



Entre certitude morale et discontinuité stricte : la raison d'État en Allemagne après 1945

Otto Pfersmann

DANS **CITÉS** 2023/2 (N° 94), PAGES 81 À 94

ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1299-5495

ISBN 9782130843351

DOI 10.3917/cite.094.0081

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-cites-2023-2-page-81.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

*Entre certitude morale et discontinuité stricte :
la raison d'État en Allemagne après 1945*

OTTO PFERSMANN

S'il est un pays qui paraît guéri de la maladie de la raison d'État, cela devrait bien être l'Allemagne. Pays du militarisme prussien, du nazisme et de sa défaite radicale, d'une reconstruction longue et douloureuse sous un statut d'occupation d'abord, d'une division en deux États aux options idéologiques opposées prolongeant l'issue de la deuxième guerre mondiale jusqu'à un règlement international et global de sa situation qui restitue son unité et entérine définitivement les frontières de 1945, pays de la culpabilité jugée par des juridictions internationales et nationales (et non uniquement allemandes, mais de tous les États affectés d'une manière ou d'une autre par son occupation militaire et policière), sa politique officielle est marquée par le rejet explicite du cynisme politique de la recherche de la domination impérialiste, par l'adhésion maintes fois proclamée au maintien et à la promotion de la paix. Pays de la repentance explicite et élaborée, l'invocation de la responsabilité et de la suprématie de la morale par rapport à d'autres considérations est formulée en maintes occasions et exprime ainsi le refus de ce que l'on pouvait traditionnellement associer à l'idée de « raison d'État ».

Le rejet de ce qui pouvait y être associé traverse toute la construction du nouvel État qui naît lentement dans les zones d'occupation occidentales avant de devenir finalement le cadre institutionnel d'une Allemagne réunifiée. Ce nouvel État se veut « moral » et emprunte ses conceptions axiologiques au kantisme et au réalisme moral de Max Scheler, la responsabilité pour le passé devient la fierté d'un État juste et d'une moralité conquérante. Cette conception qui s'appuie sur la théorie de l'État de droit et

illustre ainsi sa distance par rapport à la raison d'État se construit cependant au prix d'une auto-stylisation moraliste édulcorant le potentiel critique dont elle se prévaut (I). Quant aux recherches des causes du mal et par conséquent de son éventuelle survivance, la conception apparemment dominante entend voir une discontinuité stricte entre un usage noble et un épisode ignoble de la raison d'État (II). Enfin, la certitude morale de l'État de droit se voit contrainte d'admettre, mais non d'assumer qu'elle comporte des lacunes (III).

I. LA CERTITUDE MORALE

Quelques exemples et éléments illustrent la construction du moralisme non-critique. On peut appeler moralisme non-critique la revendication d'agir dorénavant de manière conforme à *la* morale et articulée à la certitude que cette position ne peut pas être remise en question.

Elle passa par l'admission de la culpabilité et de la responsabilité au regard du passé à la certitude morale d'un droit juste et nouveau. Alors que la France formule sa fierté d'avoir été du bon côté du combat en faisant précéder sa nouvelle Constitution de 1946 de ce célèbre Préambule, « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés », l'Allemagne des zones d'occupation occidentales invoque au contraire, en guise de Préambule de sa Loi fondamentale du 23 mai 1949 un devoir résultant de sa culpabilité : « Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant. » La nouvelle Constitution allemande place la « dignité humaine » à la première place de son catalogue de droits fondamentaux qui précède lui-même l'ensemble des autres dispositions relatives aux compétences des organes. Selon cet article, « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ». La conception et l'interprétation de cette disposition sont couramment rattachées à la formulation de l'impératif catégorique kantien, selon lequel autrui ne doit jamais être considéré comme moyen. La jurisprudence constitutionnelle mettra en œuvre, à de multiples reprises, cette idée que

