

ANNUAIRE FRANÇAIS  
DE  
RELATIONS  
INTERNATIONALES

2014

*Volume XV*

**PUBLICATION COURONNÉE PAR  
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

*(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)*



Université Panthéon-Assas  
Centre Thucydide

# CARL SCHMITT ET LA PENSÉE ANGLAISE DU DROIT INTERNATIONAL

PAR

CÉLINE JOUIN (\*)

Dans une note tardive datée de 1981 ajoutée à la fin de *Land und Meer* (1) (1942), Carl Schmitt écrit que ses réflexions sur la terre et la mer sont la tentative de développer une intuition exposée par Friedrich Hegel, dans le §247 des *Principes de la philosophie du droit*, « d'une façon analogue à celle dont le marxisme a développé les §243 à 246 » de ce même livre. Cela revient à dire que l'opposition entre terre et mer a pour sa pensée la même importance que la lutte des classes pour le marxisme (2). On sait que, depuis 1934, C. Schmitt présente sa théorie du droit non plus comme un décisionnisme, mais comme une théorie du « *nomos* », une théorie de l'ordre concret (3), dont l'axiome principal est que le droit s'enracine dans un ordre spatial dont il dépend, selon le principe que « *le droit n'est droit qu'au bon endroit* ». Si, pour le juriste allemand, le droit de la mer est soumis à un autre « régime » que le reste du droit, c'est qu'il est impossible de tracer des frontières fixes en haute mer, impossible en conséquence d'établir des sphères bien délimitées de pouvoir et de propriété. Le droit de la mer est ainsi frappé selon lui d'un flou qui met en avant l'aspect fictif de certaines règles et catégories juridiques. La note que Schmitt ajoute en 1981 à la fin de *Land und Meer* montre qu'à ses yeux, au moins rétrospectivement, l'opposition entre terre et mer jouait un rôle cardinal dans sa théorie juridique, en particulier dans ses analyses de droit international.

Cette centralité de l'opposition entre terre et mer et son statut de « principe » dans la théorie juridique schmittienne sont en réalité l'aboutissement d'un long cheminement. Loin d'être une catégorie abstraite et quasi axiomatique, la « mer » était, dans les premiers textes du juriste, ceux des années 1920 et du début des années 1930, un thème polémique indissociable d'un autre thème,

(\*) Maître de conférences en Philosophie à l'Université de Basse-Normandie (Caen, France).

(1) Terre et mer.

(2) Le §247 des *Principes de la philosophie du droit* de F. Hegel porte sur l'opposition terre/mer, alors que les paragraphes 243 à 246 porte sur l'opposition entre les riches et les pauvres – Hegel y explique que la société civile bourgeoise produit un écart croissant entre la richesse et la pauvreté. A la fin de *Land und Meer* (Stuttgart, Klett-Cotta, 1954, p. 108), C. Schmitt cite la première phrase du §247 des *Principes de la philosophie du droit* : « *De même que la terre, les fonds de terre et le sol sont les conditions du principe de la vie familiale, de même, pour l'industrie, l'élément naturel qui l'anime et la pousse vers l'extérieur est la mer.* », G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Vrin, Paris, 1993, p. 252.

(3) Cf. Carl SCHMITT, *Les Trois Types de pensée juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 1995.

celui de l'Angleterre. Une certaine tradition politique jointe à l'expérience de la Première Guerre mondiale faisait apparaître la « situation hobbesienne » de la guerre de tous contre tous comme la structure fondamentale de l'histoire mondiale. Les intellectuels allemands concevaient l'histoire comme un combat permanent d'Etats et de nations. L'antagonisme entre l'Allemagne et l'Europe de l'Ouest, mais aussi entre le continent européen et l'Angleterre était devenu un lieu commun et, sur le terrain du droit de la mer, une controverse opposait les juristes allemands et les juristes anglais.

Nous commencerons par montrer que l'image que Schmitt construit de l'Angleterre et de « son » droit international dans les années 1920 est peu originale : à cet égard, ses premiers textes de droit international se distinguent peu de ceux des juristes qui l'entourent, ces professeurs de droit public, conservateurs et souverainistes, qui étaient devenus internationalistes en luttant contre le Traité de Versailles et la SDN et dont Heinrich Triepel, le principal représentant de la théorie dualiste du droit international, était, plus encore que Schmitt, l'un des principaux chefs de file. Nous verrons également qu'un tournant s'amorce ensuite dans la pensée internationaliste du juriste, à partir de la fin des années 1930, et que son discours sur l'Angleterre est un indice de ce changement (4) : la polémique contre l'Angleterre s'estompe, les analyses deviennent plus théoriques, moins journalistiques. Petit à petit, l'écart s'accroît entre Schmitt et les juristes de « ses » propres camps (5), que ce soit son camp politique (les conservateurs et les nationalistes) ou son camp méthodologique (les anti-kelséniens, les positivistes, les tenants de la théorie dualiste du droit international).

#### UNE PLURALITÉ DE DROITS INTERNATIONAUX

Schmitt écrit en 1941 que « *la désignation consacrée de 'droit international' [est] fausse et trompeuse* », puisqu'il y a en réalité plusieurs « *droits internationaux sans rapports entre eux* » (6). Cet avis était très largement partagé par ses collègues dans l'entre-deux-guerres. Les juristes allemands conservateurs, étatistes et nationalistes (7) situaient l'émergence d'un droit international plannétaire au moment du Traité de Versailles et de la fondation de la Société des

(4) Cf. les textes suivants : « Über die zwei großen, Dualismen' des heutigen Rechtssystems », 1939 ; « Führung und Hegemonie », 1939 ; « *Inter pacem et bellum nihil medium* », 1939 ; « Über das Verhältnis von Völkerrecht und staatlichem Recht », 1940 ; « Raum und Großraum im Völkerrecht », 1940 ; « Die Auflösung der europäischen Ordnung im 'International Law' (1890-1939) », 1940 ; « Changement de structure du droit international », 1943 ; « Die letzte globale Linie », 1943.

(5) Cf. Céline JOUIN, *Le Retour de la guerre juste. Droit international, épistémologie et idéologie chez Carl Schmitt*, Vrin/EHESS, Paris, 2013, pp. 27 et suiv.

(6) Carl SCHMITT, *Du Politique. « Légalité et légitimité et autres essais »*, Pardès, 1990, p. 150.

(7) Il s'agit d'un groupe de professeurs de droit public dont certains sont aussi devenus internationalistes dans l'entre-deux-guerres et que les historiens du Droit appellent parfois les décisionnistes, parfois les anti-kelséniens. Les figures principales en sont Carl Schmitt, Erich Kaufmann, Rudolf Smend, Gustav Adolf Walz, Axel von Freytagh-Loringhoven, Viktor Bruns, Friedrich Berber, Carl Bilfinger, Ernst Wolgast, puis plus tard Wilhelm Grewe. La plupart d'entre eux ont eu une attitude ambiguë sous le régime nazi, quand ils n'ont pas adhéré directement au NSDAP.

