

L'HISTOIRE DU DROIT INTERNATIONAL REVUE – ET CORRIGEE – PAR CARL SCHMITT¹

Un juriste sous influence

Après son incarcération² et son exclusion de l'Université allemande³, au début de la retraite studieuse mais toujours polémique à laquelle il fut astreint, Carl Schmitt publia en 1950 un ouvrage de droit international intitulé *Der Nomos der Erde, Im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*.⁴ L'ouvrage a pour l'essentiel un intérêt historique puisqu'il prétend décrire l'évolution du droit de la guerre. Toutefois, s'il est permis de faire appel à une comparaison cinématographique, le film s'arrête sur une image, objet de soins privilégiés, celle du droit public européen qui, selon ce qu'écrivit l'auteur, s'est écroulé en 1914. Quelques considérations très critiques ont pour objet l'injustice de la paix de Versailles, l'échec de la Société des Nations et une renaissance ambiguë de la doctrine de la guerre juste ; toutefois la prise de vue s'arrête en 1945. Pareil silence s'explique par les limites temporelles et le cercle de préoccupations dans lesquels l'auteur a choisi de s'enfermer. Encore est-il surprenant que dans un ouvrage de droit international paru en 1950 et dans deux rééditions inchangées, il ne soit question ni de la Charte des Nations Unies ni de la mise en accusation des dirigeants du Troisième Reich alors que Schmitt soumet à une critique circonstanciée les dispositions du Traité de Versailles ayant motivé par la déclaration de culpabilité des Puissances centrales la menace de sanctions répressives contre

¹ Texte transmis par l'auteur (publié en Belgique, Université de Louvain)

² Schmitt fut incarcéré à diverses reprises mais ne fut jamais poursuivi en justice. Voir notamment : Raphael Gross, *Carl Schmitt et les Juifs*, traduit de l'allemand par Denis Trierweiler (PUF, 2005), p. 298-303. Sa bibliothèque fut placée sous séquestre par l'armée américaine : Heinrich Meier, *Die Lehre Carl Schmitts*, Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie (Verlag J.B. Metzler, Stuttgart, 1994, p. 172, note 128). Schmitt évoque lui-même certains aspects de sa période de détention dans une brochure publiée en 1950, l'année même de la parution de *Der Nomos der Erde, Ex captivitate salus, Erfahrungen der Zeit 1945/47* (Greven Verlag, Köln, 1950), qui se divise en sept parties assez différentes l'une de l'autre. Dans la traduction française de *Ex captivitate salus. Expériences des années 1945-1947* (Voinin, 2003), voir la présentation et les commentaires d'A. Doremus, p. 13-14, 27-77. Schmitt refusa de se soumettre à la procédure de dénazification qui, selon lui, fut menée par les communistes et par leurs suppôts (*Glossarium*, note 4, 14 juillet 1948).

³ Voir notamment : Reinhard Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung* (Junius Verlag, Hamburg, 1992), p. 127 ; Jürgen Habermas, « Le besoin d'une continuité allemande, 'Le géant qui nous fait tous progresser', Carl Schmitt dans l'histoire des idées politiques de la RFA » *Temps modernes* (juin 1994), 26-35, p. 33.

⁴ Duncker und Humblot, 1^{re} éd., 1950, 3^e éd. inchangée, 1988.

l'ex-empereur allemand et contre les personnes accusées de crimes de guerre.

Cet ouvrage, dont l'intérêt historique reste considérable – ce qui justifie la présente étude – appartient lui-même à l'histoire, celle d'un juriste tourmenté, qui met sa culture et son art de l'écriture au service du pouvoir, de pouvoirs successifs, celui des groupes conservateurs sous la République de Weimar et celui du dictateur après le renversement du régime républicain, pour ne conserver après 1945 que la nostalgie de pouvoirs qui ne sont plus en mesure de faire appel à lui. Il tint de 1947 à 1951 un journal qui n'était pas destiné à la publication et qui ne fut divulgué qu'après sa mort sous le titre *Glossarium*.⁵ La lecture doit en être pénible pour les admirateurs qu'il a pu conserver : la rancœur et le ressentiment y affleurent, non y éclatent à chaque page. Il se tient pour une victime, non seulement des Juifs qui l'ont privé de son enseignement et ont ruiné son prestige après 1945, mais déjà du pouvoir national-socialiste (3, 7, 21 septembre 1947, 7 et 9 octobre 1947, 10 et 27 décembre 1947, 12 et 31 janvier 1948, 5 et 22 février 1948, 1^{er} mai 1948, 4 juin 1948, 1^{er} et 8 juillet 1948, 7 novembre 1948, 2 décembre 1948, 25 février 1949, 4 et 26 septembre 1949). Il cède volontiers à l'autocongratulation, en présentant ses œuvres comme pionnières en leur domaine (2, 3 et 16 mars 1948, 6 et 8 avril 1948, 1^{er} mai 1948, 20 juin 1948, 23 septembre 1948, 15 janvier 1949, 5 août 1951). Le plus notable est l'endurcissement de la pensée, le refus obstiné de tirer parti de l'expérience, un mauvais entêtement dans des opinions à l'abandon desquelles aurait dû conduire la plus élémentaire lucidité.

L'histoire du droit international revue par Carl Schmitt

Constitutionnaliste et théoricien du droit plus qu'internationaliste, l'auteur introduit son exposé historique par cinq prolégomènes. Le plus notable est le concept d'ordonnancement localisé, ce dont le texte allemand favorise une présentation très suggestive : *das Recht als Einheit von Ordnung und Ortung*. Le droit met l'ordre dans un territoire, le droit international quadrille une pluralité de lieux, mais non de manière illimitée : il s'agit d'un domaine circonscrit, celui de l'Europe, les autres espaces sont tenus pour des terres sans maître que les colonisateurs européens vont conquérir et se partager, les frontières y étant fixées selon le droit public européen, c'est-à-dire

⁵ *Glossarium*, Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951 (Duncker und Humblot, Berlin, 1991), herausgegeben von Eberhard Freiherr von Medern.

par des règles qui obligent, dans leurs relations mutuelles, les puissances dominantes. Le titre du livre, *Der Nomos der Erde*, indique que le droit s'inscrit dans la terre. Schmitt cherche sans succès l'équivalent allemand de *Nomos*. Il récuse *Gesetz* (p. 37-42) en raison de la connotation positiviste (« ce qui est posé »). D'où le maintien du mot grec dans l'intitulé du livre et dans le texte.⁶

Alors que, depuis Grotius, les internationalistes séparent droit de la guerre et droit de la paix, Schmitt propose une autre distinction : droit maritime et droit terrestre, au sens restrictif des espaces émergés, puisque la mer est une des parties de la Terre (*Erde*). Il s'agit pour l'essentiel de droit de la guerre. On retrouve ici une obsession du théoricien politique, l'opposition entre l'ami et l'ennemi. L'identification de l'ennemi repose sur une prise de décision, ce qui correspond à une autre idée force de l'auteur : le *Dezisionismus*.⁷ C'est à l'Etat qu'il appartient de désigner l'ennemi et de le combattre, car il est seul titulaire du *ius belli*. En sa qualité d'« unité politique » (*politische Einheit*) l'Etat peut aussi désigner un « ennemi intérieur » (*innern Feind*).⁸ On ne s'étonnera pas que la troisième édition d'un écrit qui remonte à 1927 ait été publiée après l'adhésion de Schmitt au parti national-socialiste et soit suivie d'une série d'articles rageusement antisémites.⁹ Après 1945, il ne sera plus question du peuple qui fut le principal « ennemi intérieur » et, par conséquent, la première victime de la barbarie nazie, ni pour justifier les atrocités ni pour regretter d'y avoir applaudi.¹⁰ Dans *Der Nomos der Erde*, la seule référence aux Juifs apparaît, lors de l'examen du droit chrétien médiéval, pour les ranger avec les Arabes, les Sarrasins et les Turcs dans la catégorie des *Hostes perpetui* (p. 92, 103). La notion d'ennemi intérieur trouve sa source dans la politique

⁶ Pour l'interprétation de l'usage de *Nomos* par Schmitt, comp. Gopal Balakrishnan, *L'ennemi*. Un portrait intellectuel de Carl Schmitt, traduit de l'anglais par Diana Meur (Ed. Amsterdam, 2006), p. 317-318, l'édition originale de langue anglaise remontant à 2000 ; Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, La politique entre spéculation et positivité (PUF, 1992), p. 15, p. 42.

⁷ *Politische Theologie*, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (München und Leipzig, Duncker und Humblot, 1922), p. 131. Voir aussi, « Der Begriff des Politischen », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Heft i (1927), 1-33, reproduit dans *Positionen und Begriffe* (3^e Aufl. 1994, Duncker und Humblot), p. 75-83.

