisée en camps inconciliables : les communistes, la droite anti-républicaine et le mouvement nazi. Si l'argument peut paraître simpliste, il a au moins le mérite d'être clair : la dissolution du régime républicain s'explique par le fait que la légalité constitutionnelle ne reposait sur rien, dès le début des années 1920, puisqu'une majorité d'Allemands étaient opposés à la république. Indices irréfutables de la progression de la maladie, le résultat des élections législatives (neuf en quatorze ans) revêtent une signification capitale dans le diagnostic de Brecht. Au fur et à mesure que les partis républicains (SPD, DDP, Zentrum) perdent des voix, l'étau se resserre sur le gouvernement fédéral. Suivant cette perspective, le succès des nazis apparaît avant tout comme un fait électoral : Hitler est parvenu à réaliser « l'union de la droite » en s'accaparant le vote des partis conservateurs traditionnels.

Aussi, s'il est possible, suivant le diagnostic de Brecht, de parler de la dissolution de la république de Weimar comme d'un échec constitutionnel, c'est en un sens bien précis. Certes, on pourra trouver quelques défauts à la constitution de 1919, notamment l'article 48 sur les pouvoirs d'exception, l'article 25 sur la dissolution du Reichstag et l'article 54 sur le vote de confiance. Mais le véritable problème réside ailleurs; pour survivre, il aurait fallu que la constitution fût moins démocratique ou, pour citer Brecht, qu'elle permît

⁵ Pour un aperçu des positions politiques des exilés et de leur évolution, cf. Matthias Stoffregen, *Kämpfen für ein demokratisches Deutschland. Emigranten zwischen Politik und Politikwissenschaft*, Opladen, Leske+Budrich, 2002.

« la mise hors la loi des partis et des candidats qui défendent des objectifs totalitaires, de sorte qu'une majorité constitutionnelle serait garantie au sein du parlement, même si elle ne constitue plus une majorité dans la population »⁶.

Ce qui fit défaut, ultimement, c'est une propriété d'ensemble, c'est la *densité* de la constitution elle-même. Seule aurait pu se maintenir une constitution ayant préséance sur les procédures démocratiques qu'elle institue.

Sans rapporter aussi mécaniquement l'échec de Weimar à une logique électorale, la plupart des juristes exilés endosseront ce constat. Pour un esprit formé à la tradition juridique continentale, voilà bien un constat tragique, qui engage une sérieuse réflexion sur le pouvoir régulateur d'une constitution et, du même coup, une mise en cause de la pertinence de sa propre discipline, la doctrine juridique, pour rendre compte de la dynamique d'un régime constitutionnel. Mais face à la perspective d'une nouvelle guerre mondiale, c'est un constat qui se traduit surtout, chez les juristes allemands exilés, par une contre-offensive vigoureuse.

De cette contre-offensive témoigne l'œuvre du constitutionnaliste Karl Loewenstein (1891-1973). Suivant une trajectoire atypique, Loewenstein est toujours demeuré entre la théorie et la pratique. Attaché, dans le sillage de Max Weber⁷, à défendre une conception comparatiste et historique de la théorie constitutionnelle, à cheval entre sociologie et méthodologie juridique, il se consacre aussi à la pratique du droit pendant les années de la république de Weimar. En 1931, Loewenstein publie une étude importante sur le pouvoir de révision constitutionnelle et obtint son habilitation auprès de l'Université de Munich. En avril 1933, son cabinet saccagé par les SS, son droit d'enseigner retiré par les autorités universitaires, Loewenstein décide d'émigrer aux États-Unis. Bénéficiant de l'aide du *Emergency Comitee in Aid of Displaced Foreign Scholars*⁸, il enseigne quelques années à Yale, avant d'être recruté par le département de science politique du collège Amherst (Massachusetts).

C'est dans ce contexte d'émigration forcée que Loewenstein rédige une série d'articles disséminés dans des revues savantes tout au long des années 1930, dans lesquels il s'efforce de tirer des leçons de l'échec de Weimar⁹. Le propos y oscille constamment entre une analyse des

⁶ *The Political Education of Arnold Brecht*, *op. cit.*, p. 391.

⁷ L'influence de Max Weber sur Loewenstein fut extrêmement profonde. On se reportera au récit que Loewenstein lui-même donne de sa rencontre avec Weber dans *Max Weber's Political Ideas in the Perspectives of our Time*, Cambridge, University of Massachusetts Press, 1965.

⁸ En ce qui a trait aux structures d'accueil pour les juristes allemands émigrés aux États-Unis, on peut se rapporter à l'enquête de E. C. Steifel et F. Mecklenburg, *Deutsche Juristen im amerikanischen Exil (1933-1950)*, Tübingen, Mohr, 1991.

⁹ Parmi ceux-ci, mentionnons les plus importants « Militant Democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review*, vol. 31, no 3 et no 4, 1937; « Legislative Control of Political Extremism in European Democracies », *Columbia Law Review*, vol. 38,

instruments juridiques destinés à contrer les extrémistes, une caractérisation sociologique du fascisme, et un appel à une défense musclée de la démocratie, débarrassée des scrupules doctrinaux d'antan. Son point de départ prend la forme d'un paradoxe devenu classique : en dépit de sa valeur intrinsèque, la démocratie libérale est un régime qui apparaît éminemment vulnérable.

Une vulnérabilité imputable, bien sûr, à son abstraction, ainsi qu'au degré élevé de formalisation atteint par son système constitutionnel. Mais une vulnérabilité qui tient aussi à la nature de son agresseur le fascisme. Car aux yeux de Loewenstein, le fascisme n'est pas un mouvement politique comme les autres, doté d'un contenu idéologique, d'une doctrine ou d'un programme plus ou moins déterminé¹⁰ ; il s'agit avant tout d'une *technique* politique, « la plus efficace de l'histoire moderne »¹¹, qui sert à créer une situation de guerre civile, rendant impossible le fonctionnement du système parlementaire et favorisant un infléchissement autoritaire c'est-à-dire la concentration des pouvoirs de l'État au sein d'une clique toujours plus restreinte, aboutissant à une situation de « vacuum politique » (K. D. Bracher). Le « programme », l'élément proprement doctrinal n'a donc de valeur que s'il se laisse instrumentaliser au service d'actions déstabilisatrices.

