

Leçon 6

Contre Schmitt, contre Kelsen :

Hermann Heller

1. Weimar

La République de Weimar fut tout entière placée sous le signe de la « crise » (*Pauly*). La crise fut plurielle : politique, sociale, culturelle et, évidemment économique. De sorte que Weimar se présente comme une espèce de bouquet de crises ramifiées, se touchant et se conditionnant, au moins partiellement, les unes les autres. Il a manqué à Weimar la puissance d'un mythe fondateur qui puisse l'unifier autour de valeurs partagées (*Peuckert*) : non seulement la première république allemande est née d'une défaite qui semblait inacceptable et, surtout, incompréhensible, mais elle commence dans la répression des « Révolutions de Novembre », une répression menée par un gouvernement social-démocrate. Au début de Weimar fut la destruction : celle de l'ancien monde impérial, celle des espoirs d'une révolution sociale. Les seuls mythes actifs étaient destructeurs.

Cette crise ne pouvait pas ne pas se refléter dans la doctrine du droit public. Celle-ci fut donc profondément troublée. En même temps, les âpres discussions qui agitèrent cette doctrine à partir de la moitié des années 1920 mettent à jour les problèmes fondamentaux d'une dogmatique constitutionnelle de la république démocratique en général. La crise provoque et convoque. Elle sépare radicalement, donne à la doctrine juridique une forme d'archipel que cette doctrine n'aime guère, préférant que le bloc des opinions donne l'image ou l'illusion de la certitude et de l'unité du droit ; elle met à mal la science « normale » et lui signifie ses contradictions et ses insuffisances sans pouvoir instituer dans la communauté une nouvelle normalité. La

crise de la science du droit public, dite « querelle des méthodes et des orientations » (*Methoden und Richtungstreit*), participe ainsi pleinement de cet ambiance weimarienne générale que Walter Benjamin appela un « caractère destructeur » (voir : *Raulet*).

Pourtant, il y a dans cette négativité de la science weimarienne du droit un aspect certainement positif : dans le combat des doctrines, dans cette intensification des « luttes pour le droit », qu'accompagne d'ailleurs une perceptible « brutalisation » (*Mosse*) des discours, même scientifiques, chacun doit choisir sa « position », l'occuper avec l'idée de pouvoir, de là, fondre sur l'adversaire et le défaire au moyen des armes qui sont à la disposition des combattants du droit, les « concepts » (*Begriffe*). *Positions et concepts*, ce n'est pas pour rien que Carl Schmitt intitule ainsi le recueil d'articles publié pour la première fois en 1940, dont le sous-titre porte : « En lutte contre Weimar – Genève – Versailles (1923-1939) » (*Schmitt 2*). Or, les concepts du droit politique « sont inintelligibles si l'on ignore qui, concrètement, est censé être atteint, combattu, contesté et réfuté au moyen de ces mots » (*Schmitt 1*). Quelles que soient les positions adoptées par les protagonistes de cette querelle, dans cet état archipélagique de la doctrine du droit public, d'un droit essentiellement *politique*, les concepts étaient effectivement des armes, de petites bombes qui devaient être placées au bon endroit pour détruire les doctrines adverses. Encore faut-il que le subversif doctrinal, à la manière de l'anarchiste radical, s'assure de la qualité explosive de son concept et donc travaille celui-ci jusqu'à se convaincre qu'il pourra mettre en danger la position adverse. D'où l'intérêt de la dispute : elle élève l'exigence de précision et de radicalité et contraint les adversaires à fourbir leurs armes conceptuelles. Les lignes de front et de démarcation deviennent plus claires et plus perceptibles. Les explosions successives clarifient les doctrines qui doivent démontrer leurs capacités de frappe et de contre-feu. On y voit plus clair, non pas malgré la crise, mais grâce à elle. C'est d'ailleurs bien ce que Heller soulignait au début de sa *Staatslehre*. La crise des sciences de l'État n'est pas en vérité un « phénomène de déclin », au contraire : « La confusion chaotique dans les débats théoriques de l'après-guerre allemand signifie sans aucun doute, si on la compare à la situation antérieure ou à celle des théories étrangères d'aujourd'hui, un stade intellectuel supérieur et, même s'il ne s'agit pas encore d'une renaissance

scientifique, elle est cependant le symptôme d'une problématique plus profondément vécue et d'une méditation méthodologique plus aiguë. » (*Heller 3*, t. 3, p. 122.)

2. Hermann Heller

Hermann Heller fut un juriste engagé. En mars 1920, en plein putsch de Kapp, alors qu'il organise avec son ami Gustav Radbruch la défense des chantiers navals de Kiel contre les putschistes, il est arrêté alors qu'il cherche des armes pour les comités ouvriers. Avec Radbruch, il est condamné à mort de la manière la plus expéditive par un tribunal martial *ad hoc* et ne doit la vie sauve qu'à l'échec rapide de la tentative de renversement de la République et à la fuite de Kapp. Or, quelques jours seulement auparavant, il avait adhéré à la SPD et obtenu son habilitation à l'Université de Kiel avec un travail portant sur *Hegel et l'idée d'État national fort en Allemagne (Hegel und der nationalen Machtstaatsgedanke in Deutschland, Heller 3*, t. 1, p. 23). Politique active et travail intellectuel furent intimement intriqués dans une vie brève et intense (pour les éléments bibliographiques : Wolfgang Schluchter dans *Müller/Staff 1* ; *Dehnhard*, p. 22 s. ; *Hererra*).

Né dans une famille juive de Silésie le 17 juillet 1891 à Teschen (Cieszyn) aujourd'hui partagée par la rivière Olza entre la Pologne et la République Tchèque, Heller est donc un enfant des marches germanophones de la Monarchie danubienne. En 1914, il s'engage volontairement dans l'armée autrichienne mais sera rapidement libéré en raison de problèmes cardiaques, ce qui lui permet de finir son cursus universitaire, commencé en 1909 et de prendre son habilitation en 1920 déjà. Sa carrière ne commence pas par l'Université, mais par la formation continue des adultes à Leipzig dont il dirige bientôt l'Université populaire nouvellement créée.

Sa carrière proprement académique commence en 1926, mais pas encore à l'Université : il est recruté à titre d'assistant de recherche à l'Institut Kaiser-Wilhelm pour le droit public comparé et le droit international public de Berlin, l'ancêtre de l'actuel Institut Max-Planck de Heidelberg, année donc durant laquelle paraît l'article ici traduit. C'est à partir de cette date qu'est rédigée la plus grande partie de son œuvre, une œuvre imposante si on la rapporte au petit nombre d'années sur laquelle elle s'étale. En 1928, il est appelé à l'Université de Berlin comme professeur

extraordinaire, c'est-à-dire non titulaire d'une chaire. Il est enfin élu comme professeur ordinaire à l'Université de Francfort-sur-le-Main à la fin 1931 à l'instigation de son collègue social-démocrate Hugo Sinzheimer et contre l'avis négatif de la commission de recrutement, un avis préparé par Carl Schmitt. Ces conditions particulières ne facilitent pas son intégration au sein de la Faculté de droit, même si l'Université dans son ensemble, créée en 1914 seulement, apparaît particulièrement libérale et démocrate dans le paysage académique allemand (qu'on pense à la célèbre « École de Francfort » qui s'y développe à la même époque).

Heller est en Angleterre le 30 janvier 1933, jour de la nomination à la chancellerie de Hitler par Hindenburg. Il ne rentrera pas. Juif et social-démocrate, il sait n'avoir aucun avenir dans l'Allemagne nazie. Il émigre en Espagne et meurt prématurément le 5 novembre 1933 à Madrid des suites des complications cardiaques contractées pendant la guerre. Il laisse inachevée sa *Théorie de l'État (Staatslehre)*, le grand ouvrage qui devait combler cette lacune dont il se lamente au début de « La crise de la théorie de l'État » : la grande crise de l'État allemand ne lui aura pas permis d'aller jusqu'au bout du travail théorique par lequel il escomptait remettre sur pied la théorie de l'État.