⁸ *Der Begriff des Politischen* (Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933), p. 7, 28, 29. Il s'agit de la troisième édition de l'ouvrage cité à la note précédente, la seconde ayant paru en 1931.

⁹ Sur ce point, consulter notamment : F. Rigaux, « Les juristes allemands et l'Etat totalitaire », *Académie royale de Belgique, Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques*, 7-12 (1995), p. 411-477, 443-446 ; Jacques Derrida, *Politiques de l'amitié* (Paris, Galilée, 1994), p. 101-129 ; plus récemment : Yves-Charles Zarka, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt* (PUF, 2005). Selon Zarka, « l'ennemi par excellence pour le national-socialisme, c'est le Juif. Celui-ci rassemble en lui à la fois le péril interne et le péril externe » (p. 7).

¹⁰ Paul Noack, *Carl Schmitt, Eine Biographie* (Propyläen, Frankfurt, 1993), p. 210 ; Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt, Theorist for the Reich* (Princeton Univ. Press, 1983), p. 37-38.

autoritaire de Bismarck qui, pour justifier sa lutte contre les catholiques à l'époque du *Kulturkampf* et, plus tard, contre les socialistes, les qualifiait de *Reichsfeinde*.¹¹

Bon connaisseur de Hobbes¹², Schmitt rejette l'idée avancée par Mommsen selon laquelle les peuples de l'Antiquité vivaient dans un état de naturelle hostilité (p. 21). Tout en reconnaissant l'existence dès l'Antiquité de relations « internationales » il exclut cependant la formation d'un ordonnancement réglé commun aux grands ensembles (p. 25).

La conquête de l'Amérique et le droit international

Une première phase, décisive, de l'histoire du droit international coïncide avec la conquête de l'Amérique espagnole. Elle fait l'objet d'une première subdivision de l'ouvrage, *La prise de possession d'un nouveau monde*. Tous les territoires situés au delà de l'Océan Atlantique sont présumés terres sans maître (*terrae nullius*) ouvertes à ceux qui les « découvrent ». C'est la théorie de la découverte (*discovery, inventio*). Que les terres jusque-là sans maître fassent l'objet d'une invention laisse entendre qu'elles n'existaient pas auparavant, pas plus qu'une œuvre littéraire avant qu'elle n'ait été écrite ni qu'une formule mathématique avant qu'elle n'ait été exprimée. La notion d'invention se réfère aussi à un progrès de la connaissance, à la création d'une technique nouvelle. La même doctrine justifie qu'il soit fait table rase de ce qui avait précédé, plus exactement, rien n'avait précédé, étant réputé non avenu. La civilisation chrétienne occidentale est, de droit – même si c'est par la force – substituée à un non-être existentiel.

Dans le *Léviathan* (chap. XIII), Hobbes n'a évoqué qu'en passant les Américains (*Americani*) vivant dans l'état de nature (*Der Nomos der Erde*, p. 65, note 1). Conformément au pessimisme du philosophe anglais, dans cet état de nature l'homme est un loup

¹¹ Sur les *Reichsfeinde* à l'époque de Bismarck, voir notamment : Volker Ullrich, *Die nervöse Grossmacht 1871-1918, Aufstieg und Untergang des deutschen Kaiserreichs* (Fischer Taschenbuch Verlag, 1999), p. 49, 64-73, 376-383.

¹² Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (Nackdruck der Erstausgabe, 1938, Hohenheim Verlag, Köln, 1982). Voir Helmuth Rumpf, *Carl Schmitt und Thomas Hobbes* (Duncker und Humblot, Berlin, 1972) ; Paul Edward Gottfried, *Carl Schmitt, Politics and Theory* (Greenwood Press, New York, 1990), p. 39-55 ; Heinrich Meier, *Carl Schmitt, Leo Strauss et la notion de politique*, Un dialogue entre absents (traduit de l'allemand par Françoise Marent, Julliard, 1990), p. 55-56, 64. Dès 1922, Schmitt attribue à Hobbes la paternité de la notion de *Dezionismus* (*op. cit.* note 6, p. 32).

pour l'homme et plusieurs théologiens espagnols vont pousser au noir la description des sociétés indiennes « découvertes » par les conquérants : coutumes barbares, anthropophagie, sacrifices humains, rapports sexuels contre nature. Ce serait, dès lors, une œuvre civilisatrice que les conquérants espagnols auraient accomplie, et le mythe de la mission civilisatrice va perdurer jusque dans les dernières années du colonialisme européen. Pour se limiter au domaine français, on peut citer Paul Bourget, selon lequel l'impérialisme anglais en Inde et celui de la France au Maroc sont justifiés par la supériorité du christianisme sur le bouddhisme et sur l'islam.¹³ Quelques années auparavant, Ernest Psichari perçoit la colonisation de la Mauritanie comme une oeuvre civilisatrice justifiée par la supériorité des Français sur les Maures.¹⁴

Carl Schmitt n'est pas moins persuadé de la valeur éminente de la civilisation européenne. Il épouse la distinction opérée par les théologiens entre une guerre entre chrétiens et la guerre contre les infidèles, tels les Juifs et les Sarrasins, même si ceux-ci sont des êtres humains (p. 73). Le théologien espagnol Francisco de Vitoria est en avance sur son temps et, peut-être, sur le nôtre. Les Indiens qu'il appelle « barbares » (*barbari*) sont des êtres humains dont les droits doivent être sauvegardés. Il n'accepte ni la doctrine de la découverte ni celle de l'occupation des terres sans maître : les communautés indiennes avaient la qualité de « *verus dominus* » de leur terre et c'est à la faveur d'un agencement artificiel, mais qui s'insère assez bien dans les préoccupations de Schmitt, la doctrine de la guerre juste, laquelle remonte à St Augustin et à Thomas d'Aquin, que la conquête des Indes pourrait être justifiée.

Vitoria emprunte à la tradition jusnaturaliste son principal argument, la liberté du commerce, et il y ajoute en ordre subsidiaire la liberté de l'évangélisation. Si les Indiens ont rejeté les offres pacifiques des Espagnols, il naît de ce refus une juste cause de guerre, les voyageurs transformés en conquérants se prévalant de la double liberté à l'exercice de laquelle les peuples indiens ont injustement fait obstacle. Schmitt met l'accent sur la liberté d'évangélisation (p. 80-83). A tort, peut-on penser, car dans le texte du *De Indis recenter*

¹³ Paul Bourget, « Impérialisme », texte de 1920 repris dans *Nouvelles pages de critique et de doctrine* (Plon), t. II, p. 155-164, p. 158-159.

¹⁴ Ernest Psichari, *Le voyage du centurion* (Ed. Louis Connard, 1915, avec préface de Paul Bourget), p. 56, 87-88, 167 ; *Les voix qui crient dans le désert*, Souvenir d'Afrique (Ed. Louis Connard, 1920, avec préface du général Mangin), p. 80-81, 92, 275.

inventis, la liberté de commerce, justification séculière, est présentée en premier ordre.¹⁵

Le droit public européen

La deuxième partie de l'ouvrage de Schmitt, la plus substantielle, parce qu'elle contient la thèse principale de l'auteur, a pour objet le « droit public européen » (*Das Jus Publicum Europaeum*). Ce droit, qu'on pourrait appeler « intereuropéen » plutôt qu'international au sens plénier, se réduit à une radicale sécularisation du droit de la guerre. A partir du XVI^e siècle et minimisant l'œuvre de Grotius (p. 105), Schmitt attribue l'élaboration d'un nouveau droit de la guerre affranchi de la pensée théologique à Balthazar de Ayala (1548-1584) et à Albericus Gentilis (1552-1608). A la notion de guerre juste, qui n'avait pas survécu à l'élimination de son soubassement religieux, est substituée l'idée de guerre régulière (*gerecht*) ou guerre « en forme » (*Krieg in Form*). Ainsi renouvelée, l'institution présente quelque analogie avec le duel (p. 113-115). De même que la guerre ne peut opposer que des Etats qui ont seuls statut de *justi hostes*, n'ont accès au duel que les hommes dont l'honneur exige réparation et qui ne peuvent la réclamer qu'à un autre homme dont le statut lui permet de répondre au défi (*satisfaktionsfähig*)¹⁶, étant l'un et l'autre assujettis au même code d'honneur. Les deux institutions obéissent à des formes rigoureuses, la déclaration de guerre, l'envoi d'un cartel, et les combattants sont tenus à l'observation de règles précises, le *ius in bello*, le choix des armes à la partie offensée et la loyauté de leur emploi. Grâce à la présence de témoins le respect de ces règles est mieux assuré dans le duel qu'à la guerre. Ce que Schmitt tient pour « un chef d'œuvre de raison humaine » (*ein Kunstwerk menschlicher Vernunft*, p. 123) est notamment l'exclusion des guerres d'anéantissement (*Vernichtungskrieg*). L'origine de ce concept humanisé de la guerre est attribué à Ayala (p. 124-126).¹⁷

¹⁵ *De Indis recenter inventis, Relectio prior*, III, 1 : *Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationi.*, La liberté d'évangéliser n'apparaît que plus loin : *Alius titulus potest esse* (III, 9). Sur la redécouverte de Vitoria à la fin du XIX^e siècle, voir *Der Nomos der Erde*, p. 88-89.