Avant d'être une « idéologie », le fascisme désigne donc un certain mode d'organisation qui s'ordonne à une logique militaire. C'est là ce qui distingue groupe fasciste du parti politique, fût-il antidémocratique. L'aspect ostentatoire de la discipline militaire, même sans l'emploi de la violence, « ne manque pas d'impressionner le bourgeois paisible et respectueux des lois »¹². Subjugués par cette mise en scène de la violence « si étrangère aux manifestations normales de la vie partisane », les éléments loyaux au régime sont tentés d'abandonner l'espace public aux plus violents, quant ils ne font pas carrément défection en recherchant un nouvel alignement politique ou en se constituant eux-mêmes en ligues militaires. Peu importe, l'effet escompté sera atteint : la dissolution du centre politique, la radicalisation des antagonismes politiques au-delà de toute médiation parlementaire et la brutalisation de la vie publique. Au terme du processus, une « dangereuse atmosphère de double-légalité »¹³ s'insinue dans l'appareil étatique (armée, police, fonction publique) et limite l'effet d'éventuelles contre-mesures. « Le conflit avec l'État qui devient inévitable une fois ce niveau de brutalité atteint accroît le sentiment partagé de la persécution, du martyr, de

no 4 et no 5, 1938 (cf. également en français : « Le contrôle législatif de l'extrémisme politique », *Revue du droit public*, 1938, pp. 295-341, 516-541 et 702-757) ; « The Balance Between Legislative and Executive Power », *The University of Chicago Law Review*, vol. 5, no 4, 1938.

¹⁰ Sur ce point, Loewenstein propose une analyse que l'on pourra dire « fonctionnaliste » du phénomène fasciste, en ce qu'il s'intéresse moins à sa teneur idéologique qu'au type de socialisation qu'il induit et à sa « direction administrative » (Weber).

¹¹ Karl Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 423.

¹² Karl Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 424.

¹³ *Ibid.*, p. 424 ; « Legislative Control... », *op. cit.*, p. 725.

l'héroïsme et d'une vie de danger, si apparentée à l'usage légalisé de la violence en temps de guerre »¹⁴.

Tant en raison de sa propagande que de ses démonstrations violentes, le fascisme trouve ses conditions d'existence dans l'espace public bourgeois et dans ses garanties. Puisant à la même source, il est donc, écrit Loewenstein, « parfaitement adapté » à la démocratie libérale. Car si cette dernière a hérité de l'absolutisme d'Ancien Régime un arsenal appréciable de mesures contre les conspirations, elle ne dispose par principe d'aucune protection contre la propagande ouverte et les manifestations publiques¹⁵.

À cette faiblesse essentielle s'ajoute, pour Loewenstein, le formalisme élevé qui caractérise le fonctionnement du gouvernement représentatif, et qui s'exprime par une notion de légalité non-discriminatoire et impersonnelle. Si ce principe de la légalité, dépourvu de toute tonalité jusnaturaliste, assure la prévisibilité, la plasticité, la rationalité et, à terme, la pérennité de l'ordre constitutionnel¹⁶, il présente aussi face à la technique politique du fascisme une faiblesse mortelle : il interdit de discriminer entre une loyauté véritable envers l'ordre constitutionnel et la simple conformité extérieure d'une action à ses dispositions¹⁷. La légalité ne tire en effet son pouvoir organisateur et sa flexibilité que d'un renoncement à juger des visées dernières des acteurs. Cette aporie fondamentale agace visiblement Karl Loewenstein : il doit bien exister un seuil au-delà duquel la légalité devient suicidaire. Et ce seuil est manifestement transgressé lorsque règne sans partage « le formalisme exagéré de l'État de droit qui, sous le charme de l'égalité formelle, ne croit pas bon d'exclure du jeu politique les partis qui nient l'existence de ses règles mêmes »¹⁸.

Pour autant, Loewenstein n'envisage pas, comme son collègue Carl Schmitt, la mise hors circuit de la légalité constitutionnelle au profit d'une légitimité supralégale, susceptible de fournir un point d'appui pour « poser la question de l'ami et de l'ennemi de la constitution »¹⁹. À vrai dire, Loewenstein contourne ici la problématique décisionniste, pour consacrer l'essentiel de son œuvre, tout au long des années 1930, à l'analyse des moyens *légaux* de répression du fascisme. La raison de cette insistance sur les contre-mesures *légales* tient à la façon dont Loewenstein envisage la menace fasciste. Car si la base du fascisme est une certaine *technique* qui le différencie des partis « classiques », il

¹⁴ *Ibid.*, p. 425

¹⁵ *Ibid.*, p. 426.

¹⁶ C'est que Max Weber désigne sous le vocable de « légitimité légale-rationnelle ». Cf. Max Weber, « Die drei reinen Typen der Legitimen Herrschaft » (1920), in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, éd. J. Winckelmann, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1951.

¹⁷ Cf. Ulrich K. Preuß, « Legalität, Loyalität, Legitimität » in *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität*, Francfort, Fischer, 1984.

¹⁸ Karl Loewenstein, « Militant Democracy... », *op. cit.*, p. 424.

¹⁹ Carl Schmitt, postface (1954) à « Legalität und Legitimität », in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, p. 345.

devrait être possible d'interdire les moyens et les ressources qu'elle mobilise et qui assurent son succès. La stratégie efficace est donc celle qui s'attaque aux manifestations extérieures (uniformes, fanions, armes, groupes paramilitaires, rallyes, glorification des assassinats politiques) conférant au groupe fasciste son image de puissance et, simultanément, sa force d'attraction au regard des partis traditionnels.

Dans tous les pays démocratiques, un ensemble complexe de législations antifascistes a été adopté. Ses dispositions sont confectionnées dans le but précis de contrer les tactiques émotionnelles propres au fascisme. Petit à petit, chacun des procédés sur lesquels le fascisme s'appuie trouve face à lui une disposition législative qui le neutralise.

Plutôt que de multiplier les entraves administratives ou de bannir simplement ledit parti²⁰, il s'agit de procéder à son *asphyxie* au moyen de contre-mesures en forme *législative*. L'*ultima ratio* de cette *militant democracy* réside donc dans l'effort pour ramener le groupe fasciste au statut de simple parti, et pour dissuader les factions qui seraient tentées de suivre son exemple. C'est à cette aune que les variantes nationales (Belgique, Finlande, Tchécoslovaquie, France) peuvent être comparées.

