

La signification des pouvoirs de crise économiques chez Eric Posner et Adrian Vermeule: temporalité du droit et fin de l'histoire

Marie Goupy

The Meaning of Emergency Economic Powers in Eric Posner and Adrian Vermeule's Theory: Temporality of Law and End of History

Abstract: This paper aims to question the transformation of the legal concept of crisis, through that of emergency powers, notably linked with their extension to new fields of application, in particular, to economy. To do so, it proposes to expose the analysis of two American jurists, Eric A. Posner and Adrian Vermeule, who developed a reflection about emergency powers, after the great economic crisis of 2008. These proponents of the Economic analysis of law set up emergency powers at the heart of a history of liberal law and institutional order, that had to adapt to the accelerated temporality of the capitalist economy. I will attempt to show that crisis and emergency temporality allow jurists to submit all the normative production to a presentist normativity, that realizes the heteronomy of law and economics, as the accomplishment of a strange “end of history”.

Keywords: Eric A. Posner; Adrian Vermeule; Carl Schmitt; Emergency Power; Temporality Crisis.

1. Introduzione

Pour Hannah Arendt, la révolution constitue un phénomène moderne et, en 1963 encore, il lui semblait probable qu'elle demeure le lot du XXe siècle¹. À cette enseigne, on serait tenté de penser que la crise se présente aujourd'hui comme le lot du XXIe siècle.

Quelle que soit la validité de tels pronostics, on peut certainement affirmer que les vingt premières années du XXIe siècle ont été celles des *pouvoirs de crise* – des états d'urgence, des législations de crise ou encore

* Institut Catholique de Paris, LLCP-Université Paris 8 (m.goupy@icp.fr; ORCID: 0000-0001-5336-0331).

¹ Arendt énonce la proposition en 1963, lors de la publication de *On Révolution* (Arendt, 2012, 21).

des délégations législatives –, dont l'expansion semble céder au concept de crise une place centrale dans le fonctionnement du droit et des institutions de l'État libéral, comme dans l'analyse de ses transformations. Curieusement, pourtant, le concept juridique de crise, comme les pouvoirs de crise eux-mêmes, demeurent rarement pensés dans leur historicité. Ils fonctionnent bien plutôt comme des concepts anhistoriques, qui mettent en forme un problème que l'on suppose universel: celui de la continuité – ou de la discontinuité – des institutions et du droit. De façon similaire, on observe l'extension des pouvoirs de crise, depuis les questions de sécurité vers d'autres domaines: vers l'économie, vers la santé, ou vers la gestion des catastrophes écologiques. Mais tout se passe comme si cette extension n'affectait pas profondément la signification historique des pouvoirs de crise, comme le rôle des crises dans l'évolution du droit.

Ce constat n'est pas, cela va de soi, tout à fait exact. Certains auteurs se sont bien intéressés, au XXe siècle déjà, aux changements de signification historiques des pouvoirs de crise, comme du concept juridique de crise durant le cours du siècle. Et disons d'emblée que c'est en particulier par l'intrusion des pouvoirs de crise dans la sphère économique, que leur "entrée dans l'histoire" s'est faite. Ces interprétations, peu nombreuses dans le champ du droit, ont connu un certain renouveau ces dernières années – tout en demeurant marginales. Elles présentent pourtant un intérêt évident aujourd'hui, alors que les crises et les pouvoirs de crise semblent devenus, sur un plan juridique, le support de profonds changements.

C'est l'exposition d'une telle réflexion menée par deux juristes américains tenants de l'approche économique du droit, Eric A. Posner et Adrian Vermeule, que nous voudrions proposer dans cet article, en montrant comment les auteurs ont entrepris de faire des pouvoirs de crise en matière économique les instruments de l'adaptation nécessaire du droit aux rythmes de l'économie, du XXe siècle jusqu'à l'aube du XXIe siècle. Chez Posner et Vermeule, les pouvoirs de crise comme les crises entrent en quelque sorte dans l'histoire avec leur extension au domaine économique; mais cette histoire est d'abord celle qui leur permet d'entériner la soumission du droit à l'économie, en signifiant l'avènement d'une forme de temporalité purement présentiste, qui possède un étrange goût de "fin de l'histoire".