la valeur de la personne humaine ne saurait céder devant des considérations instrumentales quelles qu'elles soient. Cela vaut autant pour l'usage de la torture en cas d'enlèvement que de l'usage d'un avion civil pour des fins terroristes : l'autorisation de l'abattre est, même si la doctrine se déchire à cet égard, annulée comme contraire à la Constitution¹. La ligne que l'on peut qualifier de kantienne, en toute rigueur entièrement incompatible avec une théorie de la raison d'État justifiant des actes non conformes à la morale au nom d'un intérêt – d'une raison – supérieur de l'État, n'est cependant pas simplement une injonction de repentance continue, elle permet aussi de se construire une nouvelle identité *morale*. L'Allemagne était le pays de la catastrophe morale, elle devient celui d'un kantisme d'État porté avec une fierté grandissante si l'on suit les commentaires de la nouvelle Constitution et les écrits qui s'y rattachent. On connaît la fortune dont jouira le concept de « patriotisme constitutionnel » qui permettra de cristalliser un nouvel orgueil ainsi que la volonté d'exporter dorénavant une conception constitutionnelle à laquelle il est non seulement possible d'adhérer, mais dont les applications pourront et devront être vues comme de nouveaux standards de « moralité juridique », concept juridiquement dépourvu de sens, mais qui dénote l'attrait que peut avoir le remplacement de la raison d'État par un droit conforme à la morale de l'idéalisme allemand.

Un élément central de cette conception consiste dans le rejet du positivisme juridique ou plus exactement d'une certaine caricature de cette théorie. Juste après la capitulation du Reich, Gustav Radbruch publie plusieurs textes assimilant l'injustice nazie au positivisme². Cet auteur, dont les thèses auront une influence considérable sur l'évolution doctrinale et jurisprudentielle, avait été un fervent partisan d'une conception « positiviste » avant d'être démis de sa chaire par les nazis en tant qu'ancien ministre socialiste. Après la guerre, il illustrera la position néo-naturaliste condamnant ses théories antérieures. Cet épisode bien connu est intéressant dans le présent contexte en tant qu'il montre comment une erreur théorique est intégrée dans une nouvelle identité idéologique : Radbruch n'a jamais été positiviste en un sens théoriquement élaboré, mais avait utilisé le terme

1. Jugement du 15 février 2006, 1 BvR 357/05 ; BVerfGE 115, 118-166.

2. Gustav Radbruch, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 105, republié in *Rechtsphilosophie*, 1973, 8^e éd., p. 339 sq. ; « Fünf Minuten Rechtsphilosophie », *Rhein-Neckar-Zeitung*, 12 septembre 1945, republié in Ralf Dreier, Stanley L. Paulson (éd.), *Gustav Radbruch. Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2011, p. 209 sq.

« positivisme » pour un moralisme légaliste, l'idée qu'il convenait en toute hypothèse de se *soumettre* à la loi, alors que le positivisme juridique s'abstient de tout impératif relatif à l'obéissance ou à la désobéissance à la loi (ou à d'autres normes juridiques), considérant qu'il s'agit d'une question de philosophie morale et non d'un problème de connaissance du droit. C'était au contraire les idéologues d'un droit nazi qui conspuaient le positivisme juridique comme *juif* et dégénéré et se plaisaient à opposer la volonté du *führer* ou de l'esprit allemand au droit positif. La position de Radbruch après-guerre exprime alors l'idée que la *morale* constitue le droit véritable, mais s'il en est ainsi, il revient au *juriste* non pas de connaître et d'expliquer le droit positif, mais de formuler la morale véritable dont il serait le détenteur. Cette transposition idéologique permet non seulement de ne pas appliquer le droit (nouvellement démocratique) en vigueur, mais de revendiquer le magistère de la possession du juste, retirée ainsi à la réflexion critique de la philosophie morale.

Certaines applications seront considérées comme déterminantes. Lorsque la Cour constitutionnelle fédérale donnera raison à Erich Lüth contre Veit Harlan en motivant sa décision par la célèbre formule selon laquelle les droits fondamentaux devaient être considérés comme un « ordre objectif de valeurs », le constitutionnalisme allemand de Bonn établit la voie qui lui permet de revendiquer une *morale* de son droit et donc de sa nouvelle identité qui lui confère une grandeur axiologique qu'elle avait perdue en puissance militaire. Lüth avait appelé au boycott d'un nouveau film (« Éternelle bien-aimée ») de Harlan qui avait été le cinéaste de l'ignoble pellicule antisémite « Jud Süß » sous le régime nazi. Harlan avait d'abord obtenu une décision de justice, confirmée en appel, condamnant l'action de Lüth comme contraire aux bonnes mœurs, mais la Cour constitutionnelle fédérale devait renverser ces jugements en considérant que cette action était couverte par la liberté d'expression¹. La pertinence strictement juridique de cette décision peut paraître discutable, puisque la liberté d'expression est garantie avec une clause de réserve de la loi et que la loi établit justement une limite que Harlan avait invoquée. Mais au regard d'une conception kantienne du nouveau droit constitutionnel concrétisé par une Cour constitutionnelle que l'Allemagne n'avait point connue auparavant, une telle audace s'inscrit dans le tournant kantien et est considérée jusqu'à ce jour comme la véritable naissance juridictionnelle de