Il est inutile de passer en revue l'ensemble des mesures examinées par Loewenstein. Importe davantage le changement d'esprit qu'il souhaite voir advenir au sein de la doctrine constitutionnelle. Le modèle de l'État de droit constitutionnel, qui a servi d'étalon à la doctrine depuis plus d'un siècle, doit se convertir en position de combat. Il doit se débarrasser des réflexes doctrinaires d'un autre âge. Alors que la menace du fascisme dicte aux gouvernements démocratiques des contre-mesures efficaces, la doctrine constitutionnelle reste comme empêtrée dans « une terminologie obsolète, des attitudes et des modèles de comportement qui ne correspondent plus aux conditions actuelles »²¹. Témoignage de cette obsolescence, l'idéal de la séparation des pouvoirs, que Loewenstein qualifie de « mythe » et qu'il s'inquiète de voir opposé au virage vers la *militant democracy*. Pour Loewenstein, il ne s'agit plus de proposer une compréhension plus souple de la séparation des pouvoirs ; il s'agit plutôt de montrer que la séparation des pouvoirs est devenue caduque en regard des développements issus de la sphère économique²² -- crise financière, déséquilibre du capitalisme mondial, exigences d'une planification à grande échelle, etc. Tout se passe comme si les grandes notions qui formaient jusqu'ici l'armature de la pensée constitutionnelle se dévaluaient sous l'impact d'un bouleversement sur lequel le juriste n'a guère de prise. Dégager les nouveaux dispositifs d'autodéfense

²⁰ « Legislative Control... », *op. cit.*, p. 603. Des méthodes dont Loewenstein met en doute l'efficacité en raison de l'absence de contrôle judiciaire, qui laisse une grande marge discrétionnaire aux autorités administratives. De fait, Loewenstein souligne que les régimes qui ont opté pour l'interdiction pure et simple en viennent souvent à rassembler aux forces qu'elles combattent.

²¹ « The Balance Between Legislative and Executive Powers », *op. cit.*, p. 566.

²² Cf. notamment, « Legislative Control... », *op. cit.*, p. 606, note 44.

démocratique du carcan d'une doctrine constitutionnelle moribonde, tel est le travail proprement *théorique* que se propose Loewenstein.

II. Bonn ist nicht Weimar !

Democracy must become militant. Le mot d'ordre lancé par Loewenstein en 1937 a connu une postérité remarquable dans l'Allemagne de l'après-guerre. Tant pour le juriste en exil que pour les membres du Comité parlementaire chargés de rédiger une nouvelle constitution à l'hiver 1948-1949, le devenir-militant de la démocratie exige une rupture avec les types constitutionnels antérieurs – et avec celui de Weimar, élevé au rang de contre-modèle²³. Dans son manifeste de 1937, Loewenstein insiste sur « *the lack of militancy of the Weimar Republic against subversive movements* ». Et s'il évite d'en faire l'unique facteur de décomposition du régime, il s'accorde au diagnostic posé par Arnold Brecht : au-delà d'une défaillance technique, c'est bien l'absence de *densité* de la constitution qui explique son impuissance à lutter contre le fascisme. Pour Loewenstein, c'est un défaut qui a des racines intellectuelles profondes « *the law-abiding mind of the German people developed the new-fangled ideologies of democratic equality and fair play for all into a self-destroying legalism* »²⁴. En raison d'une doctrine ultra-légaliste, Weimar a été incapable d'interdire aux groupes fascistes l'accès aux institutions démocratiques et la jouissance des garanties qu'elles comportent. La « démocratie militante », à l'inverse, se devra d'être explicitement *discriminante*.

Voilà une proposition qui servira d'amorce au processus de reconstruction constitutionnelle en République fédérale. On ne s'étonnera donc pas de voir resurgir, en 1948, lorsque le Comité parlementaire se réunit à Bonn, l'image négative de Weimar comme constitution désarmée *eine demokratische Verfassung ohne Widerstandskraft*. Celui qui va se faire le porte-parole de cette compréhension encore diffuse, c'est le délégué SPD Carlo Schmid, dans discours qui est devenu depuis une pièce d'anthologie : « Cette égalité et cette liberté [des partis politiques] doivent-elles être absolues et totalement illimitées [...] ? Devrons-nous agir à l'avenir de la même façon que nous avons agi au temps de la république Weimar [...] face aux nazis ? Je suis d'avis, pour ma part, qu'il n'appartient pas au concept de démocratie d'aménager les conditions de son abolition »²⁵. Dès les premiers échanges du 8 et du 9 septembre 1948, s'exprime ainsi la volonté d'établir une *wehrhafte Demokratie* (capable de se défendre) qui

²³ « Militant Democracy... », *op. cit.*, p. 426.

²⁴ « Militant Democracy... », *op. cit.*, p. 427 ; « Legislative Control... », *op. cit.*, p. 771, note 191.

²⁵ Cité dans *Bundesamt für Verfassungsschutz. Aufgaben, Befugnisse, Grenzen*, Cologne, 2002, p. 12.

soit l'antithèse de Weimar. En ce sens, l'intervention de Schmid a offert une clef d'interprétation de l'expérience passée, une clef que vont trouver commode d'emprunter ensuite politiciens, tribunaux et juristes.

En 1948, le principe de la *wehrhafte Demokratie* s'impose donc par sa prétention à fixer le sens de l'échec constitutionnel de Weimar, en donnant un brevet officiel au verdict prononcé dans les années 1930 par les juristes en exil (Brecht, Loewenstein, et *alii*). Dans ce contexte, la « capacité à se défendre » (*Wehrhaftigkeit*) ne désigne plus une simple potentialité; il implique une action continue, *un régime qui prend les devants* et qui prévient sans cesse les attaques. C'est ce qui explique que dès 1949, le terme de *streitbare Demokratie* (démocratie engagée) va se surimposer à celui de *wehrhafte Demokratie*. Mais comment une constitution peut-elle être « engagée »? Quelle forme peut prendre ce caractère engagé, cette *Streitbarkeit*?

