UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2013

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La signification de la doctrine juridique de Carl Schmitt aujourd'hui

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. La signification de la doctrine juridique de Carl Schmitt aujourd'hui. In: Aquilon, 2013, n° 10, p. 31–36.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44835

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

LE JURISTE

La signification de la doctrine juridique de Carl Schmitt aujourd'hui

Le point de vue d'un internationaliste

Robert Kolb

Tout droit se meut entre les pôles nourriciers du décisionisme, du positivisme et du jusnaturalisme : c'est-à-dire du droit considéré comme ressortissant à la décision d'un puissant ou d'un pouvoir ; du droit pris comme corps de normes édicté selon les formes prévues à cet effet et étant approché par les techniques juridiques de l'exégèse pensées comme autosuffisantes ; ou du droit appréhendé comme corps aéré de normes, de réalités et de valeurs, dont le but est de servir la justice, si bien que des critères idéaux doivent (aussi) présider à son adoption, à son interprétation et à son application. Dès l'Antiquité, la volonté du souverain était une source du droit. L'adage *quod principi placuit, legis habet vigorem* en témoigne (Digeste, 1, 4, 1, Ulpien). En même temps, il se développa l'art des légistes, qui est d'interpréter et d'appliquer les textes de droit positif. Ce mouvement arrivera à son apogée après les codifications modernes de droit privé et l'Etat de droit en droit public. Le droit naturel est une idée encore plus ancienne. Elle cherche à définir les conditions premières en vertu desquelles le droit créé pourra être juste. Pour cela, elle se fonde entre autres sur la morale et l'anthropologie. Elle dirige ainsi en premier lieu l'action du législateur.

I – La doctrine de Carl Schmitt

Carl Schmitt tenta de réaliser une nouvelle synthèse entre ces forces, tout en restant assez fortement ancré dans le pôle décisioniste : l'essentiel est que le pouvoir souverain décide, non pas comment il décide, affirme-t-il souvent[1]. La paix sociale est assurée par le fait de la décision, alors que sur la justice du contenu de celle-ci les discussions peuvent être interminables et les préférences de chacun différer. D'un autre côté, Schmitt fit partie de la mouvance sociologique du droit. Il essaya de rapprocher le phénomène juridique de la réalité historique et politique sous-jacente. Le droit devient une sorte de superstructure de la réalité. Tant dans le décisionisme que dans le sociologisme, Schmitt fut l'apôtre d'un certain réalisme. Il se situe par cela aux antipodes d'un certain formalisme juridique, qui détache la technique juridique des réalités (notamment le normativisme juridique de l'Ecole de Vienne, H. Kelsen), et aussi de la mouvance de droit naturel, cherchant à féconder le droit par des facteurs idéaux. Dans le triptyque[2] du droit comme valeur (jusnaturalisme), comme validité (formalisme kelsénien) ou comme effectivité (réalisme juridique), Schmitt ressortit clairement à la dernière catégorie.

La doctrine de Schmitt, considérée à vol d'oiseau, se présente comme **inspirée d'une approche faisant levier sur des « ordonnancements concrets »** (*konkretes Raum- und Ordnungsdenken*). Elle s'inspire par ailleurs de la théorie des institutions sociales de Maurice Hauriou (*Théorie de l'institution et de la fondation*), tout en lui donnant un vêtement et des prolongements nettement distincts. Dans son écrit fondamental « Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens » de 1934, espèce de testament de sa pensée juridique, Schmitt soumet à une critique cinglante le positivisme juridique ambiant. Il s'insurge en particulier contre l'affirmation du positivisme d'être capable de traiter tout phénomène juridique de manière axiologiquement et idéologiquement neutre, en recourant seulement à des techniques de déduction et d'interprétation de la loi. D'où aussi son obsession de « démasquer » les mythes, de regarder derrière les façades, de combattre les fictions, et d'au contraire appréhender les intérêts cachés, mais réels, en lice dans le rapport juridique. La critique du jusnaturalisme se comprend aisément, car elle ressortit au même souci : derrière les facteurs idéaux abstraits se cachent des intérêts concrets ; c'est vers eux qu'il convient de se tourner pour appréhender le phénomène juridique. En tant que pourfendeur du pouvoir et de la décision comme fait de souveraineté ultime, Schmitt ne pouvait en effet que s'opposer à des concepts métaphysiques, tels que la justice, l'équité, la personnalité juridique, la paix, etc. Ces concepts n'ont pas de réalité propre : ils ne signifient rien en dehors d'un contexte politique où ils seront embrigadés par des personnes particulières pour des causes concrètes.

