



**Editions
Panthéon
Assas**

Colloques

La controverse
sur « le gardien de la Constitution »
et la justice constitutionnelle.

Kelsen contre Schmitt

Der Weimarer Streit
um den Hüter der Verfassung
und die Verfassungsgerichtsbarkeit.

Kelsen gegen Schmitt

sous la
direction de
**Olivier
Beaud
et
Pasquale
Pasquino**

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS	9
PREMIÈRE PARTIE	
PRÉSENTATION DES THÈSES DE KELSEN ET SCHMITT	17
DEUXIÈME PARTIE	
JUSTICE CONSTITUTIONNELLE	
ET THÉORIE DE LA DÉMOCRATIE	81
TOISIÈME PARTIE	
LA COMPARAISON DES THÈSES DE KELSEN ET SCHMITT .	153
CONCLUSION	197

**LE GARDIEN DE LA CONSTITUTION
DE CARL SCHMITT.
ÉLÉMENTS SUR LES PARADOXES
D'UNE « THÉORIE » CONSTITUTIONNELLE
DOUTEUSE**

Armel LE DIVELLEC

Professeur de droit public à l'Université du Maine

Pour Pierre Avril

Quelque tragique qu'ait été son sort, la République de Weimar se présente comme une sorte de « laboratoire de la pensée constitutionnelle » (Ulrich K. Preuss¹) d'une immense richesse intellectuelle, qui a suscité des réflexions demeurant d'une grande fécondité pour la doctrine constitutionnelle contemporaine. Parmi d'autres questions, le thème du « gardien de la constitution » constitue l'un des sujets discutés à l'époque, mais son importance et son intérêt proviennent surtout du fait que ce thème en recèle d'autres, qu'il n'est en quelque sorte que la partie émergée d'un iceberg de problèmes, au premier chef celui de la notion de constitution, et donc également celui de la politique, de la démocratie libérale et de l'État.

L'importance de la contribution de Carl Schmitt à ces sujets est indéniable. Il n'est toutefois pas simple de parler de cet auteur. En premier lieu, bien entendu, en raison de la profonde noirceur du personnage et de sa compromission avec le

¹ « Die Weimarer Republik. Ein Laboratorium für neues verfassungsrechtliches Denken », in Andreas Göbel, Dirk van Laak, Ingeborg Villinger (Hrsg.), *Metamorphosen des Politischen*, Berlin, Akademie-Verlag, 1995, pp. 177-187.

Nazisme, qu'il n'est pas possible d'ignorer. Il nous semble cependant que, plutôt que de le mettre à l'index pour des raisons morales (ô combien légitimes en soi, il va sans dire) et se réfugier dans l'attitude du contempteur, qui n'apporte pas grand chose sur le plan de la réflexion juridique, il convient de « se servir des écrits » de Schmitt (J.-F. Kervégan²) pour autant qu'ils méritent une attention intellectuelle, quitte, précisément, à démystifier certaines de ses thèses. En second lieu, mais plus simplement, Schmitt est un auteur délicat à manier parce que sa pensée est d'un abord difficile, très riche mais aussi particulièrement problématique, voire énigmatique, et souvent – et volontairement – ésotérique. Il n'est pas seulement un juriste-savant ; il se situe le plus souvent sur des registres qui sont loin de se limiter à « décrire » le droit positif ou même seulement à l'expliquer, mais semble toujours chercher à construire son propos, ses concepts, ses thèses dans les profondeurs du droit et de la politique, une sorte de « philosophie constitutionnelle » largement entendue.

Si le caractère intrinsèquement antilibéral de la pensée de Schmitt ne fait guère de doute, encore reste-t-il à se demander en quoi il peut être pertinent de se référer et de discuter certaines de ses thèses d'avant 1933³. Cet intérêt existe, selon nous, dans certains domaines, et il est difficile de décréter a priori que tel ne serait pas le cas. Sans doute, la contribution de Schmitt au thème du gardien de la constitution n'est pas, en tant que telle, ce qu'il y a de plus consistant et de plus solide dans la pensée du juriste de Plettenberg. Mais elle n'est pas dépourvue d'intérêt, car outre un certain impact concret, dans une situation dramatique (la crise de la République de Weimar), elle est surtout, pour nous aujourd'hui, l'occasion de discuter – avec Kelsen, mais pas seulement avec lui – sur des problèmes constitutionnels qui dépassent le seul cas de la démocratie weimarienne. Il faut néanmoins se demander si elle peut être considérée comme une véritable contribution théorique à la pensée constitutionnelle. Et dans quelle mesure elle présente encore un intérêt aujourd'hui.

D'après Schmitt, comme on sait, il faut considérer que le « gardien de la Constitution » est (ou « doit être ») – il parle pour la République de Weimar – le Président du Reich fédéral (*Reichspräsident*), et que ce rôle ne saurait profondément incomber à une institution juridictionnelle, et notamment pas la Cour de justice d'État (*Staatsgerichtshof*) instituée par cette même Constitution. Pour faire court, on présente la position schmittienne comme la thèse en faveur d'un gardien « politique » de la Constitution, par opposition à ce qui serait un gardien

² « Se servir des écrits de Carl Schmitt », *Le Monde*, 5 avril 2005. V. également le dossier sur cette question paru dans *Le Débat* (n° 131, 2004), avec notamment les contributions de P. Raynaud, C. Colliot-Thélène et J.-F. Kervégan.

³ On tend curieusement à négliger cette césure. Comment croire sérieusement que Schmitt – ou d'autres – écrivirent de la même manière et dans les mêmes perspectives avant et après la prise de pouvoir par Hitler et la consolidation du régime totalitaire nazi ? Après cette date, les écrits de Schmitt ne nous paraissent pas offrir de véritable intérêt, notamment en raison de cette hypothèse à peu près raisonnable selon laquelle les contraintes (quelle qu'en soit la portée) pesant sur lui ont pu brouiller ce qui (éventuellement) demeurait une pensée digne de considération intellectuelle.

« juridique » ou « juridictionnel » de la Constitution (appellations assez contestables, en vérité, mais répandues dans la littérature constitutionnelle – Schmitt lui-même reprend ce distinguo). Autrement dit, Schmitt proposerait, pour la « garde » de la Constitution, une alternative à la solution juridictionnelle en général et « kelsénienne » (c'est-à-dire un contrôle « concentré ») en particulier, qui commençait à se développer dans l'Entre-deux-guerres (outre l'Autriche, en Tchécoslovaquie et sous certains aspects en Allemagne), et qui, d'une certaine manière, a assez largement triomphé en Europe voire dans le monde dans la seconde partie du XX^e siècle.

Scientifiquement, la controverse entre Schmitt et Kelsen se déroule sur fond d'affrontement intellectuel entre les tenants de théories plus ou moins positivistes ou normativistes (Kelsen et « l'École de Vienne ») et ceux qui, chacun à leur façon, la contestent : Schmitt, mais bien d'autres encore, aussi différents que Hermann Heller, Rudolf Smend, Heinrich Triepel et Erich Kaufmann⁴.

On ne saurait en outre faire tout à fait abstraction du contexte historique pour le moins agité au cours duquel ce débat eut lieu. À bien des égards – et contrairement à Kelsen –, les thèses de Schmitt ne peuvent être complètement comprises en étant isolées de ce contexte (lui-même a d'ailleurs revendiqué le lien de ses thèses avec un contexte particulier). On sait que la République de Weimar fondée en 1919 fut marquée par un climat qui ne fut jamais vraiment serein, même avant 1930 : assassinats d'hommes politiques (Erzberger en 1921, Rathenau en 1922), crise dramatique de l'hyper-inflation en 1923, tentatives de coups d'État (celui du Général Kapp en mars 1920, celui de Hitler et Ludendorff en novembre 1923), soulèvements divers (des communistes en Allemagne centrale et à Hambourg en mars 1921), l'état d'exception proclamé en Bavière en septembre 1923, occupation de la Ruhr par les Alliés, tentative sécessionniste de la Rhénanie en octobre 1923, intervention militaire de l'armée fédérale en Saxe au titre de l'« exécution fédérale » en octobre 1923, sans oublier la dramatisation de la situation économique et sociale à partir de l'automne 1929. Si l'on peut considérer que la République paraît un peu stabilisée dans les années 1924-29, on sent qu'elle est fragile et que la société et les élites allemandes sont extrêmement divisées. La vie politique se ressentira de ce contexte souvent dramatique – dont l'instabilité gouvernementale n'est que l'une des nombreuses manifestations⁵ –, dans lequel les adversaires de la République démocratique sont nombreux à l'intérieur et à l'extérieur des institutions.

Le contexte n'était guère plus serein ailleurs, dans nombre d'États européens : outre la difficile gestion de l'après-guerre, le monde occidental commençait à subir une polarisation déclenchée par la Révolution bolchévique et l'instauration

⁴ V. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich, Beck, t. III, 1999, p. 153 et s., ainsi que le riche tableau brossé par O. Beaud dans « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface à la *Théorie de la constitution*, PUF, coll. Léviathan, 1993, pp 5-113.

⁵ Rappelons que les partis de la « coalition de Weimar » (SPD, Zentrum et libéraux de gauche du DDP) perdent dès 1920 la majorité au Reichstag. À partir de septembre 1930, les rapports de force parlementaire sont encore plus défavorables aux démocrates *lato sensu*.

du système des soviets en Russie, auquel avait répondu une montée des régimes autoritaires en Europe⁶. En somme, le « climat » intellectuel et politique de l'entre-deux-guerres est tout sauf serein.

Une exposition et une analyse complètes du propos schmittien nécessiteraient des développements trop longs qui excèderaient le cadre d'un article. On tentera simplement ici d'en donner un aperçu et une mise en perspective, en insistant particulièrement sur ce qui nous paraît moins connu. Nous voudrions succinctement montrer ici qu'il n'y a sans doute pas lieu de considérer que Schmitt a élaboré une véritable « théorie » constitutionnelle du gardien de la constitution. Ce que serait cette « théorie » est, à nos yeux douteux d'un double point de vue. D'une part, parce que son propos – que nous appellerons plutôt une « thèse » – n'est scientifique que pour une partie seulement, et, au surplus, se situe largement sur le registre de la « politique constitutionnelle » (*Verfassungspolitik*) ; d'autre part, parce qu'il apparaît, à l'examen, avoir été un artifice instrumental en vue d'un certain objectif politique. Néanmoins, l'un des principaux paradoxes réside en ceci que cette thèse a pu avoir un certain écho, non seulement à la fin de la République de Weimar mais aussi, plus tard, dans d'autres contextes et que, quelle qu'en soit la valeur, elle présente le mérite de nous faire réfléchir sur la justice constitutionnelle et, plus largement, sur la notion contemporaine de constitution.

I. L'ÉMERGENCE DES THÈSES SCHMITTIENNES SUR LE « GARDIEN DE LA CONSTITUTION »

Carl Schmitt n'est pas le premier à avoir parlé de la nécessité d'un « gardien de la constitution ». Cette thématique est très ancienne⁷ et la formule elle-même avait été utilisée avant lui, quoique de façon ponctuelle, sous les régimes précédents⁸ ou bien ailleurs qu'en Allemagne⁹, avant de l'être sous la République de

⁶ Avènement du régime fasciste en Italie dès 1922, régime d'exception en Espagne en 1923-30 puis troubles de la nouvelle République (1931-36), oscillations autoritaires en Bulgarie 1920-23 puis 1934-40, régime du maréchal Pilsudski en Pologne à partir de 1926, en Lituanie (Voldemaras), puis Hongrie et au Portugal à partir de 1928, suspension de la Constitution dans le royaume de Yougoslavie en janvier 1929, tendances autoritaires et violentes en Autriche durant tout l'entre-deux-guerres.

⁷ Elle est présente aux origines du constitutionnalisme moderne (on en trouve des avatars notamment chez Harrington, Rousseau, Hegel et Fichte), mais aussi, dans un certain sens, sous l'Antiquité (avec l'Ephorat de Sparte et les Censeurs à Rome) et au Moyen-âge (par exemple avec le Conseil des Dix de la République de Venise). P. Rosanvallon a en outre récemment rappelé la brève expérience du « Conseil des Censeurs » dans la Constitution de Pennsylvanie de 1776 (*La contre-démocratie*, Seuil, 2006, pp. 93-98).

⁸ Par Paul Laband ou Otto Mayer, qui désignaient ainsi le monarque (le *Kaiser* pour l'Empire, le Roi pour un État-membre comme la Saxe).

⁹ Notamment en France, par Sieyès et Thibaudeau lors des débats constitutifs de l'An III (1795), ou bien pour caractériser la position du Président sous les III^e et IV^e Républiques, ou encore celui de la

Weimar¹⁰, mais sans qu'une véritable « théorie » (ou en tout cas une conceptualisation un tant soit peu achevée) n'en soit réellement élaborée. En revanche, il est exact que Schmitt a été le premier (et le seul) à utiliser, à partir de 1929, cette formule pour le titre d'un article puis d'un livre. Il a pu être incité à se servir de cette formule alors que, dans son arrêt du 15 octobre 1927, le *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* (Cour de justice d'État du Reich), organe étroitement lié à la plus haute juridiction judiciaire du Reich, le *Reichsgericht*¹¹, venait de se qualifier lui-même de « Gardien de la Constitution du Reich » (*Hüter der Reichsverfassung*) et prétendit en tirer pour conséquence qu'il était le principal organe habilité à fournir l'interprétation de la Constitution de Weimar¹².

Alors qu'il n'en parle pratiquement pas directement dans son plus important ouvrage de droit constitutionnel, la *Théorie de la constitution*, publiée en 1928¹³, Schmitt développe immédiatement après des thèses spécifiquement consacrées à

Reine Victoria (par Gladstone). Félix Moreau l'avait par ailleurs employée à propos du pouvoir judiciaire américain (*Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Larose, 2^e éd. 1894, p. 109, note).

¹⁰ En doctrine, Leo Wittmayer avait ainsi désigné le Reichsrat, en raison de son droit de faire objection aux résolutions du Reichstag en matière législative (*Die Weimarer Reichsverfassung*, Tubingue, Mohr, 1922, p. 329). Heinrich Triepel en revanche, en avait fait emploi pour le Staatsgerichtshof (« Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern », *Festgabe W. Kahl*, Berlin, 1923, t. II, pp. 51-118.), tandis que Richard Grau (*AöR*, 11, 1926, p. 291) évoquait le risque d'introduire une pluralité de gardiens de la constitution (*Verfassungshüter*) se concurrençant voire se contredisant si un contrôle de constitutionnalité était formellement institué dans le Reich. Hugo Preuss, le père de la Constitution de Weimar, recourut à la formule pour le Président du Reich dans une autre perspective, essentiellement centrée autour du problème de la régulation du système de gouvernement (*Um die Reichsverfassung von Weimar*, Berlin, Mosse, 1924, p. 66 et 114). D'autre part, la formule fut employée occasionnellement par des acteurs comme le Président Friedrich Ebert, pour lui-même (v. *infra*) ou le Président du Tribunal suprême du Reich, Simons, pour cette institution (« gardien [ou veilleur] et garant de la Constitution [*Wächter und Wahrer der Verfassung*] ») (dans l'article « Das Reichsgericht in Gegenwart und Zukunft », *Deutsche Juristen-Zeitung [DJZ]*, 1924, p. 241 [246]).

¹¹ Institué en 1879, le Reichsgericht fut, en tant que juridiction suprême en matière civile et pénale, conservé par la Constitution de Weimar mais vit ses fonctions étendues, notamment en matière constitutionnelle, en ce sens que la nouvelle Cour de justice d'État (*Staatsgerichtshof*), dotée de compétences propres, lui fut étroitement liée du point de vue statutaire (sa composition variait en fonction du type de compétences). V. O. Jouanjan, « Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933) », in C. Grewe et alii (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, 2005, pp. 13-48 (39-44). A. Le Divillec, « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. Chagnollaud (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e-XX^e siècle*, Editions Panthéon-Assas, 2003, pp. 103-140 (131-133).

¹² Affaire « Église évangélique-luthérienne de Saxe contre Land de Saxe », *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, tome 118, Annexe p. 4.

¹³ *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928 (reprint 1954) ; trad. fr. *Théorie de la constitution*, PUF, coll. Léviathan, 1993. Il n'évoque la formule qu'une seule fois dans cet ouvrage, et très brièvement (p. 448) : « Chambre haute ou Sénat comme "gardien de la constitution", c'est-à-dire comme tribunal pour les conflits constitutionnels, comme instance de décision sur la constitutionnalité des lois et décrets, et pour ce que l'on peut appeler les recours constitutionnels ». Schmitt illustre ce point uniquement en mentionnant les Sénats français des constitutions de l'An VIII, de l'An XII et de 1852, et se borne à renvoyer ici à ses développements (p. 250) sur les « conflits constitutionnels », dans lesquels la formule n'apparaît pas.

la question du gardien. Ses analyses se déploient en trois temps. Il convient de relever d'emblée que la « théorie » schmittienne se présente en réalité en deux versants nettement distincts : une thèse « négative » qui s'emploie à contester l'idée que la justice devrait être considérée comme gardienne de la constitution, puis une thèse « positive » sur la reconnaissance de ce rôle pour le chef de l'État weimarien.

Il publie au début de l'année 1929 un long article (achevé en août 1928) intitulé « Le Tribunal du Reich en tant que gardien de la Constitution », dans un ouvrage collectif composé à l'occasion du cinquantième anniversaire du Reichsgericht¹⁴. Cette étude représente l'essentiel de la partie « négative » de la thèse schmittienne. Le juriste weimarien y développe – parfois avec véhémence – des arguments essentiellement critiques envers un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois exercé par un tribunal (ou des juges). S'il ne récuse pas entièrement un tel contrôle, il insiste sur les limites qu'il estime inhérentes à la justice en la matière.

Dans un deuxième temps, Schmitt publie un article intitulé « Der Hüter der Verfassung » dans l'importante revue *Archiv des öffentlichen Rechts*¹⁵ (parue en mars 1929, mais l'article est achevé en décembre 1928). Il reprend et complète certains de ses arguments sus-évoqués mais y ajoute une thèse « positive » sur le Reichspräsident. Il s'agit de « la » thèse proprement dite de Schmitt sur le gardien de la constitution.

Enfin, au printemps de 1931¹⁶, il fait paraître un livre, *Der Hüter der Verfassung*¹⁷, qui représente une version remaniée et enrichie de son article de mars 1929, auquel, outre une structuration en chapitres et titres de paragraphes, il ajoute un chapitre intermédiaire de soixante pages sur « la situation constitutionnelle concrète actuelle » (*die konkrete Verfassungslage der Gegenwart*), censé justifier plus fortement sa thèse¹⁸.

Par la suite, Schmitt ne consacre plus de publication spécifique directement dédiée à la question et le thème du « gardien » est ainsi absent de son livre de 1932, *Legalität und Legitimität*, bien que son propos ne soit pas sans lien avec celui-ci.

¹⁴ « Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung », in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin-Leipzig, de Gruyter, 1929, tome I, pp. 154-178 (rééd. in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, pp. 63-100).

¹⁵ Vol. 16 N.F., 1929, pp. 161-237.

¹⁶ Signalons que plusieurs autres écrits, entre 1929 et 1931, témoignent des préoccupations de Schmitt sur des thèmes adjacents (Ainsi de « Éthique de l'État et État pluraliste (*Staatsethik und pluralistischer Staat*) », *Kantstudien*, 1930, t. 35, n° 1, trad. fr. in *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1988, pp. 131-150), même si la formule du « gardien » n'y est pas explicitement utilisée, sinon de façon assez cursive dans « Le virage vers l'État total (*Die Wendung zum totalen Staat*) », *Europäische Revue*, avril 1931 (trad. fr. in *Parlementarisme et démocratie*, 1988, pp. 151-170 [160]).