1. Cour constitutionnelle fédérale, le 15 janvier 1958, BVerfGE 7, 198.

la nouvelle Allemagne¹. Cette décision exemplifie l'ambiguïté de la certitude morale : évidemment Harlan est un personnage compromis et le boycott de ses productions montre que l'Allemagne est désormais du côté juste, mais la question était bien celle de savoir si la position moralement juste était aussi constitutionnellement fondée et l'argumentation de la Cour esquivait l'épineux problème en affirmant que ce qui est juste à ses yeux est par là même constitutionnellement valide. Mais que se passe-t-il si la conception de la Cour n'est pas du *bon* côté ? Une telle question ne peut plus être envisagée, il existe une certitude.

Un autre exemple assez instructif est livré par les négociations entre l'Allemagne et Israël en vue d'un règlement financier. Lorsque les puissances alliées émettent en 1950 une notification concernant la fin du statut d'occupation, Israël ne se considère pas compétent, mais exige qu'on lui réserve le droit de revendication au regard des crimes commis sous le nazisme, dans une deuxième note, un montant explicitement demandé. Des négociations s'engagent alors qu'Israël et l'Allemagne n'entretiennent pas encore de relations diplomatiques, elles aboutiront finalement à un accord qui sera intégralement honoré par les deux parties². Pour le chancelier Adenauer, il s'agissait d'un « devoir moral », mais l'opinion allemande restait indifférente et les représentants d'Israël refusaient toute idée de réparation, le gouvernement devant affronter de violentes oppositions internes³. Le débat continu sur la nature de cet accord fait ainsi apparaître la difficulté consistant à vouloir identifier un point de référence relatif à une conception allemande de la raison d'État. À qui le discours est-il imputable et le discours est-il pleinement représentatif d'une conception commune ? L'accord avec Israël n'est pas non plus soutenu par l'ensemble de la classe politique. Mis à part les antisémites ou autres anciens ou néonazis impénitents, Adenauer doit mettre tout son poids politique en

1. Cf. par exemple Dieter Grimm, « Die Karriere eines Boykottaufrufs », *Die Zeit*, n° 40, 27 septembre 2001 ; Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2011.

2. Pour les détails, cf. par exemple Paul Giniewski, « Allemagne et Israël. Le traité de réparations israélo-allemand du 10 septembre 1952 », *Politique étrangère*, n° 2, 1954, 19^e année, p. 211-226, <https://doi.org/10.3406/polit.1954.2629>.

3. Cf. P. Giniewski, *op. cit.*, et, par exemple, Constantin Goschler, « L'Accord de "réparations" entre l'Allemagne et Israël (1952) : le mirage de la réconciliation », *Questions juives*, 21 septembre 2022, accessible sur <https://k-larevue.com/laccord-de-luxembourg-le-mirage-de-la-reconciliation/> et <https://www.zeit.de/2022/36/luxemburger-abkommen-israel-holocaust-verhandlungen> (visité le 7 janvier 2023).

balance pour mener l'affaire à bien. Il fallait un certain chancelier, il fallait une majorité soutenant sa démarche. Juridiquement, c'est l'État allemand (plus exactement, la Fédération) qui signe et ratifie le traité, qui est-ce moralement ?

Certes, la Constitution paraît conçue comme une antithèse à la version cynique de la raison d'État et, certes, une norme, surtout constitutionnelle, est assurément imputable à la *République fédérale d'Allemagne* en tant qu'entité juridique, mais une norme ne dit rien sur l'état de l'opinion. Une application juridictionnelle, fût-elle rendue par une Cour constitutionnelle, constitue assurément un témoignage public important, mais on devra se demander dans quelle mesure elle est elle-même conforme à la Constitution qu'elle applique.

II. LA THÉORIE DE LA DISCONTINUITÉ STRICTE OU SAUVER FRÉDÉRIC II ET BISMARCK

Il convient alors de revenir aux théories ayant cherché à analyser les situations de conflits entre normativités concurrentes, celles où la raison d'État n'est pas simplement éludée et refoulée, mais explicite.

