

## Crise et perspectives de l'État de droit.

### La contribution de la théorie politique et juridique de Franz Neumann.

Par Yannis Flytzanis\*

#### Introduction

Dans la théorie politique contemporaine, le débat s'intensifie sur la récente propagation mondiale des forces autoritaires, qui érodent progressivement l'État de droit et ses garanties: ces forces violent les libertés fondamentales (telles que la liberté d'expression, de réunion, de presse), mais aussi le principe de séparation des pouvoirs à travers la montée de l'exécutif; elles s'attaquent au caractère pluraliste et compétitif de leurs sociétés en promouvant l'homogénéité; elles visent un parlement sans partis concurrents et une société sans organisations autonomes; elles soutiennent la concentration du pouvoir économique<sup>1</sup>. Dans cette crise, je pense qu'un retour à la théorie de Franz Neumann (et accessoirement d'Otto Kirchheimer) peut offrir des perspectives cruciales pour le développement d'une vision cohérente de l'État de droit et de ses défis dans la société bourgeois<sup>2</sup>.

Franz Neumann commence à développer sa théorie critique, juridique et politique, dans le Weimar de l'entre-deux-guerres, où les institutions libérales s'érodent progressivement alors que la question constitutionnelle reste ouverte à de nombreuses forces sociales au sein de l'Allemagne<sup>3</sup>. À la même époque, la théorie politique et juridique s'épanouit : je cite, par exemple, le développement du décisionnisme par Carl Schmitt, de la théorie juridique pure par Hans Kelsen, de la conception de l'État de droit social par Herman Heller. Après avoir quitté l'Allemagne (1933), Neumann est arrivé en Angleterre où il a soutenu une (deuxième) thèse sous la direction du théoricien politique Harold Laski. Il s'agit d'une thèse qui constitue une tentative de développement systématique d'une théorie sociale de l'État de droit<sup>4</sup>. En 1936, il a commencé à collaborer avec *l'Institut de recherche sociale* de Francfort et, en 1937, il a publié dans la revue de

---

\* Enseignant en Théorie Social et Droit, Université National et Kapodistrienne d'Athènes (NKUA). Chercheur post-doctoral, NKUA.

<sup>1</sup> Entre autres : Wendy Brown, Peter E. Gordon, et Max Pensky, *Authoritarianism: Three Inquiries in Critical Theory* (University of Chicago Press, 2018); Rainer Forst, « The Rule of Unreason: Analyzing (Anti-)Democratic Regression », *Constellations* 30, n° 3 (2023): 217-24, <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12671>; Peter Niesen, *Zur Diagnose demokratischer Regression: Sonderband Leviathan* (Nomos, 2023).

<sup>2</sup> Voir également : William E. Scheuerman, « Liberal Democracy's Crisis: What a Forgotten "Frankfurter" Can Still Teach Us », *Jus Politicum*, n° 23 (s. d.).

<sup>3</sup> Alfons Söllner, « Franz Neumann », *Telos* 1981, n° 50 (21 décembre 1981): 171-79, <https://doi.org/10.3817/1281050171>; Alfons Söllner, « Franz L. Neumann's Place in the History of Political Thought — a Sketch », in *Politisches Denken Jahrbuch 2002*, éd. par Karl Graf Ballestrem et al. (J.B. Metzler, 2002), 97-110, [https://doi.org/10.1007/978-3-476-02766-5\\_6](https://doi.org/10.1007/978-3-476-02766-5_6).

<sup>4</sup> Franz L. Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society* (Berg, 1986).

l'Institut un article (largement basée sur sa thèse) sur la crise de l'État de droit et le changement de forme juridique, intitulé *Le changement de la fonction du droit dans la société moderne*<sup>5</sup>.

Dans le présent article, je me réfère aux publications de Neumann mentionnées précédemment (l'article dans la *Zeitschrift für Sozialforschung* et sa thèse), mais je considère également d'autres publications, antérieures et postérieures, que je juge pertinentes et j'essaie de reconstruire sa pensée d'une façon immanente en soulignant les points importants qui peuvent contribuer à la formation d'une théorisation sociale de l'État de droit et de sa crise<sup>6</sup>. Je souligne son approche selon laquelle l'État de droit est lié à une société bourgeoise compétitive garantissant un minimum d'égalité, alors qu'il entre en crise dès que les tendances à la concentration du pouvoir économique et politique prédominent.

En révisant son œuvre, je me réfère tout en premier lieu à sa thèse centrale : l'État de droit et la forme juridique ont une autonomie relative et peuvent contribuer à l'expansion de l'égalité sociale en s'opposant à la concentration du pouvoir économique et politique. Ensuite, je traite de la tension interne entre la coercition et la liberté dans l'État de droit et de la manière dont Neumann décrit ce conflit au sein du capitalisme à travers des changements dans la forme juridique et le contenu social. La prévalence de la violence est une possibilité au sein de l'État de droit et est liée à l'un de ses pôles (celui de la coercition). Le troisième point que je développe est la manière dont l'État de droit est érodé par l'effondrement tant de la généralité de la forme juridique que de la séparation des pouvoirs et de la théorie juridique positiviste. Enfin, le quatrième point porte sur les perspectives spécifiques rendues possibles par l'État de droit, qui concernent une politique plus égalitaire et participative.

## **1. Au-delà de la rupture : la possibilité politique de l'État de droit et de la forme juridique**

Le dilemme de la rupture ou de la réforme des structures sociopolitiques existantes est particulièrement crucial pour une réflexion critique qui oriente son analyse vers une société de plus en plus égalitaire. En particulier, en ce qui concerne l'État de droit, ce dilemme consiste à se demander si ce dernier est une idéologie qui vise uniquement à reproduire les relations de production (ayant un caractère de classe) ou s'il peut fonctionner positivement dans le sens d'un

---

<sup>5</sup> Franz L. Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », in *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, éd. par Herbert Marcuse (London: Free Press, 1964), 22-68.