3. Heller et le « Coup de Prusse »

Dans le contexte de la montée en puissance des fascismes, Carl Schmitt fut l'adversaire politique principal de Hermann Heller. L'opposition culmina avec le « Coup de Prusse » (*Preußenschlag*) : par une « ordonnance de nécessité » du 20 juillet 1932 prise à l'instigation du Chancelier du Reich et futur « allié » de Hitler, Franz von Papen, le Président du *Reich* Hindenburg nomme Papen « commissaire du *Reich* » pour la Prusse et l'habilite à « relever de leurs fonctions les membres du cabinet ministériel prussien », d'une part, et « à prendre en charge lui-même les attributions du ministre-président de Prusse ». Sur la base de cette ordonnance, Papen démet aussitôt de leurs fonctions le *Minsterpräsident* de Prusse, le social-démocrate Otto Braun, puis l'ensemble des ministres prussiens.

L'ordonnance du 20 juillet était fondée sur les deux premiers alinéas du célèbre article 48 de la Constitution de Weimar : « (1) Si un *Land* ne remplit pas les devoirs

qui lui incombent en vertu de la Constitution et des lois du *Reich*, le président du *Reich* peut l'y contraindre en utilisant la force. (2) Le président du *Reich* peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis au sein du *Reich*, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement (...). » Le premier alinéa définit les conditions de l'« exécution fédérale » (*Reichsexekution*) ; le second habilite le Président du *Reich* à prendre toutes mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre et de la sécurité publics dans un *Land*. Au-delà de ses aspects formels, la décision juridique sur cette affaire supposait que l'on tranche la question de savoir qui décide du cas de nécessité et dans le cas de nécessité : en termes schmittiens, cela revenait à désigner le « souverain » (*Schmitt 3*).

La question de la constitutionnalité de l'ordonnance de nécessité fut portée devant le *Staatsgerichtshof*, la juridiction constitutionnelle de Weimar. Schmitt défendit, avec d'autres professeurs de droit public, la position du *Reich*. Heller était, quant à lui, le représentant du groupe SPD du *Landtag* prussien. Kelsen, qui ne participait pas à la procédure, fit de la décision de la Cour un commentaire dès qu'elle fut rendue (*Kelsen 2*). Les arguments juridiques, de part et d'autre, étaient la façade d'un affrontement politique radical entre Heller et Schmitt (leurs argumentaires ainsi que celui de Kelsen annotant la décision de la Cour sont analysés dans *Dyzenhaus 1* ; les débats du procès, le texte de l'ordonnance du 20 juillet et du jugement du 25 octobre sont publiés dans *Preußen contra Reich*). Depuis 1930, le *Reich* fédéral ne fonctionnait plus qu'à l'ordonnance de nécessité et la parlementarisation du régime, inscrite dans le texte de la Constitution de Weimar, était devenue lettre morte. Le *Land* le plus important de la République, celui qui y occupait une situation hégémonique était cette fois victime du même durcissement politique.

Il ne s'agit pas ici de faire l'exégèse des problèmes juridiques de l'affaire et de la solution de la Cour. Dans le jugement définitif du 25 octobre, la Cour constata d'abord que la preuve que le gouvernement prussien n'avait pas rempli ses obligations n'avait pas été apportée par le gouvernement du *Reich* pour conclure que les conditions de l'exécution fédérale n'étaient pas remplies. Elle passa ensuite à l'examen des conditions de l'alinéa 2 pour déclarer qu'elle n'avait pas à trancher la question de savoir si « la sûreté et l'ordre public » étaient « gravement troublés ou compromis », tout en reconnaissant que l'Allemagne était manifestement au bord de la guerre civile et que le Président était habilité à prendre les mesures propres à

remédier à la situation. Dans ce cas, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, celui-ci pouvait non pas seulement se limiter à confier les pouvoirs de police du *Land* au gouvernement du *Reich*, mais mettre tout l'appareil d'État de la Prusse sous le contrôle du gouvernement central. Toutefois, l'ordonnance ayant pour but de remédier à une situation provisoire, les mesures prises sur son fondement ne pouvaient elles-mêmes avoir qu'un effet provisoire. Par ailleurs, le commissaire du *Reich* ne pouvait agir qu'en tant qu'*organe du Reich* : il ne devient pas l'organe de l'État libre de Prusse. Il s'agissait donc d'une dictature « commissariale » du *Reich* en Prusse qui déléguait des compétences du *Reich* à l'égard d'un *Land* mais ne transférait pas le pouvoir d'État de ce *Land* au commissaire.

L'ordonnance fut donc déclarée partiellement inconstitutionnelle. Mais la décision de la Cour, qui semblait donner satisfaction à la Prusse en grande partie, n'avait en réalité pour conséquence que de limiter les effets de l'ordonnance en reconnaissant un droit de représentation du gouvernement de la Prusse en tant que telle – et non à travers le gouvernement du *Reich* – auprès du *Landtag*, du *Reichsrat* et des autres *Länder*. La poire était en vérité mal coupée en deux. La Prusse obtenait une sorte de compensation morale mais le *Reich* était politiquement justifié quant aux principes mêmes de l'ordonnance quelles que soient même les raisons politiques qui ont pu en vérité motiver l'ordonnance. Tout le monde était insatisfait : « un jugement contradictoire en soi et inexécutable en pratique est un coup dur pour la justice », écrivit un jeune disciple de Carl Schmitt dans un petit livre dénonçant la « politique dans les formes de la justice » et dont la base argumentative était presque mot à mot reprise du *Hüter der Verfassung (Le gardien de la Constitution)* de Schmitt (*Huber*).

S'il convient de s'arrêter sur cette affaire, c'est qu'elle voit s'affronter directement Heller à Schmitt et que, en contrepoint, l'on peut situer la position de Kelsen à l'égard de cet affrontement. À des titres divers, les trois acteurs principaux du débat constitutionnel weimarien se trouvent ici réunis. Comme le verra clairement le lecteur de « La crise de la théorie de l'État », si Schmitt est l'ennemi *politique* héréditaire de Heller, l'adversaire *théorique* principal reste cependant Kelsen. Bien sûr, l'hostilité politique se nourrit d'aspects théoriques importants, et réciproquement. Mais, l'on peut dire que, sur le plan théorique, Heller partage avec Schmitt, à tout le moins, une conception matérielle du droit qui les amènent tous deux à critiquer violemment le « formalisme » revendiqué de Kelsen, qui propose, selon Heller, une « théorie du

droit sans droit ». De même, sur le plan politique, Heller est, avec Kelsen, un social-démocrate non marxiste – au moment de son adhésion à la SPD, il signifia clairement, qu'il n'était pas un adepte du matérialisme historique ni de l'internationalisme – ce qui les rapproche relativement dans leur défense de la démocratie occidentale contre le décisionnisme autoritaire de Schmitt. De sorte que Heller, dans sa construction théorique du droit, ne peut adhérer au décisionnisme juridique de Schmitt. Parallèlement, sa défense politique de la démocratie weimarienne est plus « militante » que celle d'un Kelsen qui, au bout du compte, admet que si le peuple allemand se décide démocratiquement en faveur de la dictature, le défenseur de la démocratie n'a rien à dire (*Kelsen* 1) : pour Heller, même dans ce cas, le défenseur de la démocratie a toujours quelque chose à dire, à moins qu'on ne le fasse taire. Ces « crossing-over » des positions et concepts, entre théorie et politique, s'expliquent par le fait qu'une théorie juridique du droit public n'est jamais politiquement neutre (même de manière très sophistiquée chez Kelsen : *Jouanjan* 3) et qu'une théorie du droit, qu'elle soit formelle ou matérielle, ne peut être sans incidences politiques. Schmitt, Kelsen et Heller (le trop oublié) forment donc une sorte de figure triangulaire complexe qui fait pour ainsi dire le filigrane des discussions juridiques d'un Weimar en crise politique (par manque de place, l'on n'examinera pas ici, pour l'analyse, une autre figure importante de ce débat, celle de Rudolf Smend).