¹⁶ Norbert Elias, *Studien über die Deutschen* (Suhrkampftaschenbuch Wissenschaft, 1998), p. 28-29.

¹⁷ Fils d'un Espagnol et d'une Anversoise, Ayala est l'auteur d'un ouvrage intitulé *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina militari*, dédié à Alexandre Farnèse, gouverneur des Pays-Bas sous Philippe II. L'ouvrage a été publié avec une introduction de John Westlake dans la collection des *Classiques du droit international* (Washington, 1912). L'opinion favorable de Schmitt est corroborée dans des ouvrages plus récents. Voir notamment : Wilhelm Grewe, *The Epochs of International Law*, translated and revised by Michael Byers (Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2000), p. 207-209.

La guerre au sens du droit public européen est « un conflit armé entre des *hostes aequaliter justis* » (p. 128). L'idée de guerre juste (ou injuste) paraît définitivement abandonnée et Schmitt cite à l'appui de son rejet le scepticisme d'Erasme : *Cui non videtur causa sua justa* (p. 127). Thomas d'Aquin s'était déjà demandé lesquelles parmi les guerres de l'histoire pouvaient être tenues pour justes (p. 126). Schmitt cite avec approbation la *Commentatio de jure belli* d'Albericus Gentilis, réformé italien réfugié à Londres.

Grotius est critiqué pour avoir emprunté à la tradition scolastique la doctrine de la guerre juste et Schmitt souligne le caractère tautologique de la définition : est juste la guerre dont la cause est juste, mais qui va en décider sinon le prince qui prend la décision de régler un différend interétatique par la force armée ? (p. 132). Déjà dans des écrits antérieurs, Schmitt fait une application opportuniste des règles du droit international. Ainsi, selon le texte d'une conférence prononcée le 29 octobre 1937 devant l'*Akademie für Deutsches Recht*, il associe dans une égale réprobation la doctrine de la guerre juste empruntée à la théologie scolastique par Grotius et les sanctions prises contre l'Italie par la Société des Nations.¹⁸ La notion de guerre régulière à laquelle adhère Schmitt révèle son formalisme creux quand il évoque – ce qu'il ne fait guère – un exemple historique précis, le triple partage de la Pologne pour la perpétration duquel le recours à la force armée ne peut être qualifié de guerre parce que le royaume de Pologne n'aurait jamais dépassé le stade féodal et n'aurait pas atteint la qualité d'Etat européen moderne (p. 137).

Le droit international suppose une pluralité d'Etats et, même, conformément à la doctrine politique de Schmitt, de grands Etats ou d'Etats forts.¹⁹ L'humanité n'est pas un concept politique, aussi Schmitt rejette-t-il le concept de « guerre humanitaire » : l'Etat qui prétend faire la guerre au nom de l'humanité « cherche à accaparer un concept universel pour s'identifier à celui-ci aux dépens de l'adversaire». ²⁰ Propre à la société internationale, le pluralisme doit être banni de la structure interne des Etats dont l'homogénéité est le

¹⁸ *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Duncker und Humblot, 1938), p. 2.

¹⁹ « Ethique de l'Etat et Etat pluraliste », dans *Parlementarisme et démocratie*, traduction par Jean-Louis Schlegel de *Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Duncker und Humblot, 1923), Ed. du Seuil, Paris, 1988, p. 129-150, traduction d'un article publié dans les *Kantstudien*, 1930, 35, n° 1, p. 28-42 et reproduit dans *Positionen und Begriffe*, p. 151-165.

²⁰ *Das Begriff...* (note 7), p. 98-99.

principal mérite.²¹ Aussi approuve-t-il la méthode suivie pour le règlement du contentieux gréco-turc : « La force politique d'une démocratie se manifeste à sa capacité d'écarter ou de tenir éloignés l'étranger et le non-semblable, celui qui menace l'homogénéité ». ²²

Schmitt tient le *Projet de paix perpétuelle* (1795) pour une prémonition de ce que tentera d'accomplir le XXe siècle. Mais il s'attache davantage à une notion développée par Kant deux ans plus tard, celle d' « ennemi injuste » (*ungerechter Feind*, p. 140). Il s'agit d'un Etat qui menacerait de manière sérieuse la paix universelle et contre lequel les autres Etats auraient le devoir de se coaliser. Une telle guerre serait très juste (*justissimum bellum*), idée qui apparaissait déjà à l'époque des Croisades, mais contre laquelle Schmitt reprend l'objection dirigée contre la guerre simplement juste. Comment identifier l'ennemi « injuste » et qui va en décider ? Kant ne se prononce pas sur la situation de l'Europe à l'époque où il écrit (1797). Cet ennemi est-il la France révolutionnaire ou l'Empire des Habsbourg ou l'Empire tsariste ou l'Angleterre maîtresse des mers ? Moins de dix ans plus tard, Napoléon aurait pu être plus clairement désigné, ce qui aurait justifié la coalition formée contre l'Empire français.

Il est étonnant que Schmitt se soit borné à ces deux allusions à la doctrine kantienne du droit de la guerre. Dans la deuxième section de la deuxième partie de la *Doctrine universelle du droit*, Kant traite du « droit des gens » en se limitant au droit de la guerre (§§ 53 à 61). Il ignore la doctrine de la guerre juste et reconnaît assez largement à tous les Etats le *ius belli*. Sa seule restriction concerne le devoir du souverain envers ses sujets : toute déclaration de guerre doit être subordonnée au « libre consentement » du peuple « par la médiation de ses représentants » (§ 55). Pour le surplus, la doctrine kantienne du *ius ad bellum* (§ 56) est étonnamment semblable à celle de Schmitt, lequel ne s'est pas soucié d'emprunter à Kant des arguments confortant ses principales thèses : pas de guerre punitive (*bellum punitivum*), parce que la punition ne peut être administrée que par un supérieur, or les Etats sont égaux entre eux. « Et la guerre ne saurait non plus être une guerre d'extermination (*bellum internecinum*) ni une guerre d'asservissement (*bellum subjugatorium*) » (§ 57). L'ennemi injuste est « celui dont la volonté publiquement, (que ce soit en parole ou en acte) déclarée, trahit une maxime qui, si elle était érigée en loi

²¹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928, 6^e éd. inchangée, 1933), p. 231-2.

²² *Parlementarisme et démocratie* (note 18), p. 104.

universelle, rendrait impossible un état de paix entre les peuples et au contraire éterniserait nécessairement l'état de nature» (§ 60).

C'est le Congrès de Vienne de 1814-1815 qui aurait restauré « le droit classique de la guerre » et dans le texte de conférences faites à Madrid en 1962, Schmitt regrette que dans *Der nomos der Erde* il n'ait pas suffisamment indiqué la rupture de ce droit classique imputée à la révolution française.²³

La partie de l'ouvrage de Schmitt sur « le droit public européen » se poursuit par des considérations sur la liberté des mers, la mer impartageable s'opposant aux nécessaires délimitations de l'espace terrestre. Toutefois, la mer libre est dominée par l'Etat qui possède la flotte la plus puissante. L'auteur relève le lien entre la domination de l'espace maritime et le progrès industriel et technique et il observe à juste titre que la prépondérance anglaise durant le XIXe siècle repose sur cette double supériorité.²⁴ En revanche pas un mot sur le concept d'impérialisme qui était très développé au Royaume-Uni dans les premières années du XXe siècle²⁵, ni sur la rivalité anglo-allemande dans les années ayant précédé la Première Guerre mondiale. La doctrine du capitaine Mahan, membre des forces navales américaines, qui attribue l'hégémonie anglaise à la maîtrise des mers et qui eut une grande influence sur la politique navale de Guillaume II²⁶ n'est pas davantage citée.

La guerre décidée dans les formes et mise en œuvre conformément au *ius in bello* peut avoir un objectif de conquête mais les changements territoriaux dans l'espace européen sont contrôlés par le Concert des Grandes Puissances (p. 162-165). Plus significatif que le second traité de Berlin (1885), auquel Schmitt fera une place considérable dans la dernière partie de l'ouvrage, le premier traité (1878) a contraint l'un des membres du Concert, la Russie, à restreindre les avantages retirés de sa guerre victorieuse contre l'Empire ottoman, en anéantissant les principales clauses du traité bilatéral signé l'année précédente à San Stefano. La guerre russo-turque de 1877 et les guerres balkaniques de 1912-1913 sont des illustrations convaincantes de la doctrine de la guerre régulière

²³ Carl Schmitt, *Théorie du partisan*, traduction de Marie-Louise Steinbauer (Calmann-Levy, 1972), p. 217-218, 315. L'édition originale allemande chez Duncker et Humblot date de 1963.