Le syntagme « raison d'État » fait partie de la famille des concepts les plus plastiques, en apparence les plus faciles d'utilisation, mais surtout les plus confus et les plus indéterminés de la philosophie politique et de l'histoire des idées. S'il ne saurait évidemment être question de retracer et de systématiser ces usages, il convient cependant de préciser celui qui sera adopté ici. Raison d'État réfère en premier lieu à une structure normative, en deuxième lieu à une méthode explicative de phénomènes politiques, en troisième lieu à une théorie stratégique d'optimisation dans la poursuite d'un but. D'un point de vue normatif, il s'agit de possibles conflits et d'éventuelles prévalences entre des données juridiques et/ou morales d'une part et des visées politiques d'autre part ; d'un point de vue descriptif, il s'agit de rendre compte des faits politiques tels qu'ils se produisent effectivement et non selon un supposé code moral et/ou juridique, d'un point de vue stratégique, il s'agit de développer les étapes permettant de rejoindre le plus aisément le but de l'action politique – qui pourra tenir ou non de données morales et/ou juridiques ou les considérer comme de simples contraintes contingentes de l'action. On connaît bien la distinction entre les règles constitutives et les règles stratégiques ou tactiques en théorie des jeux et de la décision rationnelle, elles ne présentent que deux ensembles

d'éléments et on n'y est pas confronté à un conflit potentiel : les coups possibles sont délimités par les normes constitutives, les coups gagnants en forment un sous-ensemble. En ce qui concerne la raison d'État, un conflit de normes est toujours envisageable entre une règle morale et une exigence d'actions visant à protéger ou promouvoir « l'État » comme avec une règle stratégique de choisir la « meilleure » action parmi un ensemble de variantes possibles, plus exactement, un conflit peut comporter trois termes ou plus : une norme morale, une ou plusieurs normes juridiques – plusieurs si une norme de droit interne viole une exigence du droit international, si une norme législative ou infra-législative viole une norme constitutionnelle et/ou internationale –, une exigence stratégique.

Le concept d'État dont il y aurait une raison est également problématique. Il est souvent conçu comme un être collectif doté de capacités volitives et cognitives, autrement il lui serait difficile d'avoir une « raison ». Mais il n'est évidemment guère clair de quel genre d'entité il pourrait bien s'agir. S'il s'agit d'un collectif empirique, il est difficile de l'identifier exactement et de lui imputer des motivations et des décisions. Si on prend le concept en un sens juridique, on est également confronté à une ambiguïté, le terme pouvant être compris comme référant à l'entité « État », telle que conçue en droit international, à une collectivité territoriale, ou enfin à un système juridique. Et si on choisit cette dernière option, sans doute la plus claire puisqu'elle permet d'éliminer le faux dualisme opposant système juridique et État comme si l'un pouvait régir l'autre et l'autre se soumettre librement au droit (ou au contraire agir en dehors de lui), on devra considérer que tout système juridique relativement centralisé et efficace devra également être conçu à la même aune. Pourquoi alors y aurait-il seulement une raison d'État (au sens où l'on réfère aux États-membres de l'Union européenne) et non une raison de l'Union européenne ?

Il s'ensuit un problème originaire relatif à l'usage de cette expression dont l'ambiguïté couvre des conceptions et des démarches fondamentalement différentes et souvent confondues.

C'est d'ailleurs ainsi que commence l'histoire de la raison d'État en Allemagne, que l'on doit à l'historien Friedrich Meinecke qui lui consacre un ouvrage qui fait doublement date¹ ; il inaugure l'histoire des idées dans l'historiographie allemande et il constitue une synthèse riche et critique

1. Friedrich Meinecke, *L'Idée de la raison d'État dans l'histoire des temps modernes*, trad. fr. Maurice Chevallier (titre original : *Die Idee der Staatsräson in der modernen Geschichte*), préface par Federico Chabod, Genève, Droz, 1973.

consacrée à l'un des concepts les plus discutés après la première guerre mondiale et l'effondrement de l'Empire fondé en 1871. L'auteur y étudie naturellement le tournant machiavélien et les réactions qu'il déclenche et fait état des conflits de devoirs que le concept dénote.