Nations (SDN). Ils opposaient l'*International Law* « libéral », dont Schmitt rappelle à l'occasion que la dénomination vient du philosophe anglais Bentham, au *Jus publicum europaeum* « classique ». Ces juristes transposaient d'une façon toute mécanique les conflits réels entre les nations au niveau scientifique aux rapports entre de prétendues « sciences nationales du droit international ». Ils niaient ainsi l'universalité de la science du Droit. Les divergences scientifiques leur semblaient être l'écho fidèle de l'inévitable conflit entre les nations (8).

L'Angleterre n'était certes pas la seule visée par les juristes nationalistes allemands. Ces derniers critiquaient également la « pactomanie » des Français et considéraient que la France se servait hypocritement du système de la sécurité collective et des pactes d'assistance mutuelle pour réintroduire les anciennes alliances et pour réarmer. La plus fondamentale de ces oppositions qu'ils construisaient entre « les » droits internationaux était l'incompatibilité entre la conception continentale et la conception anglo-saxonne du droit international, centrée selon eux sur la pratique de la guerre maritime. Des juristes comme Viktor Bruns ou Carl Bilfinger avaient cru au départ que la pratique anglaise avait laissé sa marque principalement dans un domaine spécial du droit, le droit de la guerre maritime. Puis ils avaient vu dans le droit de la guerre sur mer le cœur d'une conception « générale » du droit international qui menaçait de supplanter l'ancien droit des gens continental tout entier (9).

L'une des thèses les plus bruyantes des internationalistes de la République de Weimar était que le droit international anglais et le droit international allemand menaient une lutte sans merci. La dichotomie du droit international continental et du droit anglo-saxon reprenait une ancienne division, établie au XIX<sup>e</sup> siècle par les historiens allemands, notamment les « néo-rankiens » (10), entre les constitutions absolutistes et continentales d'une part et les constitutions parlementaires, aristocratiques et maritimes d'autre part. Schmitt lui

(8) Les juristes allemands nationalistes de l'entre-deux-guerres rejoignaient les juristes soviétiques dans leur négation d'un « droit international général ». L'internationaliste soviétique E. A. Korovine fait écho à Carl Schmitt quand il affirme, dans *Das Völkerrecht der Übergangszeit* (Verlag Walther Rothschild, 1929, p. 7), qu'« il n'y a pas de droit international général », que cette idée « n[était] qu'un mythe ». La différence étant que les nations restaient les sujets indiscutés du droit international pour les Allemands alors que les juristes soviétiques étaient plus attentifs au fait que de nouvelles entités transnationales devenaient les actrices de la politique.

(9) Viktor BRUNS, *Der britische Wirtschaftskrieg und das geltende Seekriegsrecht*, Heymann, Berlin, 1940 ; Carl BILFINGER, « Englische Völkerrechtspolitik, ein Rückblick », *Deutsches Recht*, 1941, pp. 225 et suiv. ; G. A. WALZ, *Völkerrechtsordnung und Nationalsozialismus. Untersuchungen zur Erneuerung des Völkerrechts*, Eher, Munich, 1942, pp. 19-32 ; Carl SCHMITT, « Die Kernfrage des Völkerbundes », 1926, in Günter MASCHKE (éd.), *Carl Schmitt. Frieden oder Pazifismus ?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, et « Die Auflösung der europäischen Ordnung im 'International Law' (1890-1939) », 1940, et « La mer contre la terre », 1941, in Carl SCHMITT, *Du Politique, op. cit.*, et « Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den Gegensatz von Land und See im Völkerrecht der Neuzeit », 1941, *ibid.* ; Wilhelm GREWE, *Der dritte Wirtschaftskrieg*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1940.

(10) Cf. Ludwig DEHIO, *Deutschland und die Weltpolitik im 20. Jahrhundert*, Fischer Bücherei, Francfort-sur-le-Main, 1961.

avait donné la forme claire d'une opposition entre deux concepts de guerre, que presque tous les juristes internationalistes avait reprise après lui (11).

Le concept continental de guerre tel que les internationalistes allemands le présentaient impliquait que la guerre véritable était la guerre entre les Etats. Il s'ensuivait que les sujets du droit international ne pouvaient être directement les individus : seuls les Etats pris comme des personnes juridiques étaient des ennemis potentiels. On séparait strictement les combattants des civils et l'institution de la neutralité était vue comme un pilier du droit international ; la non-intervention de l'Etat tiers devenait le régulateur fondamental qui seul permettait de limiter la guerre. Selon cette conception, la pratique anglaise de la guerre maritime reposait à l'inverse sur le concept d'*alien enemy* : on soulignait qu'elle interdisait de commercer avec tous les citoyens du pays ennemi, même les non-combattants. Les institutions du blocus, du droit de prise, la lutte contre la piraterie brouillaient les distinctions franches de la guerre continentale entre combattants et civils, entre guerre étrangère et guerre civile, entre neutres et belligérants (12). C. Schmitt et ses collègues accentuaient la différence entre concept anglo-saxon et concept continental de guerre ; ils la stylisaient à outrance : sous leur plume, par une série de glissements imperceptibles, elle se durcissait et devenait une dichotomie intangible entre guerre limitée et guerre totale, entre guerre politique et guerre économique, entre une guerre civilisée qui reconnaissait l'ennemi comme un égal et une guerre discriminatoire cherchant à le supprimer (13).

Alors que c'est leur « pactomanie » qu'ils reprochaient aux Français, c'est l'« universalisme » du système des sanctions de la SDN qu'ils attribuaient à l'Angleterre. L'article 16 du Pacte de la SDN passait à leurs yeux pour « l'article anglais ». Les internationalistes allemands prétendaient que cette disposition

(11) « *L'Angleterre n'a pas développé les institutions typiques qui caractérisent un Etat – armée permanente, fonctionnaires d'Etat, constitution écrite et transformation du droit commun non écrit en un droit codifié par l'Etat – et elle se tire d'affaire sans elles. On dit souvent que sa situation insulaire a remplacé et rendu superflus l'armée permanente, les fonctionnaires d'Etat, la constitution écrite. C'est exact, mais ce n'est pas suffisant. Il faut mesurer le contraste prodigieux qui existe entre la conception anglaise de la guerre, envisagée du point de vue de la mer, et la guerre des Etats continentaux et des combattants, pour mesurer toute l'importance de l'opposition que notre exposé fait ressortir* », écrit Carl SCHMITT, « Souveraineté de l'Etat et liberté des mers... », *op. cit.*, p. 163.

(12) « *Chez les Anglais, les limites tranchées entre Etat et individu, entre existence publique et privée, s'effacèrent tout comme celles entre guerre et paix, ou entre guerre et piraterie* », écrit Carl SCHMITT, *Le Nomos de la terre*, Presses universitaires de France, Paris, 2001, p. 173.

