

5.

La question de la possibilité d'une protection juridictionnelle de la constitution s'inscrit, d'un point de vue systématique, non seulement dans le contexte de la théorie constitutionnelle, mais également dans celui de la théorie générale de l'État.

À propos de la justice en tant que pouvoir étatique, Montesquieu a formulé ce principe étrange et maintes fois interprété, selon lequel ce pouvoir est « *en quelque façon nul* » [en français dans le texte]⁶¹. Rudolf Smend interprète cette formule dans le sens de sa théorie de l'intégration et affirme que cette partie du système des pouvoirs étatiques est au service « non pas de la valeur d'intégration, mais de la valeur du droit ». Bien entendu, toute activité étatique doit produire un effet d'intégration, et même la justice « intègre », mais d'après Smend, la constitution libère explicitement de cette fonction, en la rendant indépendante à l'égard des organes de direction de l'État ; ainsi, la justice sert à l'intégration, non pas de la communauté étatique, mais de la communauté juridique⁶². Cependant, faire ainsi de la justice une partie essentielle et indépendante de la constitution étatique est désormais bien une caractéristique de la constitution d'un État de droit bourgeois ; et c'est précisément en cela que la constitution de l'État de droit bourgeois s'oppose à d'autres constitutions, comme celle d'un État prolétarien soviétique ou celle d'un État fasciste⁶³, bien que l'indépendance des juges existe pour ainsi dire par nature et en soi dans tout État, lorsque les conditions sont normales et prévisibles, et quelle que soit la forme de l'État, de sorte que l'indépendance des juges ne constitue absolument pas une conquête de la constitution de l'État de droit bourgeois. Mais la seule conséquence, d'ailleurs clairement mise en évidence chez Smend, c'est que la justice a sa propre sphère qui doit être respectée absolument, en particulier dans un État de droit bourgeois, aussi longtemps du moins qu'est respectée la constitution qui institue ce type d'existence étatique. Ce serait en revanche une erreur de soumettre à la justice l'État dans sa totalité, et de croire

61. C. de S. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XI, 6, à propos de l'interprétation historique de cette phrase : E. KAUFMANN, *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1903, Leipzig, p. 33 ; C. SCHMITT, *Die Diktatur*, Leipzig, München, 2^e édition, 1928, p. 109. Au même moment et non sans une certaine duplicité lourde de sens, R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, *op. cit.*, p. 99, et C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, *op. cit.*, p. 76, notes 185 et 196, ont repris cette phrase comme point d'ancrage pour des analyses de théorie constitutionnelle.

62. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, *op. cit.*, p. 99 et *sq.*

63. Lors du procès Schacht à Moscou (juin 1928), ce sentiment en faveur de l'État de droit s'est manifesté jusque dans les journaux bourgeois, qui considèrent en temps normal que c'est progressiste de « punir non pas l'acte, mais l'auteur ».

que l'idéal de l'État de droit se réalise lorsqu'une cour de justice se prononce sur les lignes directrices de la politique et sur le contenu des lois, d'après les plaidoiries des « parties ». Précisément, l'État de droit bourgeois ne peut exister que si le domaine spécifique de la justice est délimité de manière stricte et consciencieuse. Tant qu'un État est une union politique et non pas uniquement un compromis de facteurs relevant de la politique intérieure ou même de la politique extérieure, la constitution sera la constitution de l'État et non la constitution des tribunaux. Une expansion sans retenue de la justice ne transformerait pas l'État en juridiction mais, inversement, les tribunaux en instances politiques. Cela ne judiciariserait pas la politique, mais politiserait la justice. La justice constitutionnelle serait alors une contradiction en soi. Même Triepel affirme : « La nature de la constitution est, dans une certaine mesure, en contradiction avec la nature de la justice constitutionnelle » (Congrès des professeurs de droit public, 1928).

Mais le problème peut être traité non seulement du point de vue du statut général de la justice au sein de l'État, mais également en considérant l'État lui-même, au regard de sa spécificité concrète. Toutes les théories de l'État et toutes les constructions politiques, si tant est qu'elles soient l'expression vivante de cette grandeur fatidique en permanente mutation que l'on nomme « l'État », peuvent en effet être classées selon le domaine qui constitue pour elles le cœur et la substance même de la vie étatique. Il existe une conception de l'État selon laquelle le pouvoir étatique, c'est essentiellement la *jurisdiction (jurisdictio)* ; c'était la définition au Moyen Âge⁶⁴ et c'est aujourd'hui encore la formulation retenue par le Corpus Juris Canonici de l'Église catholique romaine⁶⁵, sachant que la potestas de cette Église n'est pas déterminée elle-même par la figure du juge, mais par l'image du berger et du troupeau. On pouvait assimiler l'État à la juridiction, aussi longtemps que l'on croyait à des normes intrinsèques absolues, dont la découverte et l'application seules rendent possible une juridiction absolue. L'État européen moderne, qui commence à la Renaissance et cesse aujourd'hui d'être moderne, l'État « absolu » des XVII^e et XVIII^e siècles, cet État est essentiellement l'État du pouvoir exécutif, qui repose sur les fonctionnaires et l'armée ; sa *ratio*, la *ratio status* [l'auteur souligne], ne réside pas dans des normes, mais dans son existence politique concrète⁶⁶. La bourgeoisie libérale a combattu cet État absolu au nom de l'État de droit. Concrètement, il s'agissait d'un combat contre l'exécutif ; il prit fin

64. Voir la remarque de R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, op. cit., p. 99, sur « l'État de juridiction » du Moyen Âge ou du monde anglo-saxon.