<sup>6</sup> Pour une autre approche, centrée sur les travaux de Neumann sur l'État de droit, voir Roger Cotterrell, « The Rule of Law in Transition: Revisiting Franz Neumann's Sociology of Legality », *Social & Legal Studies* 5, n° 4 (1 décembre 1996): 451-70, <https://doi.org/10.1177/096466399600500401>; Roger Cotterrell, « Social Foundations of the Rule of Law: Franz Neumann and Otto Kirchheimer », in *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective* (Oxford University Press, 1997), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198264903.003.0008>.

changement social anticipé (impliquant des dimensions au-delà du caractère de classe)<sup>7</sup>. La pensée de Neumann intervient dans cette dispute, en défendant le potentiel de l'État de droit à promouvoir l'égalité. Il est particulièrement important de noter qu'il conçoit l'État de droit comme relativement autonome par rapport au pouvoir économique, dans la mesure où il remplit une fonction d'équilibre en servant de médiateur entre des intérêts opposés. Il n'identifie donc pas complètement l'Etat de droit aux intérêts bourgeois en le réduisant à une dimension de classe. Un autre point que je souligne est que Neumann, à travers son analyse de l'État de droit, met particulièrement l'accent sur le critère de la forme générale du droit, en insistant à la fois sur sa fonction sociale (le minimum d'égalité dans le champ social comme condition nécessaire au fonctionnement de la forme générale du droit, qui à son tour assure un minimum d'égalité) et sur sa dimension morale (la sauvegarde de la liberté individuelle et de l'égalité face au pouvoir, mais aussi les promesses d'une égalité sociale à venir)<sup>8</sup>. L'État de droit et la généralité de la forme juridique sont, comme je l'ai noté, des concepts critiques qui se trouvent au cœur de sa thèse. Ils sont d'abord conçus pour avoir une fonction défensive en donnant une mesure de la fonction de l'État : ils offrent une protection contre la concentration du pouvoir économique, c'est-à-dire contre les phénomènes de gouvernance qui signifient la prédominance de la force sur le droit. Elles renvoient également à des possibilités à venir : la perspective d'une société plus égalitaire et participative (liberté politique).

Dans un deuxième temps, je compare la position de Neumann sur l'État de droit et la forme juridique avec deux conceptions critiques du droit particulièrement répandues. La première considère la reproduction du système existant comme la limite structurelle interne de l'État de droit. L'une des considérations les plus influentes dans cette direction est la théorie de Pashukanis<sup>9</sup>, qui conçoit la forme juridique et ses principaux concepts (sujet de droit, contrat) en interconnexion absolue avec la société productrice de marchandises. À ce point, je note que Neumann se réfère aussi à l'État de droit en tant qu'idéologie, avec une fonction de dissimulation<sup>10</sup>. Il associe l'État de droit à la montée de la bourgeoisie, à l'organisation du fonctionnement du capitalisme concurrentiel et à la mystification des rapports d'exploitation de classe entre le monde du travail et le capital. Il met également en évidence les dynamiques sociales et les intérêts concurrents qui se cachent derrière la division formelle des pouvoirs. Enfin, il critique la théorie du droit naturel dans la mesure où elle construit une essence humaine hyper-historique et pré-politique, d'un individu isolé avec des droits naturels, au cœur desquels se trouve le droit à la propriété privée. Ensuite, je me réfère aux approches critiques qui considèrent

---

<sup>7</sup> Peter Intelmann, *Franz L. Neumann: Chancen und Dilemma des politischen Reformismus*, 1. Aufl, Nomos Universitätsschriften (Nomos, 1996).

<sup>8</sup> Andreas Fisahn, *Eine kritische Theorie des Rechts: zur Diskussion der Staats- und Rechtstheorie von Franz L. Neumann* (Shaker, 1995).

<sup>9</sup> Evgeny Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory* (Pluto Press, 1989).

<sup>10</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 39,46.

le droit comme un matériau flexible que les différentes relations de pouvoir utilisent pour atteindre leurs objectifs. Dans l'exemple de Foucault, le droit fait partie d'une gouvernementalité dominante qui a comme fonction d'homogénéiser la population à travers un discours formaliste (normalisation)<sup>11</sup>. Je souligne ici que Neumann, dans ses travaux, décrit de manière exhaustive la montée d'un nouveau mode de gouvernement à travers une analyse des aspects caractéristiques de l'érosion de l'État de droit par la concentration du pouvoir économique et politique (l'effondrement des contrats et de la séparation des pouvoirs, la montée en puissance du pouvoir exécutif et de la théorie du décisionnisme)<sup>12</sup>. La différence avec les approches précédentes est, comme je l'ai déjà souligné, que pour Neumann, l'État de droit et la forme juridique ne sont pas entièrement déterminés par l'économie politique ou les relations de pouvoir. Il n'adopte donc ni une logique de rupture avec l'État de droit (puisque ce dernier ne fait pas exclusivement partie de l'économie politique), ni une logique de valorisation des rapports de pouvoir (puisque l'État de droit n'est pas exclusivement un outil de ces rapports); il explore son autonomie relative, le minimum d'égalité qu'il garantit, son érosion par la concentration du pouvoir (économique et politique), mais aussi les possibilités de son expansion.

