

LE VIRAGE VERS L'ÉTAT TOTAL

La situation constitutionnelle du présent se caractérise d'abord par le fait que de nombreuses dispositions et normes du XIX^e siècle ont été conservées sans changement, alors que les conditions actuelles sont totalement modifiées par rapport à l'époque précédente. Les Constitutions allemandes du XIX^e siècle sont tributaires d'une époque dont la structure fondamentale a été ramenée par le droit public allemand prépondérant en ce temps-là à une formule de base claire et d'emploi simple : la distinction entre État et société. S'y rattachent d'autres questions, qui ne nous intéressent pas ici : quelle valeur donne-t-on à l'État et à la société, l'un est-il supérieur à l'autre ou non, l'un dépend-il de l'autre et comment ? etc.

Tout cela ne supprime pas la distinction en cause. Il faut observer en outre que la notion de « société » était essentiellement polémique, et qu'elle visait, comme son contraire, la représentation de l'État concret alors existant, État monarchiste de militaires et de fonctionnaires ; face à quoi, ce qui ne relevait pas de cet État s'appelait la société, précisément. Il était possible alors de distinguer l'État de la société. L'État était assez fort pour se poser dans son autonomie face aux autres forces sociales, et ainsi définir à partir de lui les divers groupements, de sorte que les nombreuses disparités au sein de la société « libérée de l'État » — oppositions économiques, culturelles, confessionnelles — sont relativisées à partir de lui, et éventuellement à travers l'opposition commune contre lui, sans empêcher leur rassemblement pour faire une « société ».

Mais, d'un autre côté, l'État garda une attitude de large

neutralité et de non-intervention par rapport à la religion et à l'économie, et il respecta dans une large mesure l'autonomie de ces secteurs de la vie et de l'activité ; il n'était donc pas absolu au sens ni fort au point où il aurait rendu insignifiant tout ce qui n'est pas l'État. De la sorte, un équilibre et un dualisme étaient possibles ; on pouvait notamment tenir pour possible un État sans religion ni conception du monde, et même totalement agnostique, et construire une économie libérée de l'État autant qu'un État libéré de l'économie. Le point de référence déterminant resta néanmoins l'État, car ce dernier gardait sa visibilité concrète, claire et distincte. Actuellement encore, le mot polysémique de « société » est censé — si ce point a quelque intérêt ici — désigner quelque chose qui n'est pas l'État, éventuellement aussi quelque chose qui n'est pas l'Église¹. A la base de toutes les dispositions et normes importantes du droit

1. La synthèse la plus claire et la plus simple des représentations de la « société », souvent incroyablement polysémiques, se trouve chez Eduard Spranger, « Das Wesen der deutschen Universität », *Akademisches Deutschland*, III, 1, p. 9 : « Dans l'usage linguistique allemand, il est courant d'appeler " société " tout court la pléthore infinie des formes libres et organisées, spontanées et fabriquées, éphémères et durables de liens interhumains qui ne sont ni État ni Église. L'image est aussi nébuleuse que le " milieu ". » Cette remarque de Spranger vise le caractère négatif de l'idée de « société », mais, me semble-t-il, elle ne rend pas compte de la réalité historique ultérieure : dans la situation concrète du XIX^e siècle, « société » avait non seulement un sens négatif, mais aussi un sens spécifiquement politique, donc polémique, et il acquiert la précision concrète qu'un concept politique renferme du fait de son concept opposé concret. Par suite de quoi, les concepts de cette situation forgés à l'aide du mot *societas* ont généralement, dès le moment où ils prennent une signification dans l'histoire, un sens oppositionnel : non seulement « socialisme », mais aussi la « sociologie », née, comme l'a rappelé Carl Brinkmann, comme une « science d'opposition » (*Versuch einer Gesellschaftswissenschaft* [« Essai d'une science de la société »], Munich et Leipzig, 1919). Le professeur G. Wiebeck, de Berlin, attire mon attention sur un passage de l'ouvrage de L. v. Hasner, *Filosofie des Rechts und seiner Geschichte in Grundlinien* (« Esquisses de philosophie et d'histoire du droit »), Prague, 1851 : il porte le texte suivant, intéressant même pour la suite des réflexions ci-dessus, notamment pour la situation d'une société en état d'« auto-organisation » : « La société, en tant que masse désordonnée et inorganisée, n'est pas une figure éthique, mais une figure historique transitoire. Organisée, c'est une figure éthique, mais c'est en fait l'État lui-même si ce dernier doit être autre chose qu'une abstraction. »

public qui se sont développées au cours du XIX^e siècle en Allemagne et qui représentent une grande part de notre droit public, il y a, comme leur présupposé, cette distinction entre État et société. On a généralement proposé une construction « dualiste » de l'État dans la monarchie constitutionnelle allemande, avec ses représentations opposées du prince et du peuple, de la Couronne et de la Chambre, du gouvernement et de la représentation nationale : or ce n'est là qu'une expression du dualisme fondamental, plus universel encore, entre État et société. La représentation populaire, le parlement, l'organisme législatif étaient pensés comme le théâtre où la société entrait en scène et faisait face à l'État. C'est là qu'elle était censée s'intégrer dans l'État (ou que l'État était censé s'intégrer en elle)².