La doctrine repère habituellement, au sein de la constitution de 1949, un dispositif de protection d'un genre inédit²⁶, à qui revient le soin d'exprimer le caractère « engagé » de la nouvelle constitution.

a) D'abord, l'article 18 GG, et qui prévoit la déchéance des libertés politiques fondamentales (liberté d'expression, d'association, de réunion, secret postal, garantie de la propriété) pour quiconque les emploie à « combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique ». C'est la Cour constitutionnelle qui prononce cette déchéance.

b) Ensuite, les article 9 et 21 GG qui prévoient la mise hors-la-loi de groupements « qui sont dirigés contre l'ordre constitutionnel » et la dissolution des partis politiques « qui, d'après leurs buts [...], tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser ». Encore une fois, c'est à la Cour constitutionnelle de prononcer la dissolution. La Cour aura d'ailleurs l'occasion de le faire à deux reprises: la dissolution du SRP néo-nazi en 1952, et celle du KPD communiste en 1956. Deux décisions qui font bien ressortir la dimension *préventive* de ce dispositif de protection de la constitution. Comme l'établit la Cour,

« suivant son caractère préventif, [l'article 21] ne distingue pas les objectifs à court et à long termes. Le seul point décisif, c'est de savoir si un parti, en fonction des objectifs qu'il se propose hic et nunc, porte atteinte ou contredit l'ordre fondamental libre et démocratique »²⁷.

En somme, la menace n'a pas à être de l'ordre du *clear and present danger* (selon la formule de Holmes), mais doit seulement être *logiquement* prévisible. Le comportement effectif du parti incriminé n'est

²⁶ Cf. par exemple, BVerfGE 2, 1 (1952), 10-12.

²⁷ BVerfGE 5, 85 (1956).

pas déterminant, il n'a que valeur d'*indice*. Il importe peu que le KPD n'ait pas encore commis d'acte criminel ; son illégalité procède de ses *objectifs*, tels qu'ils peuvent être reconstruits sur la base de son programme politique, des déclarations de ses dirigeants, des auteurs dont il se réclame²⁸.

c) Enfin, la *Wertgebundenheit*, que l'on traduira par le terme « teneur axiologique », et dont on trouve l'expression à l'article 79 (3) GG. Par ce terme, on entend que la constitution ne contient pas seulement des dispositions réglant l'organisation de la puissance publique, mais qu'elle renferme aussi des « valeurs », des présupposés de l'ordre démocratique qui ne peuvent être réduits à un élément fonctionnel. Apparaît ainsi une constitution matérielle que ne recouvre pas complètement la constitution formelle, certaines matières se trouvant hors de portée du législateur constitutionnel. Indisponibles, elles planent alors dans une sorte d'éther, mais n'en limitent pas moins le pouvoir de réviser la constitution. Tel que l'établit l'alinéa 3 de l'article 79 GG, les articles 1 et 20 ne peuvent faire l'objet d'une proposition de révision, et toute révision devra respecter leur « esprit ». Soumises à cette « clause d'éternité » (*Ewigkeitsklausel*), les règles du jeu démocratique se raidissent : certains partis ou certains groupes peuvent désormais être qualifiés « d'extrémistes », non plus simplement d'un simple point de vue idéologique, mais *en fonction d'un critère légal*, parce qu'ils militent en faveur d'une modification de l'ordre social qui compromettraient, d'une façon ou d'une autre, les principes contenus dans l'un des articles « éternels ». En ce sens, la *Wertgebundenheit* est bien la clef de voûte de la *streitbare Demokratie*, son principe de cohérence. *C'est parce que certains possibles constitutionnels sont a priori exclus* qu'on peut interdire *ex ante* les partis politiques qui veulent les réaliser, et qu'on peut déchoir leurs sympathisants des droits politiques fondamentaux.

C'est donc au moyen de cette *Wertgebundenheit* que les constituants de 1949 ont voulu donner à leur constitution la « densité » dont on a reproché à Weimar de manquer. Axiologiquement liée, la constitution a désormais priorité sur les procédures démocratiques, et c'est ce qui lui permettra - du moins voudrait-on le croire - de tenir bon contre un mouvement populaire similaire au national-socialisme. À l'opposé, la constitution de Weimar était une constitution *wertneutrale*, donc (a-t-on conclu) indifférente quant à sa survie; elle se résumait à une procédure formelle de création de l'ordre juridique et ne pouvait rien opposer à sa liquidation en forme légale, dans la mesure où cette liquidation réalisait l'un de ses possibles propres - aussi malheureux soit-il.

²⁸ Ainsi, dans la décision de 1956 (BverfGE 5, 85) contre le KPD, plus de 200 pages sont consacrées à démontrer l'incompatibilité de l'idéologie marxiste-léniniste avec un « ordre fondamental libre et démocratique ».

III. Filiations weimariennes

En dépit de son importance pour la définition de l'identité ouest-allemande, cette image négative de Weimar relève davantage d'un effort pour refouler un passé déroutant, que d'une véritable intelligibilité historique. Dans une large mesure, la discussion autour de la notion de *streitbare Demokratie* prolonge les controverses constitutionnelles des dernières années de Weimar, et ne rompt que superficiellement avec les positions qui s'affrontaient alors. Entre Weimar et Bonn, il existe une solidarité secrète que les vœux bruyamment exprimés par les constituants de 1949 ne suffisent pas à dénouer.

Parmi ces controverses, celle touchant la signification du pouvoir de révision paraît la plus décisive. Elle fournit, en effet, une sorte de matrice aux discussions de 1948-1949 et à la formulation du principe de la *streitbare Demokratie*. Cette controverse découle de l'article 76 de la constitution de Weimar (WRV), qui prévoit une procédure renforcée pour la révision de la constitution. Procédure parfaitement classique : majorité des deux tiers dans chacune des deux chambres qui ne soulève aucune difficulté. Ce qui est matière à débat, c'est plutôt l'idée que le pouvoir de réviser la constitution relève de la compétence du législateur et, qu'en bout de ligne, il n'y a aucune différence qualitative entre la législation ordinaire et une modification de la constitution. Comme l'indiquait Gerhard Anschütz dans son grand commentaire de la constitution de Weimar,

« la loi constitutionnelle et la loi ordinaire sont l'expression d'un seul et même pouvoir, le pouvoir législatif. L'idée d'un pouvoir constituant spécifique, différent et supérieur au pouvoir législatif est, contrairement à ce qui prévaut aux États-Unis, étrangère au droit public [Staatsrecht] allemand d'hier comme d'aujourd'hui »²⁹.