## **2. Les tensions au sein de l'État de droit : liberté et souveraineté, forme juridique et contenu social.**

La deuxième contribution majeure de Neumann est qu'il conceptualise l'État de droit à travers une tension interne entre la violence et le droit en examinant les changements de la forme juridique et du contenu social au sein du capitalisme<sup>13</sup>. Neumann réussit à montrer que l'État de droit fonctionne en équilibrant deux éléments opposés : la souveraineté et la liberté et, à l'intérieur de la forme juridique, en équilibrant la violence et le droit. L'érosion de la forme juridique et l'effondrement de l'État de droit ne résultent donc pas d'une menace extérieure. La crise existe au sein même de l'État de droit comme sa possibilité, liée à l'un de ses pôles (celui de la coercition) qui parvient à s'imposer complètement. Neumann spécialise ce modèle dans le mode de production capitaliste : la violence se traduit comme un contenu social d'extrême inégalité dû à la concentration du pouvoir économique, dont la dernière est le résultat de la propriété privée des moyens de production et du caractère formel de l'égalité dans les contrats. Lorsque les intérêts économiques particuliers sont pleinement imposés, le rôle de médiateur de la forme juridique devient défavorable pour eux, et ils commencent donc à promouvoir activement de nouveaux modes de régulation. D'autre part, l'État de droit, avec la généralité de

---

<sup>11</sup> Ben Golder et Peter Fitzpatrick, *Foucault's Law* (Routledge, 2009).

<sup>12</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 53-66.

<sup>13</sup> Hubertus Buchstein, « A Heroic Reconciliation of Freedom and Power: On the Tension between Democratic and Social Theory in the Late Work of Franz L. Neumann », *Constellations* 10, n° 2 (2003): 228-46, <https://doi.org/10.1111/1467-8675.00326>.

sa forme juridique, a une fonction sociale, car il présuppose une compétition de pouvoirs égaux dans laquelle il joue le rôle de médiateur. Par conséquent, à travers la reconstruction que je tente, je parle de tendances périodiques de concentration du pouvoir économique et politique au sein du capitalisme (c'est-à-dire de tendances à la violence), qui sont rendues possibles grâce aux possibilités offertes par l'État de droit à des intérêts particuliers. L'État de droit possède toutefois une autonomie relative par rapport à ces derniers, car il établit un équilibre entre la coercition et la liberté et présuppose un contenu d'égalité minimale. C'est pourquoi il peut s'opposer (comme moyen et comme valeur) à la concentration du pouvoir économique, tout en favorisant l'approfondissement de l'égalité.

Plus précisément, en ce qui concerne le caractère équilibrant de l'État de droit : ce dernier présuppose des facteurs économiques de puissance égale, ce qui implique en premier lieu la liberté individuelle et l'égalité entre les capitalistes, comme le dit Neumann : « la condition sociale indispensable de la forme juridique est l'existence d'un grand nombre d'entreprises ayant une puissance économique à peu près égale »<sup>14</sup> (l'élément libéral de l'État de droit). Par la suite, avec l'émergence du mouvement ouvrier, s'ajoute l'organisation des travailleurs (à travers des partis de masse et des organisations syndicales), qui négocient sur la base de l'égalité avec le pouvoir économique (monopoles et cartels, qui sont également organisés en associations d'employeurs) en cherchant à construire des institutions d'égalité sociale substantielle (l'élément social-démocratique de l'État de droit)<sup>15</sup>. La base matérielle de l'État de droit est une société hautement compétitive, qui a atteint un minimum d'égalité. Cela ne signifie pas, bien entendu, que la forme juridique et l'État de droit dépendent uniquement d'une économie compétitive. Dans ses ouvrages, il rejette tout réductionnisme économique (il parle d'ailleurs dès les années 1950 d'une sociologie des classes, qu'il rejette : c'est une approche simplificatrice du fonctionnement de l'État et de la politique, puisqu'elle les réduit à la structure de classe de la société<sup>16</sup>). L'État de droit prend donc naissance dans des relations sociales spécifiques, mais il les organise également à travers ses institutions centrales (il s'agit donc d'un entrelacement de l'État de droit et des contenus sociaux).

En ce qui concerne les institutions de l'État de droit qui organisent les relations sociales par la médiation de la violence et du droit, Neumann souligne d'abord la généralité de la forme juridique, qui garantit l'égalité devant la loi par opposition à l'arbitraire et aux privilèges individuels qu'entraîne la concentration du pouvoir économique et politique<sup>17</sup>. Les critères de généralité se résument à trois éléments : la formulation abstraite, la référence à des cas

---

<sup>14</sup> Franz L. Neumann, « The Concept of Political Freedom », in *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, éd. par Herbert Marcuse (Free Press, 1964), 168.

<sup>15</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 47-49.

<sup>16</sup> Franz L. Neumann, « Economics and Politics in the Twentieth Century », in *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, éd. par Herbert Marcuse (Free Press, 1964), 257-69.

<sup>17</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 54-55.

spécifiques et la non-rétroactivité (la rétroactivité signifie le renversement des anticipations en matière d'État de droit)<sup>18</sup>. La généralité des lois implique, à la base de la liberté négative/individuelle, la définition d'une série d'espaces de liberté (personnelle, politique, économique, sociale)<sup>19</sup>. En termes de forme juridique, je retiens également de la théorie de Neumann à la fois sa fonction rationalisatrice, liée à la prévisibilité et à la fiabilité de l'État<sup>20</sup>, et ce qu'il appelle sa fonction morale, c'est-à-dire la confrontation du droit à la violence par la garantie d'un minimum de liberté et d'égalité face à l'État, une fonction liée aux revendications de la Révolution française<sup>21</sup>. Il se trouve ensuite la séparation des pouvoirs qui, en organisant le pouvoir de l'État, le contrôle et le différencie, en donnant des pouvoirs spécifiques aux organes de l'État et en leur fixant des limites<sup>22</sup>. La séparation des pouvoirs limite le pouvoir exécutif par rapport au parlement et au pouvoir judiciaire, garantit l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif, mais limite également le pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir législatif. Le rôle du parlement est central, car il constitue la principale institution de médiation entre les intérêts divergents d'une société pluraliste. Le parlement est composé à la fois de partis qui mettent en avant les revendications libérales et de partis de masse (liés aux syndicats) qui médiatisent les revendications d'égalité sociale<sup>23</sup>. Enfin, c'est aussi le positivisme juridique qui défend un système de règles fermé et cohérent au sein de l'État de droit, sans le dissoudre au profit du pouvoir. Le positivisme juridique, contrairement à d'autres théories juridiques, ne réduit pas le sens rationnel du droit par rapport à la politique (comme le décisionnisme) et ne donne pas au juge un pouvoir tel qu'il lui permette de compléter/ ou de nier le droit et de devenir lui-même législateur (comme l'école de droit libre)<sup>24</sup>.