(13) Pour l'identification de la guerre sur mer « anglaise » à la guerre sociale et économique, cf. par exemple Carl SCHMITT, « Souveraineté de l'Etat et liberté des mers... », *op. cit.*, p. 164, ou *Le Nomos de la terre*, *op. cit.*, p. 312 (« *La guerre navale est directement une guerre de butin* »). Pour le rapprochement de la guerre sur mer avec la guerre d'anéantissement, cf. *Le Nomos de la terre*, *op. cit.*, p. 315 : « *La guerre sur mer comporte à un degré bien supérieur des éléments de la pure guerre d'anéantissement. Lorsqu'on engage les moyens de la guerre navale contre la terre, cela conduit à un blocus et non à l'occupation. A la différence d'une puissance continentale occupante, la puissance maritime bloquante n'a pas le moindre intérêt à faire régner la sécurité et l'ordre dans le territoire bloqué. L'armée de terre peut avoir une autorité établie, c'est-à-dire une relation positive avec le territoire occupé et sa population [...]. En revanche, la flotte bloquante n'a avec le pays bloqué et sa population qu'une relation négative, à savoir que tous deux, pays et population, ne sont pour elle rien d'autre que la cible d'une action de vive force et l'objet d'une contrainte [...]. Cette différence dans les méthodes d'emploi de la force est essentielle. Car elle porte sur le noyau de tout ordre humain, l'éternelle corrélation entre protection et obéissance* ».

consacrait la victoire du concept anglais de guerre sur le concept continental au sein des institutions internationales. L'article 16 déclarait que tout membre de la SDN qui recourrait à la guerre serait soumis à des sanctions de la part de tous les autres, sanctions qui devaient être en premier lieu économiques, ensuite seulement militaires (14). Par conséquent, l'institution de la neutralité paraissait ébranlée et on soulignait que l'institutionnalisation des sanctions économiques permettait à la justice internationale de prendre en otage les populations civiles, comme dans un blocus.

La critique rhétorique du « traité d'intervention » de Versailles par les juristes nationalistes allemands de l'entre-deux-guerres permettait ainsi de renverser les rôles. Elle permettait de faire porter la responsabilité du désordre mondial à l'Angleterre et de déclarer corrélativement que c'était le « destin » de l'Allemagne d'être l'éternelle victime du droit international. Dans une brochure de 1941 portant sur le rapport de l'Allemagne au droit international, Carl Bilfinger donne une histoire du droit international en miniature (15) : il cherche à démontrer que, depuis les Traités de Münster et d'Osnabrück de 1648 jusqu'à Hitler, l'Allemagne a été continûment « *l'objet de la politique mondiale* » (*Objekt der Weltpolitik*), et la constitution de l'Allemagne « *l'objet d'une invasion dévastatrice de la part des doctrines, des institutions et des alliances du droit international* » (16) ; il conclut en affirmant que l'article 4 de la Constitution de Weimar qui reconnaît le Traité de Versailles et qu'il juge pour sa part « *juridiquement sans valeur* » (17) vient en réalité du principe du droit anglais selon lequel le droit international « *is a part of the law of the land* ». Pour montrer que ce principe est faux et qu'il ne saurait déboucher sur l'idée pernicieuse de la prééminence des traités internationaux sur la constitution, C. Bilfinger s'appuie sur la démonstration qu'Heinrich Triepel avait faite dans *Völkerrecht und Landesrecht* (1899) de ce que le principe anglais « *International law is a part of the law of the land* » n'était pas à prendre à la lettre : selon Triepel, ce principe était davantage une formule frappante qu'un principe juridique opératoire ; il soulignait que cette formule serait d'ailleurs impensable hors du contexte jus-

(14) « *L'article 16 du Pacte de la SDN est la codification de la pratique anglaise de la guerre commerciale. Le sens des sanctions du Pacte de la SDN est en fait la guerre. La seule obligation, selon cet article, est la participation à la guerre économique contre le malfaiteur (Rechtsbrecher). Tous les Etats membres sont obligés d'interrompre immédiatement leurs relations commerciales et financières avec le pays attaquant. Alors que la participation à la guerre militaire n'est pas obligatoire, la guerre économique l'est, même pour les pays qui ne participent pas à la guerre militaire. C'est une abolition de la neutralité* », écrit Viktor BRUNS, *Der britische Wirtschaftskrieg und das geltende Seekriegsrecht*, op. cit., 1940, p. 4. L'article 16 dit « des sanctions » a été appliqué une seule fois, contre l'Italie qui, en 1935, avait attaqué l'Ethiopie. La Lituanie attaquée par la Pologne, la Grèce menacée à Corfou et d'autres pays encore en avaient réclamé en vain l'application. L'Italie, sanctionnée en 1935, a continué d'être traitée avec tous les honneurs par les autres membres. Pour le commentaire de cet article par les juristes de Weimar et du III<sup>e</sup> Reich, cf. Axel von FREYTAGH-LORINGHOVEN, *Die Satzung des Völkerbundes*, Stilke, Berlin, 1926, pp. 183-196 ; Carl SCHMITT, « Der Völkerbund und das politische Problem der Friedensicherung », 1930, in *Frieden oder Pazifismus ?*, op. cit., pp. 294 et suiv. ; Otto GÖPPERT, *Der Völkerbund. Organisation und Tätigkeit des Völkerbundes*, Kohlhammer, Stuttgart, 1938, pp. 491-527.

(15) Carl BILFINGER, *Völkerrecht und Staatsrecht in der deutschen Verfassungsgeschichte*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hambourg, 1941.

(16) *Ibid.*, p. 8.

(17) *Ibid.*, p. 40.

naturaliste qui est celui de la pensée anglaise du droit international. « *International law is a part of the law of the land* » ne signifie donc pas, selon Triepel, que le droit international est en soi du droit anglais : il l'est uniquement dans ses parties qui ont été adoptées par le droit anglais (18). Carl Bilfinger dépasse le cadre des analyses mesurées de Triepel et donne une version extrême d'une ligne qui était aussi celle de Schmitt et de presque tous les internationalistes allemands anti-kelséniens de l'entre-deux-guerres, qui le conduisait à opposer à grands traits le droit universaliste, offensif et conquérant des Anglais à la conception « classique » d'un droit interétatique fondé sur les traités.

#### LA « MÉTHODE ANGLAISE » : LES FICTIONS JURIDIQUES

Au cours des années 1920, une controverse eut lieu entre juristes allemands et juristes anglais sur le terrain du droit international de la mer. Pour les juristes allemands de la République de Weimar, la revendication par les Anglais de la « liberté des mers », l'idée que la mer appartient à tous, symbolisait l'hypocrisie de leur politique juridique, leur art d'invoquer les grands principes universalistes pour défendre leur intérêt propre et leur hégémonie. La méthode des Anglais depuis les guerres coloniales du XVIII<sup>e</sup> siècle consistait selon eux à « étendre » le sens des concepts juridiques, comme les concepts de blocus, de contrebande ou de piraterie, au-delà de leur sens classique. Cette extension constituait à leurs yeux la face policière de l'idéologie universaliste de la « civilisation européenne ».