Sous des dehors purement techniques, c'est une certaine compréhension de la supériorité de la constitution sur la loi ordinaire qui est en jeu ici. Anschütz le reconnaissait d'ailleurs explicitement : en Allemagne, « la constitution n'est pas au-dessus du législatif, mais à sa disposition [*steht nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben*] ».

La proposition n'est pas dépourvue d'accent polémique puisqu'elle visait ce que Anschütz appelait alors « une nouvelle doctrine », qui cherchait à fixer des limites au pouvoir d'amendement, au nom de la supériorité de la constitution et de l'immutabilité des principes qu'elle incarne. Aux yeux des défenseurs de cette nouvelle doctrine dite de la

²⁹ - Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11 August 1919*, 14^e éd. (1933), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, p. 401.

« limitation matérielle »³⁰, la constitution formelle n'épuise pas l'ensemble de l'ordre constitutionnel; certaines composantes l'excèdent, qui sont dépositaires de l'*identité* de la constitution – la forme du régime politique, les droits fondamentaux, le principe de l'égalité devant la loi – et qui, par nature, demeurent hors de portée des pouvoirs constitués. En ce sens, on doit distinguer entre un noyau fondamental, qui ne peut jamais être altéré *légalement*, et des dispositions qui peuvent être modifiées au moyen d'une procédure régulière (celle prévue par l'article 76 WRV). Peu importe la manière dont elle est formulée, cette thèse de la limitation matérielle suppose une discrimination *a priori*, au sein même de la constitution, entre l'essentiel et l'accidentel, entre ce qui doit être protégé à tout prix et ce qui peut (et doit) être sacrifié. Pour Carl Schmitt, qui est sans doute l'adversaire qu'Anschütz visait en premier lieu, cette discrimination est commandée par la célèbre distinction qu'il exposait dans sa *Théorie de la constitution* de 1928, entre *Verfassung* (la constitution comme décision fondamentale et globale sur la forme de l'État) et *Verfassungsgesetz* (les dispositions constitutionnelles incidentes, susceptibles d'être amendées). D'une part, donc, le pouvoir constituant originaire du peuple, de l'autre une procédure dérivée et neutre, relevant du jeu des majorités parlementaires.

À prime abord, pour qui considère la situation de blocage qui prévaut en 1932, cette querelle paraîtra bien scolastique. Comment croire qu'un parlement, au sein duquel il est impossible de trouver la majorité nécessaire au vote du budget, puisse soudain accoucher de la majorité des deux tiers, suffisante pour altérer le noyau substantiel de la constitution? L'intérêt pour l'article 76 WRV tenait plutôt au fait qu'il renvoie à *un antagonisme fondamental quant au sens de la « loyauté » envers la constitution*. La loyauté exige-t-elle de respecter la légalité, même si c'est pour se trouver confiné à une posture purement défensive? Ou exige-t-elle, à l'inverse, de mettre hors circuit cette légalité, de violer quelques dispositions accessoires, afin de « sauver » le noyau jugé essentiel? De la distinction entre l'essentiel et l'accessoire implique, Carl Schmitt et consorts déduisaient une sorte de « droit de nécessité constitutionnelle »³¹, un impératif de défense de la constitution « substantielle » contre la neutralité des procédures établies par le texte (*constitutio scriptura*). Les voies par lesquelles on espère honorer cet impératif sont assez diverses, mais elles convergent, à l'été 1932, dans un appui au programme du chancelier Papen – l'établissement d'un

- Pour une défense de cette thèse, Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 336-349.

- Sur la crise de l'année 1932 et les alternatives qu'elle ouvre, on lira l'article à la fois riche et synthétique de Stefan Korioth, « Rettung oder Überwindung der Demokratie Die Weimarer Staatsrechtslehre im Verfassungsnotstand 1932/33 » in C. Gusy (dir.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

gouvernement autoritaire, s'appuyant sur l'autorité paternelle du maréchal Hindenburg et sur l'usage continu des pouvoirs d'exceptions³².

Face à l'inventivité des tenants de la thèse des « limitations matérielles », Anschütz et ses collègues positivistes (Richard Thoma, Walter Jellinek) prêchaient la sobriété, en défendant la thèse dite de « l'illimitation formelle » de la révision. Leur effort allait à contester la distinction entre l'essentiel et l'accessoire, avec un argument relevant indissociablement de l'épistémologie et de la théorie politique. D'une part, on insiste sur l'impossibilité de trouver un critère objectif (non entaché d'arbitraire) permettant de déterminer ce qui relève ou non de l'essentiel. Chaque juriste sera donc naturellement conduit à élever au rang de principe ce que lui commande ses préférences politiques et ses préjugés de classes. D'autre part, on suppose que, en l'absence d'un tel critère objectif, la distinction entre l'essentiel et l'accessoire demeure à la disposition du législateur constitutionnel (la procédure prévue à l'article 76 WRV), lequel est libre de la déplacer à sa guise, car autrement « le sens de la constitution démocratique – la possibilité pour toute volonté populaire de se réaliser – serait perdu »³³. En ce sens, l'illimitation formelle de la révision énoncée à l'article 76 WRV apparaît comme un prolongement de la suprématie de la loi parlementaire, expression de la souveraineté populaire. Pour les « positivistes », la thèse de l'illimitation formelle, avec son refus des crans d'arrêt jusnaturalistes, participait d'une défense de la démocratie comme régime de l'indétermination.

Après douze années de nazisme, les constituants de 1948 voudront reprendre ce débat où il s'était arrêté en 1933, *convaincus que les « positivistes » ont gagné trop facilement* et que c'est leur victoire qui a conduit la constitution de Weimar à l'abîme. La thèse de l'illimitation formelle, en effet, n'excluait *a priori* aucun projet de révision constitutionnelle : selon elle, la constitution de Weimar était *wertneutrale* (axiologiquement neutre) et, en ce sens, elle ne pouvait servir de fondement à des mesures de protection *préventives*. C'est contre cette doctrine perçue comme lénifiante que les constituants de Bonn ont fait le choix d'une démocratie « engagée ». L'insistance mise sur la « teneur axiologique » de la nouvelle constitution, sur son immutabilité et sur son caractère « engagé », s'inscrit donc dans *une sorte de prolongement imaginaire des débats de l'été 1932*, comme une réplique à l'endroit du positivisme weimarien. En ce sens, la *streitbare Demokratie* peut s'afficher comme la fille de l'anti-positivisme weimarien.