¹⁷ Berlin, Duncker & Humblot, 1931, VI-159p. (paru en avril 1931, 3 fois réédité : en 1958, 1985, et 1996).

¹⁸ Le livre est ainsi structuré en trois chapitres : 1. La justice comme gardienne de la Constitution ; 2. La situation constitutionnelle concrète ; 3. Le Président du Reich comme gardien de la Constitution.

La même année toutefois, lors du procès opposant le Gouvernement de Prusse au Reich, Schmitt, dans son discours final devant la Cour de justice d'État, énonce à nouveau sa distinction : « Le Staatsgerichtshof n'a que la protection juridictionnelle et en forme judiciaire de la Constitution (*den gerichtlichen und justizförmigen Schutz der Verfassung*) ». Et il l'oppose au Président en tant que « véritable gardien politique de la Constitution (*echter politischer Hüter der Verfassung*) »¹⁹.

Il convient de relever ici que, contrairement à ce qui est parfois affirmé, Schmitt avance ses premières thèses dans un contexte politique qui n'est pas celui d'une « crise » aiguë de la République de Weimar. En 1928-1929, les gouvernements modérés ou de grande coalition, fragiles certes, sont en place et les partis extrémistes encore faiblement représentés au Reichstag. Ce n'est qu'en mars 1930, avec le premier « cabinet présidentiel » de Brüning, puis avec les élections parlementaires de septembre 1930 (à la suite desquelles le NSDAP obtient 107 sièges sur 577) que s'ouvre une phase nouvelle, qui se dégradera encore en 1931 et 1932. Il serait pour le moins discutable de prétendre que Schmitt commence à écrire sur le gardien dans un contexte de « dissolution » de la démocratie weimarienne.

Bien qu'apparues seulement en 1929, les thèses explicites de Schmitt sur le gardien sont préparées dans ses travaux antérieurs, où s'esquissent nettement certaines conceptions qui convergeront et culmineront ensuite vers une thèse apparemment plus aboutie. Ainsi, dans sa *Verfassungslehre* de 1928, il évoque déjà le thème de la « protection (*Schutz*) de la constitution », notamment (p. 250) : « La dictature commissionnée du *Reichspräsident* a pour but, d'après l'article 48 [de la Constitution de Weimar, n. ALD], de protéger et défendre l'ordre et la sécurité publics, c'est-à-dire la Constitution en place. Protection de la Constitution et protection de toute disposition légiconstitutionnelle ne sont pas plus identiques qu'inviolabilité de la constitution et inviolabilité de toute disposition légiconstitutionnelle ». D'autre part, il pose également dans cet ouvrage (ainsi que dans d'autres écrits) certains instruments dont il se servira pour appuyer sa thèse de 1929-31 : sur les limites du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des actes, sur les différentes possibilités offertes par le texte de la Constitution de Weimar, sur le concept de « neutralité »²⁰, et surtout sur sa notion de constitution.

¹⁹ « Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig in dem Prozeß Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof », 1932, rééd. in C. Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, 1940 (reprint Duncker & Humblot, 1988, pp. 180-184 [183]).

²⁰ Ce thème fait l'objet de plusieurs conférences et articles de Schmitt dans la période 1929-1931, notamment : « Die neutralen Größen im heutigen Verfassungsstaat » [Les entités neutres dans l'État constitutionnel d'aujourd'hui], (sans date, probablement une conférence en 1929), publiée dans *Probleme der Demokratie*, Heft 10, Berlin, W. Rothschild, 1931, pp. 48-56. « Das Problem der innerstaatlichen Neutralität des Staates » [Le problème de la neutralité à l'intérieur de l'État] (conférence du 8 avril 1930), rééd. in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, pp. 41-58. « L'ère des neutralisations et dépolitisations (*Die europäische Kultur im Zwischenstadium der Neutralisierung*) » (*Europäische Revue*, décembre 1929) et « Exposé sommaire des différentes significations et fonctions du concept

Il convient donc de noter simplement ici que la « théorie » schmittienne du gardien apparaît un peu brusquement, en 1929, pour sinon disparaître, du moins être dépassée en quelque sorte, dès 1932.

II. ÉLÉMENTS DE L'ARGUMENTATION SCHMITTIENNE

Dans la mesure où les écrits de Schmitt consacrés au problème du gardien de la constitution ne sont malheureusement pas traduits en français²¹, il convient de présenter les principaux éléments de son argumentation, en distinguant successivement les deux versants de sa thèse²². On constatera que cette argumentation est particulièrement « tortueuse » (Stanley Paulson), mais il importe de tenter d'en restituer l'essentiel.

A. LA THÈSE « NÉGATIVE » : LE REJET DE LA GARDE « EN FORME JURIDICTIONNELLE » DE LA CONSTITUTION

Le versant négatif de la thèse, contestant l'idée que, d'une manière générale, la « justice » puisse être considérée comme gardienne de la constitution, est le mieux connu et ne sera présenté que brièvement ici²³.

Le premier article consacré au thème se concentre, on l'a dit, sur la discussion critique de l'idée que la protection d'une constitution pourrait être dévolue à la justice ou sous la forme juridictionnelle. Il faut toutefois noter d'emblée que Schmitt ne réduit pas le problème de la « justice constitutionnelle » au seul contrôle de constitutionnalité des lois (comme tend, au contraire, à le faire Kelsen

de neutralité de l'État en matière de politique intérieure » (1931), publiés en français dans *La notion de politique*, Flammarion, 1992, pp. 131-151 et pp. 155-160.

²¹ On formule ici le vœu que cette traduction puisse voir le jour, ne serait-ce que pour démystifier au moins une partie de ces thèses.

²² Pour alléger les références, on citera les trois écrits de Schmitt directement consacré au « gardien » de la manière suivante : HV1 (premier article de 1929 – la pagination étant celle de la réédition de 1958), HV2 (second article de 1929) et HV3 (livre de 1931). Pour ces textes comme pour ceux dont il n'existe pas de version française publiée, la traduction des citations est de nous.

²³ On renverra pour les détails, aux contributions de C. Schönberger et M. Jestaedt dans le présent ouvrage, ainsi qu'à Stanley L. Paulson, « Arguments "conceptuels" de Schmitt à l'encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen », in C. Herrera (dir.), *Le droit, le politique Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, L'Harmattan, 1995, pp. 243-259 et J.-F. Kervégan, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », *ibid.*, pp. 229-241. P. Pasquino, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », in L. Jaume, M. Troper (dir.), *1789 ou l'invention de la Constitution*, LGDJ-Bruylant, 1994, pp. 143-152. N. Zanon, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *Annuaire internationale de la justice constitutionnelle*, V, 1989, pp. 177-189. S. Baune, Introduction à : H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, Paris, M. Houdiard, 2006, pp. 7-60. W. Schild, « Das Problem eines Hüters der Verfassung. Philosophische Anmerkungen zu einem juristischen Topos », in B. Guggenberger, Th. Würtenberger (dir.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik ? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 13-43.

dans sa réplique de 1931²⁴), mais y intègre, à raison d'ailleurs, d'autres aspects. Dans un foisonnement de remarques et d'arguments (d'ailleurs développés sans plan d'ensemble très net), Schmitt opère selon deux grandes perspectives, qui correspondent à différentes conceptions de la constitution.

Dès le début de l'article (HV1, pp. 69-70), Schmitt annonce qu'il privilégie une acception différente de celle de la doctrine positiviste alors dominante : « La constitution que l'on veut protéger et garder n'est dans sa notion et sa fonction plus la même qu'au XIX^e siècle. (...) La constitution est, dans sa substance positive, une décision politique concrète sur le genre et la forme de l'existence politique (république, démocratie parlementaire, État de droit bourgeois, organisation fédérale) ». On aura reconnu sa notion « positive » de constitution (*positiver Verfassungsbegriff*), telle qu'il l'a exposée dans sa *Verfassungslehre*²⁵. Pourtant, en dépit de cette entrée en matière, Schmitt oscillera entre sa propre notion et la notion plus classique, celle (pour faire court) de Kelsen.

1. LES ARGUMENTS RELATIFS À LA JUSTICE ET RELATIFS À LA CONSTITUTION KELSÉNIENNE

Se plaçant tout d'abord sur un terrain classique, Schmitt discute des arguments possibles en faveur d'un droit de contrôle des normes par les juges.

Il fait ici une lecture simpliste de l'office du juge : celui-ci est censé se borner à appliquer la loi à un cas concret. Dès lors, il ne lui est pas difficile de montrer qu'en bien des occasions, le juge constitutionnel opère tout à fait différemment de cette subsomption²⁶. Lorsqu'il est impossible d'établir clairement le contenu de la norme constitutionnelle, l'autorité qui tranche détermine en réalité elle-même ce contenu et fait donc œuvre de législation, non pas de justice (HV1, p. 81, HV2, pp. 186-197, HV3, p. 45)²⁷.

Ce faisant, Schmitt semble s'éloigner de ses propres thèses, qu'il avait commencé à développer dans son essai sur « Loi et jugement » (*Gesetz und Urteil*) de 1912, dans lesquelles il essayait de mettre en évidence la part irréductible de décision dans la fonction de juger. Certes, Schmitt rappelle simultanément (HV1, p. 79 ; HV3, pp. 45-46) que dans toute décision juridictionnelle, « il existe un élément de pure décision, qui n'est pas dérivé d'une norme », mais cela ne l'empêche pas d'appliquer son raisonnement de manière différente pour le juge ordinaire et un juge constitutionnel.

²⁴ *Qui doit être le gardien de la constitution ?* (« Wer soll der Hüter der Verfassung sein ? », *Die Justiz*, 6, 1930-1931), trad. fr. par S. Baune, M. Houdiard, 2006.

²⁵ *Théorie de la constitution*, 1993, not. pp. 151-166.

²⁶ Comme on sait, Kelsen, de son côté, ne nie pas le caractère « décisionnel », et « politique » de l'office du juge.

²⁷ Il estime en outre (HV3, p. 50) qu'une Cour constitutionnelle qui décide librement de la qualité de partie pouvant la saisir dispose de la « compétence-compétence », ce qui, relève-t-il, est le critère de la souveraineté pour une partie de la doctrine (notamment le juriste wilhelminien Albert Hänel – doctrine que, d'ailleurs, Schmitt réfute, mais il fait ici feu de tout bois argumentatif).

Il fait en outre allusion (HV3, pp. 50-51) aux « actes de gouvernement » dans la jurisprudence du Conseil d'État français, qui illustrent que certaines questions ne peuvent être justiciables, bref qu'il existe une part irréductiblement politique dans certains actes de la vie étatique, si bien qu'il ne convient pas que la justice s'en mêle.

D'une certaine manière, en soulignant le caractère « politique » (entendu au sens de : part de volonté) de l'activité d'une juridiction constitutionnelle, Schmitt n'est pas très éloigné des conclusions auxquelles parvient la théorie réaliste de l'interprétation aujourd'hui²⁸ – même si, paradoxalement, il gomme cette dimension pour les juges ordinaires ou du moins prétend ramener la mission de ceux-ci à une conception traditionnelle (le modèle de la subsomption). Il insiste à plusieurs reprises sur son idée – la formule est empruntée à Guizot – selon laquelle l'expansion de la justice (ou des juridictions) dans les affaires étatiques « ne juridiciserait pas la politique, mais politiserait la justice (*Es würde nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert*) »²⁹.

Il illustre ce point à travers l'exemple de la responsabilité ministérielle, et spécialement les types de responsabilités « fautives » (pour « haute-trahison » ou pour « violation de la constitution »)³⁰ (HV2, p. 174 et s., HV3, p. 22 et s.) – ce qui n'était pas absurde, car c'est bien autour de ce problème que sont apparues au XIX^e siècle, en Allemagne notamment, les premières instances de justice constitutionnelle³¹, dont il souligne le « caractère politique » (HV3, p. 26). Pour Schmitt, dans de tels cas, ou bien il existe une violation évidente de la constitution, et alors le tribunal compétent exerce une justice de nature répressive (*repressive und vindikative Justiz*) ; ou bien l'affaire n'est pas claire et univoque et « elle n'est pas une question de droit » (HV3, pp. 31-32).

Le juriste de Plettenberg fait valoir en outre que le juge a un rôle passif et qu'il ne peut intervenir qu'après la réalisation d'une menace sur la Constitution : « Il est inéluctable que la justice, tant qu'elle demeure justice, arrive politiquement toujours trop tard » (HV2, p. 182).

²⁸ Schmitt cite même un extrait de la thèse de doctorat de Charles Eisenmann (*La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928, p. 216) : « La justice constitutionnelle fait apparaître plus nettement que toute autre le pouvoir créateur ... de la jurisprudence ; la Cour, en réalité, complète, détermine la Constitution plus qu'elle ne l'applique – au sens que l'on attache généralement à ce mot : elle ne "dit" pas le droit, elle le fait ». Schmitt ajoute : « Ce juste constat n'est malheureusement, par suite du normativisme théorique, pas fructueux » (HV1, p. 79, note 38).

²⁹ La formule est répétée inlassablement par Schmitt : HV1, p. 98 ; HV2, p. 173 ; HV3, p. 22.

³⁰ À côté de la responsabilité politique des ministres devant le Reichstag (art. 54) et la possibilité de destitution du chef de l'État par un référendum déclenché par le Reichstag (art. 43 al. 2), l'article 59 de la Constitution de Weimar disposait ainsi que « Le Reichstag est en droit de mettre le Président du Reich, le Chancelier du Reich et les ministres du Reich en accusation devant la Haute Cour de justice du Reich allemand pour violation coupable de la Constitution ou d'une loi du Reich. (...) ».

³¹ V. notre article « Les prémices de la justice constitutionnelle... », *op. cit.*, 2003, pp. 103-140. Il conviendrait plutôt de parler ici de « responsabilité constitutionnelle » (car si elle est différente d'une responsabilité pénale, elle ne résume pas à une responsabilité purement politique dès lors que demeure l'idée de faute).

Pour lui, enfin, le juge manque de légitimité pour les décisions politiques importantes et de dénoncer « l'aristocratie de robe » (HV2, p. 236 ; HV3, p. 156).

Toutefois, Schmitt concède tout de même que le juge ordinaire peut jouer un certain rôle pour contrôler ponctuellement la constitutionnalité des lois, et donc, en un sens restreint, garder la constitution : à ce compte, le droit de contrôle des juges ordinaires s'apparenterait à ce que font toutes les institutions étatiques, et, finalement, même aux citoyens, si bien que, affirme-t-il, « nous sommes tous gardiens de la constitution » (HV1, p. 83)³² ! Mais concédant ce point, il en limite l'importance, car cela ne résout pas, à ses yeux, un problème plus essentiel : « cette simple vérité que la protection juridictionnelle de la Constitution ne peut justement constituer qu'une partie des institutions de protection de la Constitution » (HV3, p. 11).

2. LES ARGUMENTS SUR LE TERRAIN D'UNE AUTRE NOTION DE CONSTITUTION

Dès son premier article sur le thème du gardien, le juriste weimarien ne se contente pas de discuter le problème en limitant son propos au terrain de la notion de constitution entendue comme une loi écrite et de valeur supérieure aux lois ordinaires, mais se réfère à une autre acception de la constitution, celle qu'il a qualifiée, comme nous l'avons vu, de « constitution au sens positif ». Dès lors, « un gardien de la constitution ainsi compris ne pourrait être qu'une instance hautement politique avec une force politique particulièrement intense », tandis que « c'est une autre question que de savoir comment on assure la légalité de l'action administrative (...) et une autre de savoir comment on peut protéger l'effet stabilisant et conservant de certaines normations légiconstitutionnelles contre le législateur ordinaire [³³]... » (HV1, p. 70).

Il précise : « Tant que l'État est une unité politique, et non un compromis entre des facteurs de politique interne voire externe, la Constitution sera une Constitution d'État (*Staatsverfassung*) et non une Constitution juridictionnelle (*Gerichtsverfassung*) » (HV1, p. 98). L'État souverain moderne, estime-t-il, ne peut plus être défini essentiellement autour de la justice, comme l'État médiéval, il est « un État essentiellement de l'exécutif, appuyé sur la fonction publique professionnelle et l'armée ; sa *ratio*, la *ratio status*, réside non pas dans des normes mais dans son existence politique concrète » (HV1, p. 99). Il « ne se laisse pas absorber dans la juridiction sans se dissoudre lui-même », et on ne

³² Il peut alors – presque malicieusement – renvoyer à l'extrait du dernier article de la Constitution française du 3 septembre 1791 : « L'Assemblée nationale constituante en remet le dépôt [de la Constitution, n. ALD] à la fidélité du Corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ». Des formules comparables, *mutatis mutandis*, se retrouvent dans les Constitutions de l'An I (art. 123) et de l'An III (art. 377).

³³ C'est-à-dire de dispositions écrites bénéficiant techniquement d'une protection particulière du fait de la « rigidité » de la constitution formelle.

saurait « confondre la protection d'intérêts particuliers protégés (du fait de l'existence de voies de droit) par des dispositions légiconstitutionnelles avec la protection de la constitution elle-même » (HV1, p. 100).

Schmitt conteste ainsi résolument l'idée que l'on pourrait réduire la constitution à une loi (écrite), une loi qui serait dotée d'une force juridique « hiérarchiquement » supérieure aux lois ordinaires (HV1, pp. 68-69, 77 ; HV2, p. 198 et s., 208 et s.). D'une certaine manière, il tente de montrer des implications « concrètes » de sa contestation théorique de la vulgate normativiste relativement à la notion de constitution. Pour cela, Schmitt se penche longuement sur le problème des « litiges constitutionnels » (HV1, p. 74 et s.), que suppose l'idée d'une « justice constitutionnelle ». Ceux-ci, à leur tour, ne peuvent être déterminés qu'en liaison étroite et avec un « concept clair de constitution ». (HV 2, p. 199 ; HV3, p. 53).

Il procède à de longs développements sur cette question, ce qui l'amène à se placer, mais de manière en quelque sorte oblique, sur sa propre notion de constitution. Pour cela, il commence par rappeler l'idée, qui a beaucoup influencé les constitutionnalismes ancien et moderne, selon laquelle la constitution peut être regardée comme une sorte de « contrat » (HV1, pp. 75-76 ; HV2, p. 198 et s. ; HV3, p. 53 et p. 60 et s.). La situation contractuelle se prête bien, selon lui, à une résolution juridictionnelle des conflits entre les contractants. Au XIX^e siècle, on considérait fréquemment qu'un contrat était passé entre le Prince et le peuple (ou parfois les « états » [*Stände*, en allemand], c'est-à-dire les « ordres » du pays) ou les assemblées représentatives. De plus, à l'époque contemporaine, la problématique fédérale offre une illustration pertinente de cette dimension. Schmitt utilise ici sa théorie de la fédération : « la constitution est un contrat dans le cas d'une authentique fédération » (HV3, p. 54), autrement dit un pacte fédératif³⁴.

Le juriste weimarien se réfère alors à l'histoire constitutionnelle et au droit positif de l'Allemagne. Il évoque la compétence attribuée au Staatsgerichtshof, selon l'article 19 de la Constitution de Weimar, pour les litiges autres que de droit privé à l'intérieur d'un État-membre de la fédération, entre États-membres du Reich, ou bien entre le Reich et un État-membre. C'est bien la dimension fédérale (fédérative) qui explique ce mécanisme, si bien que la cour compétente sur ces questions est « gardienne de l'homogénéité constitutionnelle nécessaire dans toute fédération » (HV3, p. 56)³⁵.

