La philosophie du droit de Schopenhauer selon Carl Schmitt

André DOREMUS

Maître de Conférences à l'Université de Paris I

«... Hegel ne s'est manifesté historiquement que dans le léninisme et le mussolinisme ; les Allemands ne savaient rien de plus de lui, et ils ont opté au XIX^e siècle pour Schopenhauer »

Gloss., p. 229, le 10 IV 1949

« Combien c'est suspect : Schopenhauer aussi se présentait comme Kaspar Hauser. Chaque génie écrasé est un Kaspar Hauser. Dans les *Parerga et Paralipomena* (I, 162, éd. Reclam, en conclusion à la *Remarque sur ma philosophie*), Schopenhauer parle de lui-même et de sa philosophie qui a été mise à l'écart par la philosophie d'État officielle de Hegel. "Moyennant quoi je serai maintenant le masque de fer, ou comme dit le noble Dornguth, le Kaspar Hauser des professeurs de philosophie : privé d'air et de lumière, en sorte que personne ne me voie, et que mes prétentions naturelles ne puissent réussir à valoir"... En vérité, c'est Jésus-Christ, le fils de l'homme assassiné,... le vrai Kaspar Hauser »

Gloss., p. 312, le 10 XI 1950

Le texte que nous présentons ici au public de langue française est significatif de la forme d'intérêt constant que Carl Schmitt a porté à la nature réelle du droit, à travers et au-delà de ses formes techniques positives de droit constitutionnel ou de droit international.

L'article de 1913 (« La philosophie du droit de Schopenhauer, prise en dehors de son système philosophique ») témoigne de l'attention toute particulière que Schmitt porte à Schopenhauer lors de la préparation du livre de 1914 sur *La valeur de l'État et la signification de l'individu*¹. Loin de mettre à l'écart le système de Schopenhauer, comme une lecture rapide du titre de l'article pourrait le faire imaginer, Schmitt cherche au contraire

¹ *Die Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, 1914, 110 p. Le nom même de Schopenhauer ne figure pas une seule fois dans ce livre, qui peut être lu, dans le prolongement de l'article de 1913, comme l'ébauche d'un système de pensée digne de s'opposer à celui du solitaire de Francfort. Ce n'est pas trop de parler d'une rencontre de Schmitt avec Schopenhauer, tout comme il y eut aussi une rencontre de Schmitt avec Stirner, ou encore avec Kierkegaard.

à amener ce système sur le plan de la science du droit pour l'y mieux réduire à une coquille vide. Déjà à cette époque, le droit est, pour Schmitt, la philosophie réelle. Le livre de 1914, qui comporte près de quarante fois le terme de philosophie, ou de philosophie du droit (plus fréquent que *Rechtswissenschaft*), veut à tout prix convaincre le lecteur que pour lui, Schmitt, le droit, pas plus que la politique, ne sont présents ici au titre d'une considération pratique, mais bien comme l'objet éminent d'une réflexion pour soi-même, d'une pensée scientifique, d'une philosophie. Pourtant, en se démarquant sans compromis du camp des praticiens du politique, le juriste ne cherche nullement à rejoindre le camp des philosophes, mais très différemment, en cherchant à comprendre et à justifier le passage du droit dans la pratique, à montrer aussi que la philosophie est précisément dans ce passage, dans cette irruption du droit sans condition dans le monde des causalités indéfinies de la pratique. Le problème constant de Schmitt est et restera celui du *passage*, de l'incarnation du droit ou de la justice dans le monde. L'État est et doit être le lieu de ce passage, ceci contre toute la tendance, sinon la tradition allemande, faisant de l'État le fondement du droit, ou ce qui confère de soi-même sa puissance au droit. « La question n'est pas de savoir si c'est le droit ou la puissance qui prévaut dans le monde, mais si le droit peut être déduit des faits. Même la reconnaissance du droit par les hommes est uniquement un fait, et on se demande justement si les faits peuvent fonder un droit. Si la réponse est négative, alors nous avons l'opposition entre deux mondes » (*La Valeur de l'État*, p. 20). Car « l'homme politique important peut aussi peu être contredit par une théorie que l'action pourtant si grande de sa politique n'est en état de contredire une théorie » (*id.*, p. 9) « La méthode et les intérêts d'une philosophie de l'État sont par là incompatibles avec la méthode et les intérêts de n'importe quel praticien de la vie politique. Personne ne refusera au grand politique son admiration, mais les qualités qui fondent sa grandeur comme homme politique se tiennent dans un domaine où ne peut entrer aucune philosophie du droit » (*id.*). L'opposition n'est pas plus manichéenne, tout en étant aussi radicale, que l'opposition entre volonté et représentation chez Schopenhauer. Mais là où celui-ci réserve pour cette union paradoxale de deux incommensurables, les termes d'énigme, de mystère, de miracle, Schmitt garde tacitement la référence directe au fait de l'Incarnation, se contentant ici de désigner, dans « cette valeur fondée qu'est l'État, cette confiance en soi qui caractérise *le point où se touchent théorie et pratique parce que la théorie de la pratique passe dans la pratique de la théorie* (souligné par nous) : il n'existe pas de théorie sans la présupposition d'une conséquence de sa possibilité » (*id.*, p. 9) D'une manière plus précise, et toujours en opposition directe à Schopenhauer, « le droit ne doit rien avoir à faire avec une explication factuelle ; il contient dans son propre monde une évidence à jamais démentie » (*id.*, p. 20). Et s'il est vrai que, « dès que le droit doit passer à la puissance, c'est-à-dire à un simple fait, alors il ne peut s'élever en aucun endroit au-dessus de la facticité » (*id.*, p. 20), il est encore plus vrai qu'« un fait ne se laisse pas démontrer, qu'une volonté ne se laisse pas démontrer comme existante par le fait qu'elle est démontrée comme rationnelle et juste. Et pour personne ne sont plus importantes que pour les juristes les attaques de Kant contre la démonstration ontologique de Dieu » (*id.*, p. 21). Cette proposition, pour Schmitt, a un double sens, elle est une arme à double tranchant, car il y a fait et fait, comme il y a être et être, et en fin de compte puissance et puissance, et droit et droit : « il est nécessaire d'inclure dans l'observation du droit des contenus de représentation qui ne sont pas exprimés mais effectifs » (*id.*, p. 23) et il est