La contribution de Meinecke est considérée à la fois comme l'expression de l'adhésion à la Constitution de Weimar et comme une critique de la recherche d'un pouvoir déchaîné que l'auteur voit comme une démonie¹. Si l'on discute de « raison d'État », on se réfère à cet ouvrage et la liste des écrits qui le mentionnent serait très longue et elle se poursuit tout au long de la période postérieure à la seconde guerre mondiale. Une telle concentration thématique autour d'un seul ouvrage pose naturellement plusieurs problèmes.

Le premier et le plus important est d'ordre conceptuel. Il est évidemment possible de discuter des questions relatives aux conflits de normes relevant de considérations différentes et concernant l'action politique sans invoquer explicitement le terme « raison d'État » comme il est possible de mentionner le mot sans utiliser le concept. Le champ des controverses est par conséquent beaucoup plus étendu et sans doute impossible à délimiter.

Le deuxième problème concerne la position de Meinecke lui-même. S'il n'est évidemment pas ici le lieu de discuter ses thèses en tant que telles, alors qu'un tel nombre de contributions lui ont été consacrées et qu'il s'agit à l'évidence d'un ouvrage complexe, riche et volumineux, il convient cependant d'observer que la différenciation des conflits de devoir demeure souvent confuse et dépourvue de clarté analytique. L'adhésion à une

1. Il ne manque sans doute pas d'ironie de constater que Meinecke est déjà critiqué pendant l'époque nazie pour son ambiguïté morale. C'est ainsi que Friedrich von Dungen (un auteur dont il est difficile de connaître le parcours : en 1944 il est haut fonctionnaire à Potsdam, il publie également quelques articles après la guerre, mais ne semble pas avoir assumé une position universitaire), dit assez clairement (*in* « Krieg und Kriegsfinanzen bei Niccolo Machiavelli », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. CIV, 1944, p. 303-331) que Meinecke formule une « double morale » où la fin justifie les moyens, « le contraire d'une norme morale » (p. 308). En 1944, Dungen voit le mal absolu dans le bolchévisme qui incarne à ses yeux le principe le plus radical de mépris de l'individu au nom de l'intérêt de la collectivité et lui oppose les valeurs défendues par les pays de l'Axe. Cet article n'a sans doute eu qu'un impact parfaitement négligeable et sa valeur historique ou philosophique est évidemment des plus faibles, il est d'autant plus significatif que ce texte parfaitement en ligne avec les idéologies nazie et fasciste trace et poursuit une ligne argumentative qui se retrouvera bien après la guerre : Machiavel développe une théorie à multiples facettes, les grands politiques allemands du passé poursuivent (Frédéric II, Bismarck) de nobles buts et la raison d'État cynique n'est pas celle que poursuit l'État allemand. « Comme Frédéric le grand, Mussolini exige pour les princes un idéalisme élevé et l'exige, non sans servir de guide et de pédagogie et en donnant l'exemple, du citoyen individuel » (p. 318). Après 1945, on fait tomber la référence à Mussolini et son homologue germanique.

variante confuse du droit naturel constitue un obstacle insurmontable en tant qu'elle gomme la distinction entre les exigences – parfois en conflit entre elles – du droit positif et celles d'ordres normatifs non juridiques. En outre, on pouvait attendre de la part d'un auteur ayant consacré une œuvre ayant exercé une telle influence à la question de la raison d'État après la catastrophe de la première guerre mondiale, qu'il se prononce sur cette même question après le désastre moral de la Shoah et de la deuxième guerre mondiale. En effet, Meinecke fait partie des intellectuels qui n'ont pas adhéré au régime. Admis à l'éméritat en 1932, il se retire de toutes les fonctions, se confine dans une forme d'émigration intérieure et entretient des rapports avec les membres du cercle qui organise l'attentat du 20 juillet 1944 – au moins si l'on en croit ses propres propos ¹.