Dans toutes les formations conceptuelles importantes s'exprime la structure de base dualiste. La Constitution fait office de contrat entre le prince et le peuple. Le contenu essentiel d'une loi de l'État réside, aux yeux de ses promoteurs, dans le fait qu'il « intervient dans la liberté et la propriété des citoyens ». A la différence d'une ordonnance administrative, qui n'est émise qu'en direction des pouvoirs publics et des fonctionnaires, une ordonnance juridique s'adresse à tous les citoyens. Le droit budgétaire repose sur l'idée que les deux partenaires parviennent régulièrement à un accord sur le budget, et encore dans la dernière édition du manuel de Meyer-Anschütz (1919, p. 890, 897), la loi budgétaire s'appelle « accord budgétaire ». Quand on réclame ce qu'on appelle une loi formelle pour un acte administratif comme l'estimation du budget de l'État, ce qui se manifeste dans cette formalisation, qu'est-ce sinon la politisation de l'idée suivante : le pouvoir politique du parlement est

2. A titre d'exemple en représentant beaucoup, cf. Lorenz von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich* (« Histoire du mouvement social en France »), éd. par Gottfried Salomon, Munich, 1921, t. II, p. 41 : la Chambre est l'organe « grâce auquel la société contrôle l'État » ; ou encore, la remarque profonde de Rudolf Gneist, *Die nationale Rechtsidee von den Ständen* (« L'idée juridique nationale des corporations »), Berlin, 1894, p. 269 : l'exigence universelle d'un vote secret est « le signe qui ne trompe pas d'un État submergé par la société ».

suffisamment grand pour, d'un côté, arriver à faire qu'une réglementation prenne force de loi seulement à partir du moment où le parlement y a contribué ; et pour s'assurer, en même temps et d'autre part, d'un concept de loi qui fasse abstraction du contenu objectif de l'affaire en cause ; cette formalisation n'exprime donc rien d'autre que la victoire politique de la représentation nationale par rapport au gouvernement, de la société par rapport à l'État monarchique des fonctionnaires. Même l'administration autonome présuppose dans tous ses secteurs d'application la distinction entre l'État et la société ; l'administration autonome est une part de la société qui fait face à l'État et sa fonction publique ; c'est à partir de ce présupposé de base que se sont développés et formulés, au XIX^e siècle, tous ses concepts et toutes ses dispositions.

Un État « dualiste » de ce type est un équilibre entre deux formes différentes d'État : c'est simultanément un État de gouvernement et un État législatif. Il se développe d'autant plus en État législatif que le parlement, à titre d'organisme législateur, manifeste sa prééminence par rapport au gouvernement, c'est-à-dire d'autant plus que la société de ce temps-là s'avère supérieure à l'État de ce temps-là. On peut classer tous les États d'après le secteur d'activité étatique où ils trouvent l'essentiel de leur activité. Selon ce critère, il y aura des États de la justice (*Justizstaat*), ou mieux, de la juridiction (*Jurisdiktionstaat*) ; d'autre part, des États qui sont essentiellement gouvernement et exécutif, et enfin des États législatifs.

L'État médiéval et, dans une large mesure, la pensée anglo-saxonne de l'État jusqu'au sein même de l'époque présente partent de l'idée que le cœur du pouvoir d'État réside dans la capacité de juridiction. Pouvoir d'État et juridiction sont dans ce cas la même chose : on le voit encore dans la façon de s'exprimer du Code de droit canonique (par exemple, canons 196, 218 *), tout en notant, bien entendu, que l'image déterminante de l'autorité dans l'Église catholique romaine et celle de ses plus hautes fonctions n'est pas circonscrite par celle

* Les références sont celles du Code de 1917 (NdT).

d'un juge, mais par celle d'un berger veillant sur son troupeau.

L'État absolu qui prend forme à partir du XVI^e siècle est né précisément de l'effondrement et de la disparition de l'État de droit médiéval ainsi que de sa juridiction ; c'était un État pluraliste, reposant sur les corporations féodales ; désormais, l'État absolu s'appuie sur l'armée et sur les fonctionnaires. C'est pourquoi il s'agit essentiellement d'un État de l'exécutif et du gouvernement. Sa *ratio*, la *ratio status*, la raison d'État souvent mal interprétée, ne réside pas dans des normes au riche contenu, mais dans l'effectivité par laquelle il crée une situation où en réalité les normes se mettent à puiser leur validité : en effet, l'État abolit la cause de tous les désordres et guerres civiles, à la querelle autour de ce qui est juste et vaut norme. Cet État « rétablit l'ordre public et la sécurité ».