Les débats qui avaient eu lieu lors de la Conférence de Londres de 1909 autour du projet de codification du droit de la mer avaient laissé des traces. Ces débats révélèrent que de nombreux Etats résistaient à la politique juridique des Anglais, interprétée par beaucoup comme une politique du *mare clausum*. Le projet d'une Cour internationale des prises avait été lancé en 1907. Devant les désaccords concernant l'interprétation du droit coutumier et les règles à adopter, les Anglais avaient convoqué la Conférence de Londres. Les juristes de la République de Weimar ont cru voir renaître l'ancienne doctrine anglaise « *de la continuité du voyage* » (19) sous une forme extrême et dangereuse : ils

(18) Heinrich TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig, 1899, pp. 138 et suiv., pp. 147 et suiv.

(19) La « *théorie de la continuité du voyage* » (*fortgesetzte Reise*), règle issue des guerres coloniales du XVIII<sup>e</sup> siècle et que les Anglais – ainsi que les Américains pendant la guerre de Sécession – avaient tenté de faire passer dans le droit de la guerre maritime moderne, réagissait au contournement de la *Rule of the War* de 1756, la règle dite « de la guerre », qui considérait comme incompatible avec la neutralité l'entremise d'un Etat neutre dans un commerce entre un Etat belligérant et ses colonies, lorsque les lois de l'Etat belligérant défendaient à l'Etat neutre, même en temps de paix, de prendre part à ce commerce. Pour contourner cette règle, les neutres choisissaient un port neutre comme destination factice, où ils expédiaient d'abord les marchandises avant de les conduire jusqu'à la mère patrie. Pour stopper cette pratique, la théorie de la continuité du voyage posait que tout chargement neutre sur un bateau neutre devenait un port bloqué « par interprétation » dès qu'on soupçonnait que la destination officielle était une escale cachée. Elle donnait le droit de prendre la marchandise des neutres quand on supposait que leur destination réelle était le camp ennemi et non la destination officielle indiquée par les papiers de bord. Selon cette théorie, le pays neutre avait par exemple le droit de commercer avec l'ennemi, mais non pour l'ennemi en l'approvisionnant. A cause de la fragilité d'une telle distinction, de nombreux juristes la concevaient comme une fiction juridique qui ouvrait la voie à l'arbitraire.

considéraient que, pendant la Conférence de Londres de 1909, les Britanniques avaient voulu étendre la théorie de la continuité du voyage au blocus et à la contrebande en temps de guerre, comme avant eux les Américains pendant la guerre de Sécession, ils soulignaient qu'au départ la théorie de la continuité du voyage n'avait rien en commun avec la rupture de blocus et que si les Anglais avaient atteint leurs buts en 1909 (20), cela leur aurait permis d'étendre considérablement le droit de prise et, donc, le contrôle d'un contrôleur lui-même difficile à contrôler.

Le *quis judicabit* ? était bien la question cruciale, comme Schmitt le fait remarquer par ailleurs. Qui en effet contrôlerait le contrôleur des mers et du commerce ? En 1909, les juristes allemands avaient défendu la Déclaration de 1856 et le principe selon lequel il fallait un acte matériel de rupture pour qu'il y ait violation de blocus. Pour eux, la tentative de rupture n'était punissable qu'au moment où elle s'accomplissait (21). L'intention supposée de violer le blocus et de « continuer le voyage » chez l'ennemi ne pouvait suffire à leurs yeux à justifier quelque action préventive de police que ce soit, contrairement à ce que voulaient imposer les Anglais. Ils avaient interprété la politique britannique comme la volonté d'imposer un concept extensif de « blocus fictif » (*Papierblockade*) et comme une tentative d'imposer une police anglaise sur toutes les mers du globe. La plupart des juristes présentaient que la théorie de la continuité du voyage, une fois admise, ne pouvait qu'aboutir à la suppression complète de la liberté des mers ; elle revenait à faire de l'État bloqueur (l'Angleterre) le maître de l'océan et l'arbitre suprême des relations commerciales du monde entier (22).

Jusqu'à la fin des années 1930, la « méthode anglaise » est analysée selon le même schéma par Schmitt et ses collègues : fictions juridiques, universalisme hypocrite et extension de concepts juridiques à des situations qui n'en relèvent pas caractérisent cette méthode à leurs yeux. Wilhelm Grewe forge par exemple le concept de « quasi-piraterie » à l'occasion des Accords de Nyon de 1937, concept qui désigne chez lui l'application abusive, par les Anglais, de la notion de piraterie à des faits qui n'en relèvent pas (23). Carl Schmitt utilise un argument analogue quand il analyse les tentatives anglaises de réglementation de la guerre sous-marine, qu'il présente comme des tentatives de criminali-

(20) La Chambre des Lords britannique a en fait rejeté le texte de la Déclaration de Londres relative au droit de la guerre maritime de 1909 rédigé lors de la Conférence de Londres, pourtant convoquée par eux. Aucun Etat n'a finalement ratifié la Déclaration.

(21) Viktor BRUNS, *Der britische Wirtschaftskrieg...*, *op. cit.*, p. 16.

(22) *Ibid.*, p. 22.

(23) L'usage que fait W. Grewe de la notion de quasi-piraterie est très large. Cette notion ne s'applique pas aux seuls Accords de Nyon de 1937. Le juriste rappelle que les Anglais ont également comparé la traite des esclaves à la piraterie. En 1815 en effet, la Quadruple Alliance (l'Angleterre, la Russie, l'Autriche et la Prusse) a déclaré que la traite des esclaves était un acte de piraterie. W. Grewe reconnaît là, en germe, la méthode impérialiste anglaise : pour lutter contre l'esclavage, on a étendu le droit de visite des navires, traditionnellement défini par le droit de la guerre maritime, à l'état de paix. Les navires de guerre anglais pouvaient ainsi inspecter les autres navires sans aucune autorisation supplémentaire définie par un traité, puisque le pirate était juridiquement « sans nationalité » (*entnationalisiert*). Cf. Wilhelm GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden, 1984, pp. 654 et suiv.

sation des manœuvres de guerre sur mer des ennemis (24). Pour Schmitt la technique anglaise du pouvoir consiste non à dominer et à opprimer les sujets ou les Etats par des moyens non démocratiques, mais à les contrôler par des moyens indirects au nom même de la « liberté » (25).

