

# Les sources légitimes de la juridiction constitutionnelle.

## La réplique de Hans Kelsen à Carl Schmitt

SANDRINE BAUME

Parmi les débats juridico-politiques de l'entre-deux-guerres, la controverse sur le gardien de la Constitution, qui oppose Carl Schmitt (1888-1985) et Hans Kelsen (1881-1973), mérite une place particulière<sup>1</sup>. Cette polémique culmine dans deux publications qui se succèdent immédiatement et dont la seconde est la réplique cinglante que le juriste autrichien adresse au juriste allemand: l'année de la parution de *Der Hüter der Verfassung* (*Le Gardien de la Constitution*), [Schmitt, 1931]<sup>2</sup>, Kelsen rétorque à Schmitt, dans *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (*Qui doit être le gardien de la Constitution?*) [Kelsen, 2006 (1931)]. Cet écrit de Kelsen, dont le caractère polémique est manifeste, constitue la dernière manche d'un conflit doctrinal où s'affrontent ces deux juristes tout au long de la République de Weimar. Sur le sujet particulier du gardien de la Constitution, Schmitt n'adressera pas directement de réplique à Kelsen, à l'exception d'une petite phrase assassine inscrite dans son journal, en 1947: effrayé devant l'arrogance sans pertinence, avec laquelle Kelsen a cri-

tiqué ma doctrine du gardien neutre de la Constitution et tenté de la diffamer comme étant non scientifique (9. 11. 1947) [Schmitt, 1991, p. 39].

*Qui doit être le gardien de la Constitution?* représente le texte dans lequel le juriste autrichien s'avance le plus loin dans l'ingénierie conceptuelle de l'œuvre schmittienne, certes pour en démonter la mécanique, pour en signifier les insuffisances, les imperfections et les contradictions.

Au sein de cette controverse particulière, le différend entre ces deux juristes porte en premier lieu sur l'organe étatique auquel doit être confié le rôle de gardien de la Constitution. Pour Kelsen, c'est à un organe judiciaire, notamment à une Cour constitutionnelle que cette mission doit être confiée, alors que pour Schmitt, c'est au sommet de l'exécutif, au Président du Reich que doit être conférée cette tâche. Confier au Président du Reich le rôle de gardien de la Constitution n'implique pas, pour Schmitt, qu'on lui octroie une fonction juridictionnelle. Sa «tâche» consiste à préser-

ver l'ordre public, et lorsque la situation l'exige à ses yeux, à proclamer l'état d'exception et à recourir aux décrets-lois. Contrairement à Kelsen, «garder» la Constitution ne passe pas, chez Schmitt, par l'instauration d'un contrôle de la constitutionnalité, mais davantage par un renforcement des attributions du Président du Reich, et surtout par une spécification et une autonomisation de sa fonction. Si le juriste allemand pense la garantie de la Constitution à partir des situations d'exception<sup>3</sup>, le juriste autrichien la conçoit dans le souci constant de la plus grande conformité des actes étatiques à la Constitution. Outre les réflexions élaborées qu'elle suscite sur la garantie de la Constitution, cette confrontation clarifie plusieurs divergences entre Schmitt et Kelsen, puisqu'elle les contraint à dévoiler leur définition du politique, de la Constitution, des rapports entre État et société civile, finalement de la démocratie. L'orientation prise par l'institution du gardien de la Constitution demeure cohérente avec ces deux corpus doctrinaux très opposés. Essentiellement, si Kelsen ne conçoit l'exercice du pouvoir que dans la légalité des temps ordinaires, en revanche Schmitt ne pense les catégories du politique qu'hors du fonctionnement régulier de l'ordre juridique et étatique.

Pour lui conférer toute sa signification, cette controverse doit être replacée dans plusieurs débats qui dépassent largement la polémique qu'entretiennent ces deux juristes et qui expliquent l'attention que Carl Schmitt porte à la fonction présidentielle et celle que Hans Kelsen voue à la juridiction constitutionnelle. La discussion juridico-politique que mène le juriste autrichien sur le gardien de la Constitution se noue dans un contexte d'évolution des institutions de

juridiction constitutionnelle, dont certaines concrétisations sont à observer en Autriche, mais également en Allemagne, après-guerre. On conçoit habituellement que c'est avec la Constitution de la nouvelle République fédérale autrichienne du 1<sup>er</sup> octobre 1920 [Cfr. article 89 de la Constitution fédérale autrichienne (*Österreichische Bundesverfassung*)], qu'apparaît le «modèle européen de la justice constitutionnelle», en l'occurrence un organe juridictionnel chargé de trancher les questions de constitutionnalité, par un «contrôle concentré de constitutionnalité des lois» [Le Divellec, 2000, p. 130].

Ce type de contrôle centralisé et spécialisé, élaboré théoriquement par Kelsen, inspirera notamment l'Espagne, l'Italie, la France et la République fédérale d'Allemagne<sup>4</sup>. Comme le souligne Armel le Divellec, le modèle de justice constitutionnelle, tel qu'il est prévu par la Constitution autrichienne, apparaît chronologiquement d'abord, ou du moins simultanément, dans certains Länder allemands de la République de Weimar [*Ibidem*, p. 130]. Toutefois, l'option que choisit la Constitution de Weimar est moins audacieuse que celle que l'Autriche introduit en 1920, puisqu'elle n'envisage pas d'organe centralisé de juridiction constitutionnelle, c'est une multiplicité d'instances qui assument cette tâche<sup>5</sup>. Les insatisfactions suscitées par cette multitude et cet imbroglio d'organes de décision faisant office de «garants de la Constitution» ont favorisé, à Weimar, l'émergence de projets de véritable Cour constitutionnelle, notamment chez Heinrich Triepel, en 1924 et chez Gerhard Anschütz, en 1926<sup>6</sup>. Toutefois, ceux-ci ne se concrétiseront pas. À noter qu'aucune disposition dans la Constitution de Weimar ne fait mention du concept

de «gardien de la Constitution» et donc aucune sur la base de laquelle il est possible de déterminer avec certitude son destinataire institutionnel.