L'idée de base que développe Schmitt en réaction à ces deux doctrines qu'il rejette est que **toute norme juridique** ne reçoit sa **valeur** et sa valence réelle et concrète que dans le contexte d'un **ordre social préexistant**, dont l'essence est d'être lié à un **enracinement territorial**[3]. C'est dans ce contexte qu'elle réalise des valeurs très si-

-tuées, voulues par la décision de puissance ayant posé la norme comme ordre des choses concret. L'ordre de la terre, le lien entre cet ordre fixent le droit et donnent à ses normes des significations à chaque fois particulières. Le principe de la non-intervention, par exemple, ne signifie pas la même chose au sein de la S.d.N. que dans les Amériques (doctrine de Monroe) ou en Afrique (partage colonial) ou en Chine (porte ouverte au commerce). Il ne signifie pas la même chose au 19ème siècle, avec le Concert des Puissances et à l'époque de la SdN.

L'essentiel est que la valeur juridique exacte de cette règle (la non-intervention) ne pourra être jugée qu'en fonction de ces faits politiques sous-jacents. Ces faits impriment au droit sa valeur réelle. Il faut donc regarder derrière le principe de « non-intervention » pour voir ce qu'il peut signifier dans les mailles de situations concrètes dans lesquelles il est utilisé. A la limite, le principe n'existe pas dans son abstraction ; il n'est, sur ce plan, qu'un leurre. Au contraire, il prend forme et figure dans des contextes concrets, dans lesquels il assigne une signification particulière à une série d'autres normes. Il s'ensuit aussi de ce qui précède que le droit n'a essentiellement qu'une fonction conservatrice : il a pour mission de protéger et de garantir ces ordres des choses donnés (en ce sens, il constitue une *institutionnelle Garantie*). Il est connu que Schmitt considéra l'ordre nouveau en Europe, dominé par le national-socialisme, avec son principe de décision du *Führer*, comme un ordonnancement concret très puissant, auquel il s'affilia sans réserve.

Enfin, comme **le pouvoir est un facteur réel décisif**, et non pas la formulation de la norme, car le pouvoir peut interpréter la norme comme il l'entend (autrement dit le « qui » est plus important que le « quoi » ou le « comment »), il s'ensuit que devient décisif un facteur sur lequel Schmitt ne manque jamais de mettre l'accent : *quis judicabit* ? qui décidera ? Tous les conflits réels ou d'interprétation sont décidés par ceux qui détiennent le pouvoir. Le pouvoir est donc le fait capital : celui qui détient le pouvoir ultime et réel de décider est souverain ; il est le « chef » du droit. La validité de la norme ne découle pas d'une valeur ou d'un présupposé formaliste (la norme hypothétique fondamentale de Kelsen) ; elle est fonction directe du pouvoir ; et ce pouvoir découle de la puissance.

Du point de vue du **droit international public**, qui fut l'une des branches de prédilection de C. Schmitt, il faut noter **deux théories particulières**. Elles donnèrent leur cachet à ses doctrines.