spécifiquement possible, « à partir de la définition du droit comme puissance, d'entendre une valorisation qui paraît attachée au concept de puissance » (*id.*). Autrement dit, « il y a dans le mot de puissance un moment de respect à reconnaître par lequel il est possible de faire du droit une sorte particulière de puissance, une supériorité consciente, comme elle est sous-entendue tacitement quand la proposition “les gros poissons ont le droit de dévorer les petits”, est ressentie comme un paradoxe » (*id.*). Ainsi « le droit apparaît, à partir de quelque point de vue que ce soit, comme puissance préférée, par conséquent il se distingue qualitativement de la puissance, dont il change l'essence. Les prédicats où nous trouvons la particularité du droit conduisent dans leurs conséquences à un véritable retournement : ce n'est pas le droit qui est expliqué à partir de la puissance, mais la puissance à partir du droit » (*id.*, p. 24). Par conséquent, « si à propos de n'importe quelle expérience, on dit que celui qui a la puissance a aussi le droit, ce qui signifie une négation du droit pour un sceptique parfait, devient *dans la même expression littéralement* (souligné, par nous) une reconnaissance de la plus haute confiance et atteste qu'aucune puissance n'existe qui ne soit juste » (*id.*, p. 24).

Schmitt se définira lui-même en 1950 comme un contemplatif, et il donnera pour sens de l'entreprise de toute sa vie, d'avoir pour la première fois tenté de « constituer la science juridique en tant qu'instance spirituelle » (*Gloss.*, p. 224). Que ceci ne nous soit pas motif à considérer Schmitt comme un contemplatif égaré dans le monde, et précisément dans le monde politique. Il convient plutôt de reconnaître dans cette formule la marque du spirituel n'ayant de raison d'être que de faire face au monde, tout en restant lui-même. Le livre de 1914 est ainsi discrètement une réplique à la négation de l'incarnation chez Schopenhauer². En 1917 apparaît, comme dans un coup de vent, le thème de l'incarnation, comme l'axe nécessaire de toute l'expérience³. Mais une seule fois suffit, comme pour Descartes philosopher une seule fois dans sa vie. En 1923 viendra seulement l'illustration directe de la « forme politique » liée au prolongement du Christ dans l'église catholique romaine. Quelque latitude qu'on s'autorise dans la lecture du texte de 1917, depuis celle strictement chrétienne jusqu'à une lecture purement philosophique, il importe surtout de comprendre qu'il s'agissait pour Schmitt lui-même de l'unité justement de l'homme religieux et de l'homme de science, correspondant à l'unité des deux faces de l'expérience, immédiate et médiante, ou quelque autre formulation qu'on lui donne, et en cela encore il se construit comme l'exact opposé de Schopenhauer (ce qui au passage, peut expliquer le silence qu'ensuite, et dès 1914, il gardera sur cet auteur, à la différence de son retour intermittent sur Stirner et sur Kierkegaard, pour nous en tenir à ceux évoqués ici plus haut).

² « Autrefois, c'était le credo qui était le principal appui du trône, écrit Schopenhauer, aujourd'hui c'est le crédit. Il est probable que le pape lui-même fait plus de cas de la confiance de ses créanciers que de celle de ses croyants » (*Droit et politique*, p. 104). En revanche l'homme apparaît à plusieurs reprises, en sa position centrale au cœur du monde, avec les traits qui caractérisent philosophiquement le Christ ; ce qui rejoint le thème du *macroanthropos* et peut faire penser, plus proche de nous, à René Guénon que Schmitt reconnaît « à (sa) connaissance » comme « l'auteur le mieux informé » (*Gloss.*, p. 23). La mention du *katechon* venant juste après l'évocation de Guénon suggère un rapprochement possible avec les passages centraux du *Roi du monde*, 1927, rééd. 1958.