Mais Schmitt souligne la différence radicale de nature entre une telle compétence, impliquée par la dimension fédérative du Reich allemand qui la sous-tend et la justifie, et le jugement de litiges entre organes fédéraux portant sur l'interprétation de la Constitution fédérale, qui pose une tout autre difficulté. Confier au Staatsgerichtshof cette dernière compétence – comme le réclament certaines

³⁴ *Théorie de la Constitution, op. cit.*, p. 197 et 205.

³⁵ Là encore, il s'agit d'une question qui a très tôt suscité un intérêt et parfois un traitement spécifique dans le constitutionnalisme allemand. V. notre analyse « Les prémices... », *op. cit.*, not. p. 115 et s.

voix doctrinales dans les années 1920³⁶ – serait à ses yeux inacceptable « tant que la Constitution du Reich n'est pas considérée comme un contrat et un compromis, mais au contraire comme une décision politique positive de l'ensemble du peuple allemand, c'est-à-dire comme une constitution au sens d'un État unitaire démocratique, et aussi longtemps que le Reich n'est pas dissous dans un pluralisme de groupes de pouvoirs et d'organisations, un litige constitutionnel ne peut survenir qu'entre les titulaires des pouvoirs et compétences constitutionnels directs » (HV2, pp. 208-209 ; HV3, p. 62). À cet égard, il estime qu'une extension exagérée de la notion de partie à un « procès constitutionnel » – qui était déjà à l'œuvre dans la jurisprudence du *Staatsgerichtshof* de Weimar³⁷ – révèle « une conception pluraliste de l'État et conduit à une mutation de la constitution qui, de décision politique du titulaire du pouvoir constituant, devient un système de droit acquis contractuellement, système dans lequel les groupes intéressés vont réclamer à l'État le respect de leurs « droits » (HV3, p. 54).

Il récuse donc catégoriquement qu'il soit justifié de s'en remettre à une instance (apparemment) juridictionnelle pour trancher les conflits constitutionnels – plus précisément les « véritables » conflits constitutionnels à ses yeux –, pour cette raison que ceux-ci sont intrinsèquement politiques. Il estime qu'il « serait erroné de faire valoir *in abstracto* l'idée de l'État de droit pour réclamer une compétence générale en faveur d'une telle cour ». Et c'est là qu'il précise plus avant, quoique *a contrario*, ce qu'il entend vraiment par « constitution ». « Une telle juridiction constitutionnelle (*Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit*) signifierait (...) soit le résidu d'une notion de constitution pour une part fédéraliste, pour une autre divisée en ordres pluralistes (*ständisch-pluralistisch*), selon laquelle la constitution est un contrat ; soit la préparation d'une dissolution pluraliste de l'État en un compromis de facteurs hétérogènes »³⁸. Le résultat serait que « ce conglomerat chaotique de groupes et de complexes sociaux passerait des accords (*Abmachungen*) par voie de compromis sur les affaires extérieures, intérieures, culturelles et sociales du Reich allemand » (HV2, p. 211)³⁹.

Autrement dit, la « véritable justice » est, selon Schmitt, celle qui statue non pas dans une logique de hiérarchie des normes (il estime avoir démontré ce point précédemment), mais celle qui arbitre entre des prétentions de même niveau, tel

³⁶ Par exemple, lors des 33^e et 34^e Congrès allemands des juristes (*Deutscher Juristentag*) en 1924 et 1926 (v. les références dans : HV3, p. 5, note 1).

³⁷ Ce contre quoi Schmitt s'était déjà élevé dans sa *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 254.

³⁸ Il précise : ces facteurs « seraient, dans le Reich actuel : certains Länder (dans la mesure où ils sont dignes de la forme étatique [*staatswürdig*]), les groupes d'intérêt (industriels, *Landbund* [agricoles]), les syndicats, les églises, les grandes villes, les organisations de fonctionnaires, la compagnie des chemin de fer du Reich, la Banque du Reich, les minorités dotées de compétences constitutionnelles, etc... » (*ibid.*).

³⁹ Il ajoute que dans une telle situation, « il resterait à la pression de l'extérieur, les obligations et contrôles de droit international public (Traité de Versailles, Protocole de Londres, Locarno) de maintenir de l'extérieur l'unité de l'Allemagne comme débiteur de réparation » (HV2, p. 211), ce qui tend à confirmer l'intuition de Olivier Beaud (Préface précitée, p. 109) selon laquelle la notion schmittienne de la constitution avait une visée stratégique par rapport au Traité de Versailles.

un juge du contrat. Schmitt glisse adroitement d'une argumentation de théorie juridique, l'idée contractuelle, vers celle, plus hasardeuse, du « pluralisme »-hétérogénéité.

Il est important de relever dès à présent que la transition entre les thèses négative et positive est différente en 1929 et 1931. Dans le premier cas, au terme d'une « démonstration » plus brève, il conclut : « J'ai, dans ma *Théorie de la constitution*, opposé à de telles tendances, le système d'un État constitutionnel démocratique avec une notion positive de constitution. Ainsi, l'on peut répondre à la question d'un gardien de la constitution autrement que par des procédures juridictionnelles (*Justizförmigkeiten*) fictives » (HV2, p. 212 ; la formule est du reste reprise en 1931 : HV3, p. 70).

En revanche, pour justifier de façon plus appuyée le passage de la thèse négative à la thèse positive, Schmitt ajoute, en 1931, un chapitre entier sur « la situation constitutionnelle concrète actuelle », c'est-à-dire sur l'état du système institutionnel et politique de la République de Weimar⁴⁰. Ce chapitre est structuré en deux temps. Il montre d'abord que cette « situation » se caractérise par des éléments centrifuges qu'il range sous trois appellations : le « pluralisme » (des forces sociales, relayé par les forces politiques, l'État étant dégradé en un instrument de leurs appétits de pouvoir), la « polycratie » (pour l'économie) et enfin le fédéralisme⁴¹. Il identifie et discute ensuite les « remèdes et mouvements de réaction (*Abhilfen und Gegenbewegungen*) » que le système ou les acteurs tenteraient d'opposer à cette dissolution. Schmitt examine ici successivement les tentatives pour édifier une « Constitution économique », le problème de la « neutralité partisane dans l'État (à travers le corps des fonctionnaires d'État, les experts, la Banque centrale du Reich (*Reichsbank*) et la Société des Chemins de fer (*Reichsbahn*), avant d'interroger de façon plus « théorique » les différents sens possibles des termes de « neutralisations », de « neutralité » et de « dépolitisation ». Enfin, il aborde – dans une sorte de *crescendo* qui ne saurait surprendre – la question des pouvoirs d'exception de l'exécutif sur le fondement du célèbre l'article 48 de la Constitution de Weimar, en particulier les ordonnances en matière économique et financière qui ont, en 1930 et 1931 pris une ampleur considérable. Il s'efforce de justifier la légitimité de cette pratique et, surtout, termine son chapitre par une transition nouvelle par rapport à son article de 1929, qui traduit une inflexion de sa thèse : « La Constitution de Weimar donne à un Reichstag capable d'agir tous les droits et possibilités nécessaires à un Parlement pour s'imposer comme le facteur déterminant de la formation de la volonté étatique. Si le Parlement devenu le théâtre du système pluraliste n'en est pas

⁴⁰ Qui est une « analyse au ton dépressif » (M. Stolleis), mais que R. Mehring (*Carl Schmitt. Eine Einführung*, Hambourg, Junius, 2^e éd. 2001, p. 52) et W. Schild (art. préc., p. 39) qualifient d'assez réussie en bien des points.

⁴¹ C'est ici qu'il reprend le thème de l'« État total » (*totaler Staat*), qui ne se trouvait pas comme tel dans les articles de 1928-1929, et qu'il avait commencé à évoquer la première fois dans une conférence prononcée devant le Conseil économique du Reich (*Reichswirtschaftsrat*), le 5 décembre 1930, puis développé dans d'autres articles entre 1931 et 1933.

capable, il n'a pas à exiger que toutes les autres instances responsables deviennent également incapables d'agir » (HV3, p. 131). Autrement dit, il ajoute une justification qui relève moins d'une « théorie constitutionnelle » générale, mais se situe ouvertement sur un registre concret, justifié à ses yeux par l'actualité. « Le droit d'ordonnances économique-financières à caractère législatif de la pratique actuelle de l'article 48 reste (...) en harmonie avec l'ordre [constitutionnel, n. ALD] existant et cherche à sauver l'État législatif conforme à la Constitution, dont le corps législatif est divisé de façon pluraliste, par rapport à un pluralisme anticonstitutionnel. Le fait que cet essai plus fort d'une aide et contre-mouvement ne peut être constitutionnellement et légalement entrepris que par le Président du Reich laisse entrevoir que celui-ci doit être regardé comme le gardien de cet ordre constitutionnel d'ensemble (*dieser verfassungsmässigen Gesamtordnung*) » (HV3, p. 131).

B. LA THÈSE « POSITIVE » EN FAVEUR DU PRÉSIDENT GARDIEN DE LA CONSTITUTION

La partie « positive » de la thèse de Schmitt n'occupe qu'un volume passablement réduit par rapport à la partie « négative »⁴². Ce versant de la thèse schmittienne, rarement examiné en détail et en lui-même, est souvent présenté de façon quelque peu biaisée en ce qu'il est presque toujours réinscrit globalement dans les écrits postérieurs de Schmitt, comme s'il était évident qu'il s'inscrivait de manière parfaitement logique dans une pensée homogène et déjà complètement aboutie⁴³. Or, il convient de ménager la part « accidentelle » ou en tout cas les « tâtonnements » de la réflexion de Schmitt.

Les arguments en faveur du rôle du Président du Reich restent grosso modo les mêmes (sous réserve de plusieurs nuances et précisions significatives que l'on s'efforcera de signaler à l'occasion) en 1931 par rapport à la version de 1929, mais ils sont justifiés de façon plus appuyée dans la dernière version, notamment à travers ce chapitre intermédiaire consacré à la « situation constitutionnelle concrète » déjà évoqué, ainsi que par quelques inflexions de détail – mais révélatrices – dans l'argumentation. Schmitt a en effet besoin de justifier le passage – qui ne va pas tout à fait de soi – de la thèse négative à la thèse positive.

⁴² Présentée dans le dernier des cinq paragraphes que compte l'article de 1929, où elle n'occupe que 25 pages sur 76 (HV2, pp. 212-237), elle n'est développée que dans un court troisième chapitre dans le livre de 1931 (37 pages sur 159, et encore, de longs passages n'y traitent même pas du Président).

⁴³ C'est, nous semble-t-il, ce que l'on peut reprocher à plusieurs travaux récents sur Schmitt. Par exemple, N. Campagna, *Le droit, le politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*, PU de Laval, 2004. D. Cumin, *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, Paris, Cerf, 2005. Même la belle synthèse de Jacky Hummel (*Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Michalon, « Le bien commun », 2005) n'échappe pas tout à fait à ce travers. À l'inverse, l'un des mérites du livre de Gopal Balakrishnan, *L'ennemi. Un portrait intellectuel de Carl Schmitt*, Paris, Ed. Amsterdam, 2006, nous paraît être son approche chronologique, qui permet de mettre en relief le cheminement progressif et les inflexions des positions (y compris circonstancielles voire opportunistes) de Schmitt, notamment sur le thème du « gardien de la constitution ».

I. LA RECOURS À LA THÉORIE
DU « POUVOIR NEUTRE » DE BENJAMIN CONSTANT

Au terme de la partie négative de sa thèse, Schmitt poursuit en commençant par poser que « les conflits entre les titulaires des décisions politiques suprêmes ne se laissent donc pas trancher par la justice (sauf violation ouverte de la constitution) ; ils peuvent être tranchés par une force politique supérieure, un tiers supérieur (*ein höherer Dritte*), mais qui deviendrait le maître de la constitution (*Herr der Verfassung*), ou bien par une instance non pas supérieure mais de même niveau, un tiers neutre (*neutraler Dritte*) ; c'est le sens d'un *pouvoir neutre et intermédiaire*⁴⁴, qui n'est pas situé au-dessus des autres pouvoirs constitutionnels mais qui dispose de compétences et moyens d'action propres ». Pour ne pas avoir un maître de la constitution, il faut que ce soit non pas un des pouvoirs existants mais une instance neutre particulière (*eine besondere neutrale Gewalt*) (HV2, p. 212 ; HV3, p. 132).

Schmitt rappelle alors l'existence de la célèbre théorie de Benjamin Constant⁴⁵. À vrai dire, il ne l'expose pas en détail, comme si la seule expression de « pouvoir neutre » comptait pour lui davantage que le fond de la doctrine mobilisée. Très significativement, au contraire, plutôt que de partir des arguments développés par le grand auteur libéral (ou bien de partir du problème de la « garde » d'une constitution qu'il aurait préalablement cerné avec précision), Schmitt argumente en considérant la façon dont on peut justifier le rôle d'un chef de l'État dans un État fondé sur la distinction des pouvoirs moderne lorsque la

⁴⁴ En français dans le texte. Plus loin, Schmitt écrit, en allemand : *eine neutrale und vermittelnde Gewalt*.

⁴⁵ Pour être célèbre, elle n'en est pas moins imparfaitement connue dans ses détails. Dès 1802-1806, dans ses *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine pour un grand pays* (Ed. Aubier, 1991), Constant, alors républicain, avait défendu avec soin la nécessité d'un « pouvoir neutre ou préservateur, nécessaire dans toute constitution », qui serait un « pouvoir intermédiaire », un « troisième pouvoir qui soit neutre entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif », et dont la mission générale serait de « rétablir la concorde entre eux ». Il a déjà cette formule célèbre : « lorsque les pouvoirs publics se divisent, et sont prêts à se nuire, il faut une autorité neutre qui fasse à leur égard ce que le pouvoir judiciaire fait à l'égard des individus. Le pouvoir préservateur est, pour ainsi dire, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs » (VIII, 8, éd. 1991, p. 391). Ce rôle devait initialement être confié à une assemblée de cent membres élus à vie par le peuple et inamovibles, une sorte d'assemblée de « sages ». En 1814, Constant rallié au principe de la monarchie libérale (« constitutionnelle ») et transposant ses idées sur le « pouvoir neutre », confie désormais ce rôle au monarque, « pouvoir royal » distinct du « pouvoir ministériel ». Il réaffirme : « Le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général ; mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entrechoquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à sa place. Cette force ne peut être dans l'un de ces ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres ; il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s'applique nécessairement partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice, réparatrice sans être hostile » (d'abord dans les *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, Le Normant, 1814, chap. I, p. 2, puis repris dans les *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, 1815, chap. II, rééd. Gallimard, Poche, 1997, p. 324).

logique du gouvernement parlementaire s'est imposée. En orientant le débat sur un tel terrain, le juriste rhénan déplace de manière pour le moins sensible la thématique initiale du gardien de la constitution.

Il relève alors que « tous les catalogues typiques de prérogatives et compétences des chefs d'État (monarques ou présidents) remontent à elle [i.e. la théorie de Constant, n. ALD] » (HV2, p. 218 ; HV3, pp. 133-134) – ce qui est assez exact –, et insiste sur l'idée qui la sous-tend, à savoir la distinction entre « régner » et « gouverner », laquelle correspondrait à une distinction entre « *Auctoritas* » et « *Potestas* »⁴⁶, et qui, soutient Schmitt, n'a jamais été bien comprise en Allemagne. Le chef de l'État « assure la continuité et la permanence de l'unité étatique et de son fonctionnement uniforme », et cela requiert « une forme particulière d'autorité ». Or, « la fonction particulière du tiers neutre ne réside pas dans une activité permanente de commandement et de réglementation, mais d'abord seulement médiatrice, conservatrice (*wahrend*) et régulatrice, et [elle] est seulement active en cas de nécessité (*nur im Notfall aktiv*) », cela « parce que le tiers neutre ne doit pas concurrencer les autres pouvoirs au sens d'une expansion de son propre pouvoir » (HV3, pp. 136-137). Le propre d'une telle institution serait plutôt de « passer normalement inaperçue et de n'être pas pressante (*unaufdringlich*) ». Elle n'en est toutefois pas moins « présente et indispensable au moins dans le système de l'État de droit de distinction des pouvoirs » (HV3, p. 137).

Cela posé, Schmitt affirme : « D'après le droit positif de la Constitution de Weimar, la position du Président du Reich élu par le peuple ne se laisse construire que grâce à cette théorie du pouvoir neutre et médiateur » (HV2, p. 217)⁴⁷. En 1931, il modifie significativement la fin de cette dernière phrase, qui devient : « à l'aide d'une théorie un peu plus développée (*einer weiterentwickelten*) d'un pouvoir neutre, médiateur, régulateur et préservateur » (HV3, p. 137). En effet, précise-t-il, le Président du Reich est « doté de compétences qui le rendent indépendant des corps légiférants, bien qu'il soit simultanément lié par le contre-seing de ministres dépendant de la confiance du Parlement ». Les « compétences qui lui sont attribuées par la Constitution (nomination des fonctionnaires, droit de grâce, proclamation des lois) correspondent typiquement au catalogue des compétences du chef de l'État établi par Constant ». Il ajoute que « cet équilibre original souvent évoqué de l'élément constitutionnel plébiscitaire par rapport à l'élément parlementaire, la combinaison d'une indépendance vis-à-vis du Reichstag, du fait de compétences autonomes, et de dépendance en raison de l'exigence générale du contre-seing ministériel, [et] surtout la protection de la

⁴⁶ Distinction sur laquelle il s'est étendu dans une longue note dans sa *Théorie de la constitution*, éd. 1993, p. 211.

⁴⁷ Pourtant, le 28 juin 1929, Schmitt prononce à la *Deutsche Hochschule für Politik* de Berlin une conférence intitulée « L'absence d'un Pouvoir neutre dans l'Allemagne nouvelle ». Le texte de cette conférence ne nous est pas connu (information tirée de *Berichte der Deutschen Hochschule für Politik*, Bd. VII, Juni 1929, H. 3, p. 17 et confirmée par une note de G. Maschke dans C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 30).

Constitution (à la différence de la loi constitutionnelle individuelle)⁴⁸ selon l'article 48, *tout cela ne serait qu'un mélange plein de contradictions et vide de sens si l'on ne se référait pas à cette théorie [du pouvoir neutre]* » (HV2, pp. 217-218 ; HV3, pp. 137-138. Nous soulignons). Dans la version de 1931, il ajoute quelques références aux débats constitutionnels weimariens de 1919, destinées à montrer que les rédacteurs du texte de la Constitution avaient certainement conscience de ce qu'ils faisaient, en parlant du futur Président du Reich comme un « pôle stable » (selon Hugo Preuss, le « père de la Constitution »), un « point fixe », une « personnalité [qui] a la totalité en vue (*das Ganze im Auge*) » (d'après Friedrich Naumann, l'un des chefs du courant libéral). Il cite encore la caractérisation du Président comme une « entité médiatrice (*eine vermittelnde Grösse*) » mais – significativement – « entre le Parlement et le gouvernement », en cas de difficultés à constituer un cabinet du fait de l'absence d'une majorité parlementaire déterminée (HV3, p. 139). Il n'est ici plus véritablement question de normes juridiques, mais plutôt de relations politiques entre les organes constitutionnels.

Et Schmitt de mentionner des exemples tirés de la pratique de « la vie étatique » weimarienne, en particulier les interventions de Friedrich Ebert à l'égard de la Bavière en 1922⁴⁹ ou de Hindenburg dans le conflit entre le Gouvernement fédéral et la Cour de justice d'État en décembre 1928.

2. LA TRANSPOSITION SCHMITTIENNE DU « POUVOIR NEUTRE » AU « GARDIEN DE LA CONSTITUTION »

Mais Schmitt doit franchir un pas supplémentaire pour parvenir à rattacher la théorie constantienne au problème contemporain du gardien de la constitution. Il le fait (ou prétend le faire) par un double glissement.