#### LA MYTHOLOGIE POLITIQUE DES JURISTES CONSERVATEURS

La controverse juridique qui avait eu lieu entre les juristes allemands et les juristes anglais au cours des années 1920 était technique. Elle s'était développée sur le terrain du droit international de la mer. Les juristes de Weimar avaient déployé à cette occasion des trésors de subtilité. Néanmoins, leurs conclusions ont beau être déduites de longues chaînes d'arguments érudits, elles finissent toutes par confirmer leurs préjugés de départ. La formule de ces préjugés avait notamment été donnée par deux livres « flamboyants » et caricaturaux qui avaient rencontré dans l'opinion publique allemande un grand écho : *Händler und Helden* (26) de Werner Sombart (1915) et *Preussentum und Sozialismus* (27) d'Oswald Spengler (1920). On peut considérer que ces livres contiennent la mythologie politique des juristes nationalistes de l'Allemagne de Weimar (28).

Le reproche adressé à l'Angleterre de vouloir instituer une « police des mers » et de criminaliser la guerre maritime présupposait en fait une criminalisation préalable de l'Angleterre de la part des anti-kelséniens allemands. Ils accusaient les Anglais de comparer la guerre à la piraterie et insistaient sur le « fait » que le capitalisme était une « création anglaise ». Oswald Spengler n'avait-il pas dit que le capitalisme était « l'Angleterre intérieure de l'Allemagne » (29) ? L'impérialisme était présenté par eux comme le « crime » des Anglais.

Le livre de Sombart sur les « héros » allemands et les « commerçants » anglais, *Händler und Helden*, qui est une source importante de Schmitt et des autres juristes de sa génération, offre une version sublimée du débat juridique sur les navires de guerre et les navires marchands qui divisait les juristes depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Werner Sombart s'inspire d'Herbert Spencer, qui avait opposé avant lui les deux types culturels du guerrier et de l'industriel. « *Toutes les grandes guerres sont des guerres de croyances* » (30), écrit l'économiste. Il présente la guerre mondiale de 1914 principalement comme une guerre anglo-alle-

(24) Cf. Carl SCHMITT, « Der Begriff der Piraterie » (1937), in *Frieden oder Pazifismus ?*, op. cit., p. 510.

(25) Cf. SCHMITT, « Die Rheinlande als Objekt internationaler Politik », in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994 [1940], p. 34 ; SCHMITT, « Völkerrechtliche Probleme im Rheingebiet », in *Frieden oder Pazifismus ?*, op. cit., p. 263.

(26) Commerçants et héros.

(27) Esprit prussien et socialisme.

(28) Plus tard, Schmitt sera le seul juriste à « boucler la boucle » et à rendre au mythe ce que les juristes de l'entre-deux-guerres lui devaient : dans *Land und Meer* (1942), il a au moins la franchise de quitter l'analyse juridique et de renouer directement avec les mythes dans le style de Sombart et Spengler.

(29) Oswald SPENGLER, *Preussentum und Sozialismus*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1924 [1920], p. 63.

(30) « *Alle grossen Kriege sind Glaubenskriege* », écrit Werner SOMBART, *Händler und Helden*, Duncker & Humblot, Munich/Leipzig, 1915, p. 3.

mande, une guerre entre la *Zivilisation* (capitaliste) de l'Europe de l'Ouest et la *Kultur* allemande, dont la responsabilité incombe aux Anglais (31). Selon Sombart, l'esprit anglais est par nature commerçant – « *même ceux qu'on nomme des philosophes en Angleterre sont en fait des économistes* » (32). Sombart soupçonne les Anglais d'être incapables de se représenter l'Etat autrement que comme une gigantesque compagnie de commerce ; il affirme que l'attitude des Anglais par rapport à la guerre est l'attitude typique du commerçant : la guerre, comme l'Etat, dit-il, est pour les Anglais un mal nécessaire. « *Il est intéressant de constater que l'Anglais fait la guerre conformément aux idées des Adam Smith et Bentham, des théoriciens commerçants* » (33). Cet argument repose en fait sur un cercle vicieux, puisque Sombart prend pour tout matériau de son « enquête » les écrits des « théoriciens commerçants ».

En bref, les Anglais auraient l'habitude de faire la guerre uniquement pour défendre leurs intérêts économiques et non pour des raisons « héroïques » et « sentimentales », à l'inverse des Allemands. Sombart note qu'il est conforme à l'esprit commerçant que la guerre soit faite par une armée de mercenaires « libres » et « volontaires ». Selon lui, les Anglais considèrent la guerre comme une entreprise économique ordinaire (34). Et Sombart de citer la célèbre bataille de Plassey du 23 juin 1757 par laquelle l'Angleterre a conquis les Indes : trois mille hommes combattaient du côté anglais, dont seulement neuf cents Anglais. Comme jadis à Carthage ou dans l'Italie médiévale, les Anglais ne font pas la guerre, ils la font faire : ils délèguent le travail, comme dans une usine (35). Finalement, Sombart explique le « goût » qu'ont les Allemands pour la guerre à l'aide de phrases tirées des œuvres de Nietzsche et de Goethe et d'une phraséologie sur le courage complètement démodée. Il essentialise les « vertus » des peuples, « explique » le militarisme allemand par Nietzsche, le capitalisme anglais par Thomas More. Ce qui ne laisse pas d'être étrange de la part d'un économiste qui, par ailleurs, étudie le capitalisme en sociologue.

Les juristes de Weimar interprétaient l'évolution récente du droit international de la mer à partir de cette propagande, l'adoucissant à peine. De nombreux arguments de Spengler ou de Sombart se retrouvent en effet dans les textes d'un Viktor Bruns, d'un Carl Bilfinger ou de Carl Schmitt. Pour ces juristes, les Anglais revendiquaient la liberté des mers « pour tous » avec des idées « commerciales » derrière la tête et non avec ces idées « héroïques » ou « sentimentales » que Werner Sombart attribue à l'Allemagne.

(31) L'opposition entre *Kultur* et *Zivilisation* jouait un grand rôle dans l'idéologie conservatrice en l'Allemagne. La *Zivilisation* désignait tous les mauvais côtés du capitalisme (l'individualisme, le raffinement intellectuel, etc.), tandis que la *Kultur* est présentée comme organique et authentiquement allemande. Ce couple de notions vient de l'opposition entre communauté et société que Ferdinand Tönnies a construite à partir de Marx, Gierke et Morgan.

(32) Werner SOMBART, *op. cit.*, p. 10.

(33) *Ibid.*, p. 40.

(34) *Ibid.*, p. 29.

(35) *Ibid.*, p. 42.

LA LIBERTÉ DES MERS DANS *LE NOMOS DE LA TERRE*

Dans *Le Nomos de la terre* (1950), livre qu'il a rédigé pendant et après la Seconde Guerre mondiale à partir d'articles parus dès la fin des années 1930, Schmitt donne un historique du principe de la liberté des mers et dresse à cette occasion un bilan du rôle de l'Angleterre dans l'histoire doctrinale du droit international (36). L'auteur de *La Notion du politique* rappelle que les Anglais étaient traditionnellement de zélés défenseurs du principe de la liberté des mers, depuis que ce dernier était devenu un principe général du droit des gens, c'est-à-dire depuis ce que Schmitt appelle, empruntant l'expression à Ernest Nys, la « guerre des livres de cent ans » qui avait débuté au XVI<sup>e</sup> siècle avec la réponse de l'Anglais Selden, par le *Mare clausum sive de domino maris* (1635), au *Mare liberum* (1609) de Grotius.