²⁴ L'idée est reprise dans une annotation datée du 16 novembre 1947 du *Glossarium* (note 4).

²⁵ Voir notamment : F. Rigaux, *Guerres et interventions dans le Sud-est européen* (Paris, Pedone, 2004), p. 99-102.

²⁶ *Eod. loco*, p. 100.

demeurée en vigueur jusqu'à la veille de la Première Guerre mondiale.

Ainsi se laissent résumer les deux premiers tiers de l'ouvrage de Carl Schmitt dont l'exposé historique est, en général, bien documenté et dont la doctrine de la guerre régulière, antithèse de l'ancienne théorie de la guerre juste, donne une expression adéquate à l'état du droit international en vigueur au XIXe siècle avec l'approbation d'une doctrine dominante. La scolastique était méprisée ou, pire, tombée dans l'oubli, n'ayant pas résisté à la critique de Descartes, Hobbes, Spinoza. Ceux-ci sont à l'origine d'une philosophie nouvelle qui récuse la doctrine du péché originel et le dogme de la Révélation (p. 33-40). Le pacifisme de Kant était impuissant à combattre le prestige des armées napoléoniennes qui avaient, dans les territoires annexés à l'Empire français ou constitués en monarchies satellites, établi des institutions plus rationnelles, plus éclairées que celles de l'Ancien Régime. Kant, et après lui, Goethe, eurent une attitude ambivalente face à la Révolution française, qui avait, à certains égards, mis en œuvre la philosophie des Lumières.²⁷

La désintégration du droit public européen

La dernière partie de l'ouvrage de Schmitt est intitulée *Die Frage eines Neuen Nomos der Erde*. C'est, en effet, une question qui est posée et à laquelle l'auteur aurait bien été incapable de répondre en raison des lacunes, sans doute intentionnelles, de son information. Tenues pour une période de dissolution du droit public européen, les années qui s'écoulaient depuis la Conférence de Berlin sur l'Afrique (1885) jusqu'à 1914 se caractérisent par divers phénomènes. Le *terminus a quo* est fixé par la dernière Conférence internationale de quelque ampleur, où l'Europe est encore le « centre sacré de la Terre » (*die sakrale Mitte der Erde*, p. 190). C'est la première fois qu'un Etat non-européen, en l'occurrence les Etats-Unis d'Amérique, est accueilli dans le Concert européen. La participation de la Turquie, déjà signataire du Traité de Berlin de 1878, est moins surprenante : non seulement par ses amples territoires européens, l'Empire ottoman n'avait jamais cessé

²⁷ Voir notamment : Jonathan I. Israel, *Les Lumières radicales*, La philosophie de Spinoza et la naissance de la modernité (1650-1750), traduit de l'anglais par Pauline Hugues, Charlotte Nordmann et Jérôme Rosanvallon (Editions Amsterdam, Paris, 2005). Goethe et Hegel expriment une égale admiration à l'égard du génie de Napoléon : « un abrégé du monde » selon le premier, « l'âme du monde » d'après le second : Karl Löwitt, *De Hegel à Nietzsche*, trad. par Rémi Laureillard (Gallimard, 1969), p. 262-263.

d'appartenir à l'Europe et l'article VII du Traité de Paris du 30 mars 1856, qui avait mis fin à la guerre de Crimée durant laquelle cet Empire était l'une des puissances victorieuses, avait déclaré la Sublime Porte « admise à participer aux avantages du droit public et du concert Européens ».²⁸ Toutefois, dès 1885, le gouvernement américain qui participa à la Conférence sur l'Afrique et signa le Traité de Berlin s'abstint de le ratifier, annonçant une attitude qui se renouvellera à Versailles et à la Société des Nations, à savoir d'en être sans en être (voir aussi p. 270-274).

L'ordre interétatique européen donne lieu à un double dualisme, la distinction du droit international et du droit interne mise en forme par Heinrich Triepel (p. 209-210), mais, ce qui est plus significatif, la dissociation de l'ordonnement public interétatique et d'une organisation mondiale libre de l'économie (p. 208-209), dont il n'est pas question dans l'ouvrage publié par Triepel en 1899. En outre, la position centrale du droit public européen est oblitérée par la formation de trois empires mondiaux, l'Empire britannique, les Etats-Unis d'Amérique et la Russie. Chacun de ces systèmes forme un « grand espace » (*Grossraum*) qui, selon Schmitt, avait eu pour modèle dans l'hémisphère américain la doctrine Monroe. Il y va d'un domaine d'influence autoproclamée et soustrait à toute ingérence extérieure. La formation d'un tel espace est liée à l'existence des grandes puissances : à leur territoire propre, celles-ci s'adjoignent une zone d'influence excluant toute intervention d'une puissance extérieure. Selon la définition d'un ouvrage publié en 1939 :

*Der Zusammenhang von Reich, Grossraum und Nicht-Interventionsprinzip ist grundlegend.*²⁹

Le droit des gens n'est pas un ordonnement universel mais il s'appuie sur un empire (*Reich*). En pareil système, la guerre est une relation entre deux ordonnements (*Ordnung*) et non entre

²⁸ Il n'est pas exact que, comme l'écrit Carl Schmitt (p. 204), c'est de 1856 que date la qualité de sujet du droit public européen de l'Empire ottoman : il existait une pratique ancienne et constante de traités conclus entre la Sublime Porte et des Etats européens et d'entretien de relations diplomatiques. La nouveauté de 1856 est que la Porte est accueillie dans le cercle plus restreint du Concert européen.

²⁹ Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte, Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (Deutscher Rechtsverlag, Berlin-Wien, 1939), p. 69. Voir aussi : « Grossraum gegen Universalismus », *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, Jhg VI, Heft 7, Mai 1932, 533-537, reproduit dans : C. Schmitt, *Positionen und Begriffe* (3^e Auflage, 1994, Duncker u. Humblot), p. 335 ; « Der Reichsbegriff im Völkerrecht », *Deutsches Recht*, Heft II, 29 April 1939, 341-344, reproduit dans *Positionen...*, p. 344-354.

l'ordre et le désordre, ce qui est la nature d'une guerre civile.³⁰ A la fin de l'ouvrage, la localisation du grand espace allemand est clairement tracée : il s'agit de la région de l'Europe centrale et orientale dont toute puissance tierce doit être écartée. La formation d'un grand espace par l'intimidation et par la conquête n'est pas une invention du Troisième Reich, même si la dernière phrase rend un hommage appuyé au « Führer » dont l'action a « assuré à l'idée de notre Reich une réalité politique, une vérité historique et un intense avenir en droit des gens ».³¹ Hitler ne fit que poursuivre en le radicalisant, le programme d'expansion territoriale de l'Allemagne wilhelminienne. La réduction de l'Europe centrale (*Mitteleuropa*) à une zone de protectorat allemand, le mépris raciste en lequel étaient tenus les peuples slaves et les Juifs étaient des constantes de la politique allemande entre 1870 et 1914. Le traité de Brest-Litovsk du 3 mars 1918 qui enlevait à la Russie la Pologne, les pays baltes, la Finlande, l'Ukraine, une partie de la Biélorussie, Batoum, Ardakan et Kars était un *Diktat* plus flagrant que celui de Versailles et il offrait l'esquisse du règlement qu'aurait imposé le Troisième Reich s'il avait été victorieux.

Selon Schmitt, le Concert des Grandes Puissances européennes aurait pris fin en 1908, sans que l'auteur motive le choix de cette année. Il ne se ranimera que par le Concert des puissances mondiales impérialistes à la Conférence de la Paix de 1919 (p. 211). La Première Guerre mondiale avait suivi « l'abdication » (*Abdankung*) du droit international (p. 212), mais il aurait fallu mieux distinguer la cause et l'effet. Selon la conception du droit de la guerre épousée par Schmitt et, il faut le reconnaître, dominante à cette époque, il n'y avait pas lieu d'identifier l'agresseur qui ne pouvait encourir aucun blâme. Et cependant, dès les premiers jours du conflit, tous les belligérants, et l'Empire allemand le tout premier, affirmèrent le caractère purement défensif de leur action.³² C'était

³⁰ *Völkerrechtliche...* (note 28), p. 78.