C'est seulement une fois tout cela mis en place que l'État législateur avec la Constitution bourgeoise de l'État de droit put s'insinuer dans l'État absolu. A partir de ce moment, ce qu'on appelle la situation exceptionnelle fait souvent voir ce qui constitue respectivement le cœur de l'État. L'État de la justice se sert dans ce cas d'un droit corporatiste (*Standrecht*) — ou plus exactement, de la juridiction sommaire des corporations (*Standgerichtbarkeit*) * —, c'est-à-dire d'une justice sommaire ; l'État en tant qu'exécutif fait usage avant tout du recours au pouvoir exécutif, éventuellement lié à la suspension de droits fondamentaux ; l'État législatif se sert des lois de l'état d'urgence ou de l'état d'exception, c'est-à-dire d'une procédure législative sommaire³.

* *Standrecht* signifie aujourd'hui « justice sommaire ». Nous avons repris le sens originel, comme le suggère le texte de Schmitt (*NdT*).

3. Cf. aussi, sur la situation exceptionnelle, Carl Schmitt, « Der Hüter der Verfassung » (« Le gardien de la Constitution »), *Archiv des öffentlichen Rechts*, mars 1929, p. 115 sq. Cf. Ludwig Waldecker, « Die Grundlagen des militärischen Verordnungsrechts in Zivilsachen während des Kriegszustandes » (« Les fondements du droit d'ordonnance militaire dans les affaires civiles durant l'état de guerre »), *ibid.*, XXXVI, 1917, p. 389 sq. : il voit bien les liens entre État de justice et justice sommaire*, mais en méconnaît les conséquences pour l'évolution ultérieure.

Avec ces classements et l'établissement de ces types d'États, il faut noter qu'il ne saurait y avoir un État législatif pur, aussi peu qu'un État juridictionnel pur ou un État qui ne serait rigoureusement rien d'autre qu'un gouvernement et une administration. A cet égard, tout État est une association et un mélange de ces trois genres, un *status mixtus*. Néanmoins, cette réserve faite, on parvient à une identification utile des États en partant de la sphère centrale de l'activité étatique. C'est pourquoi il est justifié et particulièrement instructif, pour le problème du gardien de la Constitution, de caractériser l'État de droit, l'État constitutionnel bourgeois tel qu'il s'est développé au XIX^e siècle comme un État législatif. Comme l'a dit très justement Richard Thoma, il appartient « aux tendances déterminantes typiques de l'État moderne que d'abandonner au législateur et d'enlever au juge » la décision, « dont il est toujours possible de contester le caractère raisonnable et la justice⁴ ».

Un État juridictionnel est possible tant que des normes au contenu déterminé peuvent être présupposées et reconnues incontestables même sans la réglementation consciente et écrite établie par un pouvoir central organisé. Dans un État législatif, en revanche, il ne saurait y avoir de justice constitutionnelle ou de juridiction d'État au titre de gardien effectif de la Constitution. C'est la raison décisive pour laquelle, dans un État de ce genre, la justice ne décide pas par elle-même dans des questions constitutionnelles ou législatives controversées.

Dans ce contexte, un passage de Bluntschli mérite d'être cité intégralement : en raison de sa clarté objective et de la lucidité de son savoir concret, on peut y voir une affirmation classique du droit public au XIX^e siècle. Bluntschli reconnaît que la Constitution, cela va de soi, vaut aussi pour la législation, et que celle-ci n'a absolument pas le droit de faire ce qui lui est

4. Cf. « Grundrechte und Polizeigewalt » (« Droits fondamentaux et pouvoirs de police »), *Festgabe für das preussische Oberwaltungsgericht*, Berlin, 1925, p. 223; une formulation un peu différente dans la déclaration faite lors de la « journée d'études du droit public » à Vienne, 1928, cf. *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, cahier 5, p. 109; cf. encore *Reichsgerichtsfestschrift*, 1929, p. 200, ainsi que *Handbuch des Staatsrechts*, t. II, p. 109, 136-137.

expressément interdit. Il n'oublie pas de porter une appréciation positive sur les raisons et les avantages de la pratique américaine de l'examen des lois par des juges. Il continue ensuite : « Mais si l'on prend en considération qu'en règle générale, le législateur est convaincu de la constitutionnalité de la loi et qu'il la désire, et que pourtant des opinions différentes se font jour très facilement à ce sujet, de sorte que si sa décision (de législateur) peut devenir objet de litige, la Cour a peut-être un autre point de vue sur ce point que le législateur ; si l'on pense que dans ce cas l'autorité du législateur devrait néanmoins reculer, non dans le principe mais dans le résultat, devant les gens de niveau inférieur des tribunaux, et que le représentant de la nation dans son ensemble, en conflit avec un unique organe du corps de l'État, devrait demeurer en retrait par rapport à ce dernier ; si l'on réfléchit à la perturbation et à la division qui sont ainsi introduites dans le cours unitaire de la vie de l'État, et si l'on se rappelle que les tribunaux, par suite de leur qualification actuelle, en appellent de préférence à la reconnaissance de normes et de rapports juridiques de droit privé, et qu'ils sont de préférence enclins à insister sur des aspects formels et logiques, alors qu'il s'agit souvent, précisément, en la présente matière, d'intérêts de droit public importants et du bien-être général — ceux que le législateur a pour tâche de connaître et de susciter : tout cela reconnu, on doit néanmoins donner la préférence au système européen, bien qu'il ne préserve pas de tous les maux et qu'il participe lui aussi de l'inachèvement de la condition humaine. Même contre des jugements injustes du tribunal suprême, il n'y a pas en règle générale de remèdes apparents. Cependant, le corps législatif possède dans sa formation les garanties les plus importantes qu'il n'exercerait pas ses compétences dans un esprit contraire à la Constitution ⁵. » La dernière phrase est décisive. Elle montre