L'attention portée par Schmitt au Président, auquel il donne le nom de gardien de la Constitution, peut être perçue comme la continuation des délibérations constitutionnelles de l'Assemblée nationale de Weimar, qui se sont closes en août 1919, lors de l'entrée en vigueur de la Constitution. Une partie des très vifs débats qui l'ont animée portait sur le rôle et les prérogatives à conférer au Président du Reich. Cette controverse a essentiellement opposé, comme le rappelle Wolfgang Mommsen (Mommsen, 1985, notamment «Destin ultérieur des exigences constitutionnelles de Max Weber», pp. 465-477), les partisans d'un Chef plébiscitaire (le parti démocratique) aux sociaux-démocrates, alors majoritaires, qui souhaitaient une réduction la plus importante possible des prérogatives du Président du Reich.

A l'inverse, le parti démocratique, appuyé par les partis de droite, souhaitait que le Reichspräsident ne soit pas confiné «à une figure représentative» [Mommsen, 1985, p. 471]<sup>7</sup>. Dans cette controverse qui se développe au-delà des travaux de l'Assemblée, Schmitt prend parti pour la revalorisation de la fonction présidentielle, notamment dans *Le Gardien de la Constitution*. Cet écrit entre d'ailleurs en parfaite résonance avec une présidentialisation du régime weimarien, en 1930, plébiscitée par les milieux conservateurs. Ce tournant s'est concrétisé par le système dit des «cabinets présidentiels» gouvernant grâce aux ordonnances d'urgence (art. 48) signées par le Président et par des dissolutions répétitives du Reichstag. Ainsi, cette controverse sur le

gardien de la Constitution qui oppose Schmitt et Kelsen est au confluent de deux débats très différents et de deux univers doctrinaux divergents, largement mobilisés dans cette *disputatio*. Avant d'exposer la critique de Kelsen, il faut revenir sur les arguments exposés par Schmitt dans *Le Gardien de la Constitution*, contre lesquels le juriste viennois construira, en 1931, sa défense de la juridiction constitutionnelle.

*La définition schmittienne du gardien de la Constitution: la Justice disqualifiée*

Si, dans son essai de 1931, Schmitt se concentre sur la question de la garantie de la Constitution, cet écrit peut toutefois être réinterprété comme une réflexion approfondie et polémique sur la répartition des pouvoirs, telle que Schmitt l'analyse dans la République de Weimar. Cet écrit suggère explicitement un nouvel équilibre qui résulterait de la reconnaissance et de l'instauration d'un pouvoir «neutre», extérieur aux autres. En préambule, l'auteur souligne que les débats relatifs au gardien de la Constitution surgissent dans des situations de crises constitutionnelles [Schmitt, 1931, p.1], qui appellent des réaménagements. Ce qui confirme la perspective schmittienne énoncée en introduction, selon laquelle le gardien de la Constitution et plus généralement l'équilibre des pouvoirs sont toujours envisagés, chez Schmitt, à partir de la situation d'exception. La normalité est pensée à partir de l'anormalité, en l'occurrence les situations de péril pour l'ordre public.

L'objectif poursuivi par *Le Gardien de la Constitution* ne transparait pas immédiate-

ment, il s'énonce plus clairement dans la dernière partie de l'ouvrage, où Schmitt défend ouvertement l'attribution du rôle de gardien de la Constitution au Président. Cette proposition, telle qu'elle s'énonce dans son écrit de 1931, s'enracine théoriquement dans les analyses de «Reichspräsident und Weimarer Verfassung» (1925) et de *Théorie de la Constitution* (1928). En abordant la question de la garantie de la Constitution, Schmitt s'insère dans un débat dont il n'est pas le seul protagoniste. Avant même d'énoncer sa proposition, il s'agit, pour lui, de combattre les projets concurrents, notamment celui d'un Tribunal juridictionnel (ou Cour constitutionnelle), défendu âprement par Kelsen, inspiré lui-même par le modèle autrichien. Avant la parution de *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt publie un article intitulé «Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung» (1929), où il annonce certaines de ses thèses défendues en 1931. Bien qu'il reconnaisse à la Haute Cour de justice («Staatsgerichtshof») des compétences en matière de contentieux constitutionnels, notamment celles qui sont inscrites dans la Constitution weimarienne, il ne consent pas à lui conférer le rôle de «gardien de la Constitution»<sup>8</sup>.

Si la Haute Cour de justice s'est attribuée ce rôle, selon une décision d'octobre 1927 (cfr. Schmitt, 1931, p. 3, n. 1), Schmitt considère que c'est à tort et refuse donc de lui accorder ce statut. Pour le juriste allemand, seul un organe politique est habilité à défaire la volonté du législateur. Dans *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt prend à partie Constant et Guizot pour rappeler les préjudices qu'entraînent pour le juridique, comme pour le politique, une confusion de ces deux sphères:

Les représentants de l'État de droit libéral, en particulier Benjamin Constant et Guizot, restent conscients des limites naturelles du juridique et s'expriment souvent à ce sujet avec une précision épigrammatique – Constant dans l'exposé précité sur la responsabilité des ministres, Guizot dans les propos suivants – qu'il n'est actuellement pas possible de répéter assez en Allemagne, selon lesquels lors d'une telle juridisation, «le politique n'a rien à gagner et le juridique tout à perdre». [Schmitt, 1931, p. 35. Le passage dans lequel Benjamin Constant examine la responsabilité des Ministres se situe dans: Constant, 1982, pp. 70-86]

Schmitt recourt au principe de la séparation des pouvoirs pour dénoncer un accroissement des prérogatives dévolues au judiciaire dans le domaine particulier de la garantie de la Constitution: confier à une Cour constitutionnelle la tâche de trancher des questions plus politiques que juridiques, relevant au premier chef du législatif, contrecarrerait gravement les principes de l'État de droit [cfr. Schmitt, 1931, pp. 36-37]. Schmitt tire argument de manière quelque peu *ad hoc* de deux principes dont il souligne ailleurs les faiblesses (l'État de droit et la théorie dite de la séparation des pouvoirs. Cfr. Schmitt, 1995 (1928), notamment pp. 45-46), ceci dans le seul but d'écarter le judiciaire de la fonction de gardien de la Constitution. Selon Schmitt, le contrôle de la constitutionnalité fait nécessairement appel à une décision politique et en conséquence ne peut pas relever du judiciaire<sup>9</sup>. Réfuter la légitimité d'une Cour constitutionnelle passe, chez l'auteur, par une distinction théorique entre la législation et la juridiction. Il rejette ainsi la théorie kelsenienne de la formation du droit par degrés («Stufenbau») qui conçoit l'ordre juridique comme une unique chaîne partant de la Constitution,