2. L'histoire des pouvoirs de crise et l'historicité du concept de crise

Longtemps, l'histoire des pouvoirs de crise est venue adosser une pensée de la crise complètement circonscrite par la formulation d'un problème: celui des moyens dont un État ou un ordre de droit stable peut se revendiquer pour faire face à une situation extraordinaire.² La crise y est entendue alors comme ce qui rompt l'ordre normal des choses et la continuité du droit, et elle annonce ce faisant une histoire des pouvoirs de crise héroïque et uniforme qui met inlassablement en scène les dangers de l'excès - excès de maux et (risque d') excès de pouvoir. La forme de l'excès, néanmoins, contient déjà uniformément toutes les crises, qui, si elles ont une histoire, laissent le concept même de crise curieusement sans historicité. L'histoire de la dictature constitutionnelle de Clinton Rossiter constitue une illustration particulièrement brillante d'une telle histoire sans historicité de la crise, comme des pouvoirs de crise, en droit³. Le politiste étudie avec une attention rigoureuse et une grande érudition toutes les modalités d'exercice de tels pouvoirs dans plusieurs États occidentaux entre la Première Guerre Mondiale et la Guerre Froide. Mais partout, et à chaque fois, il y voit se reformuler le même enjeu: celui de la survie de l'État et de la continuité du droit dans un monde confronté aux aléas de l'histoire. Rossiter, certes, ne cache pas l'importance du contexte dans lequel il produit sa réflexion, celui de la Guerre Froide. Mais la crise qui menace alors continue à être interprétée comme un risque de rupture dans la continuité juridico-politique des États occidentaux, menacés de basculer dans le communisme. Chez Rossiter, toutes les crises se projettent les unes sur les autres. Ce qui lui permet de trouver dans la pensée de l'exception de Carl Schmitt les principes d'une théorie générale de la dictature constitutionnelle en tant que réponse au problème universel de la crise en droit.

Il est certain que lorsqu'il publie en 1921 son premier ouvrage majeur, *La Dictature*, le juriste allemand Carl Schmitt propose sa théorie de la dictature en réponse au risque de discontinuité politique et juridique radicale – c'est-à-dire, au tout début des années 20, au risque de révolution. En revanche, il est moins certain que toute la pensée de l'exception chez Schmitt, qui passe par une observation très concrète des pouvoirs de crise et des législations d'urgence, réponde *au même* problème de 1921 aux années 30. Ainsi que le note William Scheuerman, Schmitt est l'un des premiers

² Saint Bonnet (2001, 1).

³ Rossiter (2009).

juristes à s'intéresser au phénomène massif d'extension des pouvoirs de crise vers les crises économiques⁴. Et, comme le souligne encore le politologue, il demeure aujourd'hui l'un des rares penseurs de l'exception à avoir tenté d'interpréter la signification d'une telle extension sans la recouvrir sous le concept homogène de crise, ou sans postuler *a contrario* que la crise économique constitue une question à part.

Dès les années 30, alors que les crises économiques prennent une importance politique centrale dans les États occidentaux, Schmitt commence effectivement à percevoir un enjeu sensiblement différent dans le recours aux pouvoirs de crise⁵. Dans un article consacré à "L'évolution récente du problème des délégations législatives", publié en 1938, Schmitt note que la guerre de 1914 a déjà donné lieu, en Allemagne, en France, en Angleterre et aux États-Unis, à une forte extension du champ d'application des pouvoirs de crise vers les questions économiques. Un peu plus tard, la situation houleuse de l'après-guerre, qui conduit les gouvernements à gérer l'inflation, la déflation, les réparations, l'instabilité des prix, ou, encore à mettre en œuvre des politiques de planification en matière économique, a vu se multiplier les délégations législatives autorisant l'exécutif à légiférer au moyen de décret-lois sur ces questions. Et tout au long de l'entre-deux guerres, jusqu'en 1938 donc, lorsque Schmitt entreprend de discuter la signification de ces délégations à l'ombre de la dictature nazie, celles-ci n'ont cessé de se développer. Dans tous les États concernés, la doctrine a bataillé pour défendre le caractère transitoire et limité de cette production para-législative. Mais en réalité, défend Schmitt, son extension et sa généralisation trahissent plutôt la nécessité de "simplifier" l'élaboration des lois, "afin de pouvoir les tenir en harmonie avec les changements constants de la situation politique, économique et financière"⁶. Les délégations législatives n'accompagnent donc plus une rupture dans la continuité politico-juridique, que l'exécutif colmate avec des moyens extraordinaires; elles expriment désormais pour le juriste l'inadaptation de la loi pour faire face aux "changements constants de la situation politique, économique et financière"⁷.

Les intentions stratégiques de l'argumentation dans l'article de 1938 sont limpides: Schmitt prend appui sur l'observation d'une extension du

⁴ Scheuerman (1999-2000, 1869).

⁵ À l'époque, le juriste suédois Herbert Tingsten (Tingsten 1934) avait déjà publié un ouvrage important mettant en garde contre l'extension des pouvoirs gouvernementaux à la faveur des pouvoirs de crise en Europe.

⁶ Schmitt (1938).