En premier lieu, **la théorie du *Grossraum*.** C'est cette théorie particulière[4] qui a valu à Schmitt d'être considéré comme un allié des chars allemands se frayant un chemin vers le *Lebensraum* de l'Est. Schmitt revient ici à son obsession de l'espace : à un droit d'inspiration universaliste et non enraciné dans un espace concret (donc sans signification réelle), il oppose un ordre international fondé sur la coexistence de plusieurs grands espaces politiques, dominés chacun par une puissance hégémonique[5]. L'hémisphère occidental est placé sous l'hégémonie des Etats-Unis à travers la doctrine de Monroe ; un *Grossraum* européen doit lui faire face sous l'égide de l'Empire allemand. L'idée de base est que la puissance dominante fait irradier sa constitution dans un grand espace politique en constituant ainsi un ordre juridico-politique située, concret et réel. De là on comprend aussi la polémique constante de Schmitt contre « Genève » (la Société des Nations). Celle-ci n'était porteuse que d'un ordre dégénéré, sous-tendu subrepticement par des intérêts anglais pudiquement masqués derrières de lénitives façades universalistes, à la fois creuses et fictives. **L'ordre de la Société des Nations n'était enraciné nulle part ; il flottait dans l'apesanteur ;** il n'était greffé sur aucun territoire apte à lui donner des traits concrets. Dès lors, la Société n'apparaissait à Schmitt que comme un instrument insidieux pour poursuivre une certaine politique d'intérêts.

En second lieu, **la *guerre-duel*.** Un thème récurrent chez Schmitt est l'importance de la guerre dans la constitution du droit international. Cela découle sans doute de sa conception à rebours, à savoir que l'état d'exception constitue la vraie colonne vertébrale d'un ordre juridique. Or, selon Schmitt deux concepts de guerre s'opposent : (1) la guerre limitée issue du *jus publicum europaeum* moderne, où chaque Etat souverain décide de lui-même des causes justes de sa guerre et est reconnu par tous ses pairs comme belligérant légitime dans un duel avec l'autre belligérant, les deux Léviathans en lice limitant leurs hostilités par des règles de conduite et des tempéraments de guerre ; et (2) la guerre totale, issue de la criminalisation de la guerre consécutive aux efforts de la mettre hors la loi[6], certains belligérants[7] décidant que leur cause est bonne et que celle de leurs ennemis relève d'une d'agression. Cet état des choses amènerait une guerre sans merci et sans limites, car il s'agira d'éliminer un criminel, de réduire à quia un gangster, de punir un apostate hérétique.

Schmitt revient très souvent sur ce thème obsessionnel. Il forme déjà la trame de la *Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, mais se retrouve peu ou prou dans tous ses écrits[8]. Une certaine réverbération de cette théorie se trouve encore de nos jours dans le grand principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre (dans un conflit armé international) et dans le principe connexe de la séparation du *jus ad bellum* et du *jus in bello* (c'est-à-dire : les règles sur la conduite des hostilités et sur la protection des personnes lors d'un conflit armé, le *jus in bello*, doivent être appliquées dans tous les cas également par les parties au conflit armé interétatique, de quel côté que se situent les justifications de guerre légales et les mobiles de guerre illégaux, le *jus ad bellum ;* en d'autres termes encore, par exemple, il

n'est pas possible de discriminer l'adversaire par rapport aux règles du *jus in bello*, en lui déniant certaines protections, parce qu'il est l'agresseur suivant les règles protégeant le maintien de la paix, le *jus ad bellum*).

II – Que reste-t-il de Carl Schmitt ?

Ce serait trop dire que la doctrine de C. Schmitt soit encore centrale de nos jours. Schmitt a été trop mêlé au national-socialisme pour que sa pensée puisse jouir d'une réelle sympathie dans de larges cercles de juristes ou de politologues. Encore de nos jours, en Allemagne comme ailleurs, toute une série de juristes refusent de tenir dans la main un livre de Schmitt et regrettent que d'autres s'occupent de traduire ou de commenter sa pensée. D'autres estiment au contraire puissante et novatrice cette pensée, qu'ils séparent du contexte dans laquelle Schmitt l'inséra et l'adultéra. En tout état de cause, les études sur Schmitt se sont multipliées ces dernières années. Le fait que ce numéro de la présente revue s'en occupe s'inscrit certainement dans cette lignée. En somme, il est possible de dire que **Schmitt est populaire mais haï** ; qu'il revient à la mode sous des grincements ; qu'il fascine et qu'il répugne. Il y a là tout un reflet de sa personnalité si humaine dans ses profondes ambivalences, dans le meilleur et le pire, dans le clair et l'obscur.