En direction de l'État tout d'abord : « Au-delà de la formule de la puissance neutre, qui est initialement conçue seulement pour le chef de l'État (...), on peut étendre cette idée à l'État dans sa totalité (*Staat im Ganzen*). L'État est, dans de nombreux pays, devenu lui-même une instance "neutre", qui n'est plus, par rapport à la société, un tiers supérieur mais un tiers neutre » (HV2, p. 220 ; HV3, p. 141). Cette caractéristique de l'État contemporain apparaîtrait notamment lors des conflits sociaux (à cette occasion, les conflits sont souvent résolus de manière pacifique grâce à la présence médiatrice de l'État). Elle pourrait également être étendue à la fonction publique professionnelle, comme en témoignerait l'article 130, al. 1^{er} de la Constitution de Weimar : « Les fonctionnaires sont les serviteurs de la collectivité, non d'un parti ». Ce corps de fonctionnaires apparaît à Schmitt comme « titulaire de cette fonction neutre et médiatrice » et le Président

⁴⁸ Dans la version de 1931, ce point est précédé de : « l'exécution fédérale, c'est-à-dire la protection de la Constitution du Reich vis-à-vis des Länder ... ».

⁴⁹ Ebert avait « négocié » avec le gouvernement bavarois l'application d'une loi fédérale sur la protection de la République prise après l'assassinat de Walther Rathenau. C'est à cette occasion qu'il se qualifia lui-même, dans une lettre au chef du gouvernement de Munich, de « gardien de la Constitution du Reich et de l'idée du Reich » (*Hüter der Reichsverfassung und des Reichsgedankens*).

du Reich, qui les nomme (art. 46 de la Constitution de Weimar), comme le « pivot du système » (HV2, p. 223).

En direction de la constitution, ensuite. Il note la « tendance actuelle à rechercher des éléments statiques dans la Constitution (ou l'État) », en mettant à l'abri de la confrontation politique certaines valeurs, qui sont « ancrées » dans le texte de la Constitution⁵⁰. Mais, ajoute-t-il, s'il « est compréhensible que l'on ait cru dépolitiser les litiges constitutionnels en les confiant à des juges professionnels », il estime qu'« en fait, on cherche par là en réalité moins une instance juridictionnelle qu'une instance indépendante et neutre, et on utilise le caractère juridictionnel seulement comme moyen le plus sûr et le plus net d'une indépendance constitutionnellement garantie » (HV2, p. 227). Bref, « ces propositions se ramènent à exiger une instance indépendante et neutre par rapport au jeu des partis politiques, et dotée d'une certaine permanence, c'est-à-dire créer une statique » (HV2, p. 228). Schmitt considère que « ce but pourrait [tout aussi bien] être atteint par la cooptation ou l'hérédité d'une seconde chambre » et que « l'on maltraite les concepts de forme juridictionnelle et de juridiction si l'on recourt à une juridiction chaque fois qu'une instance indépendante et neutre est requise » (HV2, p. 229). Et d'enfoncer le clou pour dénier toute pertinence à la solution juridictionnelle, en reprenant un argument déjà avancé : « Aucune forme juridictionnelle (*Justizförmigkeit*) ne pourrait masquer qu'il s'agirait, avec une telle cour de justice constitutionnelle, d'une instance hautement politique dotée de compétences législatives et, sous l'angle démocratique, il paraîtrait stupéfiant que des fonctionnaires professionnels inamovibles, une *aristocratie de robe*, exerce un contrôle sur un corps porté par la confiance de la majorité de la population » (HV 2, p. 236).

Or, poursuit-il, il existe plusieurs types d'indépendance (et donc d'instances indépendantes) ; il n'y a pas que celle des juges, mais aussi celle des fonctionnaires, des parlementaires, des experts, et aussi, enfin, celle du chef de l'État constitutionnel comme le *Reichspräsident* weimarien. En outre, il soutient que certains types d'indépendance restent intimement liés à « la conception de la totalité de l'unité politique (*Vorstellung des Ganzen der politischen Einheit*) » (HV2, p. 232). Schmitt mentionne ici à l'appui de cette idée les références tirées du texte de la Constitution écrite : « les fonctionnaires sont les serviteurs de la collectivité (*Gesamtheit*), non d'un parti » (art. 130), « les députés sont représentants du peuple entier (*des ganzen Volkes*) » (art. 21), « Le Président du Reich est élu par le peuple allemand entier (*vom ganzen deutschen Volk*) » (art. 41). Il juge que « cette référence à la totalité de l'unité politique contient toujours un contraste vis-à-vis des groupements pluralistes de la vie économique et sociale et doit provoquer soit une suprématie sur de tels groupements, soit à tout le moins une neutralité » (HV2, pp. 232-233).

Dès lors, Schmitt peut avancer les conséquences de sa démonstration : « Ce n'est que par une mise en relation comparative de telles dispositions que s'éclaire

⁵⁰ Ce point est déjà évoqué dans HV1, pp. 68-69.

la position qui revient au Président du Reich d'après la Constitution de Weimar. Le Président est au centre de ce système de neutralité et d'indépendance à laquelle se rattache l'ordre étatique du Reich allemand d'aujourd'hui » (HV2, p. 233)⁵¹. Il affirme (ou plutôt réaffirme) même ici que « d'après le contenu présent de la Constitution de Weimar, il existe déjà un gardien de la Constitution, en l'occurrence, le Président du Reich » (HV2, p. 233 ; HV3, p. 158). Tant son statut (durée du mandat, destitution difficile, indépendance organique à l'égard des majorités parlementaires changeantes) que ses compétences « ont pour sens de créer une instance neutre et médiatrice qui, en tant que telle, est le garant et gardien patenté (*der berufene Wächter und Hüter*) de l'état constitutionnel (*verfassungsmässiger Zustand*) et du fonctionnement conforme à la Constitution des plus hautes instances fédérales » (HV2, p. 233)⁵². Il note qu'au surplus, le serment que prête le Président du Reich en vertu de l'article 42 du texte constitutionnel lui prescrit de « garantir (*wahren*) la Constitution ».

Il ajoute que la position du Président comme gardien de la Constitution « correspond rien moins qu'au principe démocratique » (HV2, p. 234 ; HV3, p. 159). Ses compétences à l'égard du Reichstag s'analysent comme des moyens d'en appeler au peuple et que c'est à partir du principe démocratique lui-même que la Constitution essayer d'instaurer « un contrepoids à l'égard de la domination de coalitions parlementaires et du pluralisme des groupes de pouvoir sociaux et économiques, et de maintenir l'unité du peuple comme une totalité politique et de protéger l'ordre constitutionnel (*die verfassungsmässige Ordnung*) d'un abus de la part des partis » (HV3, p. 158, *idem* HV2, p. 234). En 1931, il ajoute à plusieurs reprises à ces formules la mention du caractère « plébiscitaire » de la position du Président.

Il conclue sur le rappel de « l'émiettement partisan » qui « fait du Parlement le miroir des oppositions d'intérêt économiques et sociales. L'intégration de l'unité politique n'est alors plus possible et le Parlement devient un moyen de désintégration ». Dans ses dispositions sur le Président du Reich, la Constitution de Weimar a tenté, selon Schmitt, de placer en face du Parlement comme représentant de tout le peuple allemand, un autre représentant également élu par la totalité du peuple allemand. Cela correspond au principe démocratique et a le sens constitutionnaliste de sauver (*retten*) l'unité politique de tout le peuple allemand devant un Parlement devenu l'instrument des tendances pluralistes » (HV2, p. 235). La Constitution de Weimar, conclue-t-il en 1931, « présuppose l'ensemble du peuple allemand comme une unité, qui est capable d'agir (*handlungsfähig*) directement, et non seulement par le truchement d'organisations de groupes sociaux (...). La Constitution cherche en particulier à donner au Président du Reich la possibilité de se relier directement à cette volonté politique

⁵¹ Dans la version de 1931, il infléchit encore son propos, puisque la formule devient : « au centre d'un système entier de neutralité et d'indépendance vis-à-vis des partis et construit sur une base plébiscitaire » (HV3, p. 158).

⁵² En 1931, il ajoute ici : « et doté en cas de nécessité de compétences efficaces pour une protection active de la Constitution » (HV3, p. 158).

d'ensemble du peuple allemand, et précisément par là d'agir en tant que gardien et garant de l'unité et de la totalité constitutionnelles (*verfassungsmässigen Einheit und Ganzheit*) du peuple allemand. C'est sur la réussite de cette tentative que repose le maintien et la durée de l'État allemand actuel » (HV3, p. 159).

III. LA RÉALITÉ DE LA THÈSE SCHMITTIENNE : LES FAIBLESSES D'UNE CONSTRUCTION INACHEVÉE ET UN « PRÉSIDENTIALISME » CAMOUFLÉ

Dans son étude sur l'attitude de Carl Schmitt au cours des dernières années de la République de Weimar, Olivier Beaud a souligné le « caractère fortement instrumental du *Gardien de la Constitution* »⁵³. Ce jugement doit, nous semble-t-il, être approuvé et il convient de le préciser car il peut être établi tant par la contextualisation de la thèse (en trois volets) schmittienne qu'au regard d'une appréciation scientifique (c'est-à-dire en examinant son argumentation). Il nous apparaît que Schmitt n'a pas véritablement voulu développer une théorie constitutionnelle concernant le problème du gardien de la constitution, mais qu'il a bel et bien élaboré, avec un habillage scientifique, une thèse de politique constitutionnelle en faveur d'une pratique radicalement présidentielle ou « présidentialisante » du système de gouvernement weimarien. Une telle position était d'ailleurs loin d'être isolée dans l'Allemagne de l'époque ; elle s'inscrivait dans un mouvement plus large⁵⁴. C'est bien un véritable *Präsidentsystem* déguisé que Schmitt dessine sous le manteau du pouvoir préservateur de Constant et une analyse attentive – quoique brossée ici à gros traits – permet, selon nous, d'établir ce point.

A. LA FAIBLESSE ARGUMENTATIVE DE LA THÈSE POSITIVE

Il n'est pas possible, dans le cadre d'un article, de décomposer entièrement la démonstration schmittienne. On se bornera à quelques remarques. À suivre le détail de l'argumentation du juriste weimarien telle qu'elle est développée dans l'article de 1929 et le livre de 1931, on ne peut manquer de constater à quel point sa « théorie » positive du Président gardien de la constitution est peu ferme. Sa démonstration est construite de façon relativement confuse⁵⁵, Schmitt mêlant

⁵³ O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar : Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes, 1997, p. 46.

⁵⁴ V. la bonne synthèse de R. Capitant, « Le Président du Reich », *Res publica*, n° 6 (8), décembre 1932, pp. 707-732 (rééd. in R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres*, Editions Panthéon-Assas, 2004, pp. 405-423).

⁵⁵ « Il y a des absurdités et des contradictions où que l'on regarde... », note à ce propos W. Schild (*art. préc.*, 1998, p. 39).

sans cesse différents niveaux de discours, articulant de façon fuyante ses propos. Il est dès lors assez aisé de montrer combien est discutabile la thèse schmittienne consistant à justifier la position du Président comme un « tiers neutre », qui ne serait pas un « tiers supérieur ». Kelsen, dans sa réplique de 1931, n'a d'ailleurs eu pas grand mal à en démonter la plupart des arguments.

De fait, l'articulation entre les thèses négative et positive est faible. Dans la seconde, Schmitt délaisse presque complètement la problématique de la loi constitutionnelle et des « litiges » entre organes, pour ne plus envisager la constitution que sous un angle général d'unité du corps politique. Dès lors, il embraye brusquement sur un terrain purement institutionnel qui débouche sur des « solutions » consistant à légitimer le Président comme porteur (ou incarnation) d'une volonté politique de substitution au Parlement.

1. UN GARDIEN INCERTAIN

On observera tout d'abord que Schmitt se contredit lui-même sur plusieurs points. Ainsi, un premier indice du caractère instrumental de la thèse du gardien réside dans d'abord dans le ton très critique de son analyse du cadre juridique de Weimar, « mélange contradictoire et absurde » (HV2, p. 218 ; HV3, p. 128), qui justifierait selon lui le recours à une « théorie » du Président-gardien-pouvoir neutre, mais qui contraste radicalement avec son propos bien plus positif dans une conférence prononcée à la même époque⁵⁶. De même, son affirmation selon laquelle le Président serait gardien de la Constitution « d'après le droit positif » tranche avec celles de 1925 et 1928, selon laquelle la Constitution de Weimar est ouverte à plusieurs « systèmes » concrets, le rôle présidentiel étant alors fort variable (*Théorie de la constitution*, p. 489 et s.), ainsi d'autre part que celle de 1928 (HV1, p. 66) selon laquelle cette question n'est pas réglée en soi et ne peut l'être dans l'absolu⁵⁷.

En outre, alors que Schmitt relativise généralement les dispositions écrites de la Constitution, il tire au contraire de certaines d'entre elles des conclusions pour le moins imaginatives (par exemple, celles consistant à voir dans plusieurs formules une référence majeure à l'idée de « totalité » politique, HV2, p. 232 et

⁵⁶ « La partie organisationnelle, la pièce médiane de la Constitution, à savoir la réglementation du problème parlementaire avec son équilibre des trois forces que sont la Chambre du peuple, le Sénat et le Président, est une pièce tout à fait réussie et bien pensée d'une organisation étatique » (« Die Weimarer Verfassung », 1. Breslauer Referat, 1930, in *Schmittiana*, t. IV, Duncker & Humblot, 1994, pp. 11-34 [25]). On peut formuler ici l'hypothèse qu'à ce moment (octobre 1930), c'est-à-dire au tout début du cabinet Brüning, Schmitt peut se réjouir de la « souplesse » des formules du droit de la Constitution de Weimar quant à l'institutionnalisation du système parlementaire, qui, en se présentant comme un cadre formellement dualiste, permettraient précisément la constitution d'un « cabinet présidentiel », formé en dehors du Reichstag (dans un contexte politique d'incapacité des partis à opposer au Président une volonté majoritaire un tant soit peu consistante).

⁵⁷ Il va même jusqu'à affirmer, dans sa conférence de 1929 que « lors du putsch de Kapp en mars 1920, la fonction publique a été de façon manifeste le gardien de la Constitution » (« Die neutralen Größen im heutigen Verfassungsstaat », *art. cit.*, 1931, p. 55).

234), destinées à produire du sens, une substance qui nourrirait sa « théorie » du gardien.

Ensuite, l'argument selon lequel la diversité des éléments qui fondent la position du Président du Reich par rapport aux autres organes constitutionnels ainsi que la diversité de ses compétences n'auraient de logique qu'à l'aide de la théorie du pouvoir neutre et, qu'ainsi, cette dernière devrait être admise inmanquablement peut être jugée acceptable, mais elle n'est qu'une thèse « littéraire » et on ne saurait valablement affirmer, comme le fait Schmitt, qu'elle constitue « le droit positif ».

À cet égard, l'idée avancée par le juriste conservateur selon laquelle l'indépendance statutaire ferait du Président une institution « neutre » n'est pas du tout concluante. Ses longs et lourds développements sur une sorte de « théorie » de la neutralité glissent d'un organe ou d'une institution (le Président ou les fonctionnaires professionnels) à l'État et à la Constitution. En 1929/1931, il prend soin de préciser que le Président-gardien est un tiers neutre (de même niveau mais extérieur aux autres forces) et non une instance supérieure, laquelle « deviendrait le maître de la constitution ». Or, on peut se demander d'une part comment le Président lui-même échapperait à l'emprise partisane, et d'autre part comment fixer une frontière entre un « tiers neutre » et un « tiers supérieur »⁵⁸. La thèse du dictateur commissarial pourrait ici servir mais Schmitt ne la reprend pas.

Le juriste conservateur ne résout pas davantage la question de savoir comment un président-gardien n'ayant que de l'« autorité » et non du « pouvoir » trancherait entre les forces politiques et sociales si puissantes qui menacent (selon lui) la constitution⁵⁹. Significativement, il est progressivement obligé de clarifier ce point – alors que cette distinction constituait l'une des pierres de touche de sa présentation initiale du gardien –, ce qu'il fait discrètement : s'il commence en affirmant comme une pétition de principe, que le pouvoir neutre « ne doit pas entrer en concurrence avec les autres pouvoirs au sens d'une expansion de son propre pouvoir » (HV2, p. 217), il ajoute en 1931, que le Président ne doit être « actif qu'en cas de nécessité » (HV3, p. 137), avant de recommander finalement (en 1932), que la *Potestas* soit jointe à l'*Auctoritas*.

Comme l'a noté Carlos Herrera⁶⁰, Schmitt ne se préoccupe guère, en 1929, malgré quelques allusions, de relier sa thèse du gardien à ses développements antérieurs sur la dictature commissariale⁶¹. Cette question est un peu plus

⁵⁸ Constant, d'ailleurs, n'avait pas cette coquetterie sur ce point précis : « Le pouvoir royal est au milieu, mais au-dessus des quatre autres, autorité à la fois supérieure et intermédiaire.... » (*Principes de politique*, op. cit., p. 325).

⁵⁹ Dans une recension de l'ouvrage (*Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. 13, 1933, pp. 274-279), le juriste viennois K.G. Hugelmann note cette « contradiction » de la thèse de Schmitt : le fait de confier « de façon délibérée des décisions politiques éminentes à une instance neutre » (p. 279).

⁶⁰ *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 207.

⁶¹ En particulier son rapport à l'Association des professeurs allemands de droit public en 1924 (trad. fr. : « La dictature du Président du Reich d'après l'article 48 de la Constitution de Weimar », in C. Schmitt, *La dictature*, Seuil, 2000, pp. 207-259 et 325-330). Il y affirmait notamment la possibi-

développée dans le livre de 1931, mais de façon relativement ponctuelle⁶². Il faut dire que la situation politique n'est plus la même : l'usage systématique des ordonnances législatives par le cabinet Brüning pour contourner un Reichstag dominé par les partis extrémistes n'était pas encore d'actualité en 1928/1929. Ce n'est véritablement qu'en 1932, lors du procès « Prusse contre Reich » devant le Staatsgerichtshof, qu'il évoque très ouvertement l'article 48 comme moyen principal à la disposition du Président-gardien⁶³. Rétrospectivement, en 1958, Schmitt prend toutefois soin de redire : « la “dictature” du Président du Reich selon l'article 48-2 était le cas typique d'une dictature commissariale. À aucun moment du système présidentiel il n'a été question d'une dictature souveraine »⁶⁴. Quoi qu'il en soit, l'argument déjà fragile en soi (ce n'est que l'autolimitation qui permet au gardien de rester sur le terrain de la « substance » de la Constitution – Schmitt, comme on le verra, restant évasif sur le contenu de celle-ci) fut réfuté par l'histoire (en particulier par la décision de Hindenburg de nommer Hitler Chancelier en janvier 1933, alors que rien ne l'y obligeait, et son refus préalable de prendre des mesures pour empêcher les Nazis d'accéder au pouvoir).

De plus, en présentant finalement le Président comme un « contrepoids » (HV2, p. 234) – face à la division de l'ordre constitutionnel concret incarné à ses yeux par le Parlement –, et même de « représentant » du peuple (HV2, p. 235), Schmitt s'éloigne ouvertement de la figure du « tiers neutre » par laquelle il ouvrait sa thèse positive, et inscrivait le chef de l'État dans le jeu même de la lutte pour la maîtrise du gouvernement. Il écarte du même coup le problème de

lité de « sauver la Constitution dans sa totalité en faisant exception à certaines dispositions constitutionnelles » (p. 239).