4. Heller versus Schmitt

L'on commencera par la confrontation très rude entre Schmitt et Heller (sur Schmitt et le « coup de Prusse », en français : *Beaud*, 2), une confrontation qui se concentre en sa plus précise expression dans une remarque ironique que fait Heller durant les débats du procès : « Comme y insiste toujours et à juste titre mon collègue Schmitt – sur ce point je lui donne raison – 'politique', et donc aussi politique au sens partisan, n'est jamais que l'autre ; il va de soi que nous-mêmes, nous sommes parfaitement apolitiques, objectifs et au-dessus des partis. » (*Preußen contra Reich*, p. 76.) Cette remarque est faite alors que Heller insiste à nouveau sur ce qu'il considère comme le point décisif de l'ensemble du procès, à savoir l'examen des preuves qui permettraient de démontrer que le véritable motif de l'ordonnance du 20 juillet n'était

ni le trouble à l'ordre public, ni la violation par la Prusse de ses obligations fédérales, mais le fruit d'un accord conclu entre Papen et la NSDAP. Ce faisant, il s'agit de retourner Schmitt contre lui-même.

En effet, dans sa première intervention Schmitt avait justifié le changement de pratique à l'égard de la NSDAP engagé dès le mois de juin par Papen comme une tentative pour diriger l'État de manière « indépendante et impartiale » et que, de ce point de vue prétendument neutre, il était « juste et objectif » de mettre fin à cette « égalité de traitement » avec le parti communiste, une égalité « insultante pour un mouvement avec lequel des millions d'Allemands ne se contentent pas de sympathiser, mais auquel ils ont donné leurs voix » (*Preußen contra Reich*, p. 39.)

Mais Heller repère avec une très grande acuité la contradiction même sur laquelle repose l'argument schmittien et qui, en vérité, traverse toute son œuvre, une contradiction qui est, d'ailleurs, rarement vue autant chez les « schmittiens » que chez les « anti-schmittiens », ce qui souligne la sagacité de Heller et donne au moins une bonne raison de le lire. Si tout est politique, que la neutralité affichée par l'État de droit bourgeois n'est qu'une illusion mortifère sur soi-même, si Weimar repose sur une insoutenable contradiction entre la décision politique fondamentale en faveur de la démocratie et la neutralité formelle que garantit prétendument l'État de droit, et si le politique est polarisation et conflit au moins potentiel (à des degrés variables et selon des modalités diverses) entre ami et ennemi, nul ne peut prétendre incarner le point de vue « juste et objectif » et surtout pas le Cabinet Papen qui précisément s'est engagé dans une politique non pas d'amitié mais du moins de désescalade des tensions avec la NSDAP, c'est-à-dire dans un choix politique au sens de Schmitt. Or, ce choix Schmitt le qualifie d'impartial, de « non-partisan », d'objectif et de juste, comme s'il était neutre, comme s'il pouvait échapper à la discrétionnarité politique de la « décision ». Donc : soit Schmitt est dans une contradiction interne à sa pensée, soit il nous ment.

Or, il y a bien des raisons de penser qu'on ne peut écarter simplement la première hypothèse, et c'est pour cela que le procès de 1932 est exemplaire car il permet à Schmitt de venir défendre non pas seulement le point de vue du *Reich*, mais aussi sa propre doctrine. En effet, on se trouve alors dans le « cas d'exception ». Et si, comme le répète Schmitt à l'envi, la norme suppose la situation normale, on est alors précisément dans le cas où le salut politique tout entier de l'Allemagne est remis à la

seule « décision ». On est dans le cas de la culmination du politique. Et certainement, pour Schmitt, un cas où les tribunaux et donc aussi cette cour devant laquelle il plaide devraient n'avoir rien à dire et se taire. Mais de cette tension politique maximale naîtrait, comme par enchantement, tel un *deus ex machina* un pouvoir « juste et objectif », non partisan, un pouvoir *neutre*, si l'on peut appeler ainsi un pouvoir détenant la miraculeuse capacité à déterminer de façon « juste et objective » qui est l'ennemi principal (en l'occurrence, les communistes plutôt que les nazis). Car, dit-il dans la même intervention, « seul un gouvernement indépendant peut prendre la décision sur la question de savoir si un parti est légal ou illégal ». Dans la situation de la culmination du politique et de la polarisation maximale, Schmitt nous demande de croire à la possibilité de l'indépendance de l'autorité politique, c'est-à-dire à ce que celle-ci s'élève au-dessus des partis. Or, cette rhétorique schmittienne n'est pas purement conjoncturelle. Elle est liée à la pensée centrale du cas de nécessité et à la doctrine de la souveraineté qui lui est liée : lorsque le cas de nécessité se produit, que l'existence même de la communauté politique est en jeu, le souverain apparaît qui décide sur et dans le cas de nécessité. Le souverain fait alors corps avec la communauté politique – du moins, lorsqu'il y a un ennemi intérieur tel le Parti communiste allemand, avec sa *sanior pars* – l'incarne dans son unité même, « sans aucune division du tout » pour reprendre une formule célèbre de Rousseau et s'élève ainsi au-dessus des partis et des factions : il devient l'objectivité même de la collectivité politique. Par un paradoxe apparent, parce que le souverain incarne le collectif, il devient « indépendant » et, par nécessité de la nécessité en quelque sorte, « juste et objectif ». Ce paradoxe ne s'explique que si l'on comprend que le « peuple » de Schmitt n'est qu'un mythe destiné à effacer la société réelle avec ses clivages et ses tensions et si l'on se souvient qu'en 1928 déjà, dans sa *Théorie de la constitution*, Schmitt opposait à la représentation, qui présuppose la société divisée, une politique de l'identité qui évacue précisément la division du tout et donne au mot « démocratie » la signification particulière qu'il a chez cet auteur bien avant 1933 (*Schmitt* 5, p. 342). Et l'on comprend aussi pourquoi, dans le droit fil de ce « mythe du politique » (*Zarka*), en 1934 Schmitt pourra écrire que la Nuit des longs couteaux fut une opération de justice menée par le Führer, juge suprême. La nécessité efface toute division, toute séparation et *objective et justifie* en même temps la *plenitudo potestatis* du souverain : la *légitimité* immédiate du souverain annihile une *légalité* faite pour la division des intérêts, c'est-à-dire la

conflictualité du procès normal. D'ailleurs, les débats du procès Prusse contre Reich sont largement un dialogue de sourds : peu importe à Schmitt les arguments de « légalité » dans l'affaire puisque la question se pose entièrement, à ses yeux, du point de vue de la légitimité et que celle-ci découle immédiatement de la décision du 20 juillet. C'est pour lui, en vérité un procès *impossible* puisqu'il met en scène la division de corps politique allemand alors même que la légalité ordinaire a disparu de la scène.