allant jusqu'à la décision judiciaire, sans que ne survienne de différence qualitative entre les différents niveaux. Pour Schmitt, cette compréhension de l'ordre juridique est erronée en raison de la différence de nature qui prévaut entre la fonction du législateur et celle du juge. Ce qu'effectue un juge, en prenant appui sur une loi, est radicalement différent de ce que réalise un législateur sur la base de la Constitution ou d'une norme constitutionnelle particulière. Si le jugement juridique peut être considéré comme le produit d'une subsomption (au sens de la déduction d'une norme juridique par une autre norme), en revanche la création d'une loi ou le jugement de constitutionnalité ne l'est pas: le législateur ne peut pas dériver, de la même manière que le juge, le contenu de la loi qu'il établira, lorsqu'il se base sur une norme constitutionnelle. Comme le rappelle Paulson, Schmitt opère une distinction entre les «directives» et les «normes de compétence»<sup>10</sup> et affirme que la seconde ne peut concerner que le législateur, donc le politique. «Dès lors que le jugement de constitutionnalité ne peut être compris en termes de subsomption, il n'est absolument pas possible de le considérer comme un jugement» [cfr. Paulson, 1995, p. 245].

Considérer que l'on peut s'en tenir à des considérations juridiques pour trancher des conflits entre normes constitutionnelles, c'est une «fiction douteuse» [Schmitt, 1993 (1928), p. 257], selon Schmitt. La règle de la subsomption n'est d'aucun secours, s'il s'agit de confronter les dispositions constitutionnelles et d'en préférer une à l'autre: une tâche éminemment politique. Si une Haute Cour de Justice tranchait ce type de conflits, elle exercerait alors une fonction législative [cfr. Schmitt, 1931, p. 48], la règle

de la séparation des pouvoirs serait enfreinte [*Ibidem*, p. 36].

Les réflexions de Schmitt sur le rôle de la Constitution et de son «gardien» se synchronisent avec ses analyses sociopolitiques et institutionnelles de Weimar. Dans *Le Gardien de la Constitution*, notamment dans le chapitre «Die konkrete Verfassungslage der Gegenwart» («La situation constitutionnelle concrète d'aujourd'hui»), Schmitt brosse un portrait très alarmant et très orienté de l'ordre institutionnel, miné par des luttes partisans qui mettent l'unité de l'État en pièces<sup>11</sup>. Le juriste allemand rend responsable de la crise weimarienne le pluralisme politique engendré par les institutions et les pratiques. Cette évolution politique et institutionnelle rend plus nécessaire, à ses yeux, un ferment, un garant de l'unité de la Constitution.

Si dans le premier chapitre de *Le Gardien de la Constitution*<sup>12</sup>, Schmitt s'est appliqué à démontrer l'inaptitude d'un Tribunal juridictionnel (ou d'une Cour constitutionnelle) à remplir le rôle de gardien de la Constitution, la seconde section souligne davantage les mutations politiques et institutionnelles qui ont reconfiguré l'«équilibre» entre les pouvoirs, en particulier entre le législatif et l'exécutif. Dans cet écrit, Schmitt se sert de ses analyses politico-institutionnelles et notamment de celles qui concernent les mutations survenues au XX<sup>e</sup> siècle pour légitimer un rééquilibrage des pouvoirs, qui passe par l'institution du gardien de la Constitution, dévolue au Président du Reich. L'argumentation de Schmitt repose sur le présupposé selon lequel on assiste, à Weimar, à un accroissement du pouvoir de la société au détriment de l'État, ce qui se traduit par un renforcement de l'influence du Parlement sur le Gouvernement, suite à

la parlementarisation du régime, après la Première Guerre mondiale. Cette reconfiguration des pouvoirs donne lieu, selon Schmitt, à une atténuation des oppositions entre Gouvernement et Parlement. Pour le juriste allemand, ce réaménagement des pouvoirs affaiblit l'Etat – synonyme ici de Gouvernement – et l'expose à un risque accru de désordre public. Aussi, l'instauration d'une «quatrième force», en la personne du Président du Reich, devient incontournable, à son sens.

Carl Schmitt cherche, dans la théorie constitutionnelle du XIX<sup>e</sup> siècle, des éléments qui lui permettent de fonder théoriquement un «quatrième pouvoir» ou «pouvoir neutre». Contre toute attente, c'est un libéral, Benjamin Constant, qui lui sert d'inspiration, notamment par son concept de «pouvoir neutre», «intermédiaire» et «régulateur», tel qu'il apparaît dans *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1820). Il y affirme la nécessité d'une autorité désintéressée et indépendante des autres, confiée au Monarque, qui soit en mesure de restaurer l'ordre, l'équilibre, lorsque les pouvoirs s'opposent, sans conciliation possible [cfr. Constant, 1982, p. 178]. En outre, Benjamin Constant souligne, dans *Cours de politique constitutionnelle*, l'expansion du législatif, où se concentrent des pouvoirs de plus en plus importants. Une remarque à laquelle Schmitt n'a pas pu ne pas être attentif: «le vice de presque toutes les constitutions a été de ne pas créer un pouvoir neutre, mais d'avoir placé la somme d'autorité dont il doit être investi dans un des pouvoirs actifs. Quand cette somme d'autorité s'est trouvée réunie à la puissance législative, la loi, qui ne devait s'étendre que sur des objets déterminés, s'est étendue à tout; il y a eu arbitraire et tyrannie sans

bornes» [*Ibidem*, p. 179]. Le recours de Schmitt à la doctrine constantinienne lui permet de rendre à la fonction présidentielle sa signification spécifique, même en considérant les contraintes institutionnelles qui sont celles du Président du Reich, notamment l'obligation générale d'obtenir le contreseing et la responsabilité politique du Chancelier et des Ministres, élus par le Président du Reich, devant le Reichstag. Contraintes sur lesquelles Schmitt insiste lourdement afin de souligner davantage la nécessité de doter le Président du Reich d'une fonction qui lui soit particulière, non exclusivement honorifique [Schmitt, 1931, p. 135]. Selon le juriste allemand, c'est sa position d'indépendance – en fait relative – qui confère au Président du Reich sa fonction spécifique. Cette indépendance, notamment à l'égard des partis politiques, est simultanément la condition et la conséquence d'une des tâches fondamentales qui lui sont confiées, en l'occurrence la représentation de l'unité et de la totalité constitutionnelle du peuple allemand [*Ibidem*, p. 136].