Si sa condamnation de l'hitlérisme est hors de doute, sa reconstruction de l'émergence du phénomène demeure teintée des sentiments partagés qui le portent à considérer que l'antisémitisme était en partie causé par le comportement des Juifs eux-mêmes : « Les Juifs qui ont tendance à jouir sans retenue de la faveur de la conjoncture qui leur avait une fois souri, avaient provoqué maint courroux depuis leur entière émancipation ². » « Parmi ceux qui ont mené la coupe du pouvoir qui leur était échu <après en avoir longtemps été tenu à distance, OP> bien trop vite et trop avidement se trouvait aussi un grand nombre de Juifs. Ils apparaissaient maintenant aux yeux de tous les antisémites comme les parasites de la défaite allemande et de la révolution <de 1918> ³. » En même temps, Meinecke fait remonter le mal d'autres maux qui précèdent l'évolution désastreuse qui conduit à la fin de la république de Weimar. Et c'est l'un des rares endroits où il mentionne explicitement « la victoire du machiavélisme ⁴ » qu'il convient de lire ici comme synonyme de la raison d'État au sens le plus négatif. L'auteur se demande s'il convient de suivre les appréhensions exprimées par Jakob Buckardt et Constantin Frantz pour lesquels la démarche de Bismarck représente « le triomphe du machiavélisme par rapport au principe moral et juridique dans le commerce des peuples, laissant la culture plus spirituelle et plus fine dépérir dans la recherche du pouvoir et de la jouissance ⁵ ». Et Meinecke admet qu'il y a là un « grain de vérité ».

1. Friedrich Meinecke, *Die deutsche Katastrophe: Betrachtungen und Erinnerungen*, Wiesbaden, Brockhaus, 1946.

2. *Ibid.*, p. 29 (mes traductions).

3. *Ibid.*, p. 53.

4. *Ibid.*, p. 29 pour tout le passage commenté ici.

5. *Ibid.*, p. 27.

Mais ce n'est visiblement qu'un grain. Si Meinecke juge qu'il faille nettoyer l'idée de pouvoir de « toute la saleté qui y est entrée pendant le Troisième Reich ¹ », il reproche aussi à Burckardt et Frantz de n'avoir pas entièrement compris la « grande idée d'une fédération interne de l'esprit et du pouvoir, d'humanité et de nationalité qui produit chez nous de grandes valeurs culturelles ² ». « Même une Allemagne dépecée et privée de son indépendance nationale et politique, telle qu'elle nous est échue aujourd'hui, a le droit de regarder avec un deuil fier l'unité et le pouvoir dont elle a précédemment joui ³. » Meinecke fait ici valoir un topos que bien d'autres auteurs vont reprendre après lui : ni Frédéric II, ni Bismarck ne doivent être entièrement rejetés. Ces hommes – d'État – ont certes violé le droit international, mais leur dessein relève de la grandeur et doit trouver une justification.

Ainsi, alors que l'Allemagne de Bonn cherche à se construire comme État kantien, bien des contributions vont tourner autour de la question du sauvetage du passé, d'une Allemagne certes impérialiste et violente, mais non entachée par ce qui adviendra par la suite ⁴. Il convient de condamner l'hitlérisme, mais de sauver la raison d'État pré-hitlérienne tout en admettant qu'elle n'était guère kantienne. Un exemple parmi tant d'autres est livré par le pénaliste Karl Alfred Hall pour qui Frédéric II, révoquant une décision juridictionnelle appliquant strictement le droit alors en vigueur, exerce une « noble raison d'État » qui fait prévaloir l'humanité dans l'esprit des Lumières ⁵.

La théorie sous-jacente consiste par conséquent dans l'idée qu'il y aurait une rupture et non une continuité entre les visions fédériciennes et bismarckiennes d'une part et le Troisième Reich d'autre part qui constitue non seulement un hapax, mais aussi un accident inexplicable de l'histoire. Il s'ensuivrait aussi que s'il convient d'accepter en contrition la diminution définitive de l'Allemagne qui ne pourra jamais devenir une puissance mon-

1. *Ibid.*, p. 160.

2. *Ibid.*, p. 159.

3. *Ibid.*

4. Par exemple, Wilhelm Grewe, « Macht und Recht Im Völkerleben », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. CV, 1948, p. 201-227.

5. Karl Alfred Hall, « Vom Geist des Prozesses: Richterliches Denken und Staatsräson », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. CVIII, 1952, p. 336-346, p. 340. La politisation de la justice sous le régime communiste de la RDA représente au contraire, pour l'auteur, « le fait que l'idée conservatrice de la raison d'État est abaissée à la raison de parti » (p. 340).

diale, la poursuite de la « grandeur » ne lui serait pas interdite, ne serait-ce qu'en tant que souvenir actif. Et l'on peut évidemment se demander ce que veut dire exactement une telle théorie par rapport à un avenir encore largement indéterminé dans les années suivant immédiatement la défaite.