Comme il affirme lui-même :

La généralité de la loi, l'indépendance des juges et la doctrine de la séparation des pouvoirs assument donc des fonctions qui vont au-delà des besoins du capitalisme compétitif, puisqu'elles garantissent la liberté et l'égalité des individus. La généralité de la loi et l'indépendance des juges dissimulent le pouvoir d'une couche sociale ; elles rendent les procédures d'échange calculables et créent également la liberté personnelle et la sécurité pour les pauvres. Ces trois fonctions sont importantes et pas seulement, comme le soutiennent les critiques du libéralisme, la fonction de rendre les procédures économiques calculables. Nous le répétons, ces trois fonctions sont présentes dans la

---

<sup>18</sup> Neumann, 28-29.

<sup>19</sup> Neumann, 30-31; Neumann, « The Concept of Political Freedom ».

<sup>20</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 40.

<sup>21</sup> Neumann, « The Concept of Political Freedom », 167; Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 42.

<sup>22</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 40-41.

<sup>23</sup> Sur l'équilibre des forces contraires dans le *Rechtstaat* social de Weimar et le rôle du parlement, voir. Neumann, *The Rule of Law*, 271-73.

<sup>24</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 37.

période du capitalisme compétitif, mais il est important de les distinguer. Si l'on ne fait pas ces distinctions, et que l'on ne voit dans la généralité de la loi qu'une exigence de l'économie capitaliste, il faut bien sûr conclure avec Carl Schmitt que la généralité de droit, l'indépendance des juges et la séparation des pouvoirs doivent être abolis à la mort du capitalisme<sup>25</sup>.

D'autre part, je note que la prédominance de la violence sur la généralité de la forme juridique est une possibilité de l'État de droit lui-même, car la crise est endogène : elle est causée par l'exploitation de ses principes formels/libéraux par des intérêts économiques particuliers. Par conséquent, la liberté contractuelle (égalité formelle) devient le moyen de concentrer le pouvoir économique (inégalité sociale) et, par la suite, ceux qui ont monopolisé le pouvoir économique tentent d'annuler la législation contractuelle à travers des commandements politiques. Neumann écrit : «Le contrat devient l'instrument qui permet d'écarter la libre concurrence, mettant ainsi fin à la règle du contrat et du droit général sur lequel se fonde le contrat dans le domaine économique»<sup>26</sup>. À ce point, je m'éloigne de la conception du capitalisme monopolistique ainsi que de l'évolutionnisme de l'austro-marxisme (Rudolf Hilferding et Karl Renner)<sup>27</sup>. Ce point de vue a partiellement influencé Neumann pendant l'entre-deux-guerres, mais il ne l'a jamais complètement adopté et, à partir de 1940, il s'en est éloigné. Pour l'austro-marxisme, les étapes du développement économique sont déterminées : du capitalisme concurrentiel au capitalisme monopolistique et de là au socialisme. En effet, l'austro-marxiste Karl Renner, sociologue du droit, dans son ouvrage *Les institutions du droit privé et leur fonction sociale* (1929)<sup>28</sup>, considère qu'au cours du développement économique, la propriété perd son importance initiale et le travail se socialise, jusqu'à la constitution d'une société rationnellement organisée, fondée sur des institutions de droit public. Il s'agit d'une perception schématique et mécaniste qui suit une direction prédéterminée et sous-estime les dynamiques concurrentes au sein de l'histoire. Ainsi, évitant les éléments évolutionnistes du travail de Neumann, je lis la crise et la désintégration de l'État de droit comme une tendance inhérente à ce dernier. Enfin, je me réfère au problème de la généralité de la forme juridique et de l'État de droit. Continuent-ils d'exister ou sont-ils abolis dès que le contenu social change, puisque nous avons une concentration du pouvoir économique et politique ? Comme nous l'avons souligné, dans la société compétitive et pluraliste, le contenu et la forme juridique ne sont pas contradictoires, mais complémentaires, ou, en termes marxistes, la superstructure et la base sont en accord. Au fur et à mesure que le contenu change, l'État de droit et ses principes fondamentaux ne servent plus des intérêts économiques particuliers qui

---

<sup>25</sup> Neumann, *The Rule of Law*, 257.

<sup>26</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 41.

<sup>27</sup> Rudolf Hilferding, *Finance Capital: A Study of the Latest Phase of Capitalist Development* (Routledge, 2006).

<sup>28</sup> Karl Renner, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, éd. par Otto Kahn-Freund, trad. par Agnes Schwarzschild, International Library of Sociology and Social Reconstruction (Routledge & Kegan Paul, 1949).

sont devenus gigantesques<sup>29</sup>. Par conséquent, l'État de droit est utilisé par ceux qui cherchent à restaurer la liberté et l'égalité (contre les tendances à la concentration du capitalisme), tandis que les intérêts particuliers qui ont accumulé du pouvoir économique poussent à de nouvelles formes de régulation.