³¹ *Eod. loco*, p. 88. A l'intérieur même de ses frontières, l'Empire wilhelminien soumettait ses populations d'origine et de langue polonaises à une politique systématique de germanisation. Voir notamment : Victor Bérard, *L'Empire russe et le tsarisme* (Libr. A. Colin, 1905), p. 122-123 ; Michel Taube, « Etudes sur le développement historique du droit international dans l'Europe orientale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 11 (1926-I), p. 341-533, citant à la page 346-347, un texte méprisant de Hegel sur les Polonais. Pour une critique de l'application du *Grossraum* à l'Europe centrale et orientale, voir Henri Fayat, « Beschouwingen van augustus 1942 over een voorloper van de Brejnev-leer », *Liber amicorum Robert Senelle* (die Keure, Brugge, 1983), p. 1-10.

³² Voir notamment la documentation recueillie et exploitée par Hermann Kantorowicz, *Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914*, Aus dem Nachlass herausgegeben und eingeleitet von Imanuel Geiss (Europäische Verlagsanstalt, 1967), p. 59-96. Kantorowicz, qui avait été au début du siècle un des protagonistes de la *Freirechtsschule*, fut chargé par le ministre des Affaires étrangères de rédiger une

implicitement se mettre sous le couvert de la notion de légitime défense, principal cas de guerre juste selon l'ancienne scolastique et d'après Grotius. Les internationalistes qui adhéraient le plus fidèlement à la doctrine de la guerre réglée, tel Anzilotti,³³ en firent l'application au déclenchement de la Première Guerre mondiale. Le Gouvernement allemand aurait été indemne de toute faute si, par la violation de la neutralité belge, il n'avait pas enfreint une obligation internationale de droit positif, la Belgique ayant reçu un statut objectif de neutralité permanente, renforcé, dans le cas de l'Empire allemand, de la circonstance que la Prusse avait été l'un des cinq Etats signataires du Traité dit des XXIV Article du 15 novembre 1831, dont l'article 7 conférait à la Belgique le caractère d'un « Etat indépendant et perpétuellement neutre ». ³⁴ A l'origine la neutralité belge était une protection contre les visées françaises, elle faisait obstacle à ce que le nouvel Etat pût valablement décider de se rattacher à la France.

Dans son discours devant le Reichstag le 4 août 1914, le Chancelier Bethmann-Hollweg plaida coupable sur ce point, il invoqua l'état de nécessité (*Not*) pour justifier l'invasion de la Belgique et il promit qu'après la défaite de la France, le Royaume recouvrerait son intégrité et son indépendance. Ce discours obtint l'adhésion unanime de l'Assemblée.³⁵ Quelques mois plus tard, le 2 décembre, le chancelier invoqua un autre argument, à savoir que le gouvernement belge aurait violé son devoir de neutralité.

Durant la guerre le bien-fondé du discours du 4 août ne fit pas l'unanimité dans la doctrine allemande et, en 1934, Carl Schmitt le qualifia de « honteuse capitulation ». ³⁶ La doctrine de la guerre réglée était morte en 1914 mais Schmitt ne nous dit pas si elle avait

consultation sur la responsabilité des Etats ayant participé à la Première Guerre mondiale. Comme les conclusions de la consultation, bien que nuancées, n'étaient pas entièrement favorables aux Empires centraux, le ministre la garda secrète et elle ne fut retrouvée qu'après la fin de la Seconde Guerre mondiale.

³³ Dionisio Anzilotti, « Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale » (1915), reproduit dans : *Opere di D.A.*, Scritti di diritto internazionale pubblico, II, t. 1° (1956), p. 617-630. Voir aussi : *Corso di diritto internazionale* in *Opere di D.A.* (Padova, Cedam, 1955), p. 420-421. Quand Schmitt aborde ce problème (p. 233), il adhère sans restriction à ce qui paraissait être l'opinion dominante en 1914 mais il se méprend sur la position du gouvernement belge qui n'entendait pas ressusciter l'ancienne doctrine de la guerre juste, se prévalant plutôt d'une obligation conventionnelle de droit positif parfaitement compatible avec la doctrine commune à Anzilotti et à Schmitt.

³⁴ Clive Parry, *The Consolidated Treaty Series* (Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York), vol. 82, p. 255.

³⁵ La traduction française du discours du 4 août a été reproduite par Charles De Visscher, *La Belgique et les juristes allemands* (Libr. Payot et Cie, Lausanne-Paris, 1916), p. 16-17.

³⁶ Carl Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches* (Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934), p. 41-42.

été anéantie par les ennemis de l'Allemagne ou si elle avait épuisé ses effets auparavant. Il critique les dispositions des traités de paix qui, au lieu de restaurer un véritable ordre mondial (*Weltordnung*) s'étaient acharnées sur les puissances vaincues : deux des principaux membres du Concert européen, l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie furent dépossédés de leur qualité de sujets du droit public européen pour être transformés en purs objets des décisions prises à leurs dépens (p. 213).

La critique de la Société des Nations n'est pas moins sévère (p. 214-222).³⁷ Elle n'est pas toujours sans fondement. L'absence de l'Union soviétique et celle des Etats-Unis étaient certes une double anomalie (p. 218) et, dans le second cas, elle était aggravée par la participation de plusieurs Etats de l'Amérique centrale qui appartenaient à la sphère d'influence des Etats-Unis : ceux-ci renouvelaient l'expérience fâcheuse de la Conférence de la Paix, restant en dehors de la Société tout en y exerçant une influence indirecte (p. 224-225). Autre critique non moins justifiée : les deux principales puissances siégeant à Genève, la France et le Royaume-Uni, étaient divisées sur toutes les questions difficiles, notamment celle d'une révision des traités de paix en faveur des puissances vaincues, à l'égard de laquelle le second Etat avait une position beaucoup plus flexible que le premier (p. 218-220).

Schmitt retient encore l'impuissance de la Société des Nations qui tolère, au moment des accords de Munich de septembre 1938, le sacrifice d'un des Etats membres, dans des conditions pires que celles du partage de la Pologne. En septembre 1939, nul Etat n'envisagea plus de saisir le Conseil de la Société, le Royaume-Uni, dans sa déclaration du 3 septembre, se prévalant seulement de ses obligations en vertu du Pacte Briand-Kellogg (p. 221).

La critique des dispositions punitives du Traité de Versailles et de la mise en accusation de l'ex-empereur Guillaume II est, dans l'ouvrage de Carl Schmitt, particulièrement circonstanciée. L'argument principal consiste à rejeter catégoriquement le concept de crime d'agression. Selon la doctrine en vigueur en 1914, la décision de déclarer la guerre est un attribut incontestable de la puissance étatique (p. 233-234). Sur la question de la violation du

³⁷ Voir déjà : Carl Schmitt, *Die Kernfrage des Völkerbundes* (Völkerrechtsfragen, 18 Heft, Ferdinand Dummer's Verlagsbuchhandlung, 1926), p. 8-10, 36-44 ; « Der Völkerbund und Europa », *Hochland* (1928), p. 345-354, reproduit dans : *Positionen und Begriffe* (3^e éd. 1998, Duncker und Humblot), p. 100-110 ; « Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus », 8 *Auslandsstudien* (1933), *eod. loco*, p. 184-203.

ius in bello, le principe d'égalité est violé par l'article 228 du Traité de Versailles qui prend une attitude discriminatoire à l'égard des membres des forces armées des puissances vaincues (p. 234-235). Les objections élevées contre la mise en accusation de l'ex-empereur (p. 235-240) ne sont pas sans poids. Pourquoi isoler la personne du monarque parmi tous ceux qui ont participé à l'action gouvernementale, notamment le chancelier Bethmann-Hollweg, qui avait déclaré en 1919 qu'il supportait l'entière responsabilité des actes accomplis de 1914 à 1917, mais aussi le Reichstag qui avait approuvé la déclaration de guerre et voté les crédits nécessaires. L'Empire allemand était un Etat fédéral et la Prusse un Etat de droit, tous les pouvoirs n'étaient pas concentrés dans la personne du roi de Prusse, empereur allemand, et il y avait quelque archaïsme à confondre le titulaire de cette double fonction avec un monarque absolu d'Ancien Régime, même si, par ses rodomontades et ses discours enflammés, Guillaume II avait pu donner prise à pareilles accusations.

En habile avocat, Schmitt a plaidé de manière convaincante cette partie de son dossier et il ajoute que les Etats-Unis, qui n'ont pas ratifié le Traité de Versailles, ont rétabli leurs relations diplomatiques avec le Reich allemand par la conclusion d'un traité de paix du 25 août 1921 qui a omis la Partie VII du premier Traité, celle qui contient notamment les articles 227 et 228 (p. 240). La critique de l'article 231 (*Kriegsschuldartikel*) et des dispositions relatives aux réparations exorbitantes mises à charge des principales puissances vaincues (p. 241-243) mérite une égale approbation. Ce n'était certes pas le premier traité de paix ayant prévu le paiement d'une indemnité de guerre au profit du vainqueur mais c'était la première fois que la dette était motivée par la réparation d'une violation du droit international. Le fondement de la responsabilité était déduit du caractère illicite de l'agression armée, outre que le montant des obligations financières mises à charge de l'Allemagne étaient excessives et qu'elles n'auraient pu être satisfaites.