C'est pourquoi la remarque de Heller citée plus haut est importante : les autres interventions en défense de la Prusse s'attachent à démontrer l'illégalité de la décision d'après le strict droit positif (incompétence, violation des formes, violation des conditions de fond posées par l'art. 48). L'argument juridique « décisif » de Heller relève de ce que le juriste français appelle le « détournement de pouvoir » : l'ordonnance a été prise pour des mobiles autres que ceux qui sont légalement prescrits. Ce faisant, c'est à l'intention réelle du Cabinet Papen qu'il s'en prend et dont il demande à apporter les preuves. Or, cette intention relève de la politique partisane du nouveau Chancelier sacrifiant la Prusse à ses intérêts tactiques à l'égard d'Hitler. C'est pourquoi il lui faut démonter ironiquement l'argumentaire schmittien et la mythologie d'un gouvernement « indépendant », « juste et objectif ». Il faut *démonter la rhétorique* de Schmitt.

Dans un passage de sa *Staatslehre*, Heller écrit : « La caractéristique créateur de pouvoir du droit est également méconnue par Carl Schmitt qui, de surcroît, confond normativité et positivité en affirmant que l'unité et l'ordre reposent 'dans l'existence politique de l'État et non dans les lois, les règles ou de quelconques normativités'. Or, normativité et existentialité sont précisément pour l'État non pas des contradictions, mais des conditions réciproques. » (*Heller 3*, t. 3, p. 300). Ici, Heller démonte bien le discours schmittien du mythe de l'unité : il n'existe pas d'unité politique transcendant la norme et sans laquelle celle-ci n'aurait pas de signification ni d'effectivité possible. L'unité ne peut être pensée que *dialectiquement* : le pouvoir ne plane pas au-dessus de la norme et, réciproquement, la norme, au-dessus du pouvoir. Comme Heller le dit un peu plus bas : « Au caractère créateur de pouvoir du droit correspond le caractère créateur de droit du pouvoir. »

Au fond, Schmitt ne peut sortir de la mythologisation du politique parce qu'il ignore ou veut ignorer le donné sociologique de la vie politique. C'est pourquoi « l'avocat

influent du fascisme allemand » ne peut que rester « coincé dans un psychologisme vide ». D'où la critique sans merci de la distinction ami/ennemi comme caractéristique du politique : « Même si l'on veut voir dans la politique la continuation de la guerre, son caractère propre réside précisément dans l'utilisation d'autres moyens ; la plus grande partie de la politique consiste bien dans l'effort pour éviter le conflit ami/ennemi. » Heller est sans pitié pour Schmitt quand il ajoute que sa notion de politique débouche tout au plus sur la « trivialité selon laquelle toute vie est un combat » et que, au fond, il ne serait pas tout à fait injustifié de soumettre Schmitt à « un traitement psychanalytique » (*Heller 3*, t. 3, p. 314). Schmitt comme mythomane, en quelque sorte : difficile donc de trouver une quelconque affinité élective entre les deux hommes.

Le décisionnisme schmittien ne se comprend que dans le cadre de son mythe politique de l'unité du peuple et de l'État. « Il n'existe aucun régime ni aucune forme de gouvernement dans lesquels un commandement représenterait en soi déjà une 'valeur juridique' positive et la formule selon laquelle 'le meilleur en ce monde est un commandement' peut bien réjouir l'esthète de la puissance culturellement fatigué, mais une telle phrase est tout simplement fausse, quel que soit le type de pouvoir politique. » (*Heller 3*, t. 3, p. 331-332.) C'est le Schmitt de *Légalité et légitimité* qui est ici visé (*Schmitt 4*). Le Schmitt qui, en permanence, « sous-estime la normativité » : il « l'oppose faussement à l'existentialité, de sorte qu'il ne peut concevoir la constitution que comme 'décision' et non comme norme ». Et pourtant : « Il n'existe aucune constitution politique qui ne soit précisément comme état d'être un être normativement conformé, c'est-à-dire qui ne soit à côté d'une forme d'activité simplement normale une forme d'activité normée. » (*Heller 3*, t. 3, p. 366.) Il n'y a pas de normalité sans normativité. Il n'y a donc pas de décision souveraine au-delà et au-dessus des normes et, même si le pouvoir conditionne la norme, en retour la norme conditionne le pouvoir. Il n'y a pas de « situation normale » et de « situation d'exception » sans une norme qui permette de les distinguer et celle-ci doit jouer donc encore dans la situation d'exception. On voit ici tout l'enjeu qui donne à l'affrontement entre Schmitt et Heller lors du procès Prusse contre Reich sa densité intellectuelle et son intensité politique.

« C'est seulement par l'élément normatif qu'une situation de domination momentanée et complètement imprévisible peut être normalisée en une situation de

continuité et de prévisibilité, c'est-à-dire rapportée à une constitution durable par-delà le moment. » (*Heller 3*, t. 3, p. 368.) Autrement dit, l'ordonnance de nécessité, en cas de situation anormale, ne peut être juridiquement justifiée – « normalisée » – que par « l'élément normatif » de la Constitution elle-même qui vise à sa propre permanence. Méconnaître les conditions et les buts fixés par la Constitution aux pouvoirs d'urgence ne peut être légitimé par aucun ordre prétendument supérieur tel que l'unité du peuple ou la « Constitution positive » comme « décision fondamentale d'un peuple quant à sa forme politique » – on rappelle ici la distinction que fait Schmitt dans la *Théorie de la constitution* entre « constitution (positive) » et simple « légalité constitutionnelle » – parce que, précisément, la normalité ne précède pas la normativité constitutionnelle. Le mythe politique vient recouvrir et obscurcir chez Schmitt les raisons du droit.

En fait l'hyper-politisation (et donc mythologisation) du droit chez Carl Schmitt vient de ce qu'il ne voit les choses – le droit public – que d'*en-haut*, du côté du pouvoir. Il lui manque cette dimension *sociale* du droit. Or : « Ce qui apparaît d'en-haut comme commandement, jugement, acte juridique, apparaît d'en bas comme règle de droit. » Et : « Sans normativité, aucune décision ne saurait faire naître la normalité et, avec elle, la continuité du comportement. » (*Heller 3*, t. 3, p. 379). Sans normativité, il n'y a pas de société possible, ni de politique imaginable. Heller propose donc, contre la transcendance paradoxale et mythologique du souverain schmittien, une conception décidément immanentiste du droit public qui se joue dans les tensions dialectiques entre le juridique, le politique et le social (Ulderico Pomarici, « Hermann Hellers Souveränitätslehre als Theorie des Verhältnisses von Recht und Politik und ihre Auseinandersetzung mit Carl Schmitt », dans : *Llanque*, p. 43 et s.).

Cette même conception l'oppose théoriquement à Hans Kelsen.

5. Heller versus Kelsen

« La fonction de la norme juridique, écrit Heller, pour la continuité historique de la constitution effective est tout autant méconnue par le logicisme normatif de Kelsen que par le décisionnisme de Schmitt. » (*Heller 3*, t. 3, p. 379.) Kelsen est, sans aucun doute, l'ennemi n° 1 de Schmitt, et réciproquement. Toutefois ce qui les rapproche

malgré leur désaccord réciproque et haineux, c'est, selon Heller, leur unilatéralité, autrement dit leur incapacité à penser dialectiquement. C'est pourquoi, en tant que penseur de la médiation dialectique, Heller est probablement plus loin encore de Schmitt que Kelsen et plus loin encore de Kelsen que Schmitt. « Sous la houlette de Georg Jellinek, la théorie dominante de l'État se contente de placer à côté de la constitution comme être, la constitution juridique comme devoir-être, sans établir aucun lien scientifique entre les deux. » Schmitt situe la constitution (positive, la vraie, comme décision) dans le camp de l'être ; Kelsen l'enclot dans le camp du devoir-être. C'est une unilatéralité partagée qui, profondément, les oppose : tous deux séparent être et devoir-être et, entre les deux, prennent parti. « La théorie de l'État ne peut échapper à ces unilatéralités que si elle parvient à montrer le lien effectif à partir duquel la constitution comme être ainsi que la constitution juridique normative et la méthode du juriste dogmatique qui lui convient peuvent être expliquées et comprises. » (*Heller 3*, t. 3, p. 373.) Heller ne se situe donc pas *entre* Schmitt et Kelsen, mais *au-delà*. Il rejette avec la même force et tout à la fois le transcendantalisme politique de Schmitt et le transcendantalisme juridique de Kelsen.