### **3. De la crise de l'État de droit à la naissance de l'État autoritaire : l'érosion de la forme juridique**

Une troisième dimension de la théorie de Neumann, que je considère importante, est qu'elle permet une approche critique de l'ordre sociopolitique en question, où l'État de droit est désormais la mesure qui démontre le degré d'érosion de l'État par des forces économiques puissantes. Neumann utilise certes le paradigme de la crise de Weimar, mais sa critique a une actualité persistante, car la décomposition de l'Etat de droit, telle qu'il l'examine, concerne la tendance inhérente à la concentration du pouvoir (économique et politique) au sein du capitalisme (comme je l'ai déjà souligné). Ainsi, à travers les critères qu'il a énoncés sur le fonctionnement de l'Etat de droit (la généralité de la structure de la forme juridique, la séparation des pouvoirs où le rôle du parlement est central, le positivisme juridique), il examine les modalités de transformation de l'organisation de l'Etat au fur et à mesure de sa colonisation par des intérêts puissants : les mesures individuelles et les clauses générales, l'appareil judiciaire et administratif, le déclin du rôle central du parlement, la montée de l'école libre du droit et de l'institutionnalisme. Dans ce contexte, il me semble particulièrement utile d'avoir une lecture complémentaire des travaux de l'entre-deux-guerres du théoricien critique du droit Otto Kirchheimer, notamment en ce qui concerne ce qu'il dit de la judiciarisation et du mécanisme juridique<sup>30</sup>.

Tout d'abord, je donne le cadre général de l'évolution des conditions de gouvernance en soulignant que l'État de droit, qui joue le rôle de médiateur entre les antagonismes des groupes et des classes de pouvoir, perd progressivement son caractère équilibrant. Il en résulte un capitalisme de domination, plutôt qu'une confrontation entre domination et liberté. Le modèle de concurrence et d'équilibre cède sa place à un modèle autoritaire, tandis que le parlement est dévalorisé au profit d'un appareil administratif/judiciaire et que la forme juridique générale est remplacée par d'autres formes de régulation. J'ai donc choisi de souligner deux concepts pertinents de Neumann qui décrivent le changement général : le féodalisme<sup>31</sup> et la polycratie<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Cette constatation est au cœur de l'article de Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society ».

<sup>30</sup> Gunther Teubner, « "Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung" – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers », in *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, éd. par M. Lutter, E.C. Stiefel, et M.H. Hoeflich, Mohr, Tübingen vol., 1993, 505-20.

<sup>31</sup> Neumann, *The Rule of Law*, 5.

<sup>32</sup> Franz Neumann, « On the Preconditions and the Legal Concept of an Economic Constitution », in *Social Democracy and the Rule of Law*, par Otto Kirchheimer et Franz Neumann, éd. par Keith Tribe (Taylor & Francis, 2019), 64.



Le premier se réfère à un état d'inégalité structurelle où les privilèges spéciaux dominent. Neumann déclare à cet égard : "L'intérêt qui accède à une position de monopole obtient également un pouvoir quasi-législatif et, par conséquent, un statut public. Chaque intérêt de ce type affecte le bien-être public d'une manière unique"<sup>33</sup>. D'autre part, la notion de la polycratie, se réfère à un État désordonné, dans lequel des structures de pouvoir sans limites ni compétences se font concurrence, dé générant l'autorité publique.

Quant aux changements dans la rationalité du droit, je me réfère d'abord à la notion de contrat, qui est au cœur de l'État de droit car elle a pour essence l'équivalence : deux parties qui contractent de manière égale<sup>34</sup>. Le contrat est remplacé par la dictée unilatérale des termes, c'est-à-dire par le commandement<sup>35</sup>. Neumann donne des exemples concrets : la liberté contractuelle et la liberté d'entreprise garantissent en principe la concurrence, mais dans la pratique, dans une économie de cartel, ce sont les intérêts économiques qui ont grandi et colonisé l'État, qui déterminent les conditions du marché pour leurs concurrents. En conséquence, la législation sur la concurrence déloyale est rendue inefficace en ce qui concerne la liberté contractuelle positive, tandis que les décrets interfèrent avec les contrats en garantissant des rentes de monopole (c'est-à-dire en favorisant les grands groupes monopolistiques pour augmenter les prix et/ou réduire l'offre sur le marché, tout en empêchant les concurrents potentiels de pénétrer sur le marché). Mais le déséquilibre des forces dû à la concentration du pouvoir économique conduit à l'effondrement du système de négociation collective (la conséquence est la fixation unilatérale des salaires par les monopoles à travers les contrats de travail individuels et la fixation du salaire minimum par l'État). Le retrait du contrat signifie également le retrait du concept central de sujet de droit et sa substitution par l'institution : le sujet économique indépendant et actif qui conclut des contrats est remplacé par l'institution qui a pour but le bien commun et par le rôle défini dans le cadre de cette institution. L'adoption de la théorie de l'institutionnalisme par les tribunaux a entraîné le développement d'une jurisprudence qui considère les entreprises comme une communauté au sein de laquelle se développe un lien fonctionnel entre les salariés et les employeurs, de sorte qu'en cas de perte de profits d'une entreprise, les employés sont également responsables, à condition qu'ils aient exercé leur droit de grève. L'institutionnalisme, où l'institution elle-même ne peut pas prendre de décisions cruciales (par exemple, quelle institution est cruciale et laquelle ne l'est pas) et l'effondrement général du concept de contrat à travers une série de décrets, marquent la montée de la décision du pouvoir souverain, qui est légitimisée par la théorie juridique du décisionnisme (le concept politique prévaut sur le concept rationnel de la loi)<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Franz Neumann, « Approaches to the Study of Political Power », in *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, éd. par Herbert Marcuse (Free Press, 1964), 11-12.

<sup>34</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 31-32.

<sup>35</sup> Neumann, 59-61.

<sup>36</sup> Neumann, 62-64.