5. Cf. *Allgemeines Staatsrecht* (« Droit public général »), 1868, t. I, p. 561-562. Il est particulièrement instructif de comparer ces lignes de Bluntschli avec l'argumentation de R. Gneist : ce dernier voit la garantie dans l'action conjointe lors de la législation, dont une monarchie héréditaire, une Haute Chambre permanente et une seconde Chambre élue sont parties prenantes ; cf. Gneist (*op. cit.*, note 2), p. 23.

que dans les représentations du XIX^e siècle, le parlement, de par sa nature et son essence, portait en lui-même la véritable garantie de la Constitution. Cette conviction appartient à la foi dans le parlement et constitue le présupposé que l'organisme législatif que représentent les porteurs de l'État ainsi que l'État lui-même sont un État législateur.

Mais cette position de l'organisme législatif n'a été possible que dans une situation déterminée. En effet, l'on y présuppose toujours que le parlement, l'assemblée législative, au titre de représentants du peuple ou de la société — les deux choses, peuple et société, peuvent être identifiés aussi longtemps que tous deux sont opposés au gouvernement et à l'État — voient devant eux un État monarchique de fonctionnaires, indépendant et fort, comme partenaire du pacte constitutionnel. Le parlement, pour autant qu'il constitue une représentation nationale, devient alors le véritable gardien et garant de la Constitution, car le partenaire du contrat, le gouvernement, ne l'a conclu que contraint et forcé. Il faut donc se méfier du gouvernement ; il fait des dépenses et réclame des contributions ; on se fait de lui une image de dépensier, alors que la représentation nationale apparaît économe, opposée aux dépenses — ce qui fut d'ailleurs, au total, réellement le cas et pouvait l'être. Car la tendance du XIX^e siècle libéral va à réduire si possible l'État au minimum, à empêcher surtout et autant que faire se peut ses interventions et ses incursions dans l'économie, à s'efforcer en général de le neutraliser par rapport à la société et à ses intérêts contradictoires, afin que la société et l'économie prennent leurs décisions pour leur secteur selon leurs principes immanents.

Dans le libre jeu des opinions sur la base d'une libre concurrence, naissent des partis dont la discussion et le conflit des opinions créent l'opinion publique et déterminent ainsi le contenu de la volonté de l'État ; dans le libre jeu des forces sociales et économiques domine la liberté de marché et de contrat, qui semble assurer le maximum de prospérité économique : en effet, le mécanisme automatique de l'économie libre et du marché libre se guide et se régule lui-même selon des lois

économiques (l'offre et la demande, l'échange de prestations, la formation des prix, l'épargne réalisée dans l'économie nationale). Les droits civiques fondamentaux et les droits à la liberté, en particulier la liberté personnelle, la liberté d'exprimer ses opinions, la liberté de contracter, de commercer et de concurrencer, la propriété privée, donc les points de repère proprement dits de la pratique, évoquée ci-dessus, de la Cour suprême des États-Unis, tout cela présuppose un tel État neutre, qui fondamentalement n'intervient pas, entrant en scène tout au plus aux fins de rétablir les conditions perturbées de la libre concurrence.

Cet État fondamentalement neutre, dans le sens libéral et non interventionniste par rapport à la société et à l'économie, reste le présupposé de la Constitution, même lorsque sont admises des exceptions pour la politique sociale et culturelle. Mais il se transforma de fond en comble, et en proportion égale, quand disparut la tension de la structure dualiste évoquée ci-dessus, entre État et société, gouvernement et peuple, et quand l'État législateur prit sa figure accomplie. Car voici que l'État devient « l'auto-organisation de la société ». Ainsi tombe, comme on l'a dit, la distinction, toujours présupposée jusque-là, entre État et société, gouvernement et peuple, et tous les concepts et dispositions (loi, budget, administration autonome) élaborés sur ce présupposé deviennent alors des problèmes neufs.