Schmitt prétend fonder cette conception de la garantie de la Constitution sur une base démocratique. Au terme de son essai, *Le Gardien de la Constitution*, il revient sur les attributs qui, à son sens, font du Président du Reich un organe éminemment démocratique: il est élu par l'ensemble du peuple allemand, il peut faire barrage au Parlement par le lancement d'un référendum et il a les compétences pour le dissoudre. Son indépendance par rapport à l'ensemble de la politique partisane fait de lui un garant de la démocratie. Ceci souligne d'une autre manière la distinction qui traverse toute l'œuvre de Schmitt entre démocratie et parlementarisme. Si le principe démocratique

repose sur un présupposé d'unité et s'établit le mieux dans une relation «immédiate» entre le peuple et Président du Reich, le Parlement consacre la pluralité, la discorde et brouille la relation de commandement entre les citoyens et le Gouvernement. Chez le juriste allemand, le lieu d'accomplissement de la démocratie se situe non pas dans les arènes parlementaires, mais bien dans la relation plébiscitaire qui s'instaure entre le Président du Reich et le peuple allemand. L'expression «Appel an das Volk», dont Carl Schmitt se sert dans *Le Gardien de la Constitution*, caractérise aussi bien l'élection plébiscitaire que le référendum dont le Président du Reich prend l'initiative. Cet «appel au peuple» souligne ce rapport non médiatisé, tant valorisé par Schmitt, entre le Chef de l'État, dans sa légitimité plébiscitaire, et le peuple allemand.

*Le contrôle constitutionnel réhabilité: la riposte kelsenienne*

Dans *Qui doit être le Gardien de la Constitution?*, Kelsen défend l'idée d'un Tribunal juridictionnel, tout en démontrant les «vices» qui entachent la doctrine schmittienne du gardien de la Constitution. La réplique du juriste viennois passe dans un filtre critique les hypothèses schmittiennes qui conduisent à confier la garantie de la Constitution au Président du Reich. Il réalise, dans cet essai, une entreprise symétriquement opposée à celle de son antagoniste. En suivant la chronologie des chapitres de *Le Gardien de la Constitution*, Kelsen déconstruit l'essentiel des prémisses et des hypothèses qui jouent un rôle clef dans les développements de Schmitt. À grands traits,

les critiques kelseniennes concernent premièrement les arguments dont Schmitt se sert pour disqualifier la justice comme «gardien de la Constitution»; deuxièmement les «attaques» de Kelsen se dirigent contre les raisons que Schmitt invoque pour attribuer au Président du Reich le rôle de gardien de la Constitution; troisièmement, elles discréditent les analyses schmittiennes qui soulignent un accroissement des pouvoirs du Parlement et une confusion croissante entre Gouvernement et Parlement. Dans quels arguments Kelsen puise-t-il pour réhabiliter la Cour constitutionnelle comme gardien de la Constitution? Rappelons que dans *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt affirme que le contrôle de constitutionnalité ne peut pas revenir à une Cour juridictionnelle puisque cette tâche est politique par essence. Résoudre des conflits entre normes constitutionnelles relève du législateur et non d'un organe judiciaire. Par là, Schmitt récuse la «Stufentheorie» kelsenienne [cfr. Paulson, 1995, p. 255]<sup>13</sup> en raison de la différence fondamentale qui réside entre la décision judiciaire et la création de normes constitutionnelles.

Face aux objections schmittiennes, Kelsen réaffirme l'existence d'un unique ordre juridique hiérarchisé. Il s'agit donc, pour le juriste viennois, de démontrer la continuité existante entre normes constitutionnelles et décisions judiciaires, ce qu'il réalise par le recours à la décision, nécessaire à son sens dans chaque étape de l'ordre juridique hiérarchisé. Pour Kelsen, la norme inférieure, quelle qu'elle soit – législation, décision administrative, décision judiciaire – n'est jamais entièrement déterminée par une norme supérieure. Demeure toujours une indétermination, et c'est à partir de cet élément que le juriste viennois reconstitue la

continuité de l'ordre hiérarchique. Comme l'indique Stanley Paulson, «le résultat de cette conception dynamique [de la hiérarchie de l'ordre juridique] est une relativisation des différences entre création de droit et application du droit, et de ce fait, en quelque sorte, une relativisation du statut des différentes espèces de droit elles-mêmes» [cfr. Paulson, 1995, p. 256]. Ce qui permet à Kelsen d'assurer la cohérence de l'ensemble des niveaux hiérarchiques, c'est la conception selon laquelle chaque phase de la hiérarchie de l'ordre juridique comprend une dimension décisionnelle, c'est-à-dire politique: «la norme supérieure est toujours une norme d'habilitation, et de là vient le type unique de relation» [*Ibidem*, p. 255]. Dès lors, il n'y a plus de différence de nature entre les différentes phases, contrairement à la perspective schmittienne qui voit dans la législation et la décision juridique des processus radicalement différents.

Au contraire, Kelsen tente de démontrer qu'entre les décisions qui créent la législation et celles qui relèvent de la justice, il n'y a pas de différence de nature à observer, elles tranchent l'une et l'autre des conflits d'intérêts: «chaque conflit juridique est pourtant un conflit d'intérêts, respectivement de pouvoir, chaque conflit juridique est donc une controverse politique, et chaque conflit qu'il soit d'intérêts, de pouvoir ou politique, peut être résolu comme une controverse juridique» [Kelsen, 2006 (1931), p. 76]. Ainsi, les contentieux constitutionnels relèvent, pour Kelsen, de la politique juridique.