L'empreinte ambiguë de Meinecke semble proprement insurmontable pour beaucoup d'auteurs qui s'essayent à reconceptualiser la raison d'État et à l'articuler avec l'idéal de l'État de droit tel qu'il est entendu après-guerre sous l'empire de la Loi fondamentale et de la jurisprudence constitutionnelle qui cherche à lui donner un profil sinon plus précis du moins plus étroit¹. Ainsi pour Erhard Denninger, la raison d'État est bien, citant Meinecke, un principe d'action de l'État devant garantir sa survie², tel le conatus hobbesien ou spinoziste, mais devant aussi promouvoir la compréhension réciproque entre États et la perspective d'une société internationale pacifiée³. Il paraît difficile d'en déduire une ligne concrète sinon qu'en l'état actuel des choses, il n'existe pas de conflit entre le principe de l'État de droit et la raison d'État, alors que leur conception respective est évidemment radicalement antagoniste. L'on a donc à la fois le principe moral et son contraire, on est conscient du fait que cela n'est pas très satisfaisant, mais on en est actuellement tout à fait satisfait.

III. ADMETTRE L'EXCEPTION QUE L'ON CONSIDÉRerait COMME IMPOSSIBLE

La conception kantienne comme antithèse officielle d'une raison d'État, qui permettrait de contourner des règles au regard d'un prétendu intérêt supérieur ou irréfragable, est régulièrement exprimée à travers l'idée de l'*État de droit*. Ce concept est tout aussi indéterminé et multiforme, mais sa construction est en outre significativement paradoxale, car il suppose qu'« État » et « droit » soient deux choses parfaitement distinctes et que leur articulation soit purement contingente, alors que l'État n'est justement autre chose que l'ordre juridique et sujet d'imputation des actions de ses organes. L'insistance avec laquelle l'Allemagne officielle se présente comme un *État de droit*, c'est-à-dire un système juridique ordonné par des

1. Cf. par exemple, parmi une bibliographie océanique, Carsten Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

2. Erhard C. Denninger, « Bemerkungen zum Verhältnis der Begriffe "Rechtsstaat" und "Staatsräson" », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XLVII, 1961, p. 147-158, p. 151 et p. 155 : « Vivre de manière libre et indépendante ne veut dire rien d'autre pour l'État que suivre les lois que sa raison d'État lui dicte » (citation de F. Meinecke, *op. cit.*, p. 2).

3. *Ibid.*, p. 158 (citant encore Meinecke).

normes juridiques, fait apparaître, sous cet angle, l'emphase avec laquelle on souligne que les règles que l'on a adoptées ne sont ni violées, ni contournées. On sait pourtant très bien que les règles peuvent toujours être enfreintes et qu'elles le sont très souvent – même en Allemagne. L'État de droit devient alors un État – système juridique – qui réprime efficacement la violation de la règle en respectant les règles organisant une telle répression et l'organisant dans tous les domaines et à tous les niveaux.

La raison d'État connaîtra une autre renaissance qui sera aussi une autre épreuve pour sa ligne kantienne lorsque l'Allemagne sera confrontée à une vague de terrorisme dont elle cherche à se prémunir juridiquement en donnant aux autorités de poursuite de nouveaux pouvoirs d'investigation, notamment par des écoutes téléphoniques. Le problème ne consistera pas tellement dans cette autorisation en tant que telle, mais dans le fait que la personne concernée n'en sera pas informée et qu'il n'y aura pas de contrôle juridictionnel préalable. Or, l'introduction d'un tel dispositif nécessite une révision de la Constitution et surtout une révision qui touche aux éléments que la Constitution a rendus intouchables.

À la disposition initiale de l'article 10 de la Loi fondamentale selon laquelle « Le secret de la correspondance ainsi que le secret de la poste et des télécommunications sont inviolables. Des restrictions ne peuvent y être apportées qu'en vertu d'une loi » est ajouté par la révision du 24 juin 1968 un deuxième alinéa qui modifie l'ancienne version du premier : « (2) Des restrictions ne peuvent y être apportées qu'en vertu d'une loi. Si la restriction est destinée à défendre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land, la loi peut disposer que l'intéressé n'en sera pas informé et que le recours juridictionnel est remplacé par le contrôle d'organes et d'organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple. »