Dans la section du *Nomos de la terre* qui porte sur la liberté des mers, Schmitt reprend de nombreux traits de cette tradition interprétative qui s'était établie parmi les juristes conservateurs allemands de l'entre-deux-guerres à propos du rôle que jouait l'Angleterre dans l'ordre mondial. A la manière de Viktor Bruns ou de Carl Bilfinger, il présente le principe du *mare liberum* comme une fiction juridique et la politique anglaise comme une politique du *mare clausum*. Il souligne qu'il ne faut pas s'étonner de ces renversements dialectiques : « Dans les relations politiques, les retournements dialectiques sont monnaie courante : celui qui protège la liberté et l'indépendance d'un autre Etat est aussi, très normalement et très logiquement, celui dont la protection supprime la liberté et l'indépendance du protégé » (37). La « guerre des livres de cent ans » du XVI<sup>e</sup> siècle sur la liberté des mers ne doit pas nous tromper quant au sens de « mots d'ordre comme 'liberté' ou 'fermeture' des mers ». Ce sens est polémique tout comme « la signification concrète des publications » (38) de Vitoria, Grotius ou Selden. « La revendication de la liberté des mers est une polémique visant le monopole du voisin » (39). Prendre trop au sérieux le langage technique dans lequel elle s'exprime, c'est « manquer de sensibilité pour la situation concrète » (40). Ainsi Schmitt montre que la « liberté des mers » est le slogan ambigu du candidat à l'hégémonie. La proclamation de la liberté des mers était le mot d'ordre accompagnant la « grande prise de mer (*Seenahme*) » (41) de l'Angleterre.

C. Schmitt cherche à démontrer que l'idée que la mer est *res omnium*, qu'elle appartient à tous, ne se distingue pas véritablement de l'idée qu'elle est *res nullius*, qu'elle n'appartient à personne. La réduction par Schmitt de la *res omnium* à la *res nullius* reprend un argument de Hobbes : « Dans un cas critique, cela reviendrait au même ac si nullum omnino jus exstiterit (*Hobbes, De*

(36) Carl SCHMITT, *Le Nomos de la terre, op. cit.*, pp. 171-183.

(37) « Les formes de l'impérialisme en droit international » (1932), in Carl SCHMITT, *Du Politique, op. cit.*, p. 91.

(38) *Ibid.*, p. 178.

(39) *Ibid.*, p. 181.

(40) *Ibid.*

(41) *Ibid.*, p. 173. L'expression de « prise de mer » est reprise plus loin, p. 182.

cive, *liv. I, chap. 1, § 11*) ou si le plus fort agissait au nom du droit de tous » (42) Le droit à tout qui règne en mer ou à l'état de nature chez Hobbes n'est dans la pratique qu'un droit à rien. Il est donc immédiatement réductible au règne de la force nue. Le *mare clausum* ne fait une place à la fiction juridique du *mare liberum* que dans le droit international de la paix (43). Dans le cas critique, le *mare clausum* s'impose à nouveau : le blocus, le droit de butin, le droit de prise permettent de consolider l'hégémonie. On retrouve là le rapport entre la règle et l'exception tel que Hobbes le conceptualise dès *La Dictature*. L'exception révèle la nature de la règle. Or selon Schmitt « les juristes du droit maritime » ne le voient pas : ils « en sont venus à traiter le droit de la paix à part, sans le moindre lien avec le droit de la guerre, et vice versa, si bien qu'on ne prend pas conscience de l'unité du nomos » (44). C'est le droit du plus fort, selon Schmitt, qui règne en haute mer, parce qu'il est impossible d'y tracer des frontières fixes comme sur la terre ferme – impossible donc d'y établir des sphères bien délimitées de pouvoir, de vérifier les infractions au droit. On peut l'oublier en temps de paix, mais la guerre révèle que le *res omnium* est identique au droit du plus fort. Il s'ensuit que le droit de la mer dans son ensemble apparaît dans *Le Nomos de la terre* comme une lutte à peine masquée d'idéologies et de fictions juridiques. Les juristes qui « perpétuent les concepts civilistes du Corpus Juris, de la Glose et des postglossateurs », ceux qui veulent saisir le phénomène « au moyen des formules traditionnelles des *res nullius* ou des *res omnium* », comme les grands juristes anglais du XVII<sup>e</sup> siècle Richard Zouch et John Selden, « pensent encore en des termes tout à fait terriens. En fait, ce ne sont pas les catégories traditionnelles du droit romain qui percèrent pendant ce siècle à propos de ces mers nouvelles, mais tout autre chose, à savoir la très ancienne, originelle et élémentaire conviction que le droit et la paix ne trouvent jamais à se fixer que sur terre. Les concepts du droit des eaux romano-civilistes, issus d'une culture côtière, ne pouvaient que tourner au jeu gratuit face aux nouveaux océans mondiaux » (45). Ainsi, alors que l'aspect étatique du droit international continental donne à ce dernier un aspect anti-impérial, l'égalité formelle entre les Etats souverains étant la forme que prennent sur terre tous les rapports de puissance, sur les mers, en revanche, l'hégémonie d'une puissance unique se voit sans détour (46).

L'argumentaire de Schmitt vise ici à la fois à faire dépendre le droit de l'ordre spatial – donc à établir sa théorie du droit comme *nomos* – et à réfuter l'idée lockéenne que l'ordre humain et les relations sociales peuvent avoir une consistance hors du territoire de l'Etat ou avant sa fondation – l'idée qu'il peut donc exister quelque chose comme une « société civile mondiale » autonome.

(42) *Ibid.*, p. 176.

(43) *Id.*

(44) *Ibid.*, p. 174.

(45) *Ibid.*, pp. 174-175. et p. 181.

(46) « Le grand équilibre entre terre et mer produit un équilibre des Etats continentaux entre eux, mais empêcha en même temps un équilibre entre puissances maritimes. Dans cette mesure, il y eut bien un équilibre continental, mais pas d'équilibre maritime ». *Ibid.*, p. 173.

De ce point de vue, en apparence, l'argumentation de Schmitt est sans surprise. Elle semble épouser les contours du vieil argumentaire des juristes et des historiens conservateurs de l'Allemagne de l'entre-deux-guerres, les anti-kelséniens et les néo-rankiens. On lit par exemple sous sa plume qu'au XVI<sup>e</sup> siècle, « l'île [anglaise] devint l'agent de la transformation spatiale qui amena un nouveau nomos de la terre, et même potentiellement le tremplin du saut ultérieur dans la délocalisation totale de la technique moderne » et que « l'époque industrielle prit son essor à partir de l'île » (47). Le juriste associe en outre la naissance « anglaise » du capitalisme industriel à l'apparition du mot « utopie » et à l'œuvre de Thomas More, à la manière de Werner Sombart avant lui (48).