Afin de défendre la cohérence et l'unité de la hiérarchie de l'ordre juridique, Kelsen souligne le caractère politique de chacune des décisions générées par l'ordre juridique hiérarchisé. Paradoxalement,

c'est l'idée même de la décision politique qui permet à Kelsen de restaurer, contre Schmitt, la «Stufenbau» et, par là, la garantie juridictionnelle de la Constitution. Comme le suggère Kelsen, la cohérence des propositions de Schmitt doit être ici mise en question. Dans *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt défend, d'une part, la distinction entre fonctions politique et judiciaire (ou entre normes d'habilitation et directives) et affirme, d'autre part, que dans tout jugement, même celui d'un Tribunal d'instance, réside un élément décisionnel, non déductible de la norme supérieure. C'est le sens même de son décisionnisme [Schmitt, 1931, pp. 45-46]. Si tous les degrés de la hiérarchie juridique impliquent une décision (politique), alors on ne peut pas refuser d'attribuer à une Cour constitutionnelle la garantie de la Constitution, sous prétexte que c'est une tâche politique. Cette contradiction nous éclaire sur les raisons des amples développements de Schmitt sur la «Stufenbau» kelsenienne. Il cherche davantage la délégitimation des cours constitutionnelles qu'à examiner la validité de la hiérarchie de l'ordre juridique. Il entrevoit dans la réfutation de la hiérarchie de l'ordre juridique un moyen de faire vaciller la juridiction constitutionnelle.

Dans «La Garantie juridictionnelle de la Constitution» (1928), publié antérieurement à *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Kelsen a déjà combattu quelques-unes des objections formulées contre la légitimité d'une Cour constitutionnelle. Dans cet écrit de 1928, à la différence de *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, le juriste viennois ne désigne pas ses contradicteurs. La première objection affrontée par Kelsen concerne l'incompatibilité d'un Tribunal constitutionnel avec la souveraineté

du Parlement. La seconde objection voit dans la Cour constitutionnelle une entorse au principe de la séparation des pouvoirs. C'est également la critique de Schmitt, pour lequel attribuer au judiciaire le rôle de gardien de la Constitution, enfreint la règle de la séparation des pouvoirs, puisque les questions relatives à la préservation de la Constitution sont de nature politique et non judiciaire. À la première critique, Kelsen rétorque que le Parlement, comme tout autre organe de l'État, est soumis à la Constitution, ce qui justifie le contrôle constitutionnel qui serait exercé sur lui [cfr. Troper, 1995, p. 171]. Pour ce qui relève de la seconde objection, Kelsen considère que, dans une démocratie, le principe de séparation des pouvoirs implique un contrôle réciproque des organes les uns sur les autres. «Et cela, non seulement pour empêcher la concentration d'un pouvoir excessif entre les mains d'un seul organe – concentration qui serait dangereuse pour la démocratie –, mais encore pour garantir la régularité du fonctionnement des différents organes. [Ainsi,] l'institution de la justice constitutionnelle n'est nullement en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, mais en est au contraire une affirmation» [Kelsen, 1928, p. 29]. En 1928, Kelsen affronte cette objection ayant trait au respect du principe de séparation des pouvoirs, en relativisant, comme il le réalisera en 1931, la différence de nature entre fonction législative et juridictionnelle: lorsqu'un Tribunal constitutionnel annule une loi, il exerce en quelque sorte une fonction législative: «un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif» [Idem]. C'est la définition même du législateur négatif<sup>14</sup>.

En 1931, le juriste viennois ne se contente pas de souligner le caractère fallacieux des arguments schmittiens contre l'institution d'un Tribunal constitutionnel, il s'en prend également à sa conception du rôle du gardien de la Constitution, attribué au Président du Reich. Il dénonce le recours par Carl Schmitt à la doctrine de Benjamin Constant pour fonder théoriquement le «pouvoir neutre» du Président. Transposer le «pouvoir neutre» du Monarque, tel qu'il est défini dans *Cours de politique constitutionnelle*, au «pouvoir préservateur» du Président du Reich de la République de Weimar, procède d'un exercice peu scrupuleux. Constant distingue un pouvoir «actif» d'un «passif»; le «pouvoir neutre» devrait être remis au second et non au premier. C'est à ce stade que la transposition devient critiquable, puisque Schmitt octroie ce rôle au Président du Reich, qui est lui-même doté d'un pouvoir exécutif, actif, très étendu et pour lequel il réclame une extension:

Lorsque Benjamin Constant affirme que le Monarque est le détenteur d'un pouvoir neutre, cette affirmation présuppose que l'exécutif est divisé en deux pouvoirs: un pouvoir passif et un pouvoir actif, et que le Monarque représente simplement le pouvoir passif. Ce n'est que comme pouvoir passif qu'il peut être «neutre». La fiction qui opère ici est évidente: présenter le pouvoir du Monarque comme uniquement «passif», alors que la Constitution lui confie la représentation de l'État à l'extérieur (en particulier la conclusion des traités internationaux, la sanction des lois, le commandement suprême sur l'armée et la flotte, la nomination des fonctionnaires et des juges, etc.) et l'opposer ainsi à l'exécutif, comme pouvoir actif, est inadmissible.

[Kelsen, 2006 (1931), pp. 69-70]

Dans *Le Gardien de la Constitution*, Carl Schmitt s'est focalisé sur la menace que représente le législatif dans l'équilibre ins-

titutionnel de la République de Weimar. Entre le XIX<sup>e</sup> et le XX<sup>e</sup> siècles, cette menace se serait déplacée de l'exécutif vers le législatif, ce dernier étant devenu hypertrophique. Une affirmation que Kelsen rejette: les attributions gouvernementales, notamment celles qui relèvent de l'article 48<sup>15</sup> de la Constitution, doivent également susciter la vigilance; elles doivent être examinées et évaluées dans leur conformité à la Constitution. Cette évaluation ne peut pas, selon le principe d'indépendance, procéder de l'exécutif [Kelsen, 2006 (1931), p. 71]. Dans la discussion relative à la garantie de la Constitution, un seul aspect, selon Kelsen, n'est pas sujet à débat: l'indépendance de celui qui est ou sera en charge de cette mission, ce qui se résume dans cette formule laconique «on ne peut pas être juge dans ses propres affaires». Cet argument lui sert, dans *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, à réhabiliter le Tribunal juridictionnel et à discréditer le Président du Reich dans le rôle de gardien de la Constitution. Au sommet de l'exécutif, celui-ci ne peut en aucun cas prétendre à une quelconque indépendance.