Ensuite, la généralité du droit (dont le critère est que les règles générales et abstraites soient définies sans ambiguïté) est affaiblie par le recours fréquent du juge à des clauses générales, dont la généralité est fautive : des valeurs extra-juridiques sont introduites pour lesquelles il n'existe pas de perception univoque, puisque dans une société pluraliste, leur contenu est compris différemment<sup>37</sup>. En particulier, des clauses telles que la bonne foi, les bonnes mœurs, le sens de la justice concernent des concepts extra-juridiques et présupposent un ethos uniforme dans la manière de concevoir leur contenu. Ainsi, la « bonne foi » en matière de paiement des salaires, mais aussi le « sens de l'égalité et de la justice » en matière de grève, ont une signification totalement différente selon la classe sociale. Les clauses générales, parce qu'elles impliquent des significations concurrentes, donnent en pratique au juge le pouvoir de légiférer, de sorte que le pouvoir judiciaire devient un pilier essentiel pour annuler la généralité des lois. Les clauses générales affaiblissent la prévisibilité et la certitude du droit, car elles conduisent à des décisions judiciaires arbitraires et à une application inégale de la justice. Neumann souligne même que le pouvoir judiciaire devient alors « un organe politique de la contre-révolution antidémocratique »<sup>38</sup>. Le recours massif aux clauses générales est, pour Neumann, une victoire de l'école du droit libre<sup>39</sup>, qui soutient qu'un certain nombre de facteurs sociaux (opinion publique, faits sociaux, conditions économiques) doivent être pris en compte dans le jugement judiciaire. Ainsi, le juge complète et/ou va jusqu'à surmonter la loi, ce qui marque le recul du positivisme juridique, qui conçoit le juge comme le porte-parole de la loi, qui est l'expression de la volonté générale. Cependant, l'opposition aux mesures individuelles et aux clauses générales n'est pas une doctrine rigide pour Neumann : ces outils peuvent être utilisés dans des circonstances exceptionnelles de concentration excessive du pouvoir économique, mais non pas pour violer le principe d'égalité, mais pour le restaurer. En effet, dans le cas de la concentration du pouvoir économique, il s'agit à chaque fois d'un cas particulier, d'un monopole devenu gigantesque, qui ne peut être standardisé par la loi générale. L'intervention de l'État dans ces circonstances est décisive et peut être extensive, si la concentration économique du pouvoir a pris une grande ampleur, mais elle doit avoir un caractère limité jusqu'à ce que la liberté et l'égalité soient sauvegardées<sup>40</sup>.

L'effondrement de la séparation des pouvoirs signifie également le déclin du rôle du parlement en tant qu'institution de médiation entre des intérêts sociaux opposés, car la concentration du pouvoir économique annule effectivement l'importance de toute institution d'équilibre. Par conséquent, les partis de masse qui expriment des demandes d'égalité sociale ne peuvent pas influencer la politique de l'État, et les syndicats se sont éloignés de la recherche d'une influence

---

<sup>37</sup> Neumann, 54-55.

<sup>38</sup> Franz L. Neumann, « On the Limits of Justifiable Disobedience », in *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, éd. par Herbert Marcuse (Free Press, 1964), 154.

<sup>39</sup> Neumann, « The Change in the Function of Law in Modern Society », 54-56.

<sup>40</sup> Neumann, 52-53; Neumann, « The Concept of Political Freedom », 172.

au sein du parlement pour essayer de séduire l'exécutif. Enfin, la prolifération de lois qui ne concernent que des orientations générales, tandis que leur spécialisation est assurée par les ministres compétents, c'est-à-dire la bureaucratie ministérielle, est un indicateur du rôle décroissant du parlement dans la législation<sup>41</sup>.

A ce point, je mentionne en complément, l'analyse critique du théoricien du droit Otto Kirchheimer pendant l'entre-deux-guerres, dans laquelle il utilise le terme de « juridicisation » pour désigner l'émergence d'un appareil juridico-administratif à Weimar, vers lequel la substance du politique est transférée et qui apparaît comme un outil neutre, pacificateur et post-politique, car il élimine les conflits en utilisant une terminologie juridique, qui codifie et unifie, ce qui a pour effet de décourager les oppositions politiques<sup>42</sup>. Dans la réalité, cependant, il s'agit d'un mécanisme autoritaire qui instrumentalise le droit, en le transformant en une technique de gestion en faveur des grands intérêts économiques, incorporant les réactions des sociaux-démocrates qui espèrent des réformes en faveur de l'égalité à travers la loi. En particulier, la constitution de Weimar comporte un certain nombre d'éléments sociaux, garantissant un système social dans sa partie économique, où le travail est protégé et où l'intervention de l'État en faveur du bien-être public est établie. Elle précise également dans la définition constitutionnelle de la propriété (article 153) que « son usage doit être au service de l'intérêt commun », et prévoit des dispositions pour l'expropriation des terres (article 155) et la socialisation des entreprises (article 156). Cependant, les espoirs des sociaux-démocrates de voir la légitimité constitutionnelle empêcher la concentration du pouvoir économique et radicaliser l'État vers l'économie sociale ont été déçus lorsqu'ils ont été confrontés à l'appareil judiciaire et administratif. En particulier, les juges, qui exercent désormais un contrôle de constitutionnalité des lois, annulent les dispositions sociales de la Constitution et favorisent la concentration économique du pouvoir. Je constate alors que dans le cas de Kirchheimer (comme dans celui de Neumann), le retrait du politique est décrit au profit du rôle central occupé par le juge et l'administration. Kirchheimer, cependant, ne place pas l'État de droit comme axe principal de sa réflexion, comme mesure de défense et de possibilités futures, mais il se préoccupe des tribunaux comme mécanisme de pouvoir exerçant une politique en faveur de la concentration du pouvoir économique et il propose donc (puisque'il ne voit aucune perspective d'approfondissement de l'État de droit) une politique de rupture, raison pour laquelle dans son célèbre essai des années 1930, il demande « Weimar - et après quoi ? ». Neumann s'exprimera à ce sujet la même année : « La tâche de la politique socialiste est de mettre en pratique ces droits fondamentaux [de la Constitution de Weimar] [...] la réponse ne peut être que celle-ci : Essayez d'abord Weimar ! »<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Neumann, *The Rule of Law*, 31«[...] dans tous ces cas, les normes juridiques représentent des Blanketlnormen - elles se réfèrent à des normes générales qui ne sont pas des normes juridiques».