Schmitt analyse ensuite les effets des Protocoles de Genève sur la criminalisation de la guerre d'agression (p. 244-254), non sans exprimer son scepticisme au regard des chances de succès de l'entreprise qui, selon lui, achoppe toujours à la difficile désignation de l'agresseur. Après une critique de la Société des Nations³⁸, il

³⁸ Voir *Der Nomos der Erde*, p. 164-65, 217-232. La Société des Nations était entachée d'un péché originel : son acte de naissance était le *Diktat* de Versailles et elle n'avait d'autre fonction que de

accorde quelques lignes au Pacte Briand-Kellogg et conclut sur le statut de Londres du 8 avril 1945 qui entérine la criminalisation du droit de la guerre (p. 255). *Der Nomos der Erde* ne contient pas d'évaluation de l'Organisation des Nations Unies. La critique du système de la Charte apparaît dans le texte d'une conférence faite à Madrid le 21 mars 1962. L'Organisation internationale nouvelle s'est construite sur l'amitié entre Roosevelt et Staline. L'idée de l'unité du monde a été éclipsée. La « guerre froide » est un état intermédiaire entre la guerre et la paix qui répugne à la distinction de principe entre ces deux situations.³⁹

Le retour à la conquête de l'Amérique permet à Schmitt de revenir à la critique de la doctrine de la guerre juste. Les arguments tirés, tant chez les protestants que chez les catholiques, de l'évangélisation des Indiens ne résistent pas à l'examen alors que, selon une conception humanitaire plus tardive, la conquête apparaît comme une accumulation d'atrocités. Avant la colonisation, selon Hobbes, les populations américaines vivaient dans l'état de nature mais à l'évaluation pessimiste de cet état s'opposera chez Rousseau l'image idyllique d'un état que n'avait pas vicié l'influence corruptrice de l'Europe (p. 269).

Les dernières pages de l'ouvrage reviennent à l'abandon de la doctrine de la guerre réglée qui avait prévalu jusqu'en 1914. Il cite notamment une déclaration du ministre de la Justice américain, Jackson, qui le 31 mars 1941 rappelle la condamnation de la guerre d'agression, déjà portée par le Pacte Briand-Kellogg, et le retour à « des conceptions plus anciennes et plus saines », ce qui vise manifestement la doctrine de la guerre juste (p. 273). Schmitt évoque plus loin la guerre sous-marine à outrance menée par l'Allemagne durant la Première Guerre mondiale sans s'interroger sur la conformité au *ius in bello* de l'extension de cette stratégie aux navires marchands battant le pavillon d'un Etat neutre (p. 290-293). Il examine seulement un élément commun à la guerre maritime et à la guerre aérienne, à savoir qu'il s'agit de guerres d'anéantissement (*Vernichtungskrieg*). L'utilisation de la force armée aérienne a pour conséquence l'élimination du concept de théâtre d'opérations (*Schauplatz des Krieges*) : toute relation entre l'escadrille de bombardement et le sol est rompue (p. 296-298). Dans les deux

consolider les acquisitions territoriales des vainqueurs. Voir : *Der Begriff des Politischen* (note 7), p. 100-101, 166-167, 171.

³⁹ « Die Ordnung der Welt nach dem zweiten Weltkrieg » aus dem Spanischen übersetzt von Günther Maschke, *Schmittiana* II, p. 11-30. Dans une annotation du *Glossarium* (note 4), il critique sévèrement le « liberum Veto » des grandes puissances au Conseil de sécurité des Nations Unies.

dernières pages de conclusion, Schmitt revient à la doctrine de la guerre juste et notamment à une décision du Concile de Latran de 1139 interdisant l'usage entre princes chrétiens d'armes à distance. Toutefois, la prohibition aurait été levée en faveur de la victime d'une guerre injuste (p. 113). Faut-il en déduire que tous les moyens seraient bons pour anéantir un ennemi qualifié de criminel (*Verbrecher*) et l'auteur arriverait-il à la conclusion qu'aucun moyen de destruction ne devrait être exclu d'une guerre qualifiée de juste (p. 298-299) ?

La guerre réglée telle que la définit Schmitt n'est pas sans analogie avec le duel et il a lui-même fait ce rapprochement. Toutefois, le *ius belli* n'a pas subi la même évolution que le duel, qui était déjà une institution périmée en 1950. Durant la longue période où le duel a subsisté, il existait un conflit entre la loi de l'honneur et les deux principales sources de droit, le droit des Eglises⁴⁰ et celui des Etats.⁴¹ Il est permis de croire que le duel est aujourd'hui complètement extirpé. Pourquoi le droit de la guerre n'a-t-il pas bénéficié de la même évolution ?

L'adhésion au national-socialisme d'un penseur antilibéral

Schmitt oppose à la guerre réglée, forme de duel entre Etats, la guerre d'extermination qu'il réprovoque. Mais il s'abstient de se prononcer sur les guerres d'agression et d'extermination conduites par le Troisième Reich. Il observe le même silence à l'égard de cette guerre interne d'extermination que fut « la solution finale » de la question juive. Son antisémitisme traversera des périodes diverses qu'on peut attribuer à l'opportunisme. Dans son ouvrage de 1922, *Politische Theologie*, qui a pour objet la doctrine de la souveraineté, il discute avec courtoisie les positions de Hans Kelsen dans *Das Problem der Souveränität* publié deux ans plus tôt (*Politische Theologie*, p. 20-22, 27, 30, 39-44). Il cite également Erich Kaufmann (*eod. loco*, p. 26-27) et avec approbation Julius Stahl (p. 53 ; *Politische Romantik*, 1925, p. 11, 81, p. 95, note 1 ; *Der Hüter der Verfassung*, 1931, p. 135). Sur une question qui

⁴⁰ Le Concile de Trente, session XXV, cap. 19, frappe d'excommunication les duellistes et leurs parrains : Alfred Vanderpol, *La doctrine scolastique du droit de la guerre* (Paris, Pedone, 1919), n^{os} 65-68.

⁴¹ En France, voir notamment l'Edit de septembre 1651 et l'Edit contenant règlement général pour la répression du duel, St Germain-en-Laye, avril 1671, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XVII, n^o 223, p. 256 et t. XIX, n^o 897, p. 209. La pratique du duel fut tolérée en Allemagne plus longtemps qu'ailleurs : Henry Wickam Steed, *Trente années de vie politique en Europe*, Mes souvenirs, t. I (1926), p. 65 ; Giles MacDonogh, *The Last Kaiser William the Impetuous* (Phoenix Press, London, 2000), p. 214.

divisait à cette époque la doctrine de langue allemande, à savoir la détermination du « gardien de la Constitution », c'est avec la même civilité qu'il discute la position de Kelsen.⁴² Schmitt est aidé dans sa carrière par deux collègues juifs, Kaufmann auquel il succède à Bonn en 1922, tandis qu'il est appelé à Cologne en 1932 avec le soutien de Kelsen.

Changement radical d'attitude dès la prise de pouvoir de Hitler⁴³, suivie de l'adhésion de Schmitt au NSDAP le 1er mai 1933, le même jour que Heidegger. Au moment où Kelsen est écarté de sa chaire pour des raisons raciales, Schmitt s'abstient de se joindre aux collègues qui élèvent une protestation. En 1936 il critique « l'école viennoise du Juif Kelsen » et dès 1933 il s'attaque à Friedrich-Julius Stahl, auteur d'une philosophie du droit de tendance conservatrice qui fut assez influente au milieu du XIXe siècle. Schmitt s'en prend à l'origine de ce Juif converti au luthéranisme, qu'il appelle Stahl-Jolson pour dévoiler son changement de nom et qui par son infiltration dans la pensée conservatrice allemande démontre la nocivité de la race juive.⁴⁴ La répétition de ces allusions racistes à Stahl démontre l'acharnement de Schmitt à l'égard d'un auteur qui n'avait plus grand crédit en 1933, mais peut-être se souciait-il de faire oublier les notations approbatives antérieures. L'article publié en 1936 au *Deutsche Juristen-Zeitung* sous le titre : « *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist* » est des plus virulents, même comparé au langage de l'époque.

⁴² A un article publié par Schmitt en 1931, *Der Hüter der Verfassung* (Verlag von JCB Mohr [Paul Siebeck], Kelsen répond la même année : *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?* (Berlin-Grunewald, Dr. Walther Rotschild).