Par ailleurs, Schmitt ne parvient pas véritablement, selon Kelsen, à établir l'indépendance du Président du Reich, qui n'est pas supérieure à celle des fonctionnaires et des parlementaires. Pour le juriste viennois, les attributions très importantes du Chef de l'État, telles qu'elles sont entérinées par la Constitution – dissoudre le Reichstag, lancer un référendum, nommer et révoquer des fonctionnaires – n'attestent pas sa position d'indépendance politique, tout au contraire, elles font de lui non pas un «Hüter» de la Constitution, mais plutôt un «Vollzieher» de la Constitution [Kelsen, 2006 (1931), p. 112], conformément à la

tâche qui est dévolue à tout exécutif. Comme l'a finement perçu Kelsen, Schmitt tend, dans *Le Gardien de la Constitution*, à disqualifier le Parlement par rapport au Gouvernement et à faire du Président du Reich le seul organe réellement démocratique. Le juriste allemand souligne constamment la menace que représente le législatif, tout en taisant les difficultés que soulèvent les attributions du Président du Reich dans un ordre démocratique. Pour Kelsen, Schmitt surévalue nettement le rôle du Chef d'État comme dépositaire et garant de la Constitution, pour éclipser la légitimité du Parlement qui constitue également un organe démocratique, pour preuve les articles 20, 21 et 22 de la Constitution<sup>16</sup>. Si le Président du Reich est élu par l'ensemble des électeurs allemands, le Parlement l'est également. La Constitution ne confère pas au Président du Reich, comme organe démocratique, une position particulière, elle en accorde une tout aussi importante au Parlement, comme à toutes les institutions que Schmitt désigne comme étant d'essence pluraliste.

Les considérations de Schmitt relatives à l'expansion supposée du législatif, telles qu'elles apparaissent dans *Le Gardien de la Constitution*, sont rejetées par Kelsen. Le juriste autrichien les comprend, à juste titre, comme une incitation à fortifier les institutions de l'exécutif, en particulier celles du Président du Reich. En Allemagne, les attributions croissantes du Président, notamment dès 1930, témoignent d'une toute autre tendance. En outre, cette progressive dissolution des frontières entre Gouvernement et Parlement, symptomatique selon Schmitt de l'influence accrue du second sur le premier, n'est pour Kelsen vérifiée ni dans la pratique ni dans les dis-

positions constitutionnelles de la République de Weimar. Les mécanismes de contrepoids, tels qu'ils sont prévus par la Constitution attestent un dualisme très vivace. L'article 54 en constitue une illustration<sup>17</sup>. En effet, la possibilité dont dispose le Parlement de contraindre le Gouvernement du Reich à la démission est une preuve significative de la persistance de la polarité entre Gouvernement et Parlement.

### *Les socles de l'unité: sens d'une divergence*

Dans cette controverse entre Schmitt et Kelsen, la compréhension très divergente de l'unité joue un rôle déterminant. Si le juriste allemand cherche au sein de la fonction présidentielle un ferment pour l'unité du peuple et de l'Etat, le juriste autrichien n'envisage l'unité que par la soumission commune à un ordre juridique. Ce qui est problématique pour Kelsen, c'est le glissement que Schmitt opère entre le postulat de l'unité, tel qu'il prévaut dans un système politique démocratique, et la réalité sociologique d'une communauté politique. Dans la figure du Président du Reich, Schmitt ne perçoit pas qu'un symbole politique d'unité, mais également une instance qui génère *réellement* l'unité politique et qui aurait le pouvoir de résorber les conflits les plus exacerbés [Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, 2006 (1931), p. 105]. Kelsen écarte des réflexions juridiques et politiques l'ensemble des fictions et des mythologies, dont celle de l'unité politique, qui faussent les débats et les lestent inutilement d'une empreinte idéologique. Aussi la notion de volonté générale («Gesamtwille»), dont Schmitt fait usage, n'est pas un concept per-

tinent pour caractériser l'élection du Président du Reich, qui est tout au plus garantie par une majorité qui laisse subsister une minorité, par conséquent une divergence politique [*Ibidem*, pp. 105-106]. Contrairement à ce qu'exprimait Schmitt, le Président ne peut pas se prévaloir d'une légitimité plus éminente que celle qui résulte de toute élection populaire, y compris celle des parlementaires, également élus au suffrage universel.

Le différend qu'entretiennent Carl Schmitt et Hans Kelsen, relatif au gardien de la Constitution, s'explique également par leurs divergences quant à la signification donnée à la Constitution. Les sens qui lui sont conférés impliquent une compréhension radicalement différente de son «gardien». Pour Kelsen, si la Constitution sert «à fixer des limites juridiques au pouvoir», en conséquence la garantie de la Constitution suppose que ces limites ne soient pas franchies [*Ibidem*, p. 64]. Si, pour Schmitt, la Constitution a la fonction politique d'assurer l'unité politique, alors «garantir la Constitution» signifie se prémunir contre tout ce qui est de nature à menacer l'unité politique et l'ordre public. Ce n'est que par ce cheminement théorique que l'on peut faire du pluralisme un élément anticonstitutionnel, comme Kelsen l'a d'ailleurs relevé à propos de *Le Gardien de la Constitution* [*Ibidem*, p. 96].

Les systèmes kelsenien et schmittien s'érigent l'un et l'autre sur un équilibre, mais dont les points d'ancrage s'arriment à des endroits très différents. Pour Hans Kelsen, la Constitution «est un principe où s'exprime *juridiquement* l'équilibre des forces politiques [...], c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des

organes étatiques, - tribunaux et autorités administratives» [Kelsen, 1928, p. 8, nous soulignons]. En revanche, pour Schmitt, le principe d'équilibre ne provient pas du juridique, mais du Président du Reich, qui forme le point d'Archimède de l'ordre et de la sûreté publics. Si pour Kelsen, l'équilibre est pensé dans les termes de la *normalité*, pour Schmitt, cette stabilité ne peut être envisagée sans la prise en considération du désordre possible et de sa réponse politique: la proclamation de l'état d'exception.