On voit bien que Kelsen est au fond l'adversaire théorique principal de Heller. La théorie juridique de Schmitt se laisse en effet réfuter par la mise à jour de ses contradictions internes : son hyper-politisation la rend contradictoire en elle-même, en tant que théorie prétendument *juridique*. Celle de Kelsen, en revanche, ne succombe pas de la même manière : du point de vue interne, le logicisme normativiste se déploie avec une cohérence à toute épreuve. Le combattre suppose donc de s'en prendre à ses présupposés et la considérer d'un point de vue externe pour contester sa valeur heuristique, sa capacité à donner à connaître le « droit », son mode de construction de l'objet juridique. L'adversaire est donc beaucoup plus coriace.

De ce point de vue, la question fondamentale que pose Heller à la théorie pure du droit peut être formulée comme suit : peut-on comprendre la normativité à partir de la seule forme de la norme ? Ou bien la normativité n'est-elle pas aussi « phénoménale » et donc nécessairement « matérielle » (dans l'ordre de l'axiologie et de la téléologie) d'une part, et « sociale » (dans l'ordre du jeu de la puissance et des résistances) d'autre part ?

La décision épistémique de Heller est claire et on la voit jouer à plein contre Kelsen. Mais la critique du logicisme kelsénien traverse et instruit pratiquement l'œuvre complète de Heller. Contre le livre de Kelsen, *Le problème de la souveraineté* (Kelsen 3), Heller pose la question de ce que l'on entend par « positivité » du droit : « Qui, au bout du compte, positive le droit : la volonté vivante, individuelle et historique, ou bien la norme fondamentale ? » À cette question, Kelsen apporte une « réponse logiquement incompréhensible » : la norme fondamentale habilite l'autorité constituante et la constitution trouve sa *validité* juridique dans cette norme présumée, mais son *contenu* dans l'acte empirique de volonté de l'autorité constituante. Or, argumente Heller contre la théorie pure, comment peut-on encore comprendre la *positivité* du droit à partir d'une telle disjonction radicale entre *validité* (purement formelle) et *contenu* du droit ? « Du fait que Kelsen évacue l'individualité volitive [c'est-à-dire le « ce que » la volonté « veut » concrètement. OJ], ce n'est pas seulement le concept de souveraineté qui devient incompréhensible, c'est aussi celui de la positivité. » (Heller 3, t. 2, p. 75.) Qu'est-ce qu'un droit « positif » sans contenu ? On peut bien dire, d'un point de vue strictement abstrait, que les droits positifs, *en général*, peuvent avoir n'importe quels contenus, mais un tel point de départ ne peut fonder aucune science juridique d'un droit positif particulier, puisque sa particularité ne tient pas à sa forme – universelle – mais à son contenu – particulier. Le formalisme positiviste de Kelsen ne permet de comprendre aucun « droit positif » en sa particularité (matérielle). C'est donc que la « positivité » du droit doit, conceptuellement, contenir le moment particulier, le moment matériel du droit. C'est justement ce à *côté de quoi* passe la théorie pure. Du moins, elle passe à côté du problème, lorsqu'elle se place d'un point de vue purement théorique ; dès lors qu'elle s'approche, même trop abstraitement, des difficultés concrètes, Kelsen réintroduit par la petite porte des éléments matériels ou sociologiques qui viennent troubler la grande pyramide logique du normativisme intégral. Heller prend soin de montrer ces troubles de la théorie pure. Il y a de l'impureté dans le kelsénisme et Heller traite celle-ci comme un symptôme de son incapacité à rendre compte de la réalité, de l'effectivité des ordres juridiques « positifs ».

L'absence de ce que Heller appelle « positivité » du droit chez Kelsen (la question du « ce que » de la volonté normatrice) explique pourquoi ce dernier n'examine pas du tout l'argument évoqué plus haut de Heller, selon lequel cette ordonnance serait

inconstitutionnelle à raison du but effectivement poursuivi, à savoir non pas le rétablissement de l'ordre public, mais la désescalade des tensions avec la NSDAP. Cette absence se comprend et confirme que l'objection théorique faite par Heller au logicisme formaliste produit des conséquences pratiques quant aux modes de l'argumentation juridique. L'argument de Heller, celui du « détournement de pouvoir » suppose que le juriste tienne compte du *contenu* de la volonté individuelle qui agit à travers l'acte juridique et donc aussi du « but déterminant ». Parce que le droit « positif » de Kelsen est un droit sans « individualité volitive », l'examen juridique, *scientifique* de l'acte juridique doit se borner aux conditions normatives « formelles » de l'acte. Parmi ces conditions, il y a sans doute celles qui sont liées aux circonstances de fait, car comme le dit Kelsen dans son commentaire, « les prétendues questions de fait sont des questions de droit ». On laisse de côté ici le problème de savoir comment des questions « juridico-factuelles » sont décidables d'un point de vue strictement « formaliste ». Mais le *quod* de la volonté, cela même que, effectivement, elle veut, échappe certainement à l'analyse juridique. Or, si l'on soutient avec Heller que la positivité du droit ne peut se comprendre sans l'analyse de ce que veut l'« individualité volitive » en action, parce que cette « individualité volitive » agit dans un contexte social et politique concret, cette économie kelsénienne des moyens juridiques équivaut à une émasculatation injustifiée du juriste. D'où l'on comprend l'insistance de Heller sur les dimensions axiologique et téléologique du droit, des dimensions qui doivent être prises en compte non pas *in abstracto*, du point de vue d'un prétendu droit rationnel, mais *in concreto*, ce qui suppose que la science du droit trouve sa connexion avec l'analyse sociologique et politologique.

6. La théorie de l'État comme sociologie

On l'a dit, l'adversaire théorique principal de Heller vient de Vienne. La doctrine allemande dominante rejette presque unanimement la théorie pure du droit et elle a raison, constate Heller. « Toutefois, ajoute-t-il, avec un tel rejet, aussi justifié soit-il, on n'a encore rien fait tant que l'on ne peut opposer à la méthodologie kelsénienne une autre méthodologie, plus satisfaisante, de la théorie de l'État. » (*Staatslehre*,

Heller 3, t. 3, p. 124.) C'est à cette tâche constructive que Heller a voulu s'atteler dans sa *Staatslehre* malheureusement inachevée.

Le point de départ d'une reconstruction méthodologique de la théorie de l'État moderne – qui est aussi une théorie moderne de l'État – tient en l'affirmation de ce que celle-ci doit être comprise comme étant, fondamentalement, une « sociologie » (pour ce qui suit : *Staatslehre*, *Heller 3*, t. 3, p. 124 et s. ; voir aussi, spécialement : *Schluchter*, p. 250 et s. ; *Groh*, p. 145 et s.). En effet, après la disparition du monde médiéval et de ses représentations, « on doit s'efforcer de comprendre l'État dans son immanence ». La sortie du monde médiéval unitaire commande que soit reprise à nouveaux frais la question.