³² Sur le rôle de Carl Schmitt dans les manigances des chanceliers Papen et Schleicher, cf. Ellen Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press, 2004, p. 154-183.

³³ Margret Kraft-Fusch citée par Kathryn Groh « Zwischen Skylla und Charybdis : Die streitbare Demokratie », in C. Gusy (dir.), *Weimar als Argument*, Baden, Nomos, 2004, p. 444.

IV. Les « perforations constitutionnelles » et les limites du positivisme weimarien

Pour qui considère les choses d'un peu plus près, cette filiation entre l'anti-positivisme et la doctrine de la « démocratie militante » n'a cependant que la force de l'apparence. Parmi les premiers protagonistes de cette doctrine, et parmi les juristes exilés de façon générale, on retrouve peu de partisans de l'anti-positivisme. Le cas de Loewenstein est fort éloquent : non seulement sa proximité intellectuelle avec Max Weber l'écarte définitivement de la fronde anti-positiviste, mais, à l'instar de Anschütz, Loewenstein s'est opposé à la doctrine des limitations matérielle ainsi qu'à la disjonction entre légalité et légitimité qui lui servait d'assise. Dans le sillage de son mentor Max Weber, Loewenstein s'est toujours montré méfiant envers les solutions constitutionnelles reposant sur des références axiologiques ou « substantielles », au détriment des aspects strictement formels, impersonnels, objectifs. Voilà ce qui le conduit, en 1932, à s'opposer aux plans d'urgence (*Staatsnotstandplan*) issus des cercles gouvernementaux et auxquels se rallient les anti-positivistes.

Si la position de Loewenstein en 1932 relève ainsi d'un « légalisme défensif »³⁴, il faut pourtant souligner ce qui le distingue de la position défendue par Anschütz. Aux yeux de ce gardien d'un temple déjà passablement déserté, la suprématie de la constitution reposait uniquement sur un critère formel : l'existence d'une procédure de révision renforcée. En ce sens, la constitution n'avait pas, en elle-même, une dignité supérieure à la loi, et c'est pourquoi Anschütz insistait sur le fait que la constitution devait demeurer à la disposition du législatif. Face à la doctrine d'un Carl Schmitt, qui installait la constitution (ou son « noyau » essentiel) dans une suprématie absolue en regard du législateur parlementaire, Anschütz s'efforçait à l'inverse d'écarter tout ce qui pourrait introduire un décalage entre la volonté politique telle qu'exprimée par le truchement des institutions représentatives, d'une part, et telle qu'incarnée sous la forme de la constitution, d'autre part. Suivant cette stratégie de réduction de la constitution à la légalité parlementaire, Anschütz va jusqu'à reconnaître la licéité de dérogations *fortuites* à la constitution qui seraient contenues dans une loi parlementaire, dans la mesure où cette loi est adoptée suivant la procédure renforcée prévue à l'article 76 WRV.

Il vaut la peine de s'arrêter quelques instants à ce problème des dérogations fortuites, car il met en lumière sur la spécificité du « légalisme » de Loewenstein. Sous des dehors purement techniques, le problème des *Verfassungsdurchbrechungen* des « perforations

³⁴ Cf. mon travail *Légalité et légitimité. Trajectoire d'un couple conceptuel sous la République de Weimar*, Thèse de doctorat Etudes politiques, EHESS, 2005, p. 325-333.

constitutionnelles »³⁵ est venu occuper une place centrale dans les controverses weimariennes. Il faut dire qu'il s'agit du terrain de rencontre rêvé entre la doctrine positiviste de stricte obédience, postulant l'illimitation formelle du pouvoir de révision (Gerhard Anschütz), et ses adversaires qui, à l'inverse, lui trouvent des limites matérielles (Carl Schmitt). La question devient, en l'espèce, de savoir si « une loi adoptée avec une majorité requise pour une modification constitutionnelle » peut écarter (*abweichen*) une disposition constitutionnelle, sans la modifier ou l'annuler³⁶. Quel est le statut d'une telle loi, adoptée à la majorité renforcée, mais qui ne se donne pas *explicitement* comme un amendement, bien que contredisant *implicitement* une norme constitutionnelle?

Question à laquelle Anschütz apporte une réponse lapidaire : les perforations constitutionnelles ne sont pas des modifications constitutionnelles, elles se superposent à la constitution sans entrer en conflit avec elle. Tout l'intérêt de cette réponse est de préserver l'harmonie interne du droit, l'image d'un ordre juridique exempt de failles idéal prégnant dans le positivisme du *Kaiserreich* et auquel Anschütz donne un tour républicain. Si cette réponse ne surprend guère, elle paraît insatisfaisante, non seulement en ce qu'elle aboutit au brouillage des niveaux de la loi et de la constitution, mais parce qu'elle introduit une incertitude quant à l'identité même de cette constitution. Car comment conserver une image claire de la constitution lorsqu'on encourage, au moyen de « perforations », son étiolement, sa dispersion en une multitude de textes législatifs? Sous Weimar, en effet, cette pratique des « perforations » avait atteint des proportions telles que la constitution pouvait sembler méconnaissable. Face à une théorie qui endosse une telle pratique, les anti-positivistes ont beau jeu de répéter leur argument en faveur des limitations matérielles au pouvoir de révision: le pouvoir de révision demeure logiquement subordonné à l'identité de la constitution, envisagée comme un ordre concret, matériel, politiquement chargé. Qu'elle soit incidente ou intentionnelle, délibérée ou souterraine, une révision ne peut atteindre que des dispositions accessoires, jamais le « noyau » substantiel de la constitution.

Refusant de se laisser ainsi conduire de Charybde en Scylla, Karl Loewenstein est à la recherche d'une voie mitoyenne — une façon de conserver la thèse de l'illimitation formelle de la révision, de préserver la dimension d'indétermination démocratique dont elle est porteuse, en évitant cependant de trivialisier la constitution qui, précisément, en assure les conditions. Car en dépit de son ralliement à la république, le positivisme de Anschütz demeure prisonnier d'une tension fatale : au

³⁵ Le terme apparaît pour la première fois sous la plume de Erwin Jacobi, en 1924. Nous conservons la traduction (anglaise) que proposait Loewenstein en 1938 dans « Legislative Control... », *op. cit.*, note 191.