³ « Die Sichtbarkeit der Kirche », 1917, in *Summa II*.

Carl Schmitt

« La philosophie du droit de Schopenhauer, prise en dehors de son système philosophique »⁴

L'un des premiers adversaires, et des plus zélés, de la croyance à l'omniscience et à l'omnipotence de la loi positive, Erich Jung, vient de présenter en détail ses vues méthodologiques sur le droit naturel⁵. Le point de départ de son argumentation, la fondation même de son système en termes de philosophie du droit, Jung reconnaît ouvertement l'emprunter à Schopenhauer, qu'il avait déjà indiqué antérieurement, à plusieurs reprises, comme sa référence philosophique. La philosophie du droit de Schopenhauer, dont on connaît l'opposition à toute conception évolutionniste et avant tout biologique du droit⁶, doit être confrontée à ses présupposés à l'occasion de cette nouvelle tentative d'utilisation. Non pas pour démontrer, en les réfutant, une conception historique et évolutive du droit, mais pour voir ce qu'il en est de leur utilité comme fondement d'un système de philosophie du droit.

La question fondamentale de toute philosophie du droit est la question du droit : non pas celle d'une définition de mot, qui ne contiendrait qu'un court résumé de ce que la terminologie courante réunit sous ce terme, ni par conséquent la question à laquelle on répond, par une explication de manuel, que le droit objectif est une incarnation de la vie en commun, mais la question de l'essence du droit. Ainsi voilà déjà le problème sorti de la sphère où l'on travaille avec les ressources de la statistique ou des recherches en sciences naturelles ou sociales⁷. De l'essence du droit doivent découler sa justification

⁴ Article publié initialement dans le *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, Carl Winter Universitätsbuchhandlung à Heidelberg, 10^e année, n° avril 1913-mars 1914.

⁵ *Das Problem des natürlischen Rechts*, Leipzig, 1912, voir Notice sur E. Jung en fin d'article.

⁶ En 1938 encore, E. Jung parlera de son éthique « biologique » (p. 143), en renvoyant à *Ehre und Gewissen, über die Grundlage der Moral*, in *Zeitschrift f. Rechtsphilosophie*, Bd. 4., et au *Ihering Jahrbuch* de 1934.

⁷ La préoccupation d'une autonomie du droit est bien perçue par Jung aussi, mais elle porte sur l'organisation du droit constitué, pas sur l'essence du droit : « Le code civil doit, en cas de besoin, se suppléer à lui-même, suppléer au système juridique qu'il contient. Il ne consiste pas en une masse de propositions juridiques posées les unes à côté des autres, mais en une structure organique de normes liées intérieurement. Les principes qui sont à son fondement portent en eux le germe d'une construction ultérieure », écrivait déjà Jung, dans « Von der logischen Geschlossenheit des Rechts » in *Festgabe der Giessener Juristenfakultät f. Heinrich Dernber*, 4 avril 1900, p. 145. Autrement dit, le juriste Jung reconnaît la question philosophique du juriste Schmitt, mais il la pense encore dans sa pratique de juriste. Tout l'appareil idéologique dont se chargera Jung ultérieurement procède de cette confusion. Quant à Schopenhauer, l'autonomie du droit ne fait pas question pour lui : le droit est une donnée *a priori*, donnée dans le sentiment naturel (moral) du droit, nié en quelque sorte lors de son accomplissement (relatif), par le droit positif que pratique l'État. Jusque là il n'est pas question d'évolution chez Schopenhauer, en dépit de l'effort, fréquent au XIX^e siècle pour y reconnaître une forme de darwinisme.

et son sens, aussi bien que le jugement qu'on porte sur les manifestations de la vie du droit, et les principes qui permettent de concentrer une période de l'histoire du droit en une époque donnée, ainsi que le jugement sur l'une de ces époques et sur le cours de leur succession, qu'on est scientifiquement fondé à appeler évolution seulement après s'être mis d'accord sur l'essence du droit. Mais si Schopenhauer détermine de manière négative l'essence du droit comme négation de l'injustice, alors cela doit éveiller de prime abord des doutes sur la pertinence de son appréciation de l'importance du problème. Dans une telle définition en effet, nous trouvons l'expression de la conviction commune qu'en somme, tout ce qui est positif est la négation d'un négatif, et que ce négatif est ce qui constitue précisément l'essence, et n'est pas simplement une circonlocution verbale nécessaire, ou la formulation qu'appelle le cours d'un exposé qui commence par l'injustice comme par ce qui est le plus facile à expliquer. Une telle définition s'adapte au système philosophique de Schopenhauer en une imposante architectonique. Mais elle n'explique pas l'essence du droit, et bien plutôt elle la nie. C'est pourquoi il faut soumettre ses propres présuppositions à une épreuve stricte, avant qu'elles ne servent de base à un système de philosophie du droit, et à plus forte raison là où un conflit actuel de méthodes⁸ doit être tiré au clair en s'appuyant sur cette base.