⁶² Outre différents passages, où ils ne sont mentionnés que de façon laconique, les pouvoirs d'exception sont plus longuement évoqués à propos des ordonnances en matière financière (HV3, pp. 115-131), passage au cours duquel Schmitt se rallie à la possibilité (finalement admise dans la pratique weimarienne et par la doctrine dominante) d'ordonnances présidentielles remplaçant des lois formelles (*gesetzesvertretende Verordnungen*), dont il contestait la constitutionnalité en 1924. Il semble toutefois moins la rattacher à la « dictature » commissariale qu'à un moment d'exception rendu nécessaire par la situation critique du moment. Surtout, dans une consultation de la même année (« Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insb. ihrer Rechtsgültigkeit », Vortrag, in *Notverordnung und öffentliche Verwaltung*, Berlin, Industrie-Verlag Spaeth und Linde, 1931, rééd. in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, p. 235-260), il conclut que « la pratique actuelle de l'article 48 doit être justement regardée comme le moyen spécifique de protection et de défense de cette Constitution » (p. 260).

⁶³ « Étant donné qu'une constitution est un construit politique (*ein politisches Gebilde*), elle nécessite par ailleurs des décisions politiques essentielles, et, à cet égard, je crois, le Président du Reich est le gardien de la Constitution, et précisément ses compétences tirées de l'article 48 ont, tant pour les composantes fédérales que pour les autres composantes de la Constitution, essentiellement le sens de constituer un véritable gardien politique de la Constitution. Si, en cette qualité, il institue un gouvernement commissaire pour un Land, alors il agit également en tant que gardien de la Constitution d'après la décision essentiellement politique laissée à son appréciation politique à l'intérieur de certaines limites ici constatées » (« Schlussrede... », *art. cit.*, 1988, p. 183).

⁶⁴ Postface à l'article précité, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, p. 261.

la dépendance du Président vis-à-vis du contreseing ministériel. Les pouvoirs présidentiels sont brusquement réputés (implicitement) « propres », alors qu'il reconnaissait quelques lignes plus haut cette dépendance juridique. Certes, cette lecture pouvait s'autoriser d'une interprétation techniquement dualiste des mécanismes juridiques du parlementarisme (déjà largement établis dans les premières années de la République de Weimar), mais elle cadrerait mal avec le schéma d'ensemble de Benjamin Constant, lequel était porté par une problématique encore essentiellement pré-parlementaire de balance et d'équilibre des pouvoirs. Or, on sait que ce dernier avait pris soin de distinguer le « pouvoir royal » du « pouvoir ministériel » – même s'il est vrai que le grand Libéral n'échappait pas certaines contradictions à cet égard : les interventions du monarque-pouvoir préservateur (destituer un ministère qui agit mal, dissoudre la chambre élective, modifier les rapports de force dans la chambre héréditaire par une « fournée de pairs », etc.) étant réputées techniquement libres, car le pouvoir neutre n'était pas censé être complètement passif. Mais la pratique des monarchies libérales du XIX^e siècle avait montré que les monarques ne s'étaient presque jamais cantonnés à la fonction impartiale que requérait en principe la théorie de Constant⁶⁵. Commentant, en 1932, de façon d'ailleurs très favorable, le livre de Schmitt, René Capitant soulignait : « Au lieu d'emprunter à Benjamin Constant la théorie du pouvoir intermédiaire, peut-être M. Carl Schmitt eût-il mieux fait de se référer à Guizot », car « la politique présidentielle doit être entièrement indépendante »⁶⁶. Et le juriste français se relevait que Schmitt « admet en réalité ces pouvoirs [présidentiels autonomes, n. ALD] et [il] faut chercher sa véritable pensée au-delà des formules un peu équivoques » qu'il emploie⁶⁷. Capitant dévoilait ainsi – alors même qu'il en approuvait la teneur – les implications logiques du propos schmittien.

⁶⁵ Sous ce rapport, on signalera que la Constitution du Royaume du Portugal du 26 avril 1826 (qui reprenait la Constitution brésilienne du 25 mars 1824), esquissait une traduction formelle des idées de Constant (Schmitt mentionne ces précédents – HV3, p. 11 et 133 – mais sans approfondir). Son Titre V consacré au Roi se divisait en deux chapitres intitulés « Pouvoir modérateur » et « Pouvoir exécutif ». L'article 71 disposait que « Le pouvoir modérateur est la clé de toute l'organisation politique, et appartient exclusivement au Roi, comme chef suprême de la nation, pour qu'il veille incessamment à la conservation de l'indépendance, de l'équilibre et de l'harmonie des autres pouvoirs politiques ». Suivait une liste de compétences juridiques censées se rattacher à cette mission : nomination de pairs, convocation des Cortès en session extraordinaire, sanction des décrets et résolutions adoptés par les Cortès, prorogation, ajournement et dissolution de la chambre des députés, nomination et révocation des ministres, suspension des magistrats, réductions de peines ou amnistie. Mais, parallèlement, le Roi détenait des compétences explicitement qualifiées comme relevant du pouvoir exécutif : nominations à de nombreux emplois civils et militaires, direction des négociations avec les nations étrangères, déclaration de guerre, pouvoir réglementaire, et même « pouvoir à tout ce qui touche à la sécurité intérieure et extérieure de l'État » (art. 75, § 15). Une telle distinction (curieusement aménagée) entre deux missions était grandement paradoxale et n'a d'ailleurs pas eu d'effets pratiques marquants.

⁶⁶ « Le rôle politique du Président du Reich » (*Politique*, mars 1932), rééd. in R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres*, Editions Panthéon-Assas, 2004, pp. 393-403 (401).

⁶⁷ « Le Président du Reich » (*Res publica*, décembre 1932), *op. cit.*, pp. 405-423 (417).

Enfin, l'argument du caractère démocratique de la position du Président du Reich, évoqué dès 1929 mais sensiblement accentué en 1931, apparaît comme singulièrement surabondant et, au fond, contradictoire avec la recherche d'un gardien indépendant et protecteur de la constitution. Sans doute sert-il d'abord de contre-argument au caractère « aristocratique » que Schmitt reproche aux juges constitutionnels. Mais le juriste weimarien sait non seulement qu'Ebert ne fut pas élu par le peuple – ce qui ne l'a pas empêché d'exercer un rôle de médiateur qu'il a d'ailleurs salué –, mais encore que l'élection présidentielle de 1925 qui a porté Hindenburg à la tête de la République n'a évidemment pas été une élection dégagée de l'emprise des partis et que rien n'indiquait que la suivante en serait davantage préservée⁶⁸. Pareille affirmation entraine d'ailleurs en complète contradiction, comme on le verra, avec l'analyse que Schmitt faisait de l'élection du Président dans sa *Verfassungslehre*.

Par l'abondance des arguments alignés de façon péremptoire, Schmitt donne l'impression de bâtir de façon bien hasardeuse sa thèse positive. Comme s'il devait trouver des justifications supplémentaires – et rassurantes – en faveur d'une thèse qu'il sent lui-même fragile. Cette incertitude se poursuit à propos de la constitution qu'il s'agissait de « garder ».

2. UNE INCERTAINE CONSTITUTION

La définition de la constitution est en réalité le cœur du problème scientifique et de la controverse avec Kelsen : même s'il alterne les angles de vue dans ses écrits de 1929-1931, Carl Schmitt vise essentiellement une autre notion de constitution que le maître de Vienne, en l'occurrence non pas une norme juridique mais une notion complexe mêlant décisionnisme et institutionnalisme – sous-tendue par des vues alambiquées, intéressantes mais problématiques sur l'État, l'unité politique, le peuple et la démocratie⁶⁹ –, ne dissimulant pas sa dimension fondamentalement politique⁷⁰. Il faut toutefois tenter de préciser un peu ce qu'il en dit, étant rappelé que la thèse subit des inflexions en 1931 par rapport à la version de 1929.

Schmitt entretient très largement des équivoques quant à la définition de la Constitution. On a vu qu'une bonne partie de sa thèse négative portait sur la constitution-norme (dont il soulignait les limites intrinsèques, mais qui demeurait au centre de sa démonstration). Au contraire, dans sa partie positive, il n'évoque presque plus celle-ci. Il est très significatif qu'il n'aborde plus le problème précis – et crucial – des litiges entre organes, pourtant longuement évoqué dans la partie négative de la thèse, où se manifeste son hostilité à l'égard de leur règlement par

⁶⁸ Elle ne le fut pas, en l'occurrence, même si la présence de Hitler et du candidat communiste Thälmann obligea la presque totalité des forces politiques (sociaux-démocrates compris) à se rallier au Maréchal dès le premier tour.

⁶⁹ V. à ce sujet la synthèse de Ulrich K. Preuss, « Die Weimarer Republik. Ein Laboratorium... », *op. cit.* (*supra*, note 1), pp. 177-187.

⁷⁰ O. Beaud, « C. Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, pp. 75-86.

une cour constitutionnelle⁷¹. Fondamentalement, on le sait, Schmitt conteste que des énoncés écrits d'un texte constitutionnel, qui reflètent fréquemment des « compromis dilatoires », puissent être qualifiés de « normes » juridiques (HV2, p. 196). D'autre part, il estime – d'ailleurs non sans raison – que ces énoncés portent sur des sujets d'importance très inégale⁷². Et, sans doute, il ne se détache pas complètement de l'idée que la constitution représente quelque chose de contraignant, un « sollen »⁷³. Mais il glisse, par élargissement implicite, vers une autre perspective. Il apparaît que, pour Schmitt, une constitution qui se borne à signifier « les règles de jeu » a déjà perdu sa substance.

Cet adversaire du « formalisme » privilégie-t-il une sorte d'essence de la constitution⁷⁴ ? On pourrait, à ce stade, s'attendre à ce que Schmitt, dès lors qu'il relativise la lettre de l'écrit, défende l'idée que doivent primer des « principes », reflétant un « esprit » ou une « substance », de la constitution (la *constitution* que présupposent les *lois constitutionnelles*)⁷⁵. Une telle conception serait sous-tendue par l'idée que le droit constitutionnel comporte en quelque sorte deux niveaux, deux « couches », l'une fondamentale, l'autre relative⁷⁶. Elle est certain-

⁷¹ De ce point de vue, Schmitt se rattachait évidemment au courant antipositiviste de Weimar, et sa contestation des positions kelséniennes à partir de la notion de constitution présentait une proximité avec la conception développée par Heinrich Triepel (contradicteur de Kelsen, qui était l'autre rapporteur) dans son rapport sur « l'essence et le développement de la juridiction constitutionnelle (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*) » au Congrès annuel des professeurs allemands de droit public (*Verhandlungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, t. V, 1929, pp. 2-29).

⁷² Ainsi par exemple, le principe de responsabilité politique du Gouvernement devant le Reichstag (art. 54 R.V.) ne saurait être mis sur le même plan que celui du droit pour le fonctionnaire de prendre connaissance de son dossier personnel (art. 129 al. 3 R.V.).

⁷³ Il évoque, à l'occasion, « le fonctionnement conforme à la Constitution des plus hautes instances fédérales » (HV2, p. 233). De même, dans un article de la même époque, il fait valoir que « Le maintien de l'unité politique serait menacé si des conditions communes n'étaient pas admises par tous les partis rivaux. (...) Les conditions communes sont, par exemple, (...) la conviction d'intérêts communs vis-à-vis de l'extérieur, le sens de l'intérêt national, l'honneur et la dignité, *mais par-dessus tout le respect absolu de la Constitution, c'est-à-dire les règles du jeu du combat politico-partisan (die Spielregeln des parteipolitischen Kampfes)* » (« Die neutralen Größen im heutigen Verfassungsstaat », *op. cit.*, 1931, pp. 51-52, nous soulignons).

⁷⁴ Hsü Dau-Lin, « Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff », *AöR*, N.F. 22, 1932, pp. 27-53 (53) : « cette notion "positive" de constitution n'est, du point de vue théorique, pas sans danger. Car selon elle (...), "constitution" ne signifie rien d'autre qu'une décision, à savoir une décision en faveur de quelque chose (en faveur d'une forme d'existence quelconque). (...) Est constitution, ce qui est fait comme constitution (car ce n'est qu'en cela que réside la décision), elle est valide, parce qu'elle est valide (celui qui décide réellement) et aussi longtemps qu'elle est valide (car le fondement de sa validité n'est pas à chercher dans la justesse d'une norme, mais dans sa simple présence) ». On peut penser que c'est précisément parce que la notion « positive » de constitution de Schmitt était (ou pouvait être) en soi neutre du point de vue de son contenu que son auteur devait s'efforcer de lui donner un contenu concret.

⁷⁵ L'idée de primauté de l'esprit d'une constitution sur la lettre est d'ailleurs défendue par Capitant en 1932, lorsqu'il approuve la thèse schmittienne (« Le rôle politique... », *op. cit.*, p. 403).

⁷⁶ C'est d'ailleurs ce qui, en un sens, a été opéré *mutatis mutandis* par la Loi fondamentale de RFA en 1949 avec les limites matérielles à la révision de la constitution (art. 79 al. 3). Mais celles-ci pré-

nement défendable, mais encore faut-il savoir quels seraient ces principes et cet esprit.

Schmitt signale à de nombreuses reprises que celle-ci doit s'entendre comme autre chose que les lois constitutionnelles individuelles (par ex. HV2, p. 217) et l'on sait que cette distinction est un aspect essentiel de sa *Théorie de la constitution* de 1928. Mais, curieusement, tant en 1929 qu'en 1931, il ne fait pas un usage systématique et clair de cette idée fondamentale. Il aurait été conséquent, de son propre point de vue, d'opposer aux simples « lois constitutionnelles », les « décisions politiques fondamentales » qui formeraient le cœur d'une notion « positive » de constitution, et pourtant, Schmitt, fort étrangement, s'abstient de le faire. Alors qu'il les énumérait avec précision en 1928, dans sa *Verfassungslehre*⁷⁷, tout comme dans le premier article sur le problème du gardien de la constitution⁷⁸, il délaisse ensuite cette présentation, préférant insister sur l'unité de l'État et ses implications. Il n'est brusquement plus question de protéger la forme républicaine de l'État, la démocratie, et encore moins le type parlementaire de gouvernement.

C'est ici que la dimension « institutionnelle » de la constitution prend le relais⁷⁹ de la définition décisionniste. Schmitt évoque le Président en tant que « garant et gardien patenté de l'état (*Zustand*) constitutionnel » (HV2, p. 233), même s'il ne fait que dessiner en creux ce qu'est, selon lui, cette idée d'unité. Elle est une notion substantielle et idéalisée, s'opposant à un État factuellement disloqué que Schmitt voit poindre ou même considère comme déjà réalisé au moment où il écrit (ces « facteurs hétérogènes », ce « conglomerat cahotique de groupes et de complexes sociaux » [HV2, p. 211]). L'explication était, en 1929,

tendent justement intégrer dans le droit écrit, dans l'*instrumentum* constitutionnel, ce qui, pour Schmitt, devait lui rester extérieur car insoluble dans un écrit. Nous empruntons la formule du « droit constitutionnel à deux couches » à Olivier Jouanjan, « Révision de la constitution et justice constitutionnelle en RFA », *Annuaire international de la justice constitutionnelle*, t. X, 1994, pp. 229-244. Sur le problème des limites matérielles, dans une perspective comparatiste franco-allemande, v. l'étude de C. Wittkindt, *Materiell-rechtliche Schranken von Verfassungsänderungen im deutschen und französischen Verfassungsrecht*, Francfort s.M., P. Lang, 2000.

⁷⁷ « Voici ces décisions politiques fondamentales dans le cas de la Constitution de Weimar : d'abord, la décision en faveur de la démocratie (...); elle s'exprime dans le préambule (« le peuple allemand s'est donné cette constitution ») et dans l'art. 1 al. 2, « la souveraineté (*Staatsgewalt*) procède du peuple »; en second lieu la décision pour la république contre la monarchie (...); en troisième lieu la décision de conserver les Länder, donc une structure d'État fédéral pour le Reich (...); la décision pour une forme fondamentalement représentative et parlementaire du législatif et du gouvernement; enfin, la décision en faveur de l'État de droit bourgeois avec ses principes, droits fondamentaux et séparation des pouvoirs » (*Théorie de la constitution*, 1993, p. 154).

⁷⁸ « La Constitution est dans sa substance positive une décision politique concrète sur le genre et la forme de l'existence politique (République, démocratie parlementaire, État de droit bourgeois, organisation fédérale) » (HV1, pp. 69-70).

⁷⁹ Elle était néanmoins déjà présente dans la *Verfassungslehre* de 1928, par ex. p. 250, où il affirme que l'article 48 de la Constitution de Weimar a pour but de « protéger et défendre l'ordre et la sécurité publics, c'est-à-dire la Constitution en place ». Dans une telle perspective hégélienne, il y a idéalement une « unité de l'État et de la Constitution » (HV2, p. 237).

un peu courte ou allusive. En 1931, le long chapitre intermédiaire ajouté à la première version de la thèse positive précise les choses et est justifié par la nécessité de traiter le problème de façon « concrète ». Il n'est toutefois pas certain que ce « retour au concret » s'articulait de façon plausible avec l'idée de constitution comme décision⁸⁰.

Dans son article « Éthique de l'État et État pluraliste » (1930), Schmitt affirme : « Dès lors que l'État transforme en unité pluraliste avec des partis, l'unité de l'État ne saurait subsister au-delà du moment où deux ou plusieurs partis sont unis par la reconnaissance de prémisses communes. L'unité repose alors avant tout sur la constitution reconnue par tous les partis : en effet, la Constitution, qui est fondement commun, exige le respect sans conditions.

L'éthique de l'État devient alors une éthique de la Constitution. La substantialité, l'univocité, l'autorité de la Constitution peuvent faire qu'on ait là une unité très efficace. Mais il se peut aussi que la constitution se volatilise en se bornant à être la règle du jeu, tandis que son éthique se dilue dans une pure éthique du *fair play* ; finalement, comme le pluralisme dissout l'unité de la totalité politique, l'unité finit par se limiter à un agglomérat d'accords fluctuants entre des groupes hétérogènes. Dans ce cas, l'éthique de la Constitution se volatilise encore plus, et devient l'éthique résumée dans le mot d'ordre : *pacta sunt servanda*. (...) Sur la base du seul mot d'ordre : *pacta sunt servanda*, on ne saurait fonder une quelconque unité de l'État... »⁸¹. Positivement, ce que regrette Schmitt, c'est que « ...s'écroule la vieille prétention de l'État à l'emporter sur tous les autres groupes en cas de conflit » (p. 150).

À la même époque, il condamne encore une fois le « pluralisme qui détruit le respect devant la Constitution et convertit le socle de la Constitution en un terrain incertain, soumis à des attaques venues de tous côtés ; pourtant, à toute constitution est inhérente la visée d'avoir à prendre une décision politique au-dessus de tout soupçon, et c'est là la base commune, donnée avec la Constitution, de l'unité de l'État »⁸².

Comme l'a noté Dieter Grimm, « cette "situation constitutionnelle" ne s'inscrit pas dans le schéma conceptuel de la "Théorie de la constitution" et ne s'accorde manifestement pas avec lui », « car elle n'est identique ni avec la constitution (absolue), ni avec le droit constitutionnel (relatif), mais se caractérise précisément par le fait qu'elle diverge de ces deux derniers »⁸³. Il relève que Ernst Rudolf Huber, alors jeune disciple de Schmitt, prétendait voir, dans le livre sur le gardien de la constitution, la seconde partie essentielle de la théorie constitutionnelle de son mentor, après que celui-ci eut, dans la *Verfassungslehre*, dépassé le concept formel de constitution du positivisme. La « véritable »

⁸⁰ De même que l'on pouvait faire remarquer, comme le fit Stier-Somlo (recension dans *AöR*, t. 61, 1932, pp. 447-453 [451]), que ce n'était pas l'État mais la société allemande qui était divisée.

⁸¹ « Éthique de l'État et État pluraliste », *op. cit.*, p. 149.