<sup>42</sup> « Weimar- and What Then? », in *Politics, Law, and Social Change: Selected Essays*, par Otto Kirchheimer (Columbia University Press, 1969), 33-74.

<sup>43</sup> Rolf Wiggershaus, *The Frankfurt School: Its History, Theories, and Political Significance* (MIT Press, 1994), 224.

#### 4. L'État de droit et ses perspectives

Un dernier point développé par Neumann, qui me semble important, est que l'État de droit contient des possibilités d'organisation sociale future. L'État de droit n'a donc pas seulement un usage défensif, lié à la prévention de la concentration du pouvoir économique et politique, ou un usage critique et théorique, lié à la compréhension de l'érosion de la généralité de la forme juridique, mais l'État de droit institutionnalise également des libertés (ayant comme fondement matériel un minimum d'égalité sociale) qui peuvent être approfondies/utilisées de manière expansive dans le sens d'une participation politique plus large visant à la plus grande égalité sociale possible<sup>44</sup>. Mais avant d'en arriver à ses analyses plus élaborées de l'après-guerre sur les possibilités d'un État de droit équilibré (sur lesquelles j'insisterai), une vision plus radicale et directement démocratique avait précédé la période d'avant-guerre : l'État de droit comme modèle temporaire de compromis, qui contient des principes libéraux et sociaux-démocrates, liés à un conflit de classes plus profond (capital et travail). Le projet est la prévalence d'une tendance (sociale-démocrate), ce qui signifie une société d'identité des gouvernés-gouvernants ("démocratie directe") et l'élimination complète de l'inégalité sociale (par la socialisation de la propriété privée des moyens de production).

La direction de la démocratie directe dans laquelle mène l'État de droit est rejetée dans son travail d'après-guerre grâce à d'importantes réévaluations<sup>45</sup> : concernant tout d'abord l'importance de protéger l'individu contre le pouvoir politique, car ce dernier a le pouvoir d'aliéner sa liberté. C'est pourquoi les éléments libéraux de l'État de droit sont nécessaires car ils garantissent les droits individuels par l'autolimitation du pouvoir politique. C'est dans ce contexte qu'il réévalue positivement l'apport de la pensée libérale individualiste (qu'il avait auparavant critiquée en soulignant sa fonction idéologique, puisqu'elle renforce l'idée d'un sujet rationnel tout-puissant et propriétaire), tout en révisant sa position sur la théorie de Rousseau, dans la mesure où ce dernier conçoit le pouvoir politique comme pénétrant l'ensemble de la communauté politique, comme étant partout et que rien ne peut en protéger l'individu.

Le deuxième point qu'il remet en cause concerne l'exigence d'une société homogène, sans contradictions et avec une identité de but. Dans la phase d'après-guerre de son travail, il souligne que la société est compétitive, que l'élément autoritaire ne disparaît pas et que l'État de droit doit jouer un rôle de médiateur (à travers la représentation). Il rejette son point de vue antérieur selon lequel, avec la socialisation des moyens de production et l'élimination de l'opposition fondamentale capital-travail, la domination et la nécessité de la limiter n'existeront plus. Il observe que les sociétés restent antagonistes même lorsque l'opposition fondamentale est

---

<sup>44</sup> Neumann, « The Concept of Political Freedom ». Cet essai d'après-guerre est crucial pour sa vision des possibilités positives de l'État de droit.

<sup>45</sup> Voir par exemple, ce que Neumann dit de Rousseau et de la représentation, en révisant ses positions antérieures : Neumann, 192-94.

éliminée, car il reste d'autres oppositions qui doivent être médiatisées par la domination. Il souligne également que toute forme de production de richesse est associée à une certaine forme de domination qui, puisqu'elle implique la violence, doit être limitée. Dans cette perspective, il critique à la fois Andreï Vychinski et la théorie juridique soviétique, car il estime que le collectivisme réalisé est produit par le haut dans une société qui reste compétitive. Il reproche en même temps au politologue conservateur Carl Schmitt que, dans sa théorie, l'identité est obtenue de l'extérieur par la terreur constante et l'expulsion de ceux qui sont considérés comme des ennemis.

La deuxième période de Neumann, dans laquelle il reconstruit la perspective de l'État de droit (avec son ouvrage *Le concept de liberté politique* comme point central), est particulièrement importante : l'État de droit n'est plus conçu comme un compromis temporaire, mais comme un modèle d'équilibre qui peut conduire à un approfondissement de la participation politique et vers une société de plus en plus égalitaire<sup>46</sup>. La transition rendue possible par l'État de droit consiste à passer d'une conception négative et restrictive de la liberté (c'est-à-dire de l'opposition à la concentration du pouvoir économique et politique) à une liberté positive et participative (c'est-à-dire la participation active à la construction de l'avenir commun à travers des collectifs) et d'une approche formelle/institutionnelle de la politique (la doctrine de la liberté et de l'égalité formelles, la séparation des pouvoirs) à une approche agonistique (à travers des collectifs ouverts à la société qui sont mobilisés en posant des demandes). (Cela ne signifie pas que la perception négative de la liberté et les éléments formels sont rejetés/abandonnés, mais plutôt qu'ils sont enrichis).