Si le droit est la négation de l'injustice, alors la définition de l'injustice donnera bien l'éclaircissement souhaité sur le droit. L'injustice, d'après Schopenhauer, consiste en ceci que l'individu affirme sa propre volonté, qui s'objective dans son corps jusqu'au point de nier l'autre volonté chez un autre individu⁹. Par conséquent toute injustice doit être une injustice envers des individus particuliers ; prise *stricto sensu*, l'injustice envers l'État ou envers une collectivité n'existe pas, et le « droit » qu'un État possède de punir ne signifie rien de plus que celui, pour une grande quantité d'individus particuliers de faire face à leur négation, bien qu'au fond tout droit repose sur l'individu particulier. Il s'agit toujours par conséquent de la volonté individuelle, et non de la volonté générale essentielle à toute vie, où qu'elle apparaisse. Les expressions « affirmation » et « négation » de la volonté individuelle présupposent des individualités indépendantes qui, en tant que telles, ont le droit de se défendre contre une négation, et dont la valeur consiste donc en leur individualité. Ce qui par conséquent vient en considération au sujet du droit, au fond ce n'est pas la volonté, mais l'individualité qui a pour elle un droit à l'existence et à ne pas être niée par l'autre. Mais alors disparaît la construction à partir de la « volonté », à laquelle Schopenhauer attache tant d'importance. Elle laisse inexplicée la provenance du droit de l'individu à ne pas être nié par un autre individu et pourquoi une telle négation de la volonté individuelle comme telle doit être une injustice. Si l'affirmation de la volonté propre qui passe à la négation de la volonté étrangère

⁸ Le conflit de méthodes est celui traité tout au long des deux premiers chapitres de *La valeur de l'État et la signification de l'individu* (I. Droit et puissance, 2. L'État) ; il relève en fait de la question de principe qui partage les écoles philosophiques : ou bien le droit peut être déduit des faits, ou bien il ne peut être déduit des faits, sauf à se nier lui-même.

⁹ Les textes de Schopenhauer auxquels Schmitt se réfère dans l'ensemble de l'article sont tirés du *Monde*, Livre IV, chap. 62. Pour une vue complète de l'injustice et de la justice selon Schopenhauer, on étendra la référence aux chap. 62 et 63 du même livre, mais aussi au début du chapitre 55 (sur les deux caractères), ainsi qu'au Supplément au Livre IV, § 47 ; au *Fondement de la morale* (1840), chap. 9, 13, 17 ; enfin au tome des *Parerga et Paralimpomena* (1851) sur « Éthique, Droit et Politique ».

est injuste, c'est qu'elle n'est nullement injuste à l'intérieur des limites où elle ne va pas jusqu'à cette négation ; par contre l'affirmation de la volonté propre à l'encontre d'une négation est un droit. Les définitions du droit et de l'injustice présupposent deux volontés identiques qui existent côte à côte, et dont chacune peut nier une négation provenant de l'autre. La raison qui permet cette négation, nous la trouvons dans l'absence de justification de la première négation, et dans le fait que cette absence de justification est à son tour sans raison, sinon qu'on ne doit s'affirmer que jusqu'à une certaine limite, au-delà de laquelle commence l'injustice¹⁰.

C'est ici que nous voyons comment échappe au philosophe ce qui constitue proprement l'injustice ou le droit, pour être remplacé par les mots affirmation et négation, qui sont entièrement vides de sens aussi longtemps qu'on n'indique pas quand l'affirmation est justifiée, et quand la négation est injustifiée. La définition que Schopenhauer donne de l'injustice revient à dire en d'autres termes que l'injustice est ce qu'à juste titre on n'est pas obligé de tolérer. Il n'en résulte non plus aucun point de repère pour savoir où est la frontière entre affirmation et négation. Car du seul fait de mon existence physique, je nie tout autre individu. Du simple fait de l'impénétrabilité de mon corps matériel par exemple, j'empêche qu'un autre soit là où je suis. Pourquoi cela n'est pas une négation au sens du droit, on devrait pouvoir le conclure de la justification qui est donnée du droit ou, selon le cas, de l'injustice. Si les termes affirmation et négation ont une signification spécifique dans la sphère du droit, et si la volonté individuelle, qui a un droit à ne pas être niée, est une construction juridique, alors la construction de Schopenhauer disparaît : quand il s'agit de l'utiliser de façon indépendante dans un système de philosophie du droit, en dehors du système philosophique de Schopenhauer, elle n'est plus qu'une circonlocution vide pour les questions élémentaires qui forment le point de départ du problème de la philosophie du droit. En proclamant l'injustice comme concept primaire, et en déduisant le droit de ce concept comme de sa négation, on ne contribue pas au progrès de la connaissance. C'est aussi bien sur le concept d'injustice que repose la norme, que sur celui de droit, et les termes affirmation et négation contiennent déjà en eux les éléments normatifs à la justification desquels se porte tout l'effort : les camper comme point de départ ne signifie rien d'autre qu'anticiper la prémisse à démontrer. Le droit, pour Schopenhauer, ne tournera pas au *nihil privatum*¹¹, au concept d'un manque d'objet. Car le droit n'est pas simplement là où il n'y a pas d'injustice ; non, le droit naît seulement d'une négation de l'injustice, donc de l'acte positif de la négation. Tout droit est, suivant son essence, légitime défense. Envisagé plus précisément, le droit semble dès lors quelque chose d'entièrement positif à quoi l'on donne seulement une formulation qui se réfère à la négation. La négation formelle de l'injustice