#### *Note conclusive*

Sur le plan de l'argumentation, comment évaluer cette dispute entre ces deux juristes, quel regard contemporain poser sur cet affrontement doctrinal quant au gardien de la Constitution? Si l'on peut rejoindre Kelsen dans plusieurs des critiques adressées à Schmitt, d'abord sur le plan de la consistance de l'argumentation, la question que soulève le juriste allemand, celle de la place de la Présidence au sein d'un régime démocratique ne doit pas être négligée. La réflexion que le juriste viennois mène sur une position politique – incarnée par le Président du Reich – indépendante à l'égard du système partisan, dans l'État de partis qu'est devenue la République de Weimar, mérite une attention. À l'instar de Max Weber<sup>18</sup>, Carl Schmitt pense la question d'une figure «rassembleuse» qui passe outre les différentes allégeances partisans et qui s'assure une assise solide, notamment par l'élection plébiscitaire. Toutefois, si Schmitt, à la suite de Weber, est en droit de poser la question des attributs qui doivent être ceux du sommet de l'exécutif dans une République

démocratique et un État de partis, il a, à notre sens, tort de mêler cette réflexion à celle du gardien de la Constitution. Réhabiliter le Président comme organe essentiel à l'équilibre des pouvoirs ne se réalise pas nécessairement en délégitimant une Cour constitutionnelle.

Schmitt lie maladroitement ces deux problématiques, pour signifier que la position politiquement «prééminente» du Président du Reich ne peut pas se concilier avec une garantie de la Constitution confiée à un Tribunal juridictionnel. À mettre en rivalité ces deux organes (le Président du Reich et la Cour constitutionnelle), Schmitt décrédibilise son argumentation. En effet, il ne parvient pas à démontrer que le Président du Reich représente un organe plus indépendant qu'une Cour constitutionnelle, il ne réussit pas à prouver que le Président du Reich est un organe plus démocratique que les pouvoirs judiciaire et législatif, ni à établir que le pouvoir judiciaire, plus particulièrement une Cour constitutionnelle, n'est et ne doit pas être politique dans ses décisions. Son projet doctrinal de refondre le concept de gardien de la Constitution et de dessaisir la justice de cette fonction, se réalise au prix de démonstrations inaccomplies et de références doctrinales inappropriées, à titre d'exemple le concept de «pouvoir neutre» de Benjamin Constant, non transposable à la fonction présidentielle à Weimar.

Cette controverse juridico-politique sur la garantie de la Constitution, si elle est historiquement située, parvient à se hisser à une réflexion générale sur l'équilibre des pouvoirs et les mécanismes de contrôle qui s'exercent en démocratie, c'est d'ailleurs ce qui lui confère son intérêt. Toutefois, au sein de ce débat de haute tenue, on peut

regretter qu'aucun des deux juristes ne prenne au sérieux la question de son adversaire, celle de la conformité des actes étatiques à la Constitution chez Hans Kelsen et celle du sens et de la place de la Présidence en République chez Carl Schmitt.

### Choix bibliographique

- Baume (Sandrine), «Entre 'État total' et 'totalitarisme', une filiation controversée. La pensée politique de Carl Schmitt en discussion», in «Giornale di storia costituzionale», n. 7, 2004, pp. 191-201.
- Béguin (Jean-Claude), *Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982.
- Capitant (René), *Sur l'Allemagne d'Avant-guerre (1932)*, in *Écrits constitutionnels*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1982, pp. 435-444.
- Constant (Benjamin), *Cours de politique constitutionnelle (1818-1820)*, Genève-Paris, Slatkine, 1982.
- Favoreu (Louis), *Les Cours constitutionnelles*, 2e éd (Que-Sais-je? 2293), Paris, PUF, 1992.
- *La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle*, in Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche (1928)*, Paris, Economica, 1986, pp. 367-383.
- Jouanjan (Olivier), «Éléments d'histoire constitutionnelle de l'Allemagne moderne (1800-1945)», in *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 395-404.
- Kelsen (Hans), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925.
- *La Garantie juridictionnelle de la Constitution*, «La Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger», 1928, pp. 1-61.
- *La Démocratie; sa nature, sa valeur (1929)*, Paris, Economica, 1988.
- *Qui doit être le gardien de la Constitution? (1931)*, Paris, Michel Houdiard, 2006.
- *La théorie pure du droit (1934)*, Paris, Dalloz, 1989 (traduit de la 2<sup>e</sup> édition de *Reine Rechtslehre*, 1961).
- *Théorie générale du droit et de l'État (1945)*, suivi de *La Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique (1928)*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1997.
- Le Divellec (Armel), *Les Prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945*, in D. Chagnollaud, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 103-140.

- Mommsen (Wolfgang), *Max Weber et la politique allemande (1890-1920) (1959)*, Paris, PUF, 1985.
- Pasquino (Pasquale), *Gardien de la constitution ou justice constitutionnelle. C. Schmitt et H. Kelsen?*, in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'Invention de la Constitution*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1994, pp. 141-152.
- Paulson (Stanley L.), *Arguments 'conceptuels' de Schmitt à l'encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen. Un aspect de l'affrontement entre Schmitt et Kelsen sur le 'gardien de la constitution'*, in C.-M. Herrera (dir.), *Le Droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 243-259.
- Pfersmann (Otto), *Hierarchie des normes*, in S. Rials, Denis Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, pp. 779-783.
- Schmitt (Carl), *Reichspräsident und Weimarer-Präsident (1925)*, in *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.
- *Der bürgerliche Rechtsstaat (1928)*, in *Staat, Grossraum, Nomos*, cit., pp. 44-54.
- *Théorie de la Constitution (1928)*, Paris, PUF, 1993.
- *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, in O. Schreiber (dir.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, vol. 1, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1929, pp. 154-178.
- *Éthique de l'État et État pluraliste (1930)*, in *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988, pp. 131-149.
- *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1931.
- *Les Trois types de pensée juridique (1934)*, Paris, PUF, 1995.
- *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991.
- Thoma (Richard), *Die Staatsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches*, in O. Schreiber (dir.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, vol. 1, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, pp. 179-200.
- Tichelen van (Joseph), *Le Président de la République et le problème de l'État*, Paris, Alcan, 1939.
- Troper (Michel), *Sur la théorie juridique de l'État*, «Le Débat», N° 74, mars-avril 1992, pp. 81-93.
- *Kelsen et le contrôle de constitutionnalité*, in C.-M. Herrera (dir.), *Le Droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 157-182.
- Weber (Max), *Le Président du Reich*, in *Œuvres politiques (1895-1919)*, Paris, Albin Michel, 2004, pp. 503-507.
- Weyr (François), *La 'Stufentheorie' de la théorie pure du droit vue par un Français (1934)*, «Revue internationale de la théorie du droit», année VIII, 1966, pp. 235-242.

<sup>1</sup> Cet article reprend une partie de nos développements qui figurent en introduction de l'édition de Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Paris, Michel Houdiard, 2006.