Mais, dans le même temps, une question plus considérable et plus profonde se fait jour. Si la société s'organise pour devenir elle-même l'État, si l'État et la société sont censés être fondamentalement identiques, alors tous les problèmes sociaux et économiques deviennent des problèmes immédiatement étatiques, et il est impossible alors de distinguer entre des secteurs objectifs de nature politique et étatique, et des secteurs sociaux échappant à la politique. Toutes les oppositions en vigueur jusque-là et placées sous le présupposé de l'État neutre, oppositions qui découlent de la distinction entre État et société et qui sont simplement des applications et des cas délimités de cette distinction, toutes ces oppositions cessent. Des couples

antithétiques comme État et économie, État et culture, État et formation, ou encore politique et économie, politique et école, politique et religion, État et droit, politique et droit — tous ces couples ont un sens lorsque des entités ou des domaines concrets, séparés par leur objet, leur correspondent ; ils perdent désormais leur sens et deviennent sans objet.

La société devenue l'État devient un État dirigiste en économie et pour la culture, un État d'assistance, de bien-être, de prévoyance ; l'État devenu l'auto-organisation de la société et devenu impossible à séparer d'elle par son objet accapare tout le social, c'est-à-dire tout ce qui concerne la vie commune des gens. Il n'existe plus dans cette vie de secteur devant lequel l'État pourrait observer une stricte neutralité au sens d'une non-intervention. Les partis, où s'organisent les différents intérêts et tendances sociaux, sont la société elle-même devenue État des partis, et comme il existe des partis à détermination économique, confessionnelle, culturelle, il n'est plus possible à l'État non plus de rester neutre face à l'économique, au confessionnel et au culturel. Dans l'État devenu l'auto-organisation de la société, il n'y a tout simplement rien qui ne soit, du moins potentiellement, étatique et politique.

La notion d'armement potentiel d'un État, inventée par des juristes et des militaires français, embrasse tout, non seulement le domaine militaire au sens étroitement technique du mot, mais encore les préparatifs industriels et économiques de la guerre, et même la formation et la préparation morale et intellectuelle des citoyens : de même, l'État nouveau dont nous parlons embrasse toute chose. Pour désigner ce processus étonnant, Ernst Jünger a introduit une formule très prégnante : la mobilisation totale. Sans revenir sur le contenu et la justesse qui s'attachent, dans le cas particulier, à ces formules d'« armement potentiel » et de « mobilisation totale », on aura intérêt à prendre en compte le constat très significatif qu'elles renferment et à en faire le meilleur usage. Car elles expriment quelque chose de global et indiquent un changement vaste et profond : la société qui s'organise elle-même dans l'État est en voie de passer de l'État neutre du XIX^e siècle libéral à un État potentiellement total. Ce

grand virage peut être reconstruit comme un moment d'une évolution dialectique qui compte trois étapes : de l'État absolu des XVII^e et XVIII^e siècles à l'État total de l'identité entre État et société, en passant par l'État neutre du XIX^e siècle libéral.

Le virage le plus frappant apparaît dans le domaine économique. On peut partir sur ce point d'un constat reconnu et incontesté : tant par rapport aux dimensions de la réalité d'avant-guerre que dans le rapport actuel à l'économie libre et privée, c'est-à-dire non publique, la gestion des finances publiques a pris une extension telle qu'on se trouve non seulement devant un accroissement quantitatif, mais encore devant un changement qualitatif, un « changement structurel » ; tous les secteurs de la vie publique, et pas seulement, par exemple, les affaires immédiatement financières et économiques, sont saisis par ce mouvement. Les chiffres qui indiquent la transformation, par exemple l'estimation chiffrée souvent citée pour l'année 1928, selon laquelle 53 % du revenu national sont contrôlés par les pouvoirs publics⁶, ces chiffres sont-ils statistiquement justes ? Point n'est besoin de répondre ici à cette question, car le phénomène global est incontestable et incontesté.

Dans une synthèse sur la redistribution financière⁷, un expert de grande autorité, le secrétaire d'État J. Popitz, part du constat que dans les faits, pour la plus grande part du revenu national distribué, le mécanisme autorégulé de la libre économie et du

6. Ce chiffre est évalué dans les *Vierteljahrsheften für Konjunkturforschung*, t. 5, 1930, cahier 2, p. 72 ; il est utilisé et mis en valeur par J. Popitz par exemple (cf. note suivante), G. Müller-Oerlinghausen, dans son exposé sur la crise économique du 4 novembre 1930, *Mitteilungen des Langnamvereins*, année 1930, nouvelle série, cahier 19, p. 409 ; cf. Otto Pfleiderer, *Die Staatswirtschaft und das Sozialprodukt* (« L'économie nationale et le produit social »), Iéna, 1930, et Manuel Saitzew, *Die öffentliche Unternehmung der Gegenwart* (« L'entreprise publique aujourd'hui »), Tübingen, 1930, p. 6.