Cette sociologie est d'abord déterminée par Heller comme une « science de la culture ». « L'objet des sciences de la culture consiste en cette partie du monde physique que nous pouvons comprendre comme configuration téléologique humaine (*menschliche Zweckformung*). » Il y a culture lorsqu'il y a projet et but humains, reconnaissable à travers des événements ou choses du monde physique. La localisation de la théorie de l'État, en tant que sociologie, parmi les « sciences de la culture » a donc deux conséquences décisives : l'introduction de l'élément téléologique qui oppose sciences de la culture et sciences de la nature ; la détermination de la sociologie comme « science de la réalité » (*Wirklichkeitswissenschaft*) par opposition à la tradition allemande – chez Dilthey notamment – des sciences dites « de l'esprit ».

« La question de savoir, écrit Heller, si l'objet 'État', du point de vue des sciences de la culture, doit être conçu comme une configuration de sens non-physique, comme esprit objectif ou bien au contraire comme une forme psycho-physique de réalité, cette question est d'une importance capitale pour la théorie de l'État et du droit. De la réponse qu'on lui donne dépend le jugement quant au caractère de réalité, quant au mode d'être de l'État, la détermination du rapport entre État et droit et, dans presque toutes les prises de position particulières, ce problème s'insinue. Surtout, nous ramenons précisément à cet 'idéalisme' l'insuffisance de ces théories de l'État qui caractérisent celui-ci comme esprit, idée, idéologie, configuration de sens, ordre normatif, abstraction, fiction ou tout autre chose du même ordre et qui lui dérobent, au moyen de tous ces noms, le prédicat de la réalité. » L'affirmation de l'État comme réalité révoque les principales théories de l'État en circulation sur le marché des

idées weimariennes : l' « idéologie » vise les marxistes, la « configuration de sens », Smend et la théorie de l'État comme « science de l'esprit », l' « abstraction », Jellinek et ses disciples, la « fiction », la doctrine juridique dominante et, enfin et surtout, l' « ordre normatif », Kelsen et l'école de Vienne.

« Science de la réalité » signifie pour Heller que la sociologie en général et la sociologie de l'État en particulier ne peut se fonder sur cette représentation – qu'il voit largement à l'œuvre dans les sciences sociales allemandes de son époque – d'un « esprit objectif » séparé des conditions et des intentions concrètes de l'action des individus. Même Max Weber, qui proclame dans son essai de 1904 sur l'objectivité des sciences sociales que la sociologie est une « science de la réalité », a selon Heller « dès le départ déréalisé pour ainsi dire sa science de la réalité en la réduisant à ce qui est compréhensible, à des contenus de sens, à un esprit objectif ». Il ne s'agit pas ici de savoir si ce reproche est ou non fondé, mais d'identifier ce contre quoi Heller entend instituer sa sociologie (voir : Andreas Anter, « Hermann Heller und Max Weber. Normativität und Wirklichkeit des Staates », dans : *Llanque*, p. 119 et s.).

La conception dominante, en faisant des sciences sociales des « sciences de l'esprit (objectif) », limite l'objet de celles-ci à de simples « configurations de sens » (*Sinngeblide*). Or, si la théorie de l'État doit concevoir celui-ci comme « réalité », « il devrait être évident qu'elle ne peut simplement viser une configuration complexe de sens ou le contenu d'un sentiment qui s'exprimeraient dans l'État ni seulement les causes psychiques de l'action de l'État, mais qu'elle doit s'en tenir à la saisie de l'État comme configuration de la réalité. » Bien sûr, une théorie de l'État ne saurait d'aucune façon « renoncer à l'interprétation du sens », mais « la réalité sociale ne connaît que l'unité du sens et de l'acte ». Réduire l'État à une « configuration de sens », c'est manquer son historicité puisque une « configuration de sens » n'a, par elle-même ni en elle-même aucune histoire : c'est l'action qui explique la dimension historique de la société et donc la possibilité du changement social. La sociologie ne peut donc être simplement « compréhensive », elle doit être aussi explicative, connaissance par les causes. Son *unité* ne saurait être confondue avec l'*unilatéralité* : elle doit se fonder sur « l'unité dialectique de l'acte et de la signification ». Les théories de l'esprit objectif, au-delà de leur diversité, réintroduisent une forme de transcendance là où Heller exige une conception

purement immanentiste de l'État, ce qui est l'objectif profond de sa « science de la réalité ». Mais la théorie de l'État ne saurait se perdre dans la pure subjectivité, celle des acteurs comme celle du sujet de la connaissance. Nous sommes nous-mêmes le « sujet-objet » de ce « processus humain » qu'est l'État et c'est pourquoi, dans le concept scientifique de l'État, « les deux moments que sont l'activité humaine subjective et ses conditions objectives doivent être inséparablement liés l'un à l'autre ».

Derrière la critique épistémologique, il y a une critique politique tacite : poser un esprit objectif en surplomb de la vie sociale réelle, c'est nourrir, consciemment ou non, le conservatisme politique et social. L'une des cibles visées par Heller est certainement la « théorie de l'intégration » de Rudolf Smend : la constitution est un système de valeurs, de « configurations de sens » qui, dans la partie consacrée aux droits fondamentaux notamment, suscite l'adhésion et donc l'intégration des individus. En ce sens, la constitution est « esprit objectif » et la théorie de l'État, « science de l'esprit » (*Smend*). Mais, même aux antipodes de Smend, la théorie pure du droit, en tant qu'elle identifie État et ordre juridique et ne peut penser selon Heller le moment de l'action dès lors qu'elle sépare l'acte de volonté de ses contenus normatifs et n'est au fond qu'une variante de cette théorie de l'esprit objectif. Or, toute théorie unilatéralement « objective » de l'État tend à présenter celui-ci comme un « tiers supérieur » : mais nous, socialistes, écrit Heller, « nous ne pouvons voir dans l'État une essence et une autorité située au-dessus de la réalité sociale et indépendante de celle-ci » (« Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform », 1931, *Heller 3*, t. 2, p. 414). Il faut redonner sa place à l'acte et donc aussi à l'acteur.

Cet essai de fondation de la sociologie s'accorde pleinement aux prises de position politiques de Heller : la Constitution de Weimar n'est pas l'expression d'un esprit objectif ou d'un ordre de valeurs, elle est d'abord un cadre d'action, et un cadre démocratique, ouvert dans lequel les socialistes peuvent eux aussi agir pour affirmer leurs « significations ». C'est pourquoi, contrairement à une large frange de la gauche, Heller se fera jusqu'au bout l'ardent défenseur du système weimarien et même, « s'il le faut, les armes à la main » (« Freiheit und Form in der Reichsverfassung », 1929/1930, *Heller 3*, t. 2, p. 377.)

7. L'État, unité organisée de décision et d'action

Une théorie de l'État doit penser son objet, l'État, comme unité. Mais, de ce qui précède, il est clair qu'une telle unité ne saurait être ni l'unité mythique du « peuple » schmittien, ni l'unité du système juridique kelsénien, non plus que l'unité intégrative de sens proposée par Smend. L'unité de l'État, dans la sociologie de Heller, ne peut être qu'une « unité dans la diversité ». La diversité précède l'unité : « L'uniformité relative, naturelle ou culturelle, des habitants d'un territoire ne peut jamais, par elle-même, produire l'unité de l'État. » (Sur ce point et pour ce qui suit : *Staatslehre*, Heller 3, t. 3, p. 339-349.) Au contraire, cette unité ne peut être conçue que « comme le résultat d'actes humains conscients, de la formation consciente d'une unité, comme organisation ». L'État n'est donc pas le fruit d'une « homogénéité » préétablie (sociale, culturelle, « raciale », linguistique etc.). Il est avant tout *organisation de la puissance*. Seule cette organisation, en tant que « structure ordonnée d'action », surmonte la diversité qui le précède. L'unité n'est donc ni substantielle, ni idéale et la notion d'organisation, qui résulte de ce Heller a mis au cœur de sa théorie l'action et l'acteur, permet, ainsi d'échapper autant à la mythologie schmittienne de l'unité et à l'abstraction kelsénienne de l'État comme système de normes. Parce que l'organisation est ordonnée à l'action en permettant la collaboration des acteurs et la coordination des actes, l'État, comme système social « agi par une pluralité, mais agissant dans l'unité », doit donc être dit « unité de décision et d'action » (*Entscheidungs- und Wirkungseinheit*) (outre le passage cité de la *Staatslehre*, on se reportera à l'article *Staat* paru dans le *Handwörterbuch der Soziologie* en 1931 et qui concentre la pensée de Heller : Heller 3, t. 3, p. 5, not. p. 15 et s. Voir aussi : *Dehnhard*, p. 62 et s.).