Neumann met l'accent sur le fait que l'État de droit garantit l'implication du plus grand nombre de personnes possible dans la politique. L'État de droit garantit donc un champ d'action actif en politique/ maximise son potentiel. Par ailleurs, dans la conception du théoricien allemand (surtout dans ses travaux d'après-guerre), la politique est entremêlée avec l'économie mais possède un champ d'action indépendant (elle n'est pas complètement subordonnée à cette dernière, et elle ne subordonne même pas complètement l'économie). En effet, la politique au service de l'État de droit (comme cela a été souligné plus haut) a aussi un contenu : un minimum d'égalité dans la sphère sociale (position que Neumann défend tout au long de son œuvre ainsi que dans l'après-guerre). Par conséquent, l'égalité juridique (égalité formelle signifiant l'égalité de tous devant la loi) et l'égalité politique (suffrage universel et accès égal aux fonctions publiques) présupposent un minimum d'égalité sociale (pas de concentration du pouvoir économique et politique). Ce minimum d'égalité peut évoluer vers une politique visant, par un processus démocratiquement légitimé, à la restriction effective du droit à la propriété privée des moyens de production : expropriation, redistribution des terres, socialisation des entreprises.

---

<sup>46</sup> Neumann, 184-94.

Cette politique est justifiée par la fonction sociale que doit remplir la propriété et non par les théories du droit naturel qui la considèrent comme une catégorie ontologique supra-historique associée à une catégorie supposée éternelle attachée à l'essence humaine.

Il insiste notamment sur le développement de l'élément volontariste de la liberté politique, qui renvoie à la légitimation du pouvoir politique et à la crise de la représentation (aliénation de la politique), en recherchant la plus grande participation possible à la politique, qui ne se limite pas à l'élection formelle de représentants (comme prévu), mais permet de renforcer la pression sur les hommes politiques et de les contrôler dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, l'infrastructure sociale et politique nécessaire, qui favorise une telle politique active, se trouve pour lui dans une structure pluraliste<sup>47</sup>. Cette dernière contient un certain nombre de forces sociales engagées dans une lutte pour le pouvoir, médiatisée par un système multipartite. Pour Neumann, il s'agit de développer, dans le cadre de l'État de droit, une série d'organisations indépendantes (de la société politique), dont les syndicats constituent le noyau, qui formulent des revendications en faveur de l'égalité sociale. Ces organisations adoptent des positions (sociales-démocrates) sur un certain nombre de questions politiques et revendiquent une relative autonomie par rapport à leurs partis alliés (qui sont généralement bureaucratisés). L'objectif est que les partis alliés et le parlement par la suite (c'est-à-dire la société politique) restent ouverts aux pressions de la société et médiatisent les demandes égalitaires.

## **Extensions**

A travers ma tentative de reconstruction des positions de Neumann, j'ai montré sa conception de l'État de droit, dans laquelle il défend son autonomie relative et soutient qu'il peut offrir une protection contre la concentration du pouvoir économique et politique d'une part et permettre la poursuite d'une société plus égalitaire d'autre part. Ses éléments constitutifs sont la liberté et la coercition, avec le risque d'une prévalence de la violence et d'une montée de l'État autoritaire. L'un de ses critères essentiels est la généralité de la forme juridique, c'est-à-dire la garantie d'un minimum d'égalité. Dans ses travaux, Neumann nous donne également une analyse détaillée des formes d'effondrement de l'État de droit et de la forme juridique.

Quant à la possibilité d'une contribution de Neumann à la théorie contemporaine, elle peut tout d'abord être liée aux théories politiques sur la crise de l'État de droit. La pensée de Neumann peut même contribuer à ces théories en mettant l'accent sur les dynamiques sociales et les conflits de classe, mais aussi sur les changements au niveau de l'économie, ainsi qu'avec son analyse au niveau de la théorie du droit. Ensuite, il peut être associé à la deuxième et troisième

---

<sup>47</sup> Jürgen Bast, *Totalitärer Pluralismus: zu Franz L. Neumanns Analysen der politischen und rechtlichen Struktur der NS-Herrschaft* (Mohr Siebeck, 1999).

génération de Francfort, qui confère une importance particulière à l'État de droit, à la philosophie du droit et à la philosophie politique<sup>48</sup>. Par rapport à la deuxième et à la troisième génération de Francfort, qui ont établi des principes démocratiques en vue d'une communauté plus cohésive, Neumann apporte une approche qui ne met pas l'accent sur la normativité, mais qui est conflictuelle et met en évidence les intérêts concurrents et les relations de classe au sein de la société bourgeoise. En relation avec des approches contemporaines de la théorie sociale et du droit, et en particulier avec le constitutionnalisme social de Teubner, la théorie de Neumann peut s'accorder dans sa description de la crise et son accent sur le domaine économique (émergence de grandes puissances économiques, accroissement des inégalités, féodalité), mais pour lui la proposition de pluralisme juridique est un élément de l'érosion de l'Etat de droit plutôt qu'une solution. Enfin, on peut observer que Neumann, en se limitant aux relations antagonistes capital-travail, néglige d'autres formes de domination particulièrement importantes (de genre, ethniques, raciales)<sup>49</sup>. En réalité, il parle (dans ses travaux d'après-guerre) d'une société pluraliste et compétitive dans laquelle l'opposition fondamentale peut être entre le travail et le capital, mais même si l'on suppose que l'opposition principale disparaîtra, d'autres formes de domination continueront d'exister. Cependant, au-delà de cette thèse générale, il n'entre pas dans une analyse plus détaillée des autres formes de domination sociale.

---

<sup>48</sup> William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (MIT Press, 1997).

<sup>49</sup> Sonja Buckel, *Subjectivation and Cohesion: Towards the Reconstruction of a Materialist Theory of Law* (BRILL, 2020).