7. Sous le titre : « L'équilibre financier et sa signification pour la situation financière du Reich, des Länder et des communes » ; cf. *Veröffentlichungen des Reichsverbandes der deutschen Industrie*, Berlin, 1930, p. 6 ; cf. en outre : « Der öffentliche Finanzbedarf und der Reichssparkommissar » (« Les besoins financiers et le commissaire du Reich à l'épargne »), *Bankarchiv*, XXX, cahier 2, 15 octobre 1930, p. 21.

libre marché est hors circuit, et à sa place est intervenue « l'influence déterminante d'une volonté fondamentalement extra-économique, en l'occurrence la volonté de l'État ». Un autre connaisseur de très haut niveau, commissaire du Reich à l'épargne, le ministre Saemisch, disait que c'est la gestion des finances publiques qui exerce l'influence décisive sur la situation politique allemande⁸. Du côté des sciences économiques, on a proposé, me semble-t-il, une formulation extrêmement juste pour exprimer l'opposition du système en vigueur jusqu'à présent à l'actuel système : d'un système de prise de parts (où seule une part du revenu national, une sorte de dividende pris sur le bénéfice net, revient à l'État), on est passé à un système de contrôle où, par suite des relations intenses entre gestion financière et économie nationale, par suite du fort accroissement autant des charges de l'État que de ses dépenses au titre de participant et de redistributeur du revenu national, au titre de producteur, de consommateur et d'employeur, l'État est un acteur essentiel de l'économie nationale. Cette formule proposée par Fritz Karl Mann dans un intéressant et important essai intitulé *Die Staatswirtschaft unserer Zeit* (« L'économie d'État à notre époque », 1930), n'est utilisée elle aussi qu'à titre de formule, sans entrer par ailleurs dans une critique de l'économie nationale. Ce qui est décisif ici pour la réflexion théorique sur l'État et la Constitution, c'est que le rapport de l'État à l'économie est aujourd'hui l'objet propre des problèmes de politique intérieure, et que les formules reçues de l'État d'autrefois, établies sur la séparation de l'État et de l'économie, ne sont propres qu'à faire illusion sur ce constat.

Dans tous les États modernes, les rapports entre État et économie constituent l'objet propre des questions de politique intérieure les plus actuelles. Ils ne sont plus susceptibles de recevoir une réponse avec le vieux principe libéral d'absolue non ingérence, d'absolue non-intervention. Abstraction faite

8. Cf. *Deutsche Juristenzeitung*, 1^{er} janvier 1931, colonne 17 ; cf. aussi « Der Reichsparkommissar und seine Aufgabe » (« La tâche du commissaire du Reich à l'épargne »), *Finanzrechtliche Zeitfragen*, t. 2, Berlin, 1930, p. 12.

d'exceptions peu nombreuses, c'est sans doute là un fait universellement reconnu. Dans l'État actuel, et d'autant plus qu'il s'agit d'un État industriel moderne, les questions économiques représentent l'essentiel des difficultés de politique intérieure, et la politique intérieure et extérieure est pour une large part une politique économique, et, en l'occurrence, il ne s'agit pas uniquement de politique douanière et commerciale ou de politique sociale. Quand l'État légifère « contre les abus de positions économiques dominantes » (ainsi de l'ordonnance allemande sur les cartels, du 2 novembre 1923), cette formulation reconnaît tout simplement la notion et l'existence d'une « puissance économique » du fait de l'État et de la loi.

L'État dispose aujourd'hui d'un droit du travail très étendu, d'une fixation des prix et d'un arbitrage des pouvoirs publics en cas de conflits sur les salaires, moyennant quoi il exerce une influence déterminante sur les salaires ; il assure des subventions gigantesques aux diverses branches de l'économie ; c'est un État de bien-être et de prévoyance, et du fait même il est simultanément, à un degré considérable, un État fiscal et un État dépensier. De surcroît, en Allemagne, c'est un État réparateur, qui doit réunir par milliards des tributs payés aux États étrangers. Dans une situation de ce genre, l'exigence de non-intervention devient une utopie et même une contradiction en soi. Car la non-intervention signifierait que dans les oppositions et les conflits sociaux et économiques, auxquels on met fin aujourd'hui avec des moyens qui sont loin d'être purement économiques, on laisse la voie libre aux divers groupes dominants. Dans une telle conjoncture, la non-intervention n'est rien d'autre qu'une intervention en faveur des plus forts et des plus cyniques, et une fois encore est démontrée la simple vérité du mot si paradoxal, en apparence, de Talleyrand, à propos de la politique extérieure : la non-intervention est une notion périlleuse, elle signifie à peu près la même chose que le mot intervention.