⁷ Ivi, p. 200.

phénomène de délégations législatives en matière économique dans un certain nombre d'États constitutionnels pour légitimer la loi du 24 mars 1933, qui confère au gouvernement nazi, et en dernière instance au Führer, le pouvoir d'édicter des lois en mettant un terme définitif à l'État de droit et à la séparation des pouvoirs, à la faveur de la dictature nazie⁸. Selon les termes de William Scheuerman:

Allegedly, National Socialism, which Schmitt enthusiastically embraced in 1933 – is most likely to prove adept at grappling with the exigencies of economic management because 'law for us is no longer an abstract norm referring to a past of volition [*auf einen vergangenen Willen bezogene Norm*], but instead the [immediate] volition and plan of the Führer'⁹.

La finalité ouvertement politique des conclusions fragilise nettement le raisonnement. Néanmoins la réflexion autour des délégations législatives de 1938 introduit bien un changement de direction dans la pensée des pouvoirs de crise, notamment en lien avec l'intervention économique de l'État et l'accélération du temps du droit qu'elle suscite.

Au sortir de la guerre, dans un article de 1950 qu'il consacre à "La situation de la jurisprudence européenne", Carl Schmitt reprend la question, sans établir de lien avec ses précédentes positions théoriques et politiques de 1938¹⁰. Là encore, le juriste observe que la guerre et l'après-guerre, qui ont contraint les gouvernements à gérer l'instabilité politique et économique, ont produit partout en Europe le même résultat: une simplification et une accélération du processus de création de la loi. De façon plus prononcée encore que dans l'article de 1938, Schmitt perçoit dans la régulation et la planification économiques la source principale d'une "motorisation de la loi", c'est-à-dire pour l'essentiel du remplacement de la loi, générale, stable, publique, par des décrets ou des ordonnances avec force de loi, produits dans l'ombre par des organes administratifs. Mais cette fois, au lieu de défendre le transfert définitif du pouvoir législatif vers l'exécutif, et le "triomphe" de la législation "simplifiée" sur "les concepts de loi et de constitution propres aux régimes de séparation des pouvoirs"¹¹, Schmitt met en garde contre une forme de légalité corrompue par son caractère mécanique, purement technique et dépolitisé. Avec l'opportunisme qui lui est coutumier, Schmitt retourne ses vieilles positions, pour adopter une

⁸ Ivi, p. 209.

⁹ Scheuerman (2004, 121). Citation: Schmitt (1935, 439).

¹⁰ Schmitt (1950).

¹¹ Schmitt (1938, 210).

défense du rôle du juge comme garant contre un technicisme légaliste¹². Néanmoins, derrière les changements stratégiques de Schmitt se dessine bien une ligne d'interprétation de l'histoire des pouvoirs de crise, qui se structure autour de deux affirmations centrales.

En premier lieu, le problème principal auquel les pouvoirs de crise s'efforcent de répondre a changé au cours du XXe siècle, et la pensée de la crise en porte la traduction. Au début des années 20 encore, les pouvoirs de crise, comme la crise, sont associés au concept d'exception parce qu'ils font écho au problème de la continuité de l'État et du droit – continuité existentielle de l'État, mais aussi continuité historique d'un système institutionnel et juridique menacée, pour le dire vite, par le spectre de la révolution. Progressivement, néanmoins, ils commencent à signaler un nouveau problème, que Schmitt lie à l'intervention des États libéraux dans l'économie au moyen de délégations législatives, en particulier dans les sociétés capitalistes en pleine démocratisation, et qui se voient soumises à la fois aux groupes de pression privés et à la montée des demandes sociales. Avec son antilibéralisme caractérisé, c'est à la neutralité et au formalisme positiviste de l'État libéral que Schmitt attribue l'impuissance de l'État à résister aux demandes sociales, comme aux pressions des intérêts privés, en générant à la fois une accélération de la production normative, un remplacement de la loi par la mesure administrative, et une opacité grandissante des mécanismes de création du droit. Mais quoiqu'il en soit de cette analyse, les pouvoirs de crise ne sont plus alors pensés comme l'outil central – quoiqu'exceptionnel – permettant de garantir la continuité de l'État constitutionnel, mais bien plutôt comme le signe d'une transformation globale du droit liée à l'intervention toujours plus grande de l'État dans la sphère économique – ou à ce que Schmitt qualifie de confusion de la société et de l'État, qui génère une accélération des demandes sociales, ou une forme d'urgence permanente.

En second lieu, Schmitt propose une interprétation relativement claire du sens d'un tel processus historique: l'expansion des délégations législatives a appuyé le transfert progressif des compétences législatives vers l'exécutif et son administration¹³, en contribuant au déclin du Parlement et au remplacement de la loi par des règlements exécutifs émis à vitesse de course¹⁴. Avec, à terme, une conclusion qui n'est peut-être pas sans

¹² Schmitt, in Rosa and Scheuerman (2009, 72).