Schmitt semble donc laisser intacte, au moins par moments, la téléologie de l'équilibre européen. La culpabilité de l'Angleterre, responsable de tous les désordres du monde (le capitalisme et l'empire) était traditionnellement la clef de voûte d'un récit qui identifiait l'ordre mondial à l'équilibre interétatique, sur le modèle du Concert européen.

Néanmoins, dans d'autres passages décisifs du *Nomos de la terre* et dès certains textes de la fin des années 1930, ce cadre éclate : « Pour un temps, il est vrai, l'Angleterre avait émis la prétention d'être le centre du monde [...] mais l'idéal d'un équilibre mondial n'a pas pu se réaliser à partir de l'île anglaise ». Schmitt écrit que vis-à-vis du capitalisme mondial l'Angleterre a finalement « joué le rôle d'un katechon » (49) : elle a été un facteur d'ordre. Une telle phrase, qui donne à l'île anglaise le rôle d'un *katechon*, de ce qui retarde le désordre, est introuvable dans les textes de Schmitt des années 1920.

Il poursuit en affirmant que « le concert des grandes puissances européennes a cessé d'exister à partir de 1908 », que « ce n'est qu'en apparence qu'il fut relayé par un concert de puissances mondiales impérialistes » (50). Et c'est le « théorème de l'équilibre mondial », qui était encore le sien dans les années 1920, que Schmitt abandonne ici. Ce théorème consistait à concevoir l'ordre du monde « idéal » comme un équilibre de grandes puissances plurielles ou comme un agrandissement du Concert européen dans lequel l'Empire anglais avait le rôle de premier facteur perturbateur. Schmitt finit donc par laisser de côté cette opposition tant de fois ressassée entre l'Europe continentale et l'Angleterre, entre la *Kultur* et la *Zivilisation*, opposition qui avait hypothéqué l'avenir entre 1919 et 1933. Ce n'est plus le conflit entre l'Allemagne et l'Angleterre ou l'Allemagne et la France, comme dans les années 1920, qu'il souligne. Il les relativise à partir du rapport, devenu central à ses yeux, entre l'Europe et les

(47) *Ibid.*, pp. 177-178.

(48) Werner SOMBART, *Händler und Helden*, *op. cit.*, pp. 31 et suiv. Ailleurs, Schmitt écrit que l'opposition entre Nicolas Machiavel et Thomas More est une « opposition entre deux mondes sans aucun rapport entre eux ». Ces penseurs représentent pour lui la pensée continentale et de la pensée anglaise. Cf. « Souveraineté de l'Etat et liberté des mers », *op. cit.*, p. 151.

(49) Le terme « katechon », qui vient de l'Épître aux Thessaloniciens de l'apôtre Paul, signifie la « puissance qui retient » (*Aufhalter*), qui retarde l'apparition de l'Antéchrist et la fin des temps. C'est l'un des concepts-clefs de Schmitt depuis *Land und Meer* (1942). Il renvoie principalement dans les textes du juriste à l'Etat et au *Jus publicum europeum* en tant qu'ils retardent la venue du chaos.

(50) *Le Nomos de la terre*, *op. cit.*, p. 236.

Etats-Unis (51). Dans *Le Nomos de la terre*, l'Angleterre devient « *la petite île européenne* » (52) et l'Europe elle-même est vue comme une « petite île » face à l'Orient américain.

Un autre point marque le chemin parcouru par Schmitt depuis les années 1920. Alors que dans le premier après-guerre les juristes allemands et Schmitt lui-même ne concevaient l'impérialisme qu'« anglais » – le point aveugle de leurs analyses étant l'impérialisme allemand –, ils plaçaient en effet la politique extérieure de l'Allemagne sous le signe de la modestie et de la défense, alors que dans les controverses sur le droit maritime, ils se présentaient comme les défenseurs du « droit classique de la neutralité », c'est-à-dire comme les « défenseurs neutres du droit des neutres » –, dans *Le Nomos de la terre*, Schmitt montre désormais ce que cette conception a de caduque. *Le Nomos de la terre* démontre non seulement que l'Angleterre n'est plus ce qui menace l'équilibre européen, mais aussi que la « liberté des mers » a changé de sens au XX<sup>e</sup> siècle. Alors qu'au XIX<sup>e</sup> siècle la « liberté des mers » signifiait la sécurité du commerce des neutres en temps de guerre (53) – le droit classique de la neutralité, qui présupposait que la guerre gênait le commerce et réciproquement, consistait de ce fait à aménager des compromis entre la guerre et le commerce –, les choses changent à l'ère de l'impérialisme. Dans la mesure où le principe de la liberté des mers est interprété par Schmitt comme une tentative de développer le plus possible le *free trade* dans le cadre de l'hégémonie économique, le droit classique de la neutralité dans son ensemble, en tant qu'il délimitait une intersection entre les nécessités de la guerre et les conditions du commerce, semble ébranlé dans ses fondements. Si on part de l'idée, comme le fait Schmitt dès lors, que le commerce est une sorte de guerre et que la guerre, loin d'être ce qui interrompt « irrationnellement » la logique ordinaire de l'économie, est l'expression de l'économie entière (54), le problème de la liberté des mers cesse alors d'être le problème de la « *collision spatiale de la guerre et de la paix* » (55). L'institution de la neutralité elle-même n'apparaît alors plus comme un dispositif neutre et l'Allemagne ne peut plus se prévaloir d'être ce qui échappe à la logique de l'empire.

Ces analyses de Schmitt avaient un avantage, on l'a dit : elles permettaient de penser ce que les analyses des années 1920 laissaient dans l'ombre, à savoir l'impérialisme des puissances autres que l'Angleterre, en particulier l'impérialisme allemand. De fait, la liberté des mers était devenue une revendication

(51) *Ibid.*, pp. 214, 216, 225 et 236.

(52) *Ibid.*, p. 236.

(53) Ce droit de neutralité avait été codifié lors de la Déclaration de Paris relative au droit de la guerre maritime de 1856. Schmitt observe qu'au départ « *le vrai problème de la liberté des mers réside dans la question de la liberté de mener une guerre sur mer, et dans la collision de cette liberté avec la liberté du commerce des neutres qui se rapporte à la même surface maritime. C'est le difficile problème qui se présente lorsqu'une seule et même surface est censée être en même temps théâtre de guerre et havre de paix* », *Le Nomos de la terre*, *op. cit.*, p. 178.

(54) Cf. la réfutation par Carl Schmitt des thèses de Joseph Schumpeter sur l'impérialisme dans « La Rhénanie, objet de la politique internationale » (1925), in Carl SCHMITT, *Machiavel-Clausewitz. Droit et politique face aux défis de l'histoire*, Krisis, Paris, 2007.