Dans le tournant vers l'État économique réside la transformation la plus frappante par rapport aux représentations de l'État au XIX^e siècle. Dans d'autres secteurs, on peut observer la même

tendance, même si par suite de la prédominance écrasante des difficultés et des problèmes économiques, on les croit d'une moindre actualité aujourd'hui. Il n'est pas étonnant que les barrières contre une telle expansion de l'État apparaissent d'abord comme des barrières mises à l'activité étatique qui à cet instant détermine justement la nature de l'État, en l'occurrence à l'État législateur (*Gesetzesstaat*). C'est pourquoi on commence par réclamer des garanties contre le législateur. C'est sans doute ainsi qu'il faut comprendre les premières tentatives pour lui résister, tentatives qui firent appel à la justice afin de créer un contrepoids face au législateur en voie de devenir toujours plus puissant et plus englobant. Elles devaient nécessairement s'achever par des propositions extérieures sans importance, car elles n'étaient pas issues d'une connaissance concrète de la situation juridique globale de la Constitution, mais simplement d'une réaction instinctive. En réalité, leur erreur venait de ce qu'elles ne pouvaient opposer à la puissance du législateur que la justice : ou bien celle-ci était intérieurement liée par certaines normes de ce législateur précisément, ou bien elle n'était susceptible de lui opposer que des principes indéterminés et contestés, à l'aide desquels il était impossible de fonder une autorité supérieure au législateur.

Le virage vers l'État économique et l'État social signifia certes un moment critique pour l'État législateur dont on venait, mais pour autant les choses n'étaient pas telles qu'elles puissent sans plus insuffler aux tribunaux un regain de force et des énergies politiques. Avec une situation changée dans le sens évoqué et face à une telle extension des tâches et des problèmes de l'État, le gouvernement est peut-être en mesure d'y porter remède, mais certainement pas la justice. Il se pourrait bien que, dans la plupart des États du continent européen aujourd'hui, fassent totalement défaut à la justice, quant au contenu, les normes sur la base desquelles cette justice serait en mesure de maîtriser à partir d'elle-même la situation entièrement nouvelle.

A l'instant même où son triomphe semblait total, le parlement, l'organisme législatif, le porteur et le centre de l'État

legislatif, devint une formation pleine de contradictions en elle-même, niant ses propres présupposés et les présupposés de son triomphe. Sa position et sa supériorité jusqu'alors, sa poussée expansionniste face au gouvernement, son entrée en scène au nom du peuple, tout cela présupposait une distinction entre l'État et la société qui, en tout état de cause, cessa de subsister plus tard dans cette forme. Son unité et même son identité avec soi-même étaient jusque-là déterminées par son antagoniste en politique intérieure, l'État monarchique des militaires et des fonctionnaires en place auparavant. Quand celui-ci disparut, le parlement se divisa pour ainsi dire en lui-même. Comme l'on dit, l'État est maintenant l'auto-organisation de la société, mais la question se pose de savoir comment la société s'organisant elle-même parvient à l'unité et si l'unité intervient effectivement comme le résultat de l' « auto-organisation ».

La différence entre un État parlementaire avec des partis libres, c'est-à-dire des partis sans organisation rigoureuse, et un État pluraliste comportant des partis avec des structures fortement organisées pour porter la formation de la volonté étatique — cette différence est susceptible d'être plus grande que celle existant entre monarchie et république, ou toute autre forme d'État quelle qu'elle soit. Les forts regroupements sociaux qui sont aujourd'hui porteurs de l'État pluraliste font du parlement, où leurs représentants se manifestent sous la forme de fractions, un pur décalque de la partition pluraliste de l'État lui-même. Devant cet état de fait, d'où naîtra l'unité où les coalitions dures de partis et d'intérêts vont se dissoudre et disparaître ? Il n'y a plus de débats sur ce point ; et même, ma simple évocation de ce principe idéal du parlementarisme a amené R. Thoma à parler d'un fondement « de part en part moisi ».

Certaines « associations transversales » qui transcendent les partis politiques (intérêts agricoles, intérêts ouvriers, fonctionnaires, les femmes aussi dans quelques cas isolés) peuvent créer une majorité dans certains secteurs ; mais le pluralisme ne concerne pas que des partis et des fractions parlementaires, et, d'ailleurs, des associations transversales de ce type peuvent elles-mêmes être des facteurs de regroupements pluralistes ; dès

lors, elles représentent certes une complexification, mais non une suppression et une fin de cet état de choses ; au contraire, c'est plutôt une confirmation et un renforcement. La fameuse « solidarité parlementaire * », les intérêts privés égoïstes des députés au parlement et notamment des professionnels de la politique proprement dits, intérêts communs qui dépassent les frontières des partis, tout cela peut constituer un facteur utile d'unité, mais ne suffit plus, on le comprendra aisément, dans une situation aussi difficile que celle de l'Allemagne d'aujourd'hui, avec en outre la forte consolidation des organisations.