⁸² « Le virage vers l'État total », *op. cit.*, 1988, pp. 151-170 (169).

⁸³ « Der Verfassungsbegriff in historischer Entwicklung », in D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Francfort s.M., Suhrkamp, 1991, p. 150.

Constitution serait, non pas un ensemble de décisions mais « l'état » (*Zustand*) produit par les décisions politiques fondamentales »⁸⁴. Cette conception de la constitution ne serait toutefois pas purement ontologique (ou purement factuelle), car, poursuit Huber, Schmitt combine l'« être » et le « devoir-être », l'existence et une certaine normativité. La complexité de la représentation schmittienne de la constitution trouverait sa cohérence dans l'idée qu'elle est un ordre (*Ordnung*) légitime, idée elle-même sous-tendue par une conception « dynamique » de l'unité politique, qui n'est pas statique mais en mouvement. La confrontation de la « situation constitutionnelle concrète » (autrement dit l'examen de la réalité des évolutions)⁸⁵ avec la décision constituante initiale permettrait, à ce compte, de mesurer l'état de cet ordre constitutionnel.

Quoi qu'il en soit de ces articulations complexes, l'idée de défendre une « substance » de la Constitution supposerait, ainsi que l'a relevé Hasso Hofmann, de considérer cette Constitution comme encore existante⁸⁶. Or, Schmitt, en 1931, paraît avoir déjà abandonné sa thèse initiale – antipositiviste mais qui aurait pu être davantage affinée et restait fondamentalement compatible avec la démocratie libérale – pour restreindre sa position à l'exaltation d'un État d'autorité délivré de tout principe sinon celui d'être capable de s'imposer à toutes les forces sociales⁸⁷. Comme s'il avait fini par hiérarchiser implicitement les « décisions politiques fondamentales » qu'il énonçait en 1928, et dont la plus importante serait l'existence pure et simple d'un appareil cohérent de décision capable de maintenir l'unité de l'État.

Dès lors, c'est finalement, à l'évidence, une étrange conception de la démocratie qui achève de discréditer la thèse schmittienne⁸⁸. Il s'agit d'un autre point de désaccord profond avec Kelsen, comme en témoigne l'appréciation diamétralement opposée des deux juristes sur la notion de « compromis ». La mise en avant de la « décision politique positive » du pouvoir constituant comme moment constitutif de la constitution (au sens « positif ») emporte chez Schmitt la condamnation de la notion de compromis (HV2, p. 208) – qui serait même

⁸⁴ E.-R. Huber, « Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt », *Blätter für Deutsche Philosophie*, 1931/32, vol. 5, pp. 302-315 (305).

⁸⁵ Dans son avant-propos au livre de 1931, Schmitt insiste sur « la contrainte de la nécessité (*der Zwang der Notwendigkeit*) » du moment qui l'a conduit à développer sa thèse, et achève en citant un passage de l'*Énéide* (livre I) repris par Machiavel (*Le Prince*, chap. XVII) : « *Res dura et regni novitas me talia cogunt moliri* » (Les circonstances difficiles et la nouveauté de mon règne me contraignent à procéder ainsi).

⁸⁶ *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2^e éd. 1992, pp. 71-72.

⁸⁷ Position qui se radicalise entre 1929 et 1931. Parmi d'autres exemples, Schmitt estime, en 1929, l'État doit être « dans une supériorité (...) ou au moins une neutralité à l'égard des groupements pluralistes de la vie économique » (HV2, pp. 232-233). En 1931, la formule devient simplement : « une supériorité » (HV3, p.158).

⁸⁸ Peter Röhmer, « Übervater Schmitt – Hüter der Demokratie ?, in *Querela iuris. Gedächtnisschrift für Eduard Rabofsky*, New York-Wien, Springer, 1996, pp. 259-278.

« contraire à l'esprit de la constitution » (HV3, pp. 62-63)⁸⁹-, valorisée au contraire par Kelsen dans son *Allgemeine Staatslehre* de 1925. Le juriste décisionniste disqualifie tout « pluralisme » comme, finalement, anticonstitutionnel. Ainsi se clarifie ce que Schmitt comprend sous le terme de « constitution » : la forme substantielle d'une unité politique. De même, l'invocation du « fondement démocratique » du Président-gardien de la constitution fait seulement entrevoir que le peuple n'aura, dans un tel schéma, vocation qu'à s'exprimer sous la forme grossière de l'acclamation, idée qui sera plus amplement développée dans les écrits ultérieurs.

Même si sa pensée ne paraît pas encore achevée sur ce point, il n'en est toutefois pas moins clair que la « substance » de sa constitution est hypertrophiée par une conception radicale de l'unité de l'État⁹⁰ et de la souveraineté, qui surplombe voire dissout la démocratie.

À mesure que la situation politique de Weimar se détériore, Carl Schmitt devient de plus en plus radical (et plus explicite). En 1932, dans *Legalität und Legitimität*, il plaide pour un abandon de la première partie (organisationnelle) de la Constitution, au profit d'une version transformée de la seconde partie (droits et devoirs fondamentaux des Allemands) qui contient, dit-il désormais, les bribes d'une « contre-constitution » (*Gegenverfassung*) dans laquelle les droits des individus seraient subordonnés aux « institutions » de la communauté nationale homogène⁹¹.

Mais il faut ici noter combien Carl Schmitt tâtonne et on aurait tort de postuler chez lui, dès 1928, au moment où il commence sa thèse sur le gardien, une vision claire de l'horizon⁹². Il s'agit d'un vague espoir qu'une certaine forme d'unité politique substantielle est possible – fût-ce au prix de l'abandon de la démocratie⁹³.

⁸⁹ L'idée était déjà évoquée dans HV1, p. 76, mais comme un risque potentiel. En 1929 et 1931, Schmitt infléchit son propos : désormais, il juge que tout compromis est néfaste. Dans la *Verfassungslehre*, Schmitt opérait une distinction plus fine : « un compromis est en général à peine possible ou au moins très difficile à obtenir lorsqu'il s'agit des oppositions ultimes de véritables convictions religieuses ou de véritables oppositions de classes. Dans le cas d'une constitution, ce n'est possible que si la volonté d'obtenir l'unité politique et le sens de l'État l'emportent nettement et sans conteste sur toutes les querelles de religions et de classes, de façon à relativiser toutes ces différences confessionnelles et sociales » (*op. cit.*, pp. 160-161).

⁹⁰ Étant rappelé que la conception de l'État de Schmitt est complexe, évolutive, comme l'a montré J.-F. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt Le politique entre spéculation et positivité*, PUF, coll. Quadrige, 2005. V. également C. Galli, « Carl Schmitt et l'État », in S. Goyard-Fabre (dir.), *L'État au XX^e siècle*, Vrin, 2004, pp. 35-53.

⁹¹ Not. p 307 et 311 (de l'édition de 1958). Sur ce « projet », v. O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, 1997, pp. 81-96 et « Légalité et légitimité : la lutte de Carl Schmitt contre la République de Weimar et sa défense d'une "contre-constitution" allemande », in J.-F. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juristes*, Lyon, ENS éditions, 2002, pp. 125-147.

⁹² M. Stolleis, *Geschichte...*, *op. cit.*, p. 181. De même en 1932 (R. Mehring, *op. cit.*, p.55).

⁹³ Certes, d'autres écrits antérieurs montrent plus précisément les préférences personnelles de Schmitt, notamment son attirance pour l'État fasciste italien (v. J. Hummel, *Carl Schmitt, op. cit.*, pp. 71-72). Mais cela ne permet pas pour autant d'affirmer qu'il préconisait alors la transposition de ce « modèle » pour l'Allemagne. En tout état de cause, il faut considérer que les écrits directement consacrés au

Quoi qu'il en soit, le message n'est, en 1929-1931, encore que « subliminal ». Schmitt pince la corde sensible de l'État fort, avec lequel les Allemands ont toujours eu un rapport ambigu – mais dont il sait que la fin de l'Empire wilhelminien a scellé le destin, du moins sous une certaine forme –, nostalgie d'ailleurs typique de l'Entre-deux-guerres.

En tout état de cause, le juriste weimarien a brouillé les pistes en parlant de « constitution ». Il a affaibli sa propre notion, originale, de « constitution au sens positif » et négligé d'exploiter ce qu'elle pouvait avoir de convaincant du point de vue d'une théorie constitutionnelle. De plus, il a laissé de côté un pan majeur soulevé dans la partie négative de sa thèse, qu'il aurait pu utiliser à l'appui d'une thèse positive, en faveur du chef de l'État. C'est ainsi qu'il a omis d'évoquer de façon plus systématique le rôle qu'il aurait été concevable de reconnaître au Reichspräsident dans certains aspects pratiques de la régulation de la constitution au sens juridique, notamment pour régler les litiges d'interprétation de ses dispositions. Ici encore, en reléguant les dispositions légi-constitutionnelles au profit de la « constitution au sens positif », il s'est privé d'un ensemble d'arguments qui auraient pu convaincre les juristes du bien-fondé de sa critique d'une expansion du rôle des juridictions en matière constitutionnelle.

B. LA FAIBLESSE DE LA THÈSE POSITIVE PAR LA CONTEXTUALISATION

Au moment où Carl Schmitt commence à écrire directement sur la thématique du gardien (en 1928), la République de Weimar connaît une certaine stabilisation, fragile, sans doute, mais incontestable au regard des années 1919 et 1923-24. La crise constitutionnelle ne débute réellement qu'à partir de la dislocation du cabinet de grande coalition (des Sociaux-démocrates au Parti populaire de Gustav Stresemann, le DVP) dirigé par Hermann Müller en mars 1929. Pourtant, dès le début de la République, nombreuses étaient les voix – pas uniquement dans les milieux conservateurs – qui plaidaient plus ou moins ouvertement pour un renforcement de l'autorité de l'État et spécialement de celui censé l'incarner, le *Reichspräsident*. Comme le laisse entendre la remarque précitée de Capitant ainsi que les incohérences logiques de l'argumentation schmittienne, il est difficile de ne pas voir que le propos du juriste allemand aboutit, malgré certaines dissimulations, concrètement à autre chose qu'un gardien neutre mais bien à un chef de l'État engagé au service de la restauration d'un État fort.

En se référant aux écrits antérieurs de Schmitt, on peut constater que l'équivoque de la thèse du « gardien » était délibérée. Dès 1925, à la veille de la première élection du Président du Reich au suffrage universel direct⁹⁴, Schmitt,

thème de « gardien de la constitution » ne sont pas précis sur la substance de la Constitution.

⁹⁴ En raison des troubles intérieurs dans la jeune République, Friedrich Ebert avait, en 1919, été élu Président pour trois années (au lieu de sept) par l'Assemblée nationale de Weimar, puis renouvelé (pour trois autres années) par le Reichstag en 1922. Il décèdera peu avant le terme de son mandat, en 1925.

dans un article de journal, oppose nettement le modèle du Président « pouvoir neutre » et celui du Président « chef politique »⁹⁵. Il écrit ainsi : « pour les prochaines élections présidentielles, chaque électeur devrait avoir au moins conscience qu'il va désigner pour sept ans un homme dont le pouvoir juridique et politique est, d'après la Constitution de Weimar, exceptionnellement important et qui, en situation de crise et de d'exception, peut devenir soit lui-même un dictateur, ou bien ouvrir la voir à un dictateur, ou bien la lui fermer. (...) Le Reichspräsident a, d'après la constitution actuelle, une position qui, en fonction de sa personnalité, peut signifier tout ou rien, et se modifie de façon essentielle avec chaque nouveau précédent.

La construction de cette position dans le système de la Constitution est particulièrement ingénieuse (*kunstvoll*), pour ne pas dire artificielle (*künstlich*). C'est pourquoi les extraordinaires possibilités juridiques et politiques du Reichspräsident ne sont pas discernables au vu de la simple lettre de la Constitution. (...)

Si [le Président et le Gouvernement] sont d'accord – que ce soit sur le fondement d'une identité de convictions politiques, ou bien parce que les déchirements des partis au Reichstag rendent celui-ci impuissant et que le gouvernement est obligé, pour mener son travail gouvernemental, de travailler avec le Président – il apparaît une concentration politique de pouvoir qui n'est guère possible dans la monarchie constitutionnelle, une dictature constitutionnelle (*verfassungsmässige Diktatur*). On peut dire qu'aucune autre constitution sur terre ne légalise le coup d'État aussi facilement que la Constitution de Weimar. Si à l'inverse, le Président du Reich et le gouvernement ne sont pas à l'unisson, le conflit est proche et doit mener à un chaos juridique et politique. (...)

D'après les principes démocratiques, on devrait dire qu'un Président élu par le peuple allemand dans son ensemble aura plus d'autorité qu'un parlement élu par ce même peuple. Avec un Président élu au suffrage universel, le peuple se réunit sur une seule personne, tandis qu'il se répartit, pour le parlement, sur plusieurs centaines de personnes, et que du fait du système proportionnel de liste de partis, on ne peut guère, pour la plupart des députés, parler d'une confiance accordée personnellement. S'il advenait que le peuple allemand s'entend à une majorité écrasante sur un homme et l'élisait spontanément, par-delà tous les accords et candidatures de partis, comme son chef (*Führer*), alors son pouvoir serait, précisément dans une démocratie, irrésistible. (...)

On reconnaît ici un argument déjà avancé par Karl Marx à propos de la Deuxième République française⁹⁶, et de façon plus générale – quoique Schmitt

⁹⁵ « Reichspräsident und Weimarer Verfassung », *Kölnische Volkszeitung*, 15 mars 1925, rééd. in C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Günter Maschke (dir.), Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 24-27.

⁹⁶ « Tandis que les suffrages de la France se dispersent sur les 750 membres de l'Assemblée nationale, ils se concentrent ici, par contre, sur un seul individu. Alors que chaque député ne représente que tel ou tel parti, telle ou telle ville, telle ou telle tête de pont, ou même la simple nécessité d'élire un sept-cent-cinquantième individu quelconque, (...) il est, lui, l' élu de la nation, et son élection est l'atout que le peuple souverain joue une fois tous les quatre ans. L'Assemblée nationale élue est unie

ne le mentionne pas ici –, la référence est évidemment le « leader plébiscitaire » de Max Weber⁹⁷.

Après ce développement en quelque sorte *de lege ferenda*, Schmitt revient ensuite sur la situation contemporaine et ajoute : « La Constitution de Weimar présuppose qu'un conflit ne survient pas entre le Président et le Reichstag, et pourtant, sa construction rend ce conflit bien trop possible. Le Président Ebert est parvenu à éviter un conflit [avec le Reichstag], si bien qu'il a donné à la position du Reichspräsident un contenu concret qu'il n'a pas nécessairement besoin d'avoir au regard du texte de la Constitution. Ainsi est apparu provisoirement un nouveau type de chef de l'État républicain, qui est différent tant du Président français que du Président américain : le Reichspräsident en tant que porteur (*Träger*) d'une sorte de pouvoir neutre (*neutrale Gewalt*) entre les nombreux organes et facteurs que connaît la Constitution de Weimar : Gouvernement du Reich, Reichstag, Reichsrat, gouvernements des Länder. Dans la théorie constitutionnelle du XIX^e siècle apparaît à l'occasion un concept peu remarqué et peu compris, dont le concepteur est réputé être Benjamin Constant, le concept d'un *pouvoir neutre* [en français dans le texte, n. ALD], c'est-à-dire un pouvoir autonome, médiateur (*vermittelnd*) entre les différents pouvoirs législatif et gouvernemental, et qui, sans tirer à lui la direction politique, équilibre les tendances contraires, et permet par ce biais le bon fonctionnement de la machine complexe de l'État moderne. La pratique de Ebert offre à cet égard de nombreux exemples, qui par la force des choses ne se sont pas manifestés de façon très visible, mais qui n'en sont pas moins pleins de signification. Il suffit de rappeler à cet égard comment le Président, à l'été 1922, lors du conflit entre le Reich et la Bavière, n'a pas utilisé au combat ses compétences constitutionnelles, mais s'est entremis d'une façon véritablement neutre pour obtenir un compromis dénouant le conflit, plutôt que de le régler de façon autoritaire.

Mais on ne doit pas oublier que cette figure (*Gestalt*) concrète du Reichspräsident n'est pas apparue de façon inéluctable à partir du texte de la Constitution de Weimar. Il n'est pas évident que cela continue ainsi, comme dans les dernières six années. Avec un nouveau Président, la Constitution de Weimar peut prendre un visage tout à fait différent, sans qu'un mot de son texte

à la nation par un rapport métaphysique, mais le président élu est uni à elle par un rapport personnel. L'Assemblée nationale représente bien dans ses différents membres les aspects multiples de l'esprit national, mais c'est dans le président que ce dernier s'incarne. Il a en face d'elle une sorte de droit divin. Il est, par la grâce du peuple » (*Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte* [1852], chap. II, rééd. Mille et une nuits, 1997, p. 39).

⁹⁷ Dans différents travaux menés à la fin de l'Empire wilhelminien, et qui aboutissent finalement à préconiser en 1918-1919 une présidence forte : « La "dictature des masses" dont a tant parlé exige justement un "dictateur", un homme que les masses ont elles-mêmes choisi et en qui elles ont confiance et auquel elles se soumettent tant qu'il possède leur confiance » (« Le Président du Reich », in *Œuvres politiques*, Albin Michel, 2004, pp. 503-507 [504]). Schmitt s'est manifestement inspiré des idées de Weber dans sa critique du parlementarisme, ses craintes de la dislocation du Reich et l'exaltation de la Présidence (notamment à travers les hypothèses de crise). V. à ce sujet W. J. Mommsen, *Max Weber et la politique allemande*, PUF, 1985.

ne soit modifié. Le nouveau Président bénéficie constitutionnellement d'une série de précédents que Ebert a façonnés et qui concernent principalement la pratique de l'état d'exception et de l'article 48. Le nouveau Président peut se réclamer de ces précédents et mettre le pouvoir politique qu'il a ainsi obtenu au service d'un système politique tout à fait différent que celui de la politique du "pouvoir neutre" que Ebert a mené si intelligemment ». Et Schmitt conclue son propos en appelant les électeurs à élire la personnalité « la plus intelligente ».

Ce texte est particulièrement instructif en ce qu'il montre clairement que Schmitt conceptualise les différents rôles possibles que le Président weimarien peut jouer effectivement, selon l'interprétation et la pratique qui prévaudront à partir des mêmes dispositions du texte de la Constitution de Weimar. Et comment il est possible qu'un Président *a priori* non directement gouvernant (le « pouvoir neutre ») puisse mettre ses compétences juridiques et son autorité politique au service d'un véritable leadership politique. Les pouvoirs d'exception de l'article 48 revêtent un sens ambigu mais sont évoqués comme des instruments qui peuvent manifestement servir pour exercer un « pouvoir irrésistible ». De même son élection par le peuple.

En 1928, dans sa *Théorie de la constitution*, Schmitt revient en détail – et d'ailleurs à juste titre – sur le caractère « ouvert » du texte de la Constitution de Weimar quant au système de gouvernement qui peut être effectivement pratiqué : « la Constitution de Weimar reconnaît potentiellement l'ensemble des quatre sous-systèmes possibles du système parlementaire », à savoir : le « système parlementaire au sens strict (direction politique déterminante par la majorité parlementaire) », le « système du premier ministre », le « système de cabinet » et le « système présidentiel »⁹⁸. Mais, comme dans l'article de 1925, Schmitt ne peut cacher ici que c'est bien la quatrième variante qui a sa préférence : « Une élection du Reichspräsident qui accomplit vraiment ce sens de la disposition constitutionnelle signifierait davantage que n'importe laquelle des nombreuses élections que l'on rencontre dans un État démocratique. Ce serait une acclamation grandiose du peuple allemand qui revêtirait le caractère irrésistible que prennent de telles acclamations dans une démocratie. Mais quelle autre fin pourrait-on assigner à la fonction de Reichspräsident ainsi fondée, sinon celle de la direction politique ? Si la confiance du peuple entier se réunit réellement sur une seule personne, cela ne se fait sûrement pas pour qu'il reste sans importance politique, tiennent des discours d'inauguration et couvre de son nom les décisions d'autrui. Il est donc vraisemblable et parfaitement conforme à l'idée maîtresse de l'art. 41 RV (élection du Président au suffrage universel direct) que le Reichspräsident soit un chef politique »⁹⁹.