⁴³ Comp. Gross (note 1), qui rejette fermement l'explication de la carrière de Schmitt par l'opportunisme. Il existait déjà dans l'Empire wilhelminien une tradition d'antisémitisme, laquelle ne suffit pas à expliquer les racines de l'attitude de Schmitt. Sur l'antisémitisme wilhelminien, voir : *Juden im Wilhelminischen Deutschland 1890-1914*, herausgegeben von Werner Mosse unter Mitwirkung von Arnold Pancker (Mohr Siebeck, 1. Aufl. 1976, 2. Aufl. 1998). Sur l'antisémitisme dans les organisations sportives à l'époque de l'Empire, voir : Hans-Joachim Winkler, « Sporterfolg als Mittel der Selbstdarstellung des Staates », in : *Die Selbstdarstellung des Staates* (herausgegeben von Helmut Quaritsch, Duncker und Humblot, Berlin, 1972), p. 109-132, p. 121. Heinrich Meier, qui analyse les circonstances de l'adhésion de Schmitt au parti national-socialiste, estime aussi que l'antisémitisme de celui-ci a été constant et se manifeste encore (plus discrètement) après 1945 (*op. cit.*, note 11, p. 231-237).

⁴⁴ Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, Die dreigliederung der politischen Einheit (Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933), p. 30 ; *Der Begriff des Politischen*, 3. Aufgabe, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933) ; « Die Verfassung der Freiheit », 40 *Deutsche Juristen-Zeitung* (1935), 1134 ; « Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist », 41 *Deutsche Juristen-Zeitung* (1936), 1194 ; *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938), p. 106, 109.

Le *Glossarium* n'est pas exempt de traits antisémites. Mais ils n'ont pas la virulence des textes antérieurs. Ils sont plutôt l'expression du sentiment d'injustice éprouvé par l'auteur après 1945. Les juifs revenus en Allemagne ne se distinguent par rien d'essentiel des émigrés rentrés au pays pour demander des comptes à ceux qui y sont restés et pour réclamer de substantielles indemnités (23 novembre 1947, 13 mars 1948, 5 octobre 1948, 4 juillet 1949). Comme il affiche rejet et mépris de Hitler, il déclare préférer l'hostilité de celui-ci à l'amitié des émigrés (24 avril 1949). Un ressentiment particulier l'anime à l'égard des officiers de l'armée d'occupation qui l'ont interrogé et qui n'étaient pas américains mais juifs (17 août 1949). Même aigreur à l'égard d'autres catégories d'émigrés, Thomas Mann (1^{er} mai 1949, 15 juillet 1949, 26 juillet 1949, 13 août 1949), y compris ceux qu'il avait auparavant admirés, Georges Bernanos (5 octobre 1948), Jacques Maritain (8 octobre 1947, 5 juin 1948, 21 août 1949). Assez étrangement, à l'égard de Hans Kelsen qu'il avait vicieusement attaqué à l'époque du national-socialisme le ton est plus mesuré (9 novembre 1947, 11 décembre 1947).

Sur le dictateur, responsable de tant de massacres et qui avait conduit l'Allemagne à la catastrophe, il n'a pas un jugement sain. Lors d'un interrogatoire par un officier américain à la question « Vous vous sentiez supérieur à Hitler », il donne la réponse suivante : « Intellectuellement de façon infinie. Il était pour moi si inintéressant que je ne veux pas parler là-dessus ». Dans un document daté du 21 avril 1947 et remis à la même autorité, il écrit : « Je n'ai jamais échangé un mot avec Hitler ».⁴⁵ Dénégation sans doute conforme à la réalité mais qui s'explique par l'insuffisant crédit de Schmitt auprès du dictateur, ce qu'il avoue naïvement dans le *Glossarium* : « Il était trop ignorant pour me remarquer » (3 octobre 1947). La même *Glossarium* revient à de nombreuses reprises à Hitler, mais jamais en des termes qui incluent un jugement éthique sur la personne et l'action du dictateur. Il critique comme une folie les hostilités lancées contre l'Union soviétique (20 septembre 1947). Il tient les Nazis pour des disciples de Darwin (28 septembre 1947) ou de Nietzsche (13 juin 1948). Il compare Hitler à Lassalle (31 octobre 1947), le rapproche de Max Stirner (22 novembre 1947), fait remonter la doctrine raciste à Goethe (21 décembre 1947). Hitler est sans doute coupable de crimes, mais qui trouvent leur cause dans les actes criminels de ceux qui l'ont précédé (18 avril 1948, 20

⁴⁵ *Ex captivitate salus – Expériences des années 1945-1947*, Textes présentés, traduits et annotés par A. Doremus (Vrin, éd. 2003), p. 41-48.

août 1948, 4 mars 1949, 23 août 1949), il n'a pas lancé la bombe atomique (4 juillet 1948, 18 avril 1948).

Si opportuniste que puisse paraître la carrière de Carl Schmitt, sa pensée théorique n'a jamais dévié d'un conservatisme radical.⁴⁶ Il a adhéré au national-socialisme parce que c'était le pouvoir mais aussi parce que, comme à tant d'autres bourgeois allemands de l'époque, Hitler lui a paru le plus apte à lutter contre le bolchevisme et les forces de gauche. Pas plus que Heidegger ne se verra reconnaître le statut de philosophe du nouveau régime, Schmitt n'a réussi à évincer les nombreux professeurs de droit – certains, nazis de moins fraîche date – en compétition pour la place de meilleur interprète de la volonté du *Führer*. La principale déception de Schmitt entre 1933 et 1945 fut de ne pas être reconnu à sa juste valeur. Il n'a pas exercé une influence déterminante ni au moment de la prise de pouvoir (il appartenait alors à une mouvance conservatrice hostile à Hitler) ni durant les années qui suivirent. Mais il s'acquitta avec zèle de la fonction secondaire qu'on avait bien voulu lui confier. Rien de plus révélateur de sa servilité que les termes dans lesquels il annonce dans le numéro du 1^{er} juin 1934 du *Deutsche Juristen-Zeitung* que le *Reichsführer des Deutschen Rechtsfront*, le ministre d'Etat Dr. Frank, l'a placé à la tête du *Fachgruppe Hochschullehrer des Nazionalistischen Deutschen Juristenbundes* et l'a désigné comme rédacteur en chef de la revue. A ce moment il est *Staatsrat* et professeur à Berlin. C'est l'apogée de sa carrière. Ses diatribes antisémites ne lui apportèrent pas le prestige qu'il en attendait et auraient dû définitivement le déconsidérer. Son œuvre a néanmoins suscité un renouveau d'intérêt – jusqu'aux Etats-Unis⁴⁷ – et on ne saurait dire qu'il

⁴⁶ Sur l'activité politique de Schmitt au service de la droite la plus conservatrice durant l'année 1932, voir : Heinrich Mutt, « Carl Schmitt in der deutschen Innenpolitik des Sommers 1932 », *Historische Zeitung*, Beiheft 1 (1971), 75-147 ; Andreas Koenen, *Der Fall Carl Schmitt, Sein Aufstieg zum « Kronjuristen des Dritten Reiches »* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995), p. 27-221 ; Helmut Quaritsch, *Positionen und Begriffe Carl Schmits* (2. Aufl. 1991, Duncker und Humblot), p. 36-82. Les publications doctrinales de Schmitt pendant les dernières années de Weimar suivent la même orientation que ses activités politiques : le revendication d'un Etat fort, qui ne se laisse pas diviser par la fausse idée du pluralisme interne, la notion de pluralisme ne convenant qu'à la coexistence d'Etats indépendants étant chacun l'expression de l'unité nationale. Voir notamment : « Staatsethik und pluralistischer Staat » (discours prononcé à une réunion de la Kant-Gesellschaft le 22 mai 1929 à Halle et reproduit dans « *Positionen...* », p. 151-165) ; « Die Wendung zum totalen Staat » (1931, *ibid.*), p. 166-178 ; « Übersicht über die verschiedenen Bedenkungen und Funktionen des Begriffes der innerpolitischen Neutralität des Staates », *ibid.*, p. 179-183 . Ces deux derniers textes ont été incorporés à l'ouvrage *Der Hüter der Verfassung*. Les deux activités de Schmitt se rejoignent quand il accepte de défendre le gouvernement du Reich dans le procès qui l'oppose à la Prusse et dont l'issue contribua à la dislocation du fédéralisme allemand. Son discours de clôture a été publié dans *Positionen...*, p. 204-210.