65. Par exemple, Can. 196 (potestas jurisdictionis seu regiminis), 218 (Romanus Pontifex comme titulaire de la *supremae plena potestas jurisdictionis*), etc.

66. L'ouvrage de F. MEINECKE, *Idee der Staatsraison*, 1924, mériterait à mon sens d'être complété en tenant compte de cette perspective de théorie générale de l'État, et ceci d'autant plus que le livre de Meinecke s'en tient lui-même à la seule sphère de la normativité.

au XIX^e siècle, avec la soumission de l'exécutif à la loi. À présent, le noyau de l'État se déplace vers le *législatif* [l'auteur souligne]. L'État devient un État légal (que l'on confond aisément avec la notion d'État de droit, si l'on considère le concept de loi d'un point de vue formel, et bien qu'il s'agisse de deux notions complètement différentes). L'État parlementaire-démocratique contemporain a son centre de gravité dans le pouvoir législatif. Bien entendu, un État réduit au *seul* pouvoir judiciaire ou au *seul* pouvoir exécutif ou encore au *seul* pouvoir législatif serait inconcevable ; dans la réalité de la vie politique, on en arrive toujours à un mélange et, en ce sens, tout État est un *status mixtus*⁶⁷. Cependant, malgré l'inévitable cortège de combinaisons, d'équilibrages et de mélanges, le centre de gravité de chaque État qui existe concrètement peut toujours être localisé clairement dans un domaine particulier – juridiction, exécutif ou législation. Une théorie de l'État digne de ce nom devra prendre conscience de cette situation simple et de la particularité de l'État contemporain⁶⁸. L'État européen contemporain, avec ses contradictions et conflits d'intérêts sociaux, et plus particulièrement l'État industriel avec sa « structure sociale équilibrée⁶⁹ » entre la bourgeoisie et les travailleurs, cet État ne peut être dissous dans le pouvoir judiciaire, sans se voir dissous lui-même. Il est assurément nécessaire de protéger la constitution et de préserver les limites de la compétence législative contre l'usage abusif de la forme législative. Simplement, il ne faut pas confondre la protection particulière des intérêts particuliers protégés par constitution, qui découle de l'ouverture de la voie de droit, avec la protection de la constitution elle-même, et surtout, il faut toujours garder à l'esprit la relation indissociable qui existe entre indépendance des juges et soumission au contenu des normes. Aussi utile que soit, dans un champ d'action donné, une instance interprétative dont les décisions ont force de loi, cela ne permet pas d'atteindre une justice constitutionnelle générale. La valeur relative et la nécessité pratique de tels efforts qui tendent vers une conception homogène et qui visent la protection des intérêts protégés plus particulièrement par la constitution, ne doivent pas être ignorées. Mais il me semble inquiétant de lutter contre l'usage abusif de la forme

67. Concernant la théorie du *status mixtus* : C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, op. cit., p. 202 et sq. La théorie de l'intégration de Rudolf Smend ne concerne en réalité que l'État parlementaire-démocratique moderne, qui met l'accent sur le législatif ; voir ci-dessus, note 11.

68. Du point de vue de ces rapports de système, il faut souligner le caractère particulièrement notable et pertinent de l'affirmation de Richard Thoma mentionnée ci-dessus, qui précise que l'une des « tendances typiques » de l'État contemporain, c'est que la « décision » est prise par le pouvoir législatif. Et j'interprète la phrase de Thoma dans son article « Staat » comme une exagération de cette découverte : « C'est la caractéristique de l'ordre juridique (?) de « l'État moderne » : la norme fondamentale non écrite de son (!) droit constitutionnel autorise et habilite à légiférer *de manière potentiellement illimitée* » (*Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, tome VII, p. 747).

69. O. KIRCHHEIMER, *ZPolit*, n° 17, 1928, p. 596.

législative, en instituant un usage abusif de la forme juridictionnelle. Pour citer Guizot⁷⁰ – l'un des représentants les plus emblématiques de la pensée bourgeoise de l'État de droit – dans une telle entreprise, « la justice aurait tout à perdre et la politique rien à gagner ».

L'article est achevé en août 1928 et publié en 1929 dans *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Volume 1, p. 154-178 (Éditions W. de Gruyter & Co., Berlin et Leipzig). J'ai continué à développer le thème du gardien de la Constitution dans un article paru en mars 1929, *AöR*, nouvelle série, n° 16, Cahier n° 2, p. 161-237. Dans mon ouvrage de 1931, *Le gardien de la Constitution*, a été ajouté un chapitre, « La situation concrète de la constitution contemporaine », qui contient des réflexions sur le pluralisme, la polycratie et le fédéralisme, ainsi que sur le passage à l'État total. La thèse du Président du Reich comme gardien de la Constitution est développée pour la première fois dans l'article évoqué ci-dessus, paru en mars 1929, *AöR*. La formule du Président du Reich comme « gardien de la Constitution » est ainsi devenue le mot-clé du système présidentieliste.

70. F. GUIZOT, *Des conspirations et de la justice politique*, Bruxelles, Meline, 1846, p. 101.