Cette dimension que peut prendre la fonction présidentielle s'oppose là encore, pour Schmitt, nettement à une autre configuration, celle dans laquelle « le Reichspräsident n'est pas un chef mais une puissance impartiale, neutre,

⁹⁸ *Théorie de la constitution*, PUF, 1993, p. 490.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 497.

l'homme « objectif » [sic], alors en tant que titulaire d'un pouvoir neutre, c'est un *pouvoir modérateur* (en français dans le texte), un médiateur qui ne tranche pas, mais rassemble les partis et crée une atmosphère de conciliation par la considération et la confiance dont il jouit auprès des partis. Le Reichspräsident Ebert (qui n'était pas encore élu par l'ensemble du peuple allemand) a rempli cette fonction à des moments essentiels, le plus nettement l'été 1922 lors du conflit entre la Bavière et le Reich. En temps normal, cette activité a par nature quelque chose de discret ou même d'invisible, et présuppose que le Président réussisse à s'affranchir des revendications d'un parti. Un monarque qui tire sa position héréditaire de sa place dans une dynastie ancienne assurée de ses possessions peut en général facilement maintenir une position de neutralité sans tomber dans l'insignifiance politique ». Mais la conclusion est éloquent : « En revanche, un président élu, s'il est réellement élu par l'ensemble du peuple, doit être un politicien et un chef dans un sens particulièrement net et fort, et pas un tiers neutre, parce qu'un peuple entier est nécessairement une puissance politique »¹⁰⁰.

Au cours de la même année 1929, la « Ligue pour le renouvellement du Reich » (*Bund zur Erneuerung des Reiches*), une association réunissant des juristes, des hauts-fonctionnaires, des industriels et des hommes politiques¹⁰¹, qui militait en faveur d'une réforme constitutionnelle renforçant la direction d'un Reich qu'elle souhaitait plus centralisé, publie un livre consacré aux droits du Président du Reich¹⁰² et s'appuie pour cela explicitement sur la thèse de Carl Schmitt pour défendre le principe d'un chef de l'État qui soit un véritable leader politique¹⁰³. Après avoir débuté la conclusion du livre par une longue citation de l'article de Schmitt de mars 1929, les auteurs ajoutent : « Nous comprenons le mot de "gardien de la Constitution" dans un sens encore plus profond. (...) Nous ne voyons en lui pas seulement le gardien de tel ou tel paragraphe de la Constitution du Reich du 11 août 1919 ou même du droit en vigueur en Allemagne. La constitution d'un peuple en général ou bien, comme disent les juristes, au sens matériel de ce mot, n'est en fin de compte rien d'autre que son existence même en tant que peuple ; son existence vis-à-vis des forces des autres peuples (...) ; ainsi que son existence en lui-même en tant que corps homogène ayant sa propre existence, ne devant pas se disloquer du fait de ses antagonismes internes. (...) C'est le rôle de direction (*Führeraufgabe*) du Président du Reich, de consacrer toute sa force personnelle et politique vers l'objectif de l'unité du

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 498.

¹⁰¹ Fondée en 1928 autour de l'ancien Chancelier Hans Luther (lui-même proche des libéraux de droite du DVP), elle réunissait des personnalités allant des milieux « nationaux-libéraux » au centre-gauche (ainsi notamment l'ancien ministre de la Reichswehr, Otto Gessler, longtemps membre du Parti libéral de gauche DDP).

¹⁰² *Bund zur Erneuerung des Reiches, Die Rechte des deutschen Reichspräsidenten nach der Reichsverfassung*, Berlin, 1929.

¹⁰³ Un feuillet publicitaire accompagnant le livre portait entre autres la mention : « Pas de Président fantôme – Renforcement du pouvoir du Président du Reich (*kein Schattenpräsident – Stärkung der Macht des Reichspräsidenten*) ».

peuple allemand et son affirmation en tant que peuple parmi les autres peuples » (p. 79). On voit dans ces formules un propos très directement « schmittien ». D'ailleurs, en 1931, Schmitt confirme qu'il n'y a pas malentendu sur sa « théorie »¹⁰⁴ : sa conception du « gardien » a bien pour objectif de justifier que le Président soit (ou devienne) un leader politique.

L'artifice schmittien consistait à affirmer cette idée de façon impressionniste : officiellement, le gardien ne tire pas à lui le pouvoir de décision politique, il « règnerait sans gouverner », avec le poids de son *Auctoritas*. Mais c'était pourtant bien vers la direction de l'exécutif que devait tendre, poussée dans ses implications concrètes, la thèse schmittienne, comme le confirme encore cette affirmation du juriste weimarien : « la Constitution de Weimar donne à un Reichstag apte à dégager des majorités et capable d'agir (*mehrheits-und handlungsfähig*) tous les droits et possibilités nécessaires à un Parlement pour s'imposer comme le facteur déterminant de la formation de la volonté étatique. Si le Parlement devenu le théâtre du système pluraliste n'en est pas capable, il n'a pas à exiger que toutes les autres instances responsables deviennent également incapables d'agir » (HV3, p. 131). Autrement dit, c'est en raison de la défaillance de l'organe représentatif majeur qu'un autre organe constitutionnel, le chef de l'État, est censé intervenir pour déterminer lui-même les grandes lignes de la politique du Reich.

Rétrospectivement, dans sa monumentale *Histoire constitutionnelle de l'Allemagne*, le disciple de Schmitt, Ernst Rudolf Huber, évoque en ces termes la thèse de son maître : « le “gardien de la Constitution” de Carl Schmitt, *l'écrit fondamental sur le régime présidentiel (die Grundschrift über das Präsidialregime)*, avait sa quintessence dans l'avertissement à l'égard du menaçant “virage vers l'État total” (v. HV3, p. 78-91). La profession de foi étatico-conservatrice envers l'“État neutre” devait servir de défense contre ce danger. L'objectif était toutefois un État de neutralité active, une neutralité comme “expression d'une unité et totalité englobant les groupements antagonistes et donc relativisant ces antagonismes” (v. HV3, p. 111 et s., 132 et s.). (...) Le but de la réforme de l'État était d'écarter le revirement menaçant dans une identité de l'État et de la société et le régime de l'“État total” qui en résulterait. La doctrine du “pouvoir neutre” trouvait son sens dans la défense de la totalisation menaçante de l'État et de la société »¹⁰⁵. Le sens très particulier de la thèse schmittienne – finalement très

¹⁰⁴ Au début de son livre de 1931, Schmitt relève (p. 3) : « Mon article sur le “gardien de la Constitution” paru en mars 1929 dans le *Archiv des öffentlichen Rechts* (t. XVI, p. 161 et s.) a suscité une large approbation et aussi spécialement abouti à ce que la position constitutionnelle du Président du Reich allemand soit plus souvent désignée comme celle d'un gardien de la Constitution ». Il ajoute en note : « Ainsi particulièrement dans la publication du Bund zur Erneuerung des Reiches (...), une publication qui a l'extraordinaire mérite d'avoir répandu une conception correcte de la position constitutionnelle du Reichspräsident, et par ce biais réglé de nombreuses et fausses opinions et propositions de réforme » (nous soulignons).

¹⁰⁵ *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, Kohlhammer, t. VII, 1984, p. 748. Nous soulignons.

éloignée de la problématique de la « garde » d'une constitution telle que l'envisageait non seulement Kelsen mais aussi la doctrine dominante – est donc nettement réaffirmé par son disciple.

D'ailleurs, Schmitt lui-même, en 1958, dans la réédition de certains de ses écrits (à une époque où il cherchait à justifier en les adoucissant, ses thèses des années 1930, et pouvait donc avoir plutôt intérêt à les présenter sous un jour sympathique¹⁰⁶), ajoutait en postface : « La thèse du Président du Reich comme gardien de la Constitution a été développée pour la première fois dans l'article précité de l'*Archiv des öffentlichen Rechts* de mars 1929. La formule du Président du Reich comme "gardien de la Constitution" est devenue par là le mot d'ordre constitutionnel (*das verfassungsrechtliche Stichwort*) du système présidentiel (*Präsidentsystem*) »¹⁰⁷. L'aveu est éloquent.

Carl Schmitt n'a, en somme, pas tant voulu développer une véritable « théorie » constitutionnelle positive du gardien de la constitution que formuler une façon de légitimer un rôle déterminant de la Présidence du Reich allemand dans le contexte de l'époque. Ce projet se suffisait à lui-même, mais il était au surplus au service d'un objectif plus étendu, à savoir l'avènement d'une sorte de pouvoir d'État capable de transcender les divisions politiques, économiques et sociales de l'Allemagne weimarienne et – implicitement – d'affirmer la pérennité de celle-ci sur la scène internationale. S'il a prétendu, non sans une certaine habileté d'ailleurs, hisser ses thèses au niveau d'une contribution à la doctrine constitutionnelle (peut-être croyait-il même vraiment qu'elle l'était¹⁰⁸) – il faudrait du reste plutôt la qualifier de « théorie littéraire » – visant à expliquer le droit positif, son propos était profondément une thèse de politique constitutionnelle qui appuyait un courant doctrinal et politique déjà existant en faveur d'un leadership présidentiel¹⁰⁹ et d'une déparlementarisation – par le jeu de l'interprétation – de la Constitution de Weimar.

¹⁰⁶ Il nous paraît très significatif que Schmitt ait choisi, en 1958, de rééditer son premier article (HV1) sur le thème du « gardien », celui qui se concentre sur la thèse négative, plutôt des deux autres, qui développent la thèse « positive ». C'était, selon nous, une façon d'entretenir une certaine équivoque sur sa position en faisant apparaître la partie la plus « scientifique » de sa thèse.

¹⁰⁷ *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, p. 100. Plus loin, dans le même volume, en post-face à *Legalität und Legitimität*, Schmitt affirme (p. 345) : « Cet écrit était une tentative désespérée pour sauver le système présidentiel (sic), la dernière chance de la Constitution de Weimar, devant une théorie qui refusait de se poser la question de l'ami et de l'ennemi de la Constitution ».

¹⁰⁸ C'est bien un « traitement scientifique (*wissenschaftliche Behandlung*) » qu'il revendique dans son avant-propos au livre de 1931 (p. I). Dans son « journal », il note, le 9 novembre 1947 : « Kelsen a critiqué ma doctrine du gardien neutre de la Constitution et tenté de la diffamer comme étant non scientifique » (*Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, p. 39). En 1929, il affirmait, en réfutant Kelsen : « c'est peut-être valable pour une théorie purement abstraite du droit, mais pas pour une théorie constitutionnelle » (HV2, p. 190).

¹⁰⁹ Ce qu'avait déjà commencé à faire, plus ouvertement, son collègue Heinrich Herrfahrdt (*Die Kabinettsbildung nach der Weimarer Verfassung unter dem Einfluß der politischen Praxis*, Berlin, O. Liebmann, 1927), mais également un partisan de la République de Weimar comme Gerhard Anschütz (v. R. Baumert, « Gerhard Anschütz et le contrôle de constitutionnalité des lois du Reich », *Droits*, n° 43, 2006, pp. 231-255). Sur le mouvement doctrinal, v. également la synthèse de René Capitant dans l'article précité (v. *supra*, note 54).

L'objectif était atteint dès 1930, avec le premier cabinet Brüning et la pratique prolongée des *Präsidialkabinette*, constitués sans référence aux rapports de force au Reichstag, et se maintenant péniblement face à lui. À telle enseigne qu'en 1932, alors que la situation politique s'est dramatisée du fait de la poussée croissante des Nazis (et de la radicalisation des communistes), Schmitt n'a plus besoin de sa thèse du Président-gardien. Dans *Legalität und Legitimität*, il ne reprend pas en tant que telle l'expression « Hüter der Verfassung »¹¹⁰. Et si Schmitt, comme on l'a dit, évoque à nouveau sa thèse sur le Président-gardien dans son discours final devant le Staatsgerichtshof en octobre 1932, il ne s'embarrasse guère de précautions sur le sens de la « neutralité » prétendue du Président.

La thèse des années 1928-1931 est donc entièrement circonstancielle¹¹¹. Schmitt a joué sciemment sur les mots. En présentant le Président comme « gardien de la Constitution », il faisait vibrer une corde séduisante (l'image du gardien pouvait avoir quelque chose de rassurant dans le contexte troublé de la République de Weimar), alors qu'il visait en fait une seule des branches de l'alternative qu'il avait lui-même clarifiée : à savoir le « chef politique » par opposition au gardien-Pouvoir neutre. Pourtant – et tel n'est pas le moindre de ses paradoxes –, cette thèse instrumentale n'a pas été sans fortune.

IV. LE DESTIN DE LA THÈSE SCHMITTIENNE

Force est de constater que ce « camouflage » de la thèse présidentialiste n'était pas si mal réussi. Le propos schmittien est fréquemment repris ou du moins cité dans la littérature politico-constitutionnelle de la fin de la République de Weimar, et marqué des mêmes ambiguïtés, étant employé dans des sens très divers. Sans prétention à l'exhaustivité, on peut mentionner quelques-unes de ces références.

¹¹⁰ Sinon en une seule occurrence, mais sans rapport direct avec sa thèse : « Dans les moments critiques, chacun accuse l'autre d'illégalité, chacun joue au gardien de la légalité et de la constitution. Le résultat est un état sans légalité ni constitution (*ein legalitäts- und verfassungsloser Zustand*) » (*Legalität und Legitimität*, éd. 1958, p. 291). En réalité, cet ouvrage vise principalement à dessiner les contours d'une nouvelle Constitution allemande, et se termine par une apologie du plébiscite comme mode de décision politique.

¹¹¹ À telle enseigne qu'il ira jusqu'à affirmer, en 1935, dans un article intitulé (par une sombre antiphrase) « la Constitution de la liberté » (« Die Verfassung der Freiheit », *DJZ*, n° 19, 1^{er} octobre 1935, pp. 1133-1135) : « Les fondements de notre ordre *völkisch* sont maintenant établis : Le peuple allemand avec son *Führer* comme chef de l'État et justicier suprême de la nation ; l'ordre du mouvement national-socialiste comme gardien de la Constitution (*der Orden der nationalsozialistischen Bewegung als der Hüter der Verfassung*) ; la Wehrmacht allemande avec le *Führer* comme commandant suprême ». On ne peut guère prendre au sérieux un propos aussi inepte, qui est d'ailleurs en contradiction complète avec la façon dont Schmitt justifiait un tel rôle sous Weimar, en particulier la nécessité d'une instance monocéphale, lui qui, au surplus, défendait plutôt la thèse de la primauté de l'État sur le parti unique. Dès lors, enfin, que Schmitt avait considéré que le gardien ne pouvait être déterminé que dans une situation « concrète », il n'eût pas été inconséquent, de son point de vue, d'attribuer ce rôle à la Wehrmacht elle-même.

Ainsi, en 1932, Walter Jellinek en fait une lecture innocente, lorsqu'il évoque la compétence du Reichspräsident de promulguer les lois. Celle-ci « garantit la régularité de l'adoption de la loi conformément à la Constitution. Dans cette vérification, la fonction présidentielle se présente comme celle du gardien de la Constitution » (et il renvoie alors en note à l'article de Schmitt de mars 1929)¹¹². Dans le premier tome du même ouvrage, paru deux ans auparavant, Heinrich Pohl évoquait en revanche la formule de Schmitt en mêlant les deux sens, c'est-à-dire en jouant sur l'ambiguïté délibérée de celle-ci¹¹³. Tout d'abord, le Président du Reich « doit être un guide (*Führer*), un chef d'État qui prend une part fortement active aux affaires de l'État, un homme d'État qui intervient énergiquement dans les destinées du Reich, qui co-décide, qui crée et qui mène celles-ci, qui, au-delà des compétences qui lui sont attribuées dans les domaines de l'administration, du pouvoir juridictionnel et de la législation, représente la continuité et la permanence de l'unité étatique et de son fonctionnement unitaire » (il cite alors de longs passages de l'article de Schmitt). Ensuite, il poursuit en évoquant Ebert et Hindenburg, « tous les deux (...) gardiens fidèles de la Constitution (*treue Hüter der Verfassung*) (...), agissant en dirigeant, conseillant, arbitrant et modérant dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles, (...) réalisant (...) l'idée (*Gedanke*) du pouvoir neutre et intercesseur du Reichspräsident », formules à propos desquelles il renvoie en note à Carl Schmitt et son article de mars 1929 (HV1)¹¹⁴.

Le trait est nettement plus accusé encore par Friedrich Glum, qui avait pourtant, à l'origine, considéré le Staatsgerichtshof comme le « gardien de la Constitution »¹¹⁵, et critiqué par ailleurs les thèses de Herrfahrdt en faveur d'une

¹¹² « Das einfache Reichsgesetz », in G. Anschütz, R. Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. II, Tubingue, Mohr, 1932, § 72, pp. 177-178. Dans le même sens, Anschütz lui-même admettait au profit du chef de l'État weimarien, un pouvoir de refuser la promulgation pour inconstitutionnalité matérielle de la loi (v. R. Baumert, « Gerhard Anschütz... », *op. cit.*, pp. 243-244). Mais ce positiviste ne se référait pas pour autant à la thèse « littéraire » d'un gardien de la constitution. En revanche, et plus curieusement, le Président du Staatsgerichtshof, W. Simons, lui-même, relève, un peu à rebours de sa propre formule de 1924 (v. *supra*, note 10) que « la position du Président du Reich n'est pas à ce point délimitée étroitement et précisément dans la Constitution qu'une activité de médiateur qui lui est attribuée par une norme juridique serait interdite ; au contraire, elle correspondrait tout à fait à cette position organique d'après les articles 42 et 48 RV selon lesquels le Président du Reich est le gardien suprême de son droit et de la Constitution » (Introduction à : H.H. Lammers, W. Simons, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, t. II, 1930, p. 9 et 11, cité par Schmitt, HV3, pp. 139-140 note).

¹¹³ H. Pohl, « Die Zuständigkeiten des Reichspräsidenten », in Anschütz, Thoma, *Handbuch...*, *op. cit.*, t. I, 1930, § 42, pp. 482-502 (483 et 502).

¹¹⁴ Pohl reprend en outre (p. 499) une formule tirée de l'ouvrage du *Bund zur Erneuerung des Reichs* (*op. cit.*, p. 76) selon laquelle la compétence du Président d'assurer « l'exécution de la décision du Staatsgerichtshof » (art. 19 al. 2 RV) ferait de lui le « gardien suprême du droit » (*oberster Hüter des Rechts*). On notera que Schmitt avait négligé de relever cet argument, qui renforçait sa thèse.

¹¹⁵ « Staatsrechtliche Bemerkungen zu dem Konflikt zwischen dem Staatsgerichtshof für das deutsche Reich und der Reichsregierung... », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, I, 1929, pp. 458-475.

« présidentialisation » du système de gouvernement weimarien¹¹⁶. À l'automne 1930, au contraire, il estime qu'en cas de « lacune » (*Lücke*) dans la Constitution, et si le Parlement est politiquement paralysé (ou bien si les majorités sont seulement négatives), le Président du Reich doit être un « organe de substitution (*Ersatzorgan*) », notamment en adoptant lui-même les lois et agit à ce titre en tant que « gardien de la Constitution et législateur », ce qui serait une « concrétisation (*Erfüllung*) » de la Constitution¹¹⁷.