<sup>2</sup> Dorénavant, ce titre apparaît en langue française dans le corps du texte, bien qu'il n'existe aucune édition traduite. Pour les autres titres, lorsqu'ils ne sont pas traduits en français, ils sont en langue originale dans notre texte.

<sup>3</sup> En 1934, Schmitt souligne cette incompatibilité entre le légalisme et l'émergence d'un véritable gardien de la Constitution. Dans un «ordre» normativiste, tous les organes étatiques sont mis en situation d'égalité, donc de concurrence [cfr. Schmitt, 1995 (1934), p. 78]

<sup>4</sup> Le modèle européen de juridiction constitutionnelle, dont la paternité peut être attribuée à Kelsen, est traditionnellement opposé au modèle américain où la «justice constitutionnelle est confiée à l'ensemble de l'appareil judiciaire et [...] ne se distingue pas en fait de la justice ordinaire dans la mesure où les litiges, quelle que soit leur nature, sont jugés par les mêmes tribunaux et sensiblement dans les mêmes conditions» [Favoreu, 1992, p. 5].

<sup>5</sup> Comme le rappelle Carl Schmitt, Richard Grau évoque en considérant Weimar une «pluralité de gardiens de la Constitution se concurrençant et sous certaines conditions se contredisant» [cfr. Schmitt, 1931, p. 4; Schmitt, 1929, p. 155].

<sup>6</sup> «Il faut noter que divers projets pour établir une véritable Cour de Justice constitutionnelle ont été élaborés par les publicistes. Après celui de Triepel en 1924, celui d'Anschütz présenté au 36<sup>e</sup> Congrès des juristes allemands en 1926, proposait que le Staatsgerichtshof soit doté d'un nouveau statut pour assurer notamment un contrôle juridictionnel de la con-

stitutionnalité des lois. Le droit de saisine aurait été accordé à un tiers des membres du Reichstag ou du Reichsrat. Un projet de loi fut d'ailleurs déposé en décembre 1926 au Reichstag. Élaboré à partir des conclusions du 36<sup>e</sup> Congrès des Juristes allemands par le Ministère de l'Intérieur, il ne dépassa pas le stade des travaux en commission» [Beguïn, 1982, p. 20].

<sup>7</sup> Au terme des délibérations de l'Assemblée, les propositions de la gauche tendant à évincer ou à affaiblir la Présidence sont balayées. Entre l'extrême-gauche et l'extrême-droite, ce sont les partis moyens: social-démocrates, démocrates, centre, qui vont réellement rédiger la Constitution, y verser leur compréhension commune et le résultat de leurs compromis quant aux contours à donner à la figure présidentielle. C'est la conception du Président fort mais compatible avec un régime parlementaire qui va l'emporter. Le Président du Reich et le Reichstag devaient être dotés de pouvoirs équivalents, censés se contrebalancer [cfr. Tichelen van, 1939, notamment pp. 83-85].

<sup>8</sup> Les compétences de la Haute Cour de Justice sont examinées par Schmitt, 1929, notamment pp. 159-160.

<sup>9</sup> C'est un argument avec lequel Kelsen s'accordera, bien que Schmitt laisse entendre que cette compréhension réductrice de la juridiction constitutionnelle soit celle du juriste viennois.

<sup>10</sup> «On peut bien sûr dire que le législateur édicte une loi 'sur la base' d'une norme constitutionnelle, tout comme le juge rend sa décision 'sur la base' d'une disposition législative. Cependant, cela 'constitue un usage impropre de la langue'. En effet, continue Schmitt, en faisant appel à une disposition constitutionnelle, on se réfère à des compétences et à des 'habilitations'; dans ce cas, il n'est pas

possible de dériver un contenu quelconque de l'acte étatique concret», [Cfr. Paulson, 1995, p. 250]. Paulson se réfère à Carl Schmitt, 1931, p. 38, n. 2].

<sup>11</sup> Cette appréhension face à la prolifération des organisations partissanes s'illustre très bien par cette citation: «Quand le 'Dieu terrestre' chute de son trône et que le règne de la raison et de la vie morale objectives devient un *magnum latrocinium*, les partis mettent en pièces le puissant Léviathan et chacun se découpe sa part de viande dans son cadavre» [Schmitt, 1988 (1930), p. 132].

<sup>12</sup> Ce premier chapitre s'intitule «Die Justiz als Hüter der Verfassung» (La Justice comme gardien de la Constitution).

<sup>13</sup> Le conflit entre deux normes constitutionnelles ne peut pas être résolu par le recours à un ordre juridique hiérarchisé, ce qui, selon Schmitt, met en difficulté la «Stufenbau» kelsenienne [cfr. Schmitt, 1931, p. 44].

<sup>14</sup> «Si compétence est donnée à un 'tribunal' d'annuler une loi, alors il est doté du pouvoir d'établir une norme générale, car l'annulation d'une loi a le même caractère général que l'édition d'une loi. L'annulation est donc identique à la création, mais avec un signe négatif. Ainsi, l'annulation de lois est la fonction législative même, et un tribunal annulant une loi est un organe doté d'un pouvoir législatif», [Kelsen, 2006 (1931), pp. 127-128, n. 11].

<sup>15</sup> L'article 48 de la Constitution de Weimar prévoit notamment que «le Président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre publics sont gravement troublés ou compromis dans le Reich allemand, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement». Les articles de la Constitution de Weimar, traduits par René Brunet, sont repris dans l'annexe de Schmitt, 1993 (1928), pp. 547-563.

<sup>16</sup> Article 20: «Le Reichstag est

## Baume

formé des députés du peuple allemand»; Article 21: «Les députés sont représentants du peuple entier. Ils ne relèvent que de leur conscience et ne sont liés par aucun mandat»; Article 22: «Les députés sont choisis au suffrage universel, égal, direct et secret par les hommes et les femmes âgés de plus de 20 ans, sur la base de la représentation proportionnelle [...]».

<sup>17</sup> Article 54 de la Constitution: «Le Chancelier du Reich et les Ministres du Reich doivent, pour l'accomplissement de leurs fonctions, jouir de la confiance du Reichstag. Chacun doit démissionner si le Reichstag lui retire sa confiance par un vote exprès».

<sup>18</sup> Weber, «Der Reichspräsident», *Berliner Börsenzeitung*, 25 février 1919.