Ce qui reste de nos jours fondamentalement de la pensée schmittienne nous paraît être **son orientation à la pensée sociologique**. On sait que le mouvement qui cherche à lier le droit aux réalités sociales prit son essor au début du 20ème siècle comme réaction à un jusnaturalisme desséché (rétracté largement à l'égalise catholique et à son agenda conservateur) et à un positivisme sans ambitus, réduisant le droit à un exercice de formalisme abstrait, complètement coupé des réalités de sociétés qui étaient en pleine mutation et s'imprégnaient d'une politisation de plus en plus poussée. Ce mouvement sociologique apporta une attention studieuse au lien entre le droit et la réalité qui l'entoure et le sous-tend, c'est-à-dire qui préside à son interprétation et à sa création. Schmitt est loin d'être seul dans ce mouvement ; mais il y prit part et il hérite aujourd'hui du crédit que cette Ecole de pensée s'est mérité. Certes, nous sommes loin de nos jours de la naïveté de certains auteurs du début du 20ème siècle. Quand ceux-ci pensaient pouvoir se borner à indiquer que le droit était sécrété par la société comme un corps fini, nous savons que le droit doit être pétri par un législateur. Celui-ci doit opérer des choix et réglementer le détail ; il sera par la suite nécessaire d'approcher le corps juridique par des instruments de technique juridique pour en assurer l'explication et l'application. Quoi qu'il en soit, l'idée du lien entre le droit et la réalité – qu'il est possible d'analyser sous les angles les plus divers – est une idée féconde. Elle n'est pas propre au 20ème siècle, mais celui-ci la développa et l'étoffa à un point inconnu auparavant.

AQUILON

Revue en ligne de l'Association des internationalistes

Sommaire

La Bande à Eole

- Editorial du Président

Le Vent en poupe

- Le 10è anniversaire de la revue *Questions Internationales*

REGARDS SUR CARL SCHMITT

I – LE GEOPOLITICIEN
- Carl Schmitt et les « grands espaces », dans le contexte du IIIè Reich. Georges-Henri Soutou
- Le « grand espace » : Problèmes d'une idée schmittienne inactuelle. David Cumin
- Carl Schmitt contre l'idée d'Etat mondial. Frédéric Ramel
- II– LE JURISTE : La signification de la doctrine juridique de Carl Schmitt aujourd'hui.
- Le point de vue d'un internationaliste. Robert Kolb
- Le point de vue d'une constitutionnaliste. Maya Hertig Randall
- A propos du côté sombre de la Cour pénale internationale : revenir à Carl Schmitt ? Julian Fernandez
- III– LE POLITISTE
- Carl Schmitt, une réception controversée dans l'Allemagne d'aujourd'hui. Jochen Hoock
- Carl Schmitt et les secrets d'Etat. Céline Jouin
- Ami, ennemi : Le politique selon Carl Schmitt Formule simple, idée fausse. Serge Sur

Nesenbächer

- La crise malienne en douze citations. L'art de conjuguer passé, présent, futur. Guillaume Berlat

Harmattan

- L'image des services de renseignement et de sécurité : Royaume-Uni, Allemagne, Belgique. Coline Ferro
- Les relations transatlantiques dans le cadre de la PESD. Samir Battiss
- L'AIEA et la non prolifération des armes nucléaires. Sonia Dobrysz

Le Zéphyr

Association des Internationalistes