¹⁰ *Monde*, p. 426 (Cotta, XI, 463) ; *Droit et philosophie*, p. 77. Sous la plume de Jung, l'injustice n'a plus rien de juridique ; et le « droit » se confond avec l'ordre de fait d'une société concrète, en un temps donné. Cf. *Le problème*, chapitre 4, p. 67 notamment.

¹¹ « Celui qui veut faire du droit une idée positive, ne saisira qu'une ombre, un spectre », dit Schopenhauer dans le *Parerga*, p. 77 ; et Kant, dans la table des quatre formes de concept du « rien », donne l'ombre comme exemple du *nihil privatum*. (*Critique*, p. 249). Que veut dire Schmitt au juste quand il relève que la définition positive du droit ne peut tourner au *nihil privatum* ? Une allusion, parmi bien d'autres inaperçues, de sa conception : « mystique » (disons ainsi par abréviation) du droit. À rapprocher de la citation d'Angélos Silésius, p. 108 de la *Valeur de l'État*.

présuppose un acte de légitime défense¹², une prise de position, et c'est celle-ci précisément qui est soumise à l'estimation du « droit ». C'est en elle précisément que se trouve l'essentiel du droit.

Si nous analysons de plus près les élaborations de Schopenhauer, nous trouverons qu'il utilise lui-même les expressions « droit », « avec plus de droit », etc., même en des lieux où elles n'ont rien à voir avec une négation de l'injustice. Ainsi c'est par le travail, par la « formation », qu'un « droit » sur les choses doit être justifié. Mais ce ne doit être possible, comme c'est expliqué plus loin, que si d'autres « droits » ne sont pas lésés. Vis à vis de la théorie du droit de l'occupation première du sol, on fera valoir que le nouvel arrivant pourrait s'opposer « avec un bien meilleur droit » à celui qui argue de son droit d'occupation première : c'est précisément parce que celui-ci en a déjà eu la jouissance si longtemps qu'il est juste que ce soit aussi un jour le tour de l'autre. Tous ces arguments qui jouent souvent un jeu ambigu avec le mot droit, ne présentent plus rien de commun avec le droit comme négation de l'injustice. Ces arguments, comme n'importe quelle autre figure d'esprit, permettent de formuler le mot « droit » de telle manière qu'il paraisse une négation niée ; mais la valeur de connaissance de cette définition par la négation reste en question et, dans le cas de ces arguments, elle est entièrement illusoire.

La négation de la volonté étrangère est injuste. Toute injustice, qu'elle soit violence ou ruse, doit consister en ce qu'un individu étranger soit contraint de servir ma volonté au lieu de la sienne propre. Il devrait s'en suivre pour Schopenhauer cette conséquence que l'individu soit introduit comme sujet indépendant, et qu'il renonce à toute volonté commune supra-individuelle pour autant qu'il s'agisse du droit. Mais si l'État, en tant que communauté, demande des comptes à l'individu, s'il va jusqu'à procéder à son exécution, – « de plein droit », dit Schopenhauer –, on se demande comment ce plein droit peut être justifié. À proprement parler, seul a le droit à la négation de la négation celui dont la volonté est niée dans un cas concret. S'il s'agissait d'un meurtre, ce serait l'assassiné. Dans ce cas la volonté de vivre n'est pas niée chez les autres hommes ; tout au plus à la limite pourrait-on dire que ce n'est pas directement leur volonté de vivre, mais d'une autre manière cependant, leur volonté de sécurité et d'absence de danger ; et alors c'est comme négation de cette négation qu'apparaît l'exécution, et non plus comme négation de la négation de la volonté de vivre qui résidait chez l'assassiné. Cependant dans cette construction, tout individu mis en danger doit avoir le droit d'ordonner l'exécution¹³. Si c'est l'État, par opposition à l'individu singulier, qui doit avoir ce droit, une autre volonté lui est nécessaire, spécifiquement différente de la volonté individuelle, et qui, bien que pouvant être facilement

¹² Dans *Deutsche Rechtsphilosophie* (1935, p. 63), E. Jung note que « Bismarck nennt einmal die Strafe "das Notwehrrecht der Gesellschaft" », et que somme toute Montesquieu, Goethe et Bismarck sont ici d'accord. En 1938, dans le *Gedächtnisschrift für Arthur Schopenhauer zur Wiederkehr seines Geburtstages (Philosophische Untersuchungen, Bd. 6, p. 143)*, Jung estime encore que « Notwehr est le concept systématique le plus haut dans l'ordre du droit ».