À l'inverse, l'ancien ministre Otto Gessler, l'un des animateurs de la « Ligue pour le renouvellement du Reich » évoquée plus haut, reprenait encore la distinction qui était celle de Schmitt en 1925 : « Le Président du Reich peut être “gardien de la Constitution”, un rôle auquel on a incontestablement pensé au premier chef à Weimar » ; ou bien il peut exercer « une fonction de direction, c'est-à-dire de déterminer la direction du chemin à l'avenir allemand. La Constitution lui en donne sans conteste la possibilité »¹¹⁸.

De son côté enfin, l'ancien ministre et vice-chancelier Eugen Schiffer proposa en 1932 le texte d'une nouvelle Constitution pour remédier au blocage des années 1930-32¹¹⁹ : il prévoyait de désigner *expressis verbis* le Reichspräsident comme « Hüter der Verfassung » (art. 7- S 1) tout en lui confiant quantité de compétences juridiques, et en établissant explicitement par ailleurs que « le contrôle de la constitutionnalité des lois et ordonnances est confiée à une cour suprême » (art. 27).

Au-delà des discussions académiques, le Maréchal Hindenburg énonça une fois : « En tant que gardien de la Constitution et en tant que chef d'État du Reich placé au-dessus du combat des partis, il est pour moi un devoir évident de veiller à ce que les élections se tiennent à la date prévue par la loi »¹²⁰.

À l'époque contemporaine enfin, il est très fréquent que la doctrine constitutionnelle présente le chef de l'État, dans des régimes parlementaires clairement monistes, comme un « pouvoir neutre » et comme un « gardien de la constitution »¹²¹, même lorsqu'existe une cour constitutionnelle de type kelsenien. C'est ainsi que, dans un manuel récent de droit constitutionnel allemand, il est affirmé que « selon la tradition de la démocratie classique, le chef de l'État soustrait à la responsabilité parlementaire est avant tout la personne ordonnatrice, médiatrice

¹¹⁶ *AöR*, 15, 1928, pp. 442-456.

¹¹⁷ « Parlamentskrise und Verfassungslücke », *DJZ*, n° 22, 15 novembre 1930, pp. 1414-1419. C. Schmitt lui-même estima que Glum allait trop loin (*HV* 3, p 140, note).

¹¹⁸ *Die Träger der Reichsgewalt*, Hambourg-Berlin, Hanseatische Verlagsanstalt, 1931, p 78.

¹¹⁹ *Die neue Verfassung des deutschen Reiches. Eine politische Skizze*, Berlin, 1932.

¹²⁰ Déclaration de mars 1932 (citée par F. Poetzsch-Hefter, « Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts [JöR]*, t. XXI, 1933-34, p. 153).

¹²¹ Ainsi, par exemple, Paul Coste-Floret dans son rapport pour le second projet de constitution de la IV^e République : « Le Président de la République est également le gardien de la constitution. En tant que tel, il peut, concurremment avec la majorité absolue des membres composant le Conseil de la République, saisir le Comité constitutionnel du problème de savoir si une loi votée par le Parlement suppose ou non la révision de la Constitution (art. 84 du projet) » (texte repris dans *Pouvoirs*, n° 76, 1996, pp. 7-26 [15-16]).

et arbitrale dans l'État qui, en tant que "force neutre" (*neutrale Kraft*), "pouvoir neutre" [en français dans le texte, n.d.ALD], se situe au-dessus des controverses de la politique quotidienne. À ce titre, le Président fédéral fait office, à côté de la Cour constitutionnelle fédérale, de "gardien de la constitution" ; une partie de cette tâche réside dans les droits d'intervention que le Président détient dans la fonction législative (droit de vérification de la loi) et lors de la formation du gouvernement. De plus, le Président dispose d'un pouvoir politique de réserve (*politische Reservegewalt*) pour le cas où le processus parlementaire serait en crise. (...) »¹²².

De tels propos montrent combien il est difficile à la doctrine constitutionnelle de tracer précisément le champ des fonctions du chef de l'État dans la démocratie parlementaire et qu'elle a besoin, pour ce faire, de recourir à des « théories littéraires ». À cet égard, la formule du « gardien de la constitution » reste, en dépit ou plutôt grâce à son caractère vague, une référence particulièrement commode et, par son ambivalence même, elle a pu favoriser implicitement le maintien de compétences régulatrices au profit des chefs d'État dans certaines démocraties parlementaires récentes¹²³.

Il reste toutefois un cas particulier, pour lequel la problématique schmittienne du gardien de la constitution paraît offrir une clé de compréhension adéquate sur le plan théorique et pratique : la V^e République. On sait que le rôle original mais insaisissable de la Présidence a pu présenter une analogie frappante avec le cas weimarien¹²⁴ et les thèses de Carl Schmitt¹²⁵.

Le rapprochement avait été implicitement fait par René Capitant dès l'évocation d'un « arbitrage national » dans le discours de Bayeux du Général de Gaulle : « Souveraineté populaire, séparation des pouvoirs, arbitrage national du chef de l'État, voilà donc les trois principes de la Constitution de Bayeux. (...) Reste le troisième principe : la nécessité d'un arbitrage national exercé par le chef de l'État.

¹²² R. Zippelius, Th. Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, Munich, Beck, 31^e éd. 2005, p. 357.

¹²³ Par exemple au Portugal dans la Constitution de 1976, ou bien dans plusieurs pays d'Europe centrale et orientale à partir de 1990.

¹²⁴ Sur ce parallèle, v. nos études : « Parlementarisme dualiste : entre Weimar et Bayeux », *RFD const.*, n° 20, 1994, pp. 749-758 et « Weimarer Parallelen in der Verfassung der V. Französischen Republik », in C. Gusy (dir.), *Weimars lange Schatten - « Weimar » als Argument nach 1945*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 455-496.

¹²⁵ C'est ainsi que Olivier Beaud, dans sa thèse *La puissance de l'État* (PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 393) a considéré que « le constituant [français de 1958, n.d. ALD] a admis l'idée d'un gardien de la constitution au sens schmittien de l'arbitre politique ». Le rapprochement a également été fait par Pierre Avril (Rapport de synthèse, in F. Decaumont, *Le Discours de Bayeux*, Economica-PUAM, 1990, p. 148 et « La Constitution, Lazare ou Janus ? », *RDP*, 1990, pp. 949-960 [957]). D'autres auteurs contemporains utilisent également la formule du Président « gardien de la Constitution », mais dans un sens plus limité (ainsi par exemple, G. Conac, « Art. 5 », in F. Luchaire, G. Conac, *La Constitution de la République française*, Economica, 2^e éd. 1987, p. 238, ou bien dans le manuel *Droit constitutionnel* de F. Hamon et M. Troper, LGDJ, 27^e éd. 2001, p. 556, ou encore celui de V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, PUF, coll. Thémis, 2004, p. 401).

Il est, en quelque sorte, une conséquence des deux premiers. La souveraineté populaire entraîne, en effet, le règne des majorités : mais les majorités politiques sont changeantes. La séparation des pouvoirs, d'autre part, entraîne la diversité des organes de l'État. Leurs rapports sont réglés par la constitution. Mais ne faut-il pas un *gardien* de celle-ci, qui en assure et en arbitre le fonctionnement ?

De ce double point de vue, un arbitrage national est nécessaire et ne peut être confié qu'au chef de l'État, représentant de l'unité et de la continuité de l'État, placé au-dessus des partis et même au-dessus des pouvoirs politiques, non pour empiéter sur leurs compétences, mais au contraire, pour en garantir et en assurer l'exercice, conformément à la constitution.

Une telle fonction est nécessaire en tout pays et en tout temps – mais combien plus nécessaire encore en France, dans les circonstances actuelles !

Car tous les Français doivent avoir conscience des dangers intérieurs et extérieurs qui menacent la république et jusqu'à l'existence même de notre pays et de notre Union française (...) »¹²⁶.

Il n'est pas certain que le constitutionnaliste gaulliste ait fourni ici une exégèse tout à fait convenable de la pensée (elle-même plus qu'impressionniste d'ailleurs) de son mentor, en ce que son analyse demeurerait essentiellement (quoique implicitement) encore autour d'une conception juridique classique de la Constitution. Mais tout au moins jouait-elle (consciemment ?) sur l'ambivalence du terme de « gardien ».

De son côté, de Gaulle, sans employer la formule du « gardien » (il privilégiait le terme « garant »)¹²⁷, a toutefois agi et formulé sa magistrature exceptionnelle dans un sens qui fait irrésistiblement songer aux dimensions dramatiques du schéma de Carl Schmitt : une conception constitutionnelle centrée sur l'État, une magistrature se voulant « au-dessus des partis », une pratique d'arbitrage actif – c'est-à-dire un pouvoir de décision – non seulement dans les moments de crise extrême (par l'usage des pouvoirs exceptionnels de l'article 16 au moment du Putsch des Généraux en 1961) mais encore dans ces circonstances plus ordinaires¹²⁸, pratique qui fait prévaloir l'esprit sur la lettre du texte de la

¹²⁶ Commentaire du Discours de Bayeux par René Capitant, délégué général de l'Union gaulliste pour la IV^e République (août 1946), reproduit in *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 16, 1995, pp. 166-169. Nous soulignons.

¹²⁷ Le terme de « garant » est repris à l'article 5 de la Constitution de 1958, en ce qui concerne l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et le respect des traités, mais ce même article 5 commence par évoquer l'idée de « veiller au respect de la Constitution », formule qui, à la même époque faisait écho à celle de « gardien de la constitution » : dans l'une des premières moutures du projet de constitution, datée du 18 juillet 1958, un article 2 était ainsi rédigé : « Le président de la République fédérale est gardien de la Constitution, arbitre entre les peuples fédérés, et chef de l'exécutif fédéral » (*Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, t. I, p. 451). G. Pompidou, en revanche, a employé l'expression de « gardien et garant » de la Constitution » dans sa conférence de presse du 10 juillet 1969.

¹²⁸ Ainsi, par exemple, de la convocation du Parlement en session extraordinaire, en mars 1960. Il convient également de rappeler que c'est en se fondant explicitement sur l'article 5 de la Constitution et sur un message et une lettre émanant du Président de la République, que le Président de l'Assemblée

Constitution¹²⁹. En somme, une conception plus ouvertement politique de la Constitution, qui n'est jamais réduite à une loi (un « parchemin », selon de Gaulle lui-même), mais contient assurément une « substance » qui se ramène à un noyau existentiel de l'État.

L'expérience de la V^e République montre toutefois que, si elle était (et demeure actuellement) favorisée par ce qu'on pourrait appeler la « centralité institutionnelle » du chef de l'État – du fait de ses nombreuses compétences formelles à l'égard des autres organes constitutionnels (nominations, signature de différents actes, etc...) – le rôle du Président n'est pas parvenu à se fixer sur une position clairement circonscrite¹³⁰ et qu'en outre, ce rôle d'une sorte de Président-gardien actif de la constitution politique peut se concilier assez aisément avec l'existence d'une instance autonome exerçant en forme quasi-juridictionnelle au moins une partie de ce qu'il est convenu d'appeler la « justice constitutionnelle », perspective que Schmitt, comme on l'a vu, n'excluait pas complètement, dans la mesure du moins où la partie essentielle (« existentielle », même) de la constitution n'en relevait pas.

Reste enfin que, en dehors de la France, la formule d'un « gardien de la constitution » est fréquemment reprise à l'époque contemporaine dans les démocraties libérales apaisées. On sait que la Cour constitutionnelle fédérale allemande, en particulier, la reprit fréquemment dans ses décisions¹³¹. Si leur emploi est devenu plus rare aujourd'hui, sous la plume des juges de Karlsruhe, il demeure usuel dans la doctrine¹³², et même repris pour être appliqué à d'autres types de juges et/ou au delà du cadre national¹³³. Sous ce rapport, le succès

nationale justifia le 19 septembre 1961 sa décision de refuser la recevabilité d'une motion de censure déposée pendant l'application de l'article 16 (v. textes in D. Maus, « Art. 16 », *Les grands textes de la pratique institutionnelle de la V^e République*, La Documentation française, 5^e éd. 1990, pp. 82-85).

¹²⁹ P. Avril, « Une paradoxale leçon de droit constitutionnel », in *De Gaulle en son siècle*, t. 2, Plon, 1992, pp. 172-179.

¹³⁰ Qu'il nous soit permis de renvoyer sur ce point à notre article, « Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V^e République », *Droits*, n° 44, 2007, pp. 101-137.

¹³¹ V. les références dans C. Gusy, « Juge constitutionnel et "gardien de la Constitution" », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, 2005, pp. 161-172 – qui estime toutefois que sa portée est « décorative ». Si elle ne se trouve pas *expressis verbis* dans le texte de la Loi fondamentale, la formule se trouvait néanmoins dans le rapport préparatoire des chefs des gouvernements des Länder (Rapport dit de *Herrenchiemsee*, d'août 1948) et le professeur Hermann Jahrreis l'avait employée dès 1950 : « Das Bundesverfassungsgericht soll "Hüter der Verfassung" sein », *JuV*, 1950, n° 6, p. 121.

¹³² Parmi de nombreuses références : W. Heyde, *Die Hüter der Verfassung. Verfassungsgerichte im Bund und in den Ländern*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1973. B. Guggenberger, Th. Würtenberger (dir.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik ? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

¹³³ Par ex., F. C. Mayer, « Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein ? », in O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice, S. Strudel (dir.), *L'Europe en voie de constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 429-456 (et *AöR*, 2004, pp. 411-435). Ou encore, K. Odendahl, « Wer ist "Hüter des Völkerrechts" ? », *JöR*, 2007, pp. 1-22.

contemporain que l'on sait de la solution « juridictionnelle » ne se limite pas à un simple contrôle des normes, en particulier pas à un contrôle de constitutionnalité des lois. Il peut englober certains aspects de la vie constitutionnelle : rappelons que c'est ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale allemande est compétente pour statuer sur la question de l'inconstitutionnalité des partis politiques « qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs adhérents, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser ou à mettre en péril l'existence de la RFA » (art. 21-II LF) ; ou bien encore que la même instance peut être saisie de tout litige d'interprétation de la Loi fondamentale (art. 93-I-1 LF). Enfin, hors de la solution juridictionnelle, les Länder puis la République fédérale d'Allemagne se sont dotés d'offices de « protection de la constitution » (*Verfassungsschutz*) qui, en particulier, surveillent les formations politiques suspectées de menacer l'ordre démocratique-libéral, et que l'on a pu qualifier de « gardiens secrets de la constitution »¹³⁴. Comme si certaines difficultés du problème de la « garde d'une constitution » soulevées par Carl Schmitt avait partiellement trouvé une tentative de traitement dans les constitutions modernes¹³⁵.

*
* *

Peut-on conserver quand même quelque chose de la thèse schmittienne ? Autant la partie « positive » de sa thèse s'avère, à l'analyse, grossièrement artificielle, autant la partie « négative » – qui tout de même la prépare voire peut la justifier – comporte quantité de véritables questions qui demeurent largement des problèmes fondamentaux pour la « justice constitutionnelle » contemporaine. L'importance prise par celle-ci dans les démocraties libérales depuis plus d'un demi-siècle rend nécessaire de continuer à s'interroger sur ses fondements théoriques et, le cas échéant, sur les limites de ce qui est érigé aujourd'hui en horizon indépassable. Sous ce rapport, il est possible de considérer que certains thèmes abordés par Schmitt demeurent non dépourvus d'intérêt.

On peut légitimement conserver l'invitation du juriste de Plettenberg à dépasser une approche trop étreinte des constitutions et d'admettre la part irréductible de leur dimension politique. En prétendant disqualifier la contestation schmittienne – qui n'aboutissait, il est vrai, peut-être pas à une solution alternative elle-même satisfaisante –, les conceptions « normativistes » ou « positivistes » (pour faire court) dominantes ne sont pas parvenues à réduire les limites propres de leur construction. En dépit de toutes les rustines conceptuelles et théoriques mobilisées, la réduction de la constitution à une norme fait bon marché de la nature profonde et complexe du phénomène constitutionnel, et aboutit à occulter son caractère de droit politique. Les discussions autour de la

¹³⁴ W. Buschfort, *Geheime Hüter der Verfassung. Von der Düsseldorfer Informationsstelle zum ersten Verfassungsschutz der Bundesrepublik (1947-1961)*, Paderborn, Schöningh, 2004.

¹³⁵ Ce qui ne préjuge évidemment pas de la paternité directe que l'on pourrait reconnaître au juriste de Plettenberg sur ces solutions, v. P. Röhmer, « Übervater Schmitt... », *op. cit.*

« justice constitutionnelle » concentrent aujourd'hui plus que jamais une grande partie de ces tensions et problématiques. Tout en nécessitant au préalable une sérieuse différenciation, la contribution de Carl Schmitt au thème du « gardien de la constitution » mérite ainsi certainement de ne pas être complètement ignorée.

RESÜMEE

Carl Schmitt Hüter der Verfassung. Anmerkungen zu den Paradoxen einer zweifelhaften Verfassungs-„Theorie“

Carl Schmitts Ausführungen der Zwischenkriegszeit zum Thema des „Hüters der Verfassung“ haben einen ambivalenten Charakter. In drei Schriften (zwei Aufsätze im Jahr 1928, 1929 erschienen, ein Buch 1931 veröffentlicht) dargestellt, bestehen sie aus einer negativen und einer positiven These. Erstere zielt darauf, in einer kritischen und manchmal polemischen Perspektive gegenüber der positivistischen Staats- und Verfassungslehre, den (ordentlichen oder spezialisierten) Gerichten, die mögliche Stellung eines Hüters der Verfassung abzusprechen. Zweitere behauptet, dass im Kontext der Weimarer Verfassung die Rolle des Hüters dem vom Volk legitimierten Reichspräsidenten zukommt.

In der negativen These analysiert Schmitt die Frage der „Verfassungshütung“ als ein Problem der Verfassungstheorie sowohl durch die Schwierigkeiten einer Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze, als auch durch die der Entscheidungen über Streitigkeiten zwischen den Verfassungsorganen. In beiden Fällen wird die Verfassung prinzipiell als eine höherwertige Rechtsnorm begriffen.

In seiner positiven These aber benutzt Schmitt seinen eigenen (dezisionistischen und institutionellen) Verfassungsbegriff und verlässt die Problematik der Verfassungsstreitigkeiten. Er hebt die Frage in eine hochpolitischen Dimension, die weit über die von Kelsen und anderen Rechtspositivisten aufgeworfene Behandlung hinausgeht.

Die Analyse der Argumente sowie die Kontextualisierung der Ausführungen Schmitts lassen erkennen, dass das Problem des Hüters der Verfassung das Mittel war, dessen sich der Jurist aus Plettenberg bediente, um seine Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Weimarer Regierungssystems hin zu einer „Präsidentialisierung“ voranzubringen.

Die positive These erscheint daher in grossen Teilen als wissenschaftlich wenig vertieft und durchdacht. Bei genauer Analyse verdient sie kaum, als wirklicher Wissenschaftsbeitrag bzw. als „Verfassungstheorie“ bezeichnet zu werden.

Paradoxerweise hinderte dies nicht daran, dass seine These nicht ohne Bedeutung für die Verfassungslehre und -praxis blieb. Gerade wegen ihrer Ambivalenz wird sie gelegentlich als konzeptuelle Referenz benutzt, um in

bestimmten, gegenwärtigen parlamentarischen Demokratien die Machtstellung bzw. Machterweiterung des Staatsoberhauptes zu rechtfertigen. So hat sie auch insbesondere in den Anfängen der französischen 5. Republik eine (relativ) konkrete Anwendung gefunden.