³⁶ Horst Ehmke, « Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 79, n°4, 1953-1954, p. 386.

moment même où il reconnaît la centralité de la constitution démocratique pour « la vie de l'État », il la relègue au second rang, derrière l'impératif de systématisme du droit. Pour dénouer cette tension, il aurait fallu concilier une forme nécessaire de souplesse avec l'idée d'une suprématie normative de la constitution.

Abstraction faite des débats de Weimar, voilà une préoccupation assez similaire à celle qu'exprimait jadis Benjamin Constant. Il s'agit d'un argument constitutionnaliste « classique » qui évite de sacrifier la constitution (en faisant d'elle la dépositaire d'un « ordre fondamental »), pour insister plutôt sur la régularité que, en tant que *médium* de l'activité politique, elle introduit dans la vie publique. La mission du pouvoir de révision n'est donc plus de « conserver la masse d'opinions établies »³⁷, ni d'assurer la cohérence de l'ordre juridique, mais de garantir une forme de prévisibilité à l'action des citoyens et à celle des pouvoirs publics. La valeur d'une constitution, nous rappelle Constant, n'est pas d'abord fonction de ses qualités intrinsèques; décisif sera le fait de savoir si, empiriquement, la constitution parvient à incorporer « les améliorations morales, l'acquisition des lumières, le perfectionnement des arts, la rectification des idées »³⁸, sous la forme d'un mouvement minimalement réglé – ce qui veut dire, en tout premier lieu, de savoir si elle réussit à encadrer le pouvoir qu'elle a de se transformer elle-même et de modifier ses propres attributions.

« Lorsqu'un peuple ne s'est réservé dans son organisation politique aucun moyen d'en corriger les défauts, la plus légère modification devient pour lui un acte hasardeux, aussi irrégulier que le plus entier bouleversement. [...] Lorsqu'au contraire la route est tracée par la constitution même, le mouvement devient régulier. Les hommes s'étant dit où ils veulent arriver, ne s'élancent pas au hasard et ne franchissent pas le terme, esclaves de l'impulsion même qu'ils se sont donnée. Pour la stabilité même, la possibilité d'une amélioration graduelle est mille fois préférable à l'inflexibilité d'une constitution »³⁹.

En écho à cet idéal « classique », il s'agit pour Loewenstein d'assurer à la constitution une plasticité, tout en évitant que celle-ci n'autorise des modifications fortuites. S'écartant ici du positivisme légal d'un Anschütz, il admet d'emblée que les « perforations constitutionnelles » représentent des modifications à la constitution, et qu'elles doivent être traitées en conséquence. C'est pourquoi il insiste pour que l'intention de modifier la constitution soit *explicitement annoncée* par le législateur. Pour être valide, une perforation doit être intentionnelle, non accidentelle. Voilà bien une limitation au pouvoir de révision, mais une limitation formelle, qui ne s'adosse ni à un critère matériel, ni à l'idée d'une légitimité supralégale, telle qu'on la trouve chez Schmitt. Aucun recours, enfin, à la « teneur axiologique » de la constitution, pierre

³⁷ Benjamin Constant, *Fragment d'un ouvrage inachevé sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays* (1799), éd. H. Grange, Paris, Aubier, 1991, p. 416.

³⁸ *Ibid.*, p. 426.

³⁹ Benjamin Constant, *Principes de politique*, éd. E. Hoffman, Genève, Droz, 1980, p. 109.

angulaire de la « démocratie militante » post-1949. Tout au plus, la reconnaissance d'un léger décalage, presque imperceptible, entre la *constitution* formelle (méthode de transformation de l'ordre politique) et l'idéal du *constitutionnalisme* (préservant cette capacité de transformation pour les générations futures).

On trouvera peut-être vieilli cet idéal constitutionnaliste « classique », avec ses idées de perfectibilité et d'ouverture historique. Il n'empêche que, en dépit du ton parfois crépusculaire de Loewenstein dans ses articles des années 1930, c'est dans ce terreau que s'est développé l'idée de « militant democracy ». Il ne s'agissait pas d'ériger un mur d'enceinte soustrayant la constitution aux risques du jeu démocratique, mais de lui assurer une forme de suprématie en dépit – ou plutôt, en raison même – de sa plasticité. Le « dynamisme politique », l'expression laconique par laquelle Loewenstein résume « la situation présente »⁴⁰, plaide en faveur d'une exigence de plasticité, d'un pouvoir de canaliser les transformations davantage que de s'y opposer.

En guise de conclusion

Au terme de cet exercice de généalogie conceptuelle, trois grands constats s'imposent, révélant autant d'ouvertures pour interroger à nouveaux frais le développement de la doctrine de la « démocratie militante » en RFA, ainsi que sa contribution à la construction d'une légitimité démocratique.

1. D'une part, un retour sur les controverses weimariennes révèle toute l'ambiguïté de la filiation, qui paraissait d'abord évidente, entre critique du positivisme juridique et *streitbare Demokratie*. Selon une présentation largement galvaudée, la reconstruction de la démocratie après 1949 ne s'est pas contentée de réparer les vices de la constitution de Weimar. Elle marquerait un nouveau départ (« l'heure zéro »), une rupture définitive avec les postulats « philosophiques » qui ont engendré cette constitution et qui sont désignés comme les principaux responsables de la catastrophe. Il s'agit, en somme, de déchiffrer dans la décomposition de la république de Weimar un échec « philosophique » : faillite d'une compréhension étroitement technique de la communauté civique et d'une réduction du droit à la loi positive. Le retour à la démocratie passerait ainsi par une « conversion philosophique » non moins mystérieuse que celle du chemin de Damas, et exigeant avec la même nécessité l'abjuration des anciennes idoles. On ne sera donc surpris de voir les « convertis », dans leurs efforts pour articuler une nouvelle compréhension de la démocratie, s'inspirer des opposants à la doctrine

⁴⁰ Cf. par exemple, Karl Loewenstein, « The Balance Between Legislative and Executive Power », *op. cit.*, p. 567.

autrefois « dominante » (le positivisme de Anschütz) que l'on songe à la popularité de Rudolf Smend et de Hermann Heller en RFA. Si cette légende ne manque pas de vraisemblance, il n'empêche que le pedigree de la notion de « démocratie militante » révèle une autre perspective : celle d'une continuité, d'un réinvestissement des espoirs de Weimar et d'un prolongement de l'expérience républicaine de 1919 au-delà de son terme. D'où un premier décalage qui se fait jour, entre la formulation de l'idée de « démocratie militante » à la fin des années 1930 et la façon dont elle va se réaliser dans les années 1950.