⁴⁷ Voir notamment : « Carl Schmitt : Legacy and Respect : An International Conference in New York City », 21 *Cardozo Law Review* (2000), 1409 ; D.A. Jenny Telman, « Should we Read Carl Schmitt

continue seulement à séduire la droite conservatrice. Des écrivains d'extrême gauche, notamment en Italie⁴⁸, ont remis sa pensée en lumière. Cela s'explique par une constante de la doctrine de Schmitt, l'antilibéralisme.⁴⁹ Au libéralisme du XIXe siècle qu'il abhorre et à la Constitution de Weimar qui, selon un mot de Rathenau, aurait pu avoir été conçue en 1848⁵⁰, il oppose les deux seules forces aptes à rétablir l'Etat, le bolchevisme et le fascisme.⁵¹

Une lecture attentive de son principal ouvrage de droit international ne confirme guère l'opinion trop avantageuse qu'il donnait de lui-même en 1945 :

*Ich bin heute – trotz Quincy Wright – der einzige Rechtslehrer dieser Erde, der das Problem des gerechten Krieges, einschliesslich leider des Bürgerkrieges, in allen seine Tinten und Gründen erfasst und erfahren hat.*⁵²

Der Nomos der Erde expose une période révolue du droit de la guerre et qui était déjà dépassée au moment de sa rédaction et de

Today ? », 19 *Berkeley Journal of International Law* (2001), 127-160 ; Ellen Kennedy, « 'Hostis Non Inimicus', Toward a Theory of the Public in the Works of Carl Schmitt », 10 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (1997), 35-47 ; Gabriel L. Negretto and Joe Antonio Aiguilar Rivera, « Liberalism and Emergency Power in Latin America, Reflections on Carl Schmitt and a Theory of Constitutional Democracy », 21 *Cardozo Law Review* (2000), 1797-1823 ; Martti Koskienniemi « Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations », in : M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics : Essays in International Law and International Relations* (2000), p. 27-34 ; Anthony Carty, « Carl Schmitt's Critique of Liberal International Legal Order Between 1933 and 1945 », 14 *Leiden Journal of International Law* (2001), 25-76 ; Mark Lilla, « The Enemy of Liberalism », *The New York Review of Books*, May 15, 1997, 38-44.

⁴⁸ Voir notamment : A. Capone, « Introduzione ai lavori », in *Tradizioni e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, a cura di Roberto Racinaro (Ed. Scientif. Ital., 1987), p. 7-8 ; Claudio Bonvecchio, *Il politico impossibile*, Soggetto, ontologia mito in Carl Schmitt (G. Giapichelli, Torino, 1990) ; Emanuele Castucci, *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt* (G. Giapichelli, Torino, 1991) ; Bruno Iorio, *Analisi del decisionismo*, Carl Schmitt e la nostalgia del tirano (Quaderni della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Napoli, n° 24, Giannini ed. Napoli, 1987) ; Luigi Mistrorigo, *Carl Schmitt*, Dal « decisionismo » al « nomos della terra », (Ed. Studium, Roma, 1993) ; Michele Nicoletti, *Trascendenza e potere*, La teologia politica di Carl Schmitt (Marcelliana, Brescia, 1990).

⁴⁹ Sur l'antilibéralisme de Schmitt, voir notamment : Bernd Rüthers, *Carl Schmitt im Dritten Reich*, Wissenschaft als Zeitgeist-Verstärkung (2. Aufl. Beck, München, 1990), p. 103-105, 177 ; Justus Wenzel, « Die Dissoziation und ihr Grund. Überlegungen zum Begriff des Politischen », in *Die Autonomie des Politischen*, Carl Schmitt's Kampf um einen beschädigten Begriff (VCH, Weinheim, 1990), p. 13-36. Dans son ouvrage de 1938 sur Hobbes (note 11), Schmitt s'acharne sur Spinoza qui est infecté d'une double tare : Juif et libéral (*des ersten liberalen Juden*, op. cit. note 11, p. 86). Plus loin encore (p. 88), il le désigne comme « *Der jüdische Philosoph* ».

⁵⁰ Schmitt ne méprise pas moins la constitution de Bonn : *Glossarium*, 15 avril 1948, 1^{er} mai 1949, 20 juillet 1949.

⁵¹ Voir notamment « Wesen und Werden des faschistischen Staates », 53 *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 107-113, reproduit dans *Positionen...*, p. 124-130.

⁵² *Ex captivitate salus* (note 1), p. 11-12.

sa publication. Il s'agit d'une tentative adroite de réhabiliter la politique belliqueuse de l'Empire wilhelminien en s'abstenant prudemment d'étendre l'exercice au Troisième Reich, ce qui aurait été incomparablement plus difficile.⁵³

Réflexions finales

Les lacunes manifestes de l'ouvrage de Carl Schmitt ne doivent pas dissimuler quelques notables apports à l'histoire du droit international. Plusieurs éléments de la synthèse qu'il propose ont connu après sa mort un regain d'actualité.

Il introduit entre le droit international (ou droit intereuropéen) qui a pour sujets et pour organes des Etats et une société marchande autonome une distinction qui offre une image adéquate de la situation mondiale actuelle. Sans qu'il s'explique très clairement sur ce point, il n'est guère favorable au développement d'un marché d'échanges généralisé, expression la plus vivante du libéralisme qu'il déteste et il est hostile au primat de la technique⁵⁴, point sur lequel il est en harmonie avec Heidegger.⁵⁵ La théorie du *Grossraumordnung* correspondait certes à la politique expansionniste pratiquée par l'Allemagne de l'époque wilhelminienne mais elle ne décrit pas moins bien la concurrence des deux blocs durant « la guerre froide » entre les Etats-Unis et l'Union soviétique. Il est vraisemblable qu'il aurait jugé excessive et insupportable la prépondérance actuelle d'une puissance autre que l'Allemagne et non-européenne de surcroît. La société internationale envisagée par Schmitt est nécessairement multipolaire et elle se compose d'une pluralité de protagonistes parmi lesquels se détache une poignée de grandes puissances.

S'enfermant dans une conception – dépassée – de la guerre réglée, il récuse certes la doctrine de la guerre juste mais il ne pouvait davantage accepter la prohibition de la guerre d'agression très

⁵³ On a retrouvé après la mort de Schmitt le texte (dicté) d'une consultation faite à Berlin durant l'été 1945 et terminée le 25 août : *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz « Nullum crimen, nulla poena sine lege »*. Ce texte a été publié en 1994 par Helmut Quaritsch (Duncker und Humblot, Berlin). La consultation avait été demandée par « un homme d'affaires », Friedrich Flick, mais elle ne fut jamais produite devant un tribunal parce que la personnalité de son auteur n'aurait pas été favorable à la défense (p. 139).

⁵⁴ Dans le *Leviathan* de Schmitt (note 11), l'attaque est frontale contre la religion de la technique, la *machina machinarum* qui trouve son origine dans la philosophie du XVIIe siècle, de Bacon et Descartes à Hobbes (p. 53, 54, 62, 63-64).

⁵⁵ Comp. Martin Heidegger, *Holzwege* (Vitt. Klostermann, Frankfurt/M, 1950), p. 269-272 ; *Die Technik und die Kehre* (Neske, 2. Aufl. 1962).

fermement portée par la Charte des Nations Unies. Limité au seul cas de légitime défense, pareil recours à la force armée lui aurait paru trop restrictif et le qualificatif de « légitime » que contient le texte français de la Charte avec son renvoi inévitable à un concept éthique indéterminé aurait justifié les mêmes critiques que l'épithète « juste » de la doctrine théologique de la guerre. Qu'un Etat puisse être dépossédé de l'exercice inconditionnel de son *ius belli* par un organe des Nations Unies aurait encouru les mêmes critiques que celles qu'il a adressées à la Société des Nations. Les limites temporelles dans lesquelles il a enfermé son ouvrage l'ont dispensé d'étendre son analyse au droit international de la Charte des Nations Unies.

Un dernier problème qui indique une forme de prescience de Carl Schmitt a pour objet la guerre faite à distance et avec des moyens qui étaient insoupçonnables à l'époque où il écrivait. L'utilisation de l'arme atomique était certes incompatible avec sa condamnation de la guerre d'anéantissement, mais il n'a pas voulu saisir l'occasion de se prononcer sur ce point. En revanche, sa nostalgie du « théâtre d'opérations » (*Schauplatz des Kriegeres*) qui correspond à une vision archaïque de la guerre elle-même, limitée à un « corps à corps » sur le mode du duel, anticipe les guerres les plus récentes, notamment au Kosovo et en Iraq. L'inégalité des combattants est incompatible avec une forme d'égalité des armes qui paraît inhérente à la « guerre réglée » (*gerechter Krieg*) mais il ne s'agit pas tant de la disparition du théâtre d'opérations que de l'aptitude d'un des combattants à se tenir en dehors du théâtre qu'il a délibérément choisi et, par conséquent, de rester à l'abri des coups de l'adversaire. La guerre à distance n'est pas seulement incompatible avec un principe du *ius in bello*, l'égalité des risques auxquels sont soumises les forces armées des deux belligérants, mais elle peut se révéler inefficace. Certains avantages ne peuvent être conquis que sur le terrain et non du haut du ciel ou à l'aide d'armes soustraites à toute riposte effective. Les difficultés d'aujourd'hui rencontrées par les armées américaines en Irak en sont une illustration convaincante.

François Rigaux