¹³ L'allusion au cas de la vendetta est claire. Selon sa démarche constante, Schmitt passe au cas limite (le cas d'exception) qui seul éclaire les conditions « normales ». L'image de la vendetta joue ici, à cet égard, un rôle analogue à celui du Tribunal pour l'ensemble des peuples, dans *Catholicisme romain et forme politique*.

« construite », n'est pas facile à justifier. Si quelqu'un supposait que les parents de l'assassiné aient un droit de vengeance, il pourrait simplement concevoir aussi une construction allant jusqu'à ce que la volonté des parents comme telle soit, elle aussi, tenue pour offensée à chaque offense venue de la volonté d'une autre personne, et qu'il existe une sorte de volonté de famille, qui corresponde à une substance famille. Ce ne serait apparemment pas une justification. La tautologie, dans toutes ces explications aussi bien que dans l'argumentation de Schopenhauer, est évidente, à savoir que les contrats sont contraignants du fait que leur violation signifie l'affirmation d'une volonté propre, allant jusqu'à la négation de la volonté de l'autre et à son assujettissement par ruse. On ne donne ici aucune justification, mais, comme cela se produit si souvent chez les philosophes, on traduit seulement dans la terminologie d'un système philosophique, des conceptions juridiques fondamentales qu'on reprend inchangées, et qui ont justement besoin d'être expliquées. C'est bien pourquoi notamment Schopenhauer ne parvient pas à une explication de l'État, qui consiste pour lui en une institution d'utilité qui peut « de plein droit » condamner à mort, quand précisément personne ne doit avoir une compétence pour s'ériger en juge moral, et le droit (de cet État) ne serait fondé sur rien d'autre que sur une considération utilitaire.

L'impossibilité d'une telle justification de l'autorité de l'État ne pouvait échapper à un philosophe comme Schopenhauer. Mais une inconséquence manifeste s'en est suivie pour lui. Il précise en développant : « Car la sécurité publique, qui est le but suprême de l'État, est perturbée par lui (le criminel), oui, elle cesse si la loi reste inexécutée : le criminel – sa vie, sa personne –, doit servir de moyen pour l'accomplissement de la loi et, par là, pour le rétablissement de la sécurité publique ; ce rôle lui est assigné en toute justice pour que soit exécuté le contrat de l'État, auquel il a lui-même donné son consentement pour autant qu'il était citoyen ». Par conséquent, ce n'est pas dans la sécurité publique, mais dans un contrat, que réside la raison de la légitimité du châtement ; et c'est là une construction dont l'hétérogénéité est évidente par rapport à la déduction opérée à partir de considérations d'utilité et de sécurité publique ; mais c'est une construction à laquelle le philosophe devait consentir à son insu, bien que par ailleurs tout droit, tout État, ne semble avoir été pour lui qu'une question de besoin pratique. C'est en toute logique par conséquent que son idéal de l'État se présente comme quelque chose « qui se rapproche d'un pays de cocagne »¹⁴, et c'est à cela que nous devons mesurer la valeur de sa philosophie du droit et de l'État. Car une institution dotée d'un

¹⁴ En parlant du pays de cocagne comme de l'idéal de l'État, Schmitt fausse sensiblement le sens de l'expression, ou du moins introduit un malentendu. Le texte complet de Schopenhauer dit aussi que « l'État est toujours resté jusqu'à présent très éloigné de ce but et..., à supposer que la discorde entre les individus disparaisse à l'intérieur d'un État, elle reparaitrait sous forme de guerre entre les peuples », etc. (Burdeau 440-441, Cotta I, 478). Mais surtout l'État et la véritable fin de la vie sont en opposition totale, et cette opposition est le propre de la vie moderne, car « l'État était avec la religion, dans l'Antiquité, l'affirmation de la volonté de vivre. Tandis que quand un Bonaparte surgit dans l'histoire, révélant la méchanceté de la volonté humaine, la misère inséparable de cette volonté mauvaise... il démontre, par son existence même, que le monde n'est pas un fade pays de cocagne » (*Parerga*, 116, trad. Diderich). Enfin l'État tient dans la *Weltanschauung* de Schopenhauer, un rôle de médiation, formellement, tout comme l'État selon Schmitt en 1914 ; mais Schmitt se garde de le révéler ; car il tient dans le silence la raison, ici même, sur ce point de la médiation, de son opposition absolue avec Schopenhauer.