Alors qu'il devait être le théâtre d'un libre débat générateur d'unité entre libres représentants du peuple, alors qu'il devait être le transformateur d'intérêts partisans en volonté suprapartisanne, le parlement devient ainsi le théâtre d'une partition pluraliste des forces sociales organisées. La conséquence en est ou bien que, en raison de son pluralisme immanent, il devient incapable de créer une majorité et d'agir, ou bien que la majorité en place utilise toutes les possibilités légales comme instruments et moyens pour assurer le pouvoir qu'elle détient, qu'elle se sert de sa période de pouvoir étatique dans toutes les directions et surtout cherche à réduire autant que possible, chez son adversaire le plus fort et le plus dangereux, les chances de faire de même. Il serait peut-être naïf d'expliquer cette situation seulement par la méchanceté humaine ou par une bassesse particulière, possible uniquement de nos jours. Dans les siècles passés, l'histoire de l'État et de la Constitution allemands a connu des choses analogues, inquiétantes par leur nombre et leur régularité. Ce que l'empereur et les princes ont fait lors de la dissolution de l'ancien Empire romain de nationalité germanique pour sauver leurs partisans se répète aujourd'hui avec de nombreux parallèles.

De ce point de vue aussi, le changement est fondamental par rapport au XIX^e siècle. Mais, là encore, il est occulté sous le voile de mots et de formules conservés tels quels, sous d'anciennes formes de pensée et de discours et sous un formalisme mis au

* En français dans le texte (NdT).

service de ces résidus. Or, il ne faut pas se faire d'illusions : l'effet sur les convictions touchant à l'État et à la Constitution, et même directement sur l'État et la Constitution elle-même, est extraordinairement fort. Il consiste essentiellement en ceci : autant l'État se transforme en organisme pluraliste, autant vient, à la place de la loyauté envers l'État et sa Constitution, la loyauté envers l'organisation sociale, envers l'organisme qui porte le pluralisme de l'État, surtout que — on l'a déjà mentionné — le complexe social a souvent tendance à devenir total, c'est-à-dire à s'attacher totalement, du point de vue économique et quant à la vision du monde, les citoyens accaparés par lui.

Ainsi se met en place un pluralisme fait, en fin de compte, de liens et d'obligations loyalistes de nature morale, une *plurality of loyalties* qui fixe de plus en plus fortement la partition pluraliste et menace de plus en plus vivement la formation d'une unité étatique. Le résultat logique en est qu'un corps de fonctionnaires dévoués à l'État devient impossible, car une fonction publique de ce genre exige un État qu'on puisse distinguer des complexes sociaux organisés. Mais, en outre, on voit apparaître un pluralisme des notions de légalité, pluralisme qui détruit le respect devant la Constitution et convertit le socle de la Constitution en un terrain incertain, soumis à des attaques venues de tous côtés ; pourtant, à toute Constitution est inhérente la visée d'avoir à prendre une décision politique au-dessus de tout soupçon, et c'est là la base commune, donnée avec la Constitution, de l'unité de l'État.

Le groupe dominant ou la coalition en place appelle légalité, avec une parfaite bonne conscience, le recours à toutes les possibilités légales et les assurances entourant ses positions de force actuelles, la récupération de toutes les compétences de l'État et de la Constitution par le biais de la législation, de l'administration, d'une politique du personnel, de sanctions disciplinaires régulées par le droit et d'une administration autonome ; le résultat va de soi : la moindre critique ou la moindre mise en cause de leur situation est, à leurs yeux, de l'illégalité, de la subversion et une infraction à l'esprit de la

Constitution ; à l'inverse, l'organisation adverse atteinte par de telles méthodes de gouvernement proteste que la violation de la Constitution quant aux chances égales par tous représente l'infraction la plus grave contre l'esprit et les bases d'une Constitution démocratique, moyennant quoi elle peut retourner avec une égale bonne conscience le reproche d'illégalité et d'inconstitutionnalité. Entre ces deux négations contraires, fonctionnant presque automatiquement dans la situation d'un pluralisme de l'État, la Constitution elle-même est réduite en pièces.

Cette réflexion sur les conditions concrètes où s'exerce la Constitution a pour but de faire prendre conscience d'une réalité devant laquelle beaucoup préfèrent se voiler les yeux, pour les motifs les plus divers et avec des prétextes de toutes sortes ; leur claire reconnaissance est pourtant incontournable pour une analyse de droit constitutionnel qui se préoccupe de sauvegarder et d'assurer la Constitution du Reich en vigueur. Il est tout à fait insuffisant de parler de « crise », ou de tenir pour nulle et non avenue la réflexion qui précède en la reléguant dans la « littérature de crise ». Si l'État actuel est censé être un État législateur, si en outre l'on assiste à une excroissance telle des secteurs de la vie et de l'activité étatiques qu'on puisse déjà parler d'un virage vers l'État total, et si de surcroît, dans le même temps, l'organisme législatif devient le théâtre et le centre de la partition pluraliste de l'unité étatique (partition en de nombreux complexes sociaux hyperorganisés) — dans ce cas, il ne sert pas à grand-chose de parler, avec des formules et des contre-formules forgées pour la situation de la monarchie constitutionnelle au XIX^e siècle, de la « souveraineté du parlement », en vue de fournir une réponse à la question la plus difficile du droit constitutionnel aujourd'hui.