Mais parce que l'organisation est elle-même le résultat de l'action humaine, ordonnée à l'action à venir, elle est foncièrement processus et « l'unité organisée de l'État » est « création chaque jour renouvelée » (*Staatslehre*, Heller 3, t. 3, p. 381). L'organisation est donc processus unifiant, toujours à faire, structure non pas fixe mais en procès. Cette considération est intimement liée au fait que l'État, en tant que « centre d'action » ne se décompose pas en « gouvernants » et « gouvernés » (Heller 3, t. 3, p. 342) mais, dans la Constitution démocratique, ouverte de Weimar, fait participer la société au processus politique, de sorte que l'État, en tant

qu'organisation de la puissance, est toujours en procès. La réforme y est donc autant possible que la révolution et, puisque la première est préférable, il vaut la peine de se battre pour « Weimar ».

Il reste à savoir comment doit se comprendre le « droit » à partir de cette fondation sociologique de l'État. Si l'on postule, avec Kelsen, une séparation absolue entre être et devoir-être, la théorie hellérienne de l'État ne peut d'aucune façon prendre en charge la question du droit. Toutefois, comme on l'a vu, pour Heller, la théorie pure du droit ne peut assumer le problème sinon peut-être de la *normativité*, du moins certainement celui de la *positivité* du droit. Cette incapacité vient de ce que la théorie pure détache et sépare la norme, en tant que « signification objective d'un acte de volonté », de l'acte subjectif de volonté qui la pose. Or la norme juridique n'est pas pensable sans la volonté réelle qui la veut. Mais réciproquement, le décisionnisme schmittien méconnaît complètement la question de la normativité. Le mythe politique schmittien repose sur la postulation d'une « existence politique de l'État » purement concrète et unifiée indépendamment des « lois, des règles et de quelconques normativités ». Or, réplique Heller, « normativité et existentialité ne s'opposent pas pour l'État, mais se conditionnent réciproquement » (*Heller 3*, t. 3, p. 300, avec la réf. à la *Théorie de la constitution* de Schmitt). Ainsi, les distinctions entre « décision », dans l'ordre de l'existentialité, et la norme, entre « normalité » et « normativité » sont faussées dans leur principe : la décision étatique comporte toujours le moment de la norme et réciproquement ; et si, dans une certaine mesure, la normativité suppose la normalité, celle-ci est, en retour, largement produite par l'ordre juridique d'après lequel seulement on peut distinguer entre normal et anormal, ce qui ne signifie pas que normativité et normalité se confondent purement et simplement mais qu'elles se trouvent dans une relation de tension dialectique (*Heller 3*, t. 3, p. 366 et s.). Il convient donc de renvoyer dos-à-dos la « norme sans volonté » et la « puissance de volonté sans norme » (*Robbers*, p. 50).

Il ne s'agit pas, pour Heller, de rabattre la normativité dans la réalité de l'État, ni cette dernière dans la normativité. On n'aurait rien gagné puisqu'on rétablirait d'une certaine manière la même unilatéralité qu'on dénonce chez Kelsen ou Schmitt. Il y a bien de l'écart entre norme et fait, sans lequel on ne comprendrait pas le jeu, le mouvement social et donc l'historicité des sociétés humaines. Mais cet écart est en même temps un lien de tension entre le normatif et le factuel. Discutant la question

de la « positivité » du droit, Kelsen évoque bien, lui aussi, cette « tension » entre devoir-être et être (*Kelsen* 4, p. 18), mais précisément, séparant les deux sphères, il s'interdit de la comprendre et de l'expliquer : « La tension entre être et devoir-être ne doit jamais être unilatéralement détendue, que ce soit du côté de la réalité normative ou de celui de la réalité sociale. C'est à cette condition que l'on peut correctement comprendre l'ordre normatif de la société, en ne présupposant justement pas une absence de rapports mais au contraire leur corrélation. » (*Heller* 3, t. 3, p. 291.)

La ressource méthodologique est donc de réintroduire la dialectique dans la compréhension du problème de l'État et du droit : « Toute théorie qui part de l'alternative droit ou puissance, norme ou volonté, objectivité ou subjectivité méconnaît la structure dialectique de la réalité étatique et se trouve faussée dès son point de départ. Le caractère créateur de puissance du droit nous interdit de comprendre la constitution comme la 'décision' d'une puissance libre de toute norme. Une situation de puissance factuelle ne devient une position de puissance relativement durable et, de la sorte, une constitution au sens large ou au sens strict que si et seulement si les 'décisions' des détenteurs de la puissance sont observées par au moins une partie des sujets soumis à cette puissance et, plus précisément, par la partie déterminante en fonction de la structure de cette puissance et que cette observance, à côté d'autres motifs (l'habitude, l'intérêt), résulte aussi de ce que ces sujets voient dans ces décisions des normes valides, des modèles normatifs ou des obligations. D'un autre côté, le caractère créateur de droit de la puissance doit réfuter la conception selon laquelle la constitution (sans contenu) recevrait sa validité juridique d'une norme sans puissance dont la validité serait simplement logique, quand son contenu, lui, viendrait de l'acte de volonté d'une autorité constituante (établie par la norme fondamentale). Effectivité et validité, être et devoir-être de la constitution doivent certes être distingués, mais se rapportent cependant à une même réalité constitutionnelle dans laquelle en exprimant l'un on pose toujours en même temps l'autre. » (*Heller* 3, t. 3, p. 393.)

C'est bien sur la base de cette position fondamentale que Heller se démarque à la fois de Schmitt et de Kelsen à propos de l'affaire *Prusse contre Reich* : d'une part la normalité ou l'anormalité de la situation ne peut s'apprécier que du point de vue normatif de la constitution et donc des conditions normatives de l'art. 48 et non de celui qu'adopte Schmitt de la (pure) « existence politique de l'État » ; d'autre part,

l'appréciation de la constitutionnalité de l'ordonnance de 1932 ne peut s'apprécier indépendamment des conditions politiques concrètes et donc du sens qu'il faut donner à l'acte de volonté du Président du *Reich*.

8. L'État de droit social

On ne saurait conclure sans évoquer le projet politico-constitutionnel dans lequel elle s'inscrit, à savoir la figure de l' « État de droit social » (ou, parfois, « État de droit socialiste », une expression qui ne semble pas différer sémantiquement de la première : *Groh*, p. 175).