(55) *Ibid.*, p. 179.

allemande depuis longtemps. Pour des raisons qui étaient elles aussi « commerçantes » : c'est à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qu'Alfred von Tirpitz avait mis en place un appareil de propagande pour convaincre la population allemande que seules la transformation de l'Allemagne en puissance maritime et la fondation d'une flotte de guerre allemande lui procureraient la liberté dont elle avait besoin pour mener une politique mondiale. Son principal argument, trouvé chez l'amiral Mahan, était que la protection du commerce était impensable sans une marine de guerre (56).

Alors que dans les années 1920 la nation restait le cadre de référence des analyses de Schmitt, cadre par rapport auquel l'impérialisme paraissait une forme d'excès et de déraison, une forme anglaise, une forme de déclin – l'« empire » étant clairement un terme négatif malgré le *Reich* –, à partir de textes comme *Le Passage au concept de guerre discriminatoire* (1941) et *Terre et mer* (1942), un tournant a lieu : Schmitt y prend congé de sa propre tendance souverainiste. Dès lors, il ne met plus en scène une guerre entre « deux concepts de guerre », une lutte entre l'universel concret – l'Etat du continent européen, au noyau éthique intact – et l'universel abstrait – l'Empire anglais, l'économie, l'*International law*. Il n'oppose plus l'Etat (allemand) à l'Empire (anglais) comme l'ordre à l'anarchie : il inclut la sphère étatique dans l'ordre commun et plus vaste de la constitution libérale. Le différend entre l'Angleterre et l'Allemagne, qui était si prégnant dans les textes de la plupart des historiens et des juristes dans les années 1920, est relégué au second plan ; les conflits interétatiques tombent en seconde position par rapport à l'« englobement économique ». Dans *Le Nomos de la terre*, Schmitt affirme en effet que depuis le XIX<sup>e</sup> siècle l'ordre mondial est en fait une imbrication de deux ordres, d'un ordre qui sépare intérieur et extérieur (le droit public, intra- et interétatique) et d'un autre ordre qui ne les sépare pas (le droit international global (57)). Il montre que c'était au XIX<sup>e</sup> siècle que le constitutionnalisme libéral garantissait le caractère privé, non étatique du commerce, qui était le fondement du commerce mondial libre : depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, l'opposition entre marché libre et sphère étatique interventionniste est périmée. La nouveauté de l'impérialisme moderne vient de ce qu'il s'allie avec les formes « juridiques » de la démocratie, du parlementarisme, du droit interne et international. Dans ce contexte, la nostalgie d'un « Etat neutre » comme la nostalgie de l'équilibre européen paraissent désormais purement réactionnaires.

C'est le résultat auquel Schmitt parvient au terme d'un long parcours. Bien que le juriste soit justement qualifié de souverainiste ou de nationaliste, il faut ajouter que sa pensée a évolué au cours du temps. Il a lui-même travaillé à se déprendre de ses réflexes liés à la critique du Traité de Versailles. Il a fini par comprendre que les juristes positivistes qui restaient centrés sur

(56) C'est dans *The Influence of Sea Power upon History, 1660-1783* (1890) d'Alfred Thayer Mahan que Tirpitz a trouvé les arguments qui ont sensibilisé l'opinion publique allemande à son projet de construction d'une flotte de guerre : Mahan y montre l'importance de la flotte de guerre pour les grandes puissances de l'histoire.

(57) Carl SCHMITT, *Le Nomos de la terre*, op. cit., p. 234.

l'Etat (comme Heinrich Triepel) et les nationalistes de toutes tendances restaient intellectuellement désarmés devant les formes fluides et démocratiques, les formes économique-juridiques de l'impérialisme moderne. Ces juristes que Schmitt critique à partir de la fin des années 1930 sont ceux de son propre camp politique, ceux qui en outre étaient du même côté que lui dans le *Methodens-treit* des années 1920 et qui ont campé sur une position qu'il juge dès lors purement défensive, impuissante, et de laquelle il essaie de sortir (58). Les positivistes partisans des traités commerciaux et des accords douaniers n'ont rien à répondre au « concept élargi de démocratie » qui s'est mis à couvrir le « fait impérial » et la régulation du commerce international à compter de la Première Guerre mondiale. Loin d'être perceptible immédiatement, l'impérialisme économique est invisible pour une certaine tradition politico-juridique qui se focalise sur les conflits entre les Etats.

Ce sont des textes comme *Le Passage au concept de guerre discriminatoire* (1937) et *Land und Meer* (1942) qui semblent être le lieu de l'inflexion de la pensée internationaliste de Schmitt à cet égard. L'histoire du droit international très particulière qu'est *Le Nomos de la terre* enregistre ce tournant. La psychologisation de l'histoire (les thèmes de l'Angleterre commerçante, intéressée, hypocrite, de l'Allemagne « héroïque », etc.) est remplacée par une théorie du *nomos*. Ce n'est plus l'hypocrisie des Anglais qui est vue comme la cause de leur pratique juridique mais la singularité de l'espace maritime.

Cette inflexion a pour corrélat la prise en compte d'un changement historique dans le système du monde. Après l'entrée en guerre des Etats-Unis en 1941, Schmitt commence à affirmer que ce sont les Etats-Unis – et non plus l'Angleterre – qui sont à l'origine du « changement de structure du droit international » du XX<sup>e</sup> siècle (59). Il jette alors un regard neuf sur les bouleversements qui ont affecté la légalité internationale depuis 1919. Le *Commonwealth* et l'empire informel des Américains n'avaient pas les mêmes caractéristiques ; il y avait donc quelques retouches à apporter au portrait que Schmitt avait dressé, au début des années 1920, des institutions internationales. Avec l'Angleterre, ce qui était au premier plan à ses yeux et aux yeux de ses collègues, c'était la *Realpolitik* : les réserves que les Britanniques parvenaient à imposer aux traités, les compromis dans les négociations préparatoires, les ficelles tirées dans les coulisses, et surtout les fictions juridiques (60). Alors qu'avec les Américains, ce qui primait pour Schmitt, c'était l'idéalisme de la loi. Ce qui le conduira à penser que sous l'influence des Etats-Unis s'est produit « un retour de la guerre juste ».

(58) Cf. la critique que Schmitt adresse à Triepel dans « Führung und Hegemonie » (1939), in Carl SCHMITT, *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, p. 225 sq. ainsi que dans *Le Nomos de la terre*, op. cit., p. 234.

(59) Schmitt, « Changement de structure du droit international » (1943), in Carl SCHMITT, *La Guerre civile mondiale. Essais (1943-1978)*, 2007.

(60) La fiction qui avait eu la plus mauvaise réputation parmi les juristes allemands de l'entre-deux guerres était la distinction, que les Anglais s'étaient efforcés de maintenir, entre colonie et protectorat.