tel but et d'un tel effet devrait paraître à tout philosophe, à Schopenhauer en particulier, quelque chose de méprisable, dépouillé de toute dignité morale. Un tel idéal cependant ne pouvait résulter que de considérations sur l'utilité et la sécurité, telles qu'il les expose à propos de la punition et du droit de l'État à punir. Aussi la réprobation et l'objection qui parlent contre cet idéal de l'État touchent sûrement de la même façon les raisons à partir desquelles sont déduits l'État et ses droits, et donc cet État lui-même et ses droits. En tant qu'institutions d'utilité, ceux-ci n'ont pas de justification, mais seulement une explication venant de leur seule base purement concrète.

Toutes ces objections sont présentées en vue d'une réflexion, et avec le respect que chacun doit à un homme comme Schopenhauer. Mais si imposante que soit la force presque brutale de la « formation »¹⁵ avec laquelle il introduit dans son système impressionnant les éléments de la philosophie du droit, ceux-ci ne représentent pourtant dans ce système qu'un ornement accessoire et stylisé qui, en dehors de son contexte, perd sa valeur et son utilité¹⁶. La question, évoquée au début, de savoir si la philosophie du droit de Schopenhauer peut être prise pour fondement d'un système de philosophie du droit, cette question appelle donc une réponse négative*.

¹⁵ Le terme « Formation » (en allemand dans le texte) est courant dans l'usage juridique, mais les guillemets du texte (dans l'original) soulignent l'emprunt de ce terme par Schmitt à une note de Schopenhauer (Cotta, 460 ; Burdeau, 423) où celui-ci relève que la formation juridique d'un objet tient lieu de sa possession juridique (« Detention » en allemand). Or il s'agit, dans le passage en question, du droit de possession du sol. Schopenhauer dit exactement « Pour fonder le droit naturel de propriété, il n'est pas besoin d'adopter deux fondements juridiques l'un à côté de l'autre : celui fondé sur la possession, et celui fondé sur la formation ; ce dernier suffit en tous les cas. Seulement le terme de formation ne convient pas ici. Il existe d'autres façons de s'adonner à un objet que de lui donner sa forme. » On peut penser que Schmitt, en transposant ici le terme de formation, reformule discrètement l'entreprise de Jung et de ceux qui s'inspirent du système philosophique de Schopenhauer pour fonder le droit, comme une tentative de prise de possession juridique (échouée) du dit système.

¹⁶ Le jugement de Schmitt n'est pas tout à fait isolé à l'époque : Joseph Kohler (« Rechtsphilosophie u. Universalgeschichte », in *Enzyklopedie der Rechtswissenschaft in systematische Bearbeitung*, 1913, 1915) écrit : « Schopenhauer qui a rendu de grands services aussi bien à la métaphysique qu'à la doctrine morale en particulier, et qui avant tout appréciait la philosophie indoue avec sa profondeur infinie, n'a malheureusement fait avancer la philosophie du droit que sur quelques points : nous trouvons çà et là des perles d'une intuition perspicace et claire, et d'une pensée éclairée par le soleil éternel de la totalité... monde, mais nulle part un système de philosophie du droit formé, ni même une esquisse ».

* D'ailleurs Jung n'a suivi cette philosophie du droit qu'en ce que Schopenhauer présente comme ses points de départ. Au cours de son exposé affluent sans cesse de nouveaux arguments, et finalement (p. 118) la *culture* apparaît comme fondement et but du droit, un concept avec lequel, tel que Jung l'utilise, Schopenhauer n'aurait sûrement pas été d'accord. (Note de Carl Schmitt).