Puisque, selon Heller, dans tout État le droit et la puissance se conditionnent mutuellement, on pourrait s'attendre à ce qu'il s'accorde avec Kelsen pour dire que tout État est un « État de droit ». Toutefois, la célèbre formule kelsénienne, qu'on trouve pour la première fois, semble-t-il dans *Das Problem der Souveränität* de 1920 et qu'on retrouvera encore dans la seconde édition de la *Reine Rechtslehre* en 1960, ne se comprend qu'à partir de la réduction logique et formelle de l'État à l'ordre juridique. Or, l'unité de la puissance et du droit dans la théorie hellérienne de l'État comme science de la réalité n'est précisément pas une identification, mais un rapport dialectique et donc une tension entre deux pôles. S'il y a du droit dans l'État, il n'y a pas que du droit et l'expression « État de droit » peut donc bien avoir un sens autre que tautologique. D'ailleurs, cette expression est un produit historique, la formule de la revendication de la bourgeoisie contre l'ordre politique et social de l'Ancien régime. Elle avait de ce fait une signification politique et sociale concrète, un contenu « matériel » et non pas seulement formel. Puisque l'histoire des idées et l'histoire sociale se conditionnent mutuellement, cette formule était aussi la réponse de la bourgeoisie à un certain état de la vie économique : le développement de la division du travail et des échanges appelait la sécurité juridique que devait garantir le « règne de la loi », cette dernière devant avoir un caractère suffisamment général. L'idée d'égalité juridique était donc inhérente à celle de la sécurité que devaient prodiguer de bonnes lois. C'est pourquoi l'idée d'État de droit possédait une dimension « éthique » objective, une dimension « matérielle » (on suit ici l'exposé de Heller au début de « *Rechtsstaat oder Diktatur ?* », 1929/1930, *Heller 2*, p. 445 et s.).

Une telle idée de l'État de droit dont l'égalité constituait le cœur matériel contenait en soi une tendance démocratique qui s'exprima lors de la Révolution de 1848. Lorsque la bourgeoisie, qui avait porté cette idée démocratique contre la société des ordres et des états, se rendit compte que cet idéal de l'État de droit la menaçait directement dans ses propriétés, elle imposa un concept formel, matériellement vide de l'État de droit : l'égalité fut interprétée comme ne signifiant plus qu'une égalité dans l'application de la loi générale ; l'égalité comme idéal de justice désertait le contenu même de la loi. Et la liberté ne « signifie plus que la sécurité économique bourgeoise » (*Europa und der Fascismus*, Heller 3, t. 2, p. 475). Puis, avec l'avènement de la République démocratique de Weimar, la « bureaucratie judiciaire », conservatrice, s'est rendu compte qu'elle pouvait utiliser le moyen du contrôle juridictionnel des lois pour mettre le législateur démocratique sous sa tutelle et empêcher tout progrès de l'égalité des conditions au nom de l'égalité des droits. On se tromperait cependant à croire que la décision du *Reichsgericht* du 4 novembre 1925 affirmant son droit de contrôle de la loi au nom de l'égalité devant la loi signifiait un retour de la conception « matérielle » de l'État de droit et de l'égalité : c'est une égalité purement *formelle* qu'on appliquait à la loi dans le but précis de préserver les intérêts de la bourgeoisie. On ne rendait pas à la loi son fondement éthique objectif. « Cette surveillance du législateur populaire par le juge n'élimine pourtant pas de manière définitive le danger de l'État de droit social. » (*Heller 3*, t. 2, p. 450.) Ce n'est qu'une question de temps : par la nomination de nouveaux juges, par la révision constitutionnelle, un législateur social-démocrate pourra surmonter l'obstacle de la caste judiciaire. C'est pourquoi il convient de se battre pour Weimar. Il le convient d'autant plus que la seule alternative offerte à l'État de droit démocratique, dans ces années 1930, est celle de la dictature. Mais la dictature, qu'elle soit fasciste ou communiste, est l'illusion commune dont ne profiteront ni la bourgeoisie, ni le prolétariat.

Puisque l'idée séminale de l'État de droit bourgeois consistait dans le « règne de la loi » et, plus précisément, de la loi juste, il faut que la bourgeoisie accepte que ce « règne de la loi » s'étende à la sphère économique. En effet, on peut sans doute *distinguer* une sphère de l'État et une sphère sociale, mais on ne saurait les *séparer* comme deux sphères autonomes. C'est une fois encore leur unité tendue, dialectique qu'il faut au contraire penser. Si la promesse du monde moderne tient en

la possibilité offerte à tous, au nom de l'égalité, d'être et d'agir comme des « personnalités », il n'est pas possible, sans contradiction, d'offrir à tous la majorité politique tout en déniait à la classe ouvrière la majorité économique et sociale, c'est-à-dire les conditions sociales de l'autonomie. C'est pourquoi la loi de l'État, dans une constitution telle que celle de Weimar, est constitutionnellement légitime à s'étendre à la vie économique : si l'on peut distinguer les sphères de l'État et de l'économie, l'autonomie concrète du citoyen, elle, n'est pas divisible. Mais parce que les « forces spirituelles » de la bourgeoisie poussent celle-ci à vouloir protéger son privilège social après avoir perdu son privilège politique au nom même de son propre principe, celui de l'État de droit, elle ne voit plus d'autre issue que de renoncer à sa culture historique libérale pour s'abandonner à la dictature. L' « État de droit social » n'est pas la contradiction de l' « État de droit libéral » mais sa continuation par d'autres moyens. En revanche, le choix de la dictature fait entrer la bourgeoisie en contradiction avec elle-même. Si elle était lucide et consciente d'elle-même, la bourgeoisie devrait ressentir cette « nausée irrépressible » qui lui dicterait un choix évident en faveur de la démocratie sociale. Elle comprendrait que la voie d'un « socialisme national » vaut infiniment mieux que l'impasse du pseudo-nationalisme et du pseudo-socialisme du national-socialisme (« Nationaler Sozialismus », *Heller 3*, t. 1, p. 573. Sur ce point et les discussions au sein du SPD : Detlef Lehnert, « Sozialismus und Nation. Hellers Staatsdenken zwischen Einheit und Vielfalt », *Llanque*, p. 181 et s.).

Heller n'est pas aveugle : son espoir est un espoir désespéré. La bourgeoisie allemande des années 1930 a développé une « haine de la loi » et ne voit plus dans l'État de droit, la démocratie et le parlementarisme qu' « un mensonge conventionnel » (*Heller 3*, t. 2, p. 460). Elle s'aveugle jusqu'à ne plus voir que, en profondeur, c'est d'une véritable haine de soi qu'il s'agit. Il n'y a donc plus de voie pour l' « État de droit social ». Cet aveuglement est partagé par le marxisme dogmatique : il n'offre que l'horizon d'une autre dictature, celle du prolétariat. Le projet civilisateur de l'autonomie est donc de part et d'autre abandonné. Heller fut un observateur aigu des prodromes de l'apocalypse occidentale. Il avait compris que, derrière l'affaire du « Coup de Prusse » se jouait en réalité la capacité de l'idéal de l' « État de droit » à résister aux sirènes de la dictature. Il avait aussi compris que ce même idéal devrait s'affronter au déchaînement des puissances et des coalitions

économiques. On a envie de croire que l'œuvre de Heller pourraient nous donner, aujourd'hui encore, à méditer, à l'époque de la globalisation, du déchaînement des puissances financières et de l'empire du management : la culture occidentale, les États dépassés par les puissances informelles, les modèles économiques et sociaux et, au bout du compte, le droit même ont-ils encore quelque chose à voir avec l'idéal historique de la « formation de la personnalité » et la « gouvernance », avec le gouvernement des hommes ? La science juridique n'est-elle pas convoquée aujourd'hui à reconsidérer ses objets et ses présupposés, au risque même de se mettre en crise, à introduire un peu de négativité dans la positivité naïve du positivisme dominant ? Relire Heller ne signifie pas revenir à Heller mais chercher à comprendre la problématique de Heller, une problématique qui, toutes choses égales d'ailleurs, pourrait avoir quelque analogie avec la nôtre.