2. La notion de « démocratie militante », telle qu'elle apparaît d'abord chez les exilés, ne se laisse pas aisément dégager de l'expérience de Weimar. Elle apparaît souvent comme une projection de ce que Weimar aurait dû être, de la manière dont elle aurait pu se défendre en demeurant fidèle à ses principes. Alors que pour la doctrine post-1949 de la *streitbare Demokratie*, la cause de Weimar était perdue d'avance en raison de son désengagement axiologique, la chose n'allait pas de soi pour les juristes exilés. En même temps qu'il appelle la démocratie à devenir « militante », Karl Loewenstein passe en revue les mesures législatives dont dispose l'État démocratique pour combattre le fascisme et, ce qui se dessine au fil de cet impressionnant inventaire, c'est un système de protection de la constitution qui concentre son attention exclusivement sur *les manifestations extérieures* (matériels, uniformes, propagande) jugées attentatoires. Il s'agit, pour faire court, d'interdire des *moyens* d'action — en commençant par ceux qui, précisément, sont propres à la « technique politique » fasciste — et non de déterminer *a priori*, en fonction de leurs intentions, le degré d'inimitié des partis vis-à-vis l'ordre constitutionnel. Jamais il n'est question, comme dans la doctrine post-1949, d'un ordre de valeurs qui commande la répression préventive des partis ou des groupes qui s'en écartent⁴¹. Jamais il n'est question de *Zielverbot*, mais bien d'un *Mittelverbot*, avec comme objectif « d'empêcher l'opposition de se transformer en organisation militarisée »⁴² et de permettre aux forces politiques encore loyales de résister au mouvement centrifuge induit le fascisme. Ainsi, le modèle de la « démocratie militante » dessiné par Loewenstein en 1937 ressemble davantage au dispositif de défense déployé par la république tchécoslovaque dans l'entre-deux-guerres⁴³, qu'à celui institué par la république de Bonn.

3. La mise en évidence d'un décalage entre ces deux variantes de la « démocratie militante » permet de jeter un éclairage critique sur

⁴¹ Comme le soulignait Loewenstein, « the mere non-conformity with the fundamental principles of government and political philosophy embodied in the constitution will not be considered as making a political movement subversive ». Cf. « Legislative Control... », *op. cit.*, p. 591.

⁴² « Militant Democracy... », *op. cit.*, p. 643.

⁴³ Cf. Féloge des lois tchécoslovaques de 1936 (dans « Militant Democracy... », *op. cit.*, p. 642-643). Cf. également Giovanni Capocchia, « Legislative Responses Against Extremism. The "protection of Democracy" in the First Czechoslovakian Republic (1920-1938) », *East European Politics and Societies*, vol. 16, no 3, 2003, p. 691-738.

l'appropriation de cette formule dans les années 1950 par une pensée dite « anti-extrémiste »⁴⁴. Même si elle exprimait une donne géostratégique, exigeant de consacrer autant d'effort à la lutte contre le communisme qu'à la liquidation des vestiges du national-socialisme, l'anti-extrémisme est devenu rapidement le socle d'une nouvelle culture politique, organisée autour de la défense d'un « ordre fondamental libre et démocratique » et fournissant une raison d'être à la « démocratie militante ». Le système de protection de la constitution ne vise alors plus à combattre un ennemi concret, comme l'envisageait Loewenstein; sa fonction est de garantir, au moyen d'une vigilance ininterrompue⁴⁵, la *cohérence* de l'ordre démocratique, c'est-à-dire la compatibilité des « valeurs » des participants au jeu politique avec les fondements axiologiques de la communauté. L'ennemi, c'est l'extrémiste, celui qui s'éloigne des « valeurs » à la base du consensus démocratique, peu importe la forme par laquelle s'exprime cette distance. Or, il n'est pas du tout certain, du moins aux yeux de ceux qui en furent les contemporains et les victimes, que la spécificité du fascisme et national-socialisme se laisse réduire à leur rejet des « valeurs démocratiques ». Si l'on admet, avec Loewenstein comme avec la plupart des autres exilés, que le fascisme n'est qu'une technique politique, qui est susceptible d'absorber n'importe quelle « valeur », l'utilité d'une « démocratie militante » définie dans les termes de l'anti-extrémisme paraîtra douteuse.

Augustin Simard

Augustin SIMARD est professeur-adjoint au Département de science politique de l'Université de Montréal (Canada)

Résumé :

Le présent article retrace les origines intellectuelles de la notion de *streitbare Demokratie* (« démocratie militante »), utilisée habituellement pour désigner le mécanisme d'autodéfense de la constitution ouest-allemande de 1949. L'examen se concentre sur la façon dont cette notion s'est développée en prenant la République de Weimar comme point de répulsion. Il s'agit d'abord de préciser les circonstances de son apparition, dès le milieu des années 1930, notamment dans le travail du juriste Karl Loewenstein, pour observer ensuite son appropriation par les constituants de 1949 et par la théorie constitutionnelle qui lui succède. Alors que la *streitbare Demokratie* revendiquait une rupture décisive dans la façon d'envisager la protection de l'ordre démocratique, une analyse attentive y décèle un prolongement des controverses constitutionnelles des dernières années de Weimar et, en dépit des vœux exprimés par les acteurs de

⁴⁴ Cf. Peter Niesen. « Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties » (I), *German Law Review*, vol. 3, no 7, 2002.

⁴⁵ En témoigne la fondation du *Bundesamt für Verfassungsschutz* en 1950, qui a comme tâche de surveiller et de rassembler des données sur les « activités dirigées contre l'ordre fondamental libre et démocratique », ce qui vise aussi bien les extrémistes de gauche et de droite, les sectes religieuses et les mouvements islamistes radicaux.

Jus Politicum

la reconstruction démocratique post-1949, une forte dépendance envers les options qui s'offraient alors.