NOTICE SUR ERICH JUNG

En 1912, Erich Jung est professeur à Strasbourg, où Schmitt passa la même année sa thèse d'habilitation (*Gesetz u. Urteil*¹⁷). Il avait déjà publié en 1910 (année de la première thèse de Schmitt, *Schuld u. Schuldfragen*¹⁸) *Von der logischen Grundlosigkeit des Rechts*, où Schmitt croit reconnaître (*Gesetz u. Urteil*, p. 12) l'un des premiers efforts pour mettre en évidence les absurdités ou arbitraires de l'herméneutique traditionnelle. Dans le présent article, Schmitt critique sans équivoque le livre de Jung (et dans un autre esprit que sa critique de Schopenhauer). Il est rejoint par Fritz Münch¹⁹ en 1914, qui relève « la tendance générale, en Allemagne, à ne plus se contenter d'une *Rechtslehre*, mais dans ce contexte Jung, en cherchant une source du droit indépendante des intérêts sur une base éthique, ne réussit qu'une amélioration du droit naturel ». Münch estime que Jung (comme Radbruch) « confond la cause empirique du droit avec la question transcendante de la validité du droit et de son fondement ». Il rejoint plus précisément Schmitt en soulignant que, sous l'influence d'une méthode darwinio-schopenhauerienne (« auf Darwinische-Schopenhauerschen Wegen », *Le Problème*, p. 315) Jung veut intégrer les faits positifs dans une évolution de type comtiste de l'histoire. On note en effet dans ce livre l'impact de l'ethnologie, des sciences et des techniques, et surtout que « les tâches de la science pratique de la science du droit devant être résolues, ne peuvent attendre que la théorie ait réussi son accomplissement conceptuel » (fin du chapitre 9). En fait, et c'est ici que Jung peut sympathiser idéologiquement avec Schopenhauer, le moment historique décisif est celui de la Réforme, c'est-à-dire de la sécularisation (« Il faut bien que le droit existe, même si Dieu n'existe pas », réf. à Grotius) : il n'y a plus de révélation surnaturelle, et les vestiges de celle-ci ne suffisent pas (chapitre 4). C'est pourquoi la présence de Schopenhauer dans le livre (bien moindre que celle de Stammler, auquel Jung se réfère encore positivement) semble là surtout pour le principe idéologique de sa position : cf. p. 61-62 « il devrait devenir bientôt tout à fait indépendamment de son éventuelle valeur de la vérité (sic), en tant que phénomène de l'histoire de la philosophie, un objet plus familier d'observation scientifique que ce n'est le cas ». En 1938, Jung estimera cette fois en Schopenhauer plutôt le penseur populaire²⁰, au contraire de Keyserling, « qui pense russe » (p. 153)²¹. Schopenhauer lui est devenu celui qui a débarrassé notre nation de cette honte que toute la philosophie allemande transcendantalise (Herder, *in Metaphysik zur Kritik der reinen Vernunft*, 1799). Un mot que l'on retrouve chez Goethe, et qu'appuie Schiller : « Kant a égaré tous les philosophes ». Jung s'approprie dans cette perspec-

¹⁷ Rééditée inchangée chez Beck'sche Verlagbuchhandlungen, Munich, 1969.

¹⁸ Éditée à Breslau, Schletter'sche Buchhandlung, dans la série *Strafrechtliche Abhandlungen* 25, Heft 120, 155 p.

¹⁹ *In Zeitschrift. Rechtsphilosophie in Lehre u. Praxis*, revue de tendance néo-kantienne, cofondée par Jung et Stammler en, et qui disparaît en 1928.

²⁰ *Gedächtnisschrift f. Arthur Schopenhauer zur 150. Wiederkehr seines Geburtstages : über zutreffende Stoffgleiderung (Systematik) in der Rechtswissenschaft, in der geschichtlichen Wissenschaften und den Wissenschaften überhaupt in Philosophische Untersuchungen*, Bd 6, p. 140-148.

²¹ Allusion au livre de K. *Schopenhauer als Vorbilder*, Leipzig, 1910, repris en français dans K. *in Figures symboliques*, Paris, 1926, sous le titre « Schopenhauer comme déséducateur ».

tive un texte de Julius Kraft sur l'évolution de l'école phénoménologique qui a commencé par l'appel de Husserl à la philosophie comme science rigoureuse, et aboutit à la métaphysique de Heidegger... qui s'établit comme la technique verbale la plus élaborée »²². Georg Stock, en 1934, sera plus formel : « Jung cherche l'unité du monde et de l'esprit telle qu'elle est représentée par Heidegger, et de la matière du droit telle que la présente son interprétation sociologisante. Seul Jhering avait précédé Jung dans cette voie... Jung se distancie de l'école de Marburg parce que cette école sud-allemande a échoué à faire l'unité de la vie et de l'esprit... Elle débouche sur un relativisme philosophique du droit, etc. »²³. C'est qu'à l'époque, Jung rédige l'article « Deutsche Rechtsphilosophie », dans le *N-S. Handbuch* (1935) ; il réédite en 1939 les *Germanische Götter und Helden in christlicher Zeit, zur Entwicklungsgeschichte der deutschen Geistenform*, Munich, 1922, 541 p. Il est vrai qu'en 1890 il était membre de l'*Allgemeine Deutschen Verband* (créée en 1891), devenue en juillet 1894 *Alldeutschen Verband*, où se développe une pensée raciale, et une politique culturelle populaire sur la base du principe de l'« arianisme ». Et il sera naturellement, en 1917, à Strasbourg, l'un des éditeurs de la *Deutschland Erneuerung* ; il édite les articles de cette période en 1936 sous le titre *National-völkisch-sozial Politische Aufsätze aus der Zeit 1918-1927*, 83 p.

01130 Giron

²² J. K. Von Husserl zu Heidegger, *Kritik der phenomenologische Philosophie*, 1931.

²³ Georg Stock, « Schopenhauer Grundlehren und die Wege der neuere Rechtsphilosophie », *Jahrbuch d. Schop.-Gesellschaft*, n° 21, 1934, p. 49-105.