Or exclure le juge du contrôle de l'action de surveillance qui n'est justement pas conçue comme une action de poursuite pénale, mais pourrait en constituer la prémisses, est évidemment contraire à l'un des éléments fondateurs de l'État de droit selon lequel l'intéressé exposé à un ensemble de mesures émanant des « pouvoirs publics » doit pouvoir invoquer le jugement impartial d'un organe juridictionnel, alors que l'intérêt de ces mesures consiste précisément à les rendre secrètes pour la personne concernée. La Cour constitutionnelle fut saisie de plusieurs recours contre cette révision constitutionnelle au motif qu'elle violait la clause d'éternité protégeant les articles 1 et 20 de toute modification. Dans sa décision, la Cour

admet la conformité de la révision, mais aussi que ces principes sont effectivement « touchés » sans pourtant être violés¹. Une opinion dissidente connaissant un certain retentissement doctrinal² estime au contraire que les nouvelles dispositions enfreignent bien la clause d'éternité et sont par conséquent « nulles ». Et certains auteurs, comme Karl-Friedrich Hall, y ont vu le triomphe de la raison d'État sur le principe de l'État de droit³.

Un autre ensemble de problèmes est apparu dans le sillage de l'édiction d'une circulaire conditionnant le recrutement et le maintien en fonction des fonctionnaires à leur fidélité à la Constitution et d'autres mesures renforçant le contrôle sur la liberté de conscience en dehors des limites des droits fondamentaux garantis ou à leur extrême lisière, montrant par la même occasion la fragilité de la conception, constitutionnellement consacrée, d'une démocratie militante et par conséquent en conflit potentiel avec ses propres exigences en termes de protections des libertés. Formellement, il s'agissait d'une décision de la Fédération et des Länder concernant l'examen des candidatures en vue d'un recrutement dans le service public relatif à leur fidélité à la Constitution du 28 janvier 1972⁴. Cette mesure n'a été abrogée que progressivement dans les Länder entre 1985 et 1991 et a donné lieu à plus d'un million de contrôles de candidats ou de fonctionnaires en poste. La mesure a cependant été jugée comme conforme à la Constitution en vertu d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale⁵. Ces événements ont à nouveau stimulé une discussion sur la place de la raison d'État à l'intérieur même de l'État de droit.

Il n'est pas envisageable de présenter l'ensemble des crises où cette question du conflit interne des valeurs et normes constitutives de l'auto-compréhension de l'Allemagne d'après-guerre et d'après la réunification refait régulièrement surface et qui ne pourrait exhaustivement être traitée que dans le cadre d'une véritable monographie. Elle revient et se renforce avec l'intensification des actes terroristes, des crises migratoires, de la pandémie qui met en sourdine la liberté d'aller et venir à l'échelle de tout le territoire, alors que la santé constitue une compétence des *Länder*.

1. BVerfGE 30, 1.

2. Par exemple Hans Ulrich Evers, in *Bonner Kommentar*, p. 49.

3. « Fast vergessene Notstandsprobleme », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, juillet 1970, p. 145-147.

4. La copie du document original est accessible sur https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0113_ade&object=facsimile&pimage=2&v=100&nav=&l=de (vu le 9 janvier 2023).

5. BVerfGE 39, 334.

De l'ensemble de ces développements on peut retenir, schématiquement et sans égard des nuances et de la complexité, les éléments suivants : l'Allemagne constitue l'exemple d'un État et d'une auto-compréhension née de la volonté d'un recommencement libéré des démons ayant conduit à la catastrophe du nazisme, fondé sur une conception strictement morale et opposée à l'idée de raison d'État qui permet ou même enjoint de violer le droit et la morale au regard d'autres intérêts vitaux d'une collectivité nationale. Cette construction, conçue sur un mode dogmatique de certitude axiologique, conduit cependant à des paradoxes, des conflits de normes et refoulements d'exigences d'actions urgentes difficilement compatibles avec la vision officielle. Elle laisse également l'impression d'une certaine contingence historique sous les conditions d'une défaite, alors que le passé lointain d'une Allemagne – ou d'une Prusse ? – rayonnante par l'éclat de ses réalisations conquérantes serait indemne des taches dont seule la dictature aurait à porter la responsabilité. Réfléchir à la place de l'idée si confuse de la raison d'État dans ce parcours si complexe invite à revenir à une vision plus humble, ouverte et critique de la valeur morale d'un recommencement kantien.