¹³ Sur le rapport entre cette lecture de Schmitt sur le rôle des pouvoirs de crise en matière économique et celle, proche par certains aspects, de Hayek, voir Cristi (1993).

¹⁴ Schmitt, in Rosa & Scheuerman (2009, 68).

faire écho à d'autres travaux produits dans contexte de l'après-guerre¹⁵: en menant au développement de l'État administratif, les pouvoirs d'urgence économiques signifient la fin du libéralisme libéral, c'est-à-dire la dissolution de l'ordre légal fondé sur la domination de la loi et la séparation des pouvoirs. Dans un tel cadre, notons-le, la pensée classique de la dictature constitutionnelle n'est pas simplement inadaptée pour saisir les enjeux liés aux transformations du droit; plus essentiellement, elle devient un masque pour les enjeux réels des pouvoirs de crise, dont la signification, comme le rôle, doivent être repensés à la mesure de l'histoire de l'État et du droit.

3. Les pouvoirs de crise et la construction de l'hétéronomie du droit et de l'économie

Près de dix ans après les attentats de 2001, mais surtout deux ans après la grande crise économique de 2008, les juristes américains Eric A. Posner et Adrian Vermeule publient un curieux ouvrage autour des pouvoirs de crise, *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*. Le recours à Schmitt, dans l'argumentation de Posner et Vermeule, est aussi central qu'ambivalent. Les deux juristes sont alors liés à l'Université de Chicago¹⁶, au sein de laquelle Eric Posner est, après son père¹⁷, l'un des grands théoriciens de l'approche économique du droit, qui prétend appliquer les méthodes de l'économie à l'interprétation du droit¹⁸. Posner et Vermeule s'estiment de ce fait bien loin des positions étatistes autoritaires et fascistes de Schmitt, comme de son antilibéralisme virulent¹⁹. C'est précisément ce qui leur permet, non sans un sens évident de la provocation, de déployer leur pensée des pouvoirs de crise à l'ombre de celle de Schmitt.

Dès 2007, alors que la "guerre contre le terrorisme" menée par l'administration Bush provoquait d'intenses débats sur la légalité des actions militaires et des moyens exceptionnels utilisés, Eric Posner et Adrian Vermeule avaient publié un premier ouvrage à quatre mains sur la question. La thèse défendue dans *Terror in the Balance* était alors radicale, mais elle

¹⁵ À commencer par Hayek (1985).

¹⁶ Fils du célèbre juriste et juge Richard Posner, Eric Posner est professeur de droit à l'Université de Chicago. Adrian Vermeule, également passé par l'Université de Chicago, est titulaire de la chaire Ralph S. Tyler de droit constitutionnel à la Harvard Law School.

¹⁷ Posner (1979). Sur les continuités et les discontinuités théoriques de l'analyse économique du droit, voir Harnay et Marciano (2011).

¹⁸ Posner (2001).

¹⁹ Benhessa (2014, 255).

demeurait sur un plan théorique relativement classique²⁰ : en situation de crise, ni le Congrès, ni les juges, ne disposent des outils qui leur permettent d'évaluer la gravité même de la situation, ni les moyens employés. La crise les contraint donc à adopter une attitude de déférence à l'égard de l'exécutif, qui constitue le seul organe capable d'affronter l'urgence, et ne doit souffrir, de ce fait, aucune restriction légale²¹. Une telle thèse ne pouvait manquer de soulever d'évidentes critiques, à commencer par celle pointant le caractère suicidaire pour une démocratie libérale de mesures d'urgence contradictoires avec son système légal²². Et, par la suite, les auteurs ont été accusés de soutenir, par leur conception des pouvoirs de crise, un potentiel glissement autoritaire de l'exécutif, que leur recours à la pensée de Schmitt vient en quelque sorte confirmer²³. Pour Posner et Vermeule, néanmoins, Schmitt a bien identifié dès les années 20, l'incapacité de l'ordre libéral d'assumer la possibilité d'une véritable exception, c'est-à-dire, sur un plan juridique, le fait que la loi ne peut pas tout prévoir; mais ils retournent ensuite contre ceux qui dénoncent l'autoritarisme latent de leurs thèses le caractère anachronique de la pensée schmittienne du droit, que les *liberal legalist* prennent au pied de la lettre, comme ils prennent au pied de la lettre la crainte d'un *retour* de la dictature²⁴.

Dans une certaine mesure, la thèse principale de *The Executive Unbound*, publié en 2010, demeure la même. La loi n'est pas en mesure de prévoir les crises à venir, comme elle ne l'est pas non plus d'agir efficacement face à une situation d'extrême urgence. Il n'y a donc pas à attendre du législateur, pas plus que du juge, qu'ils puissent répondre efficacement aux crises, ni même qu'ils encadrent l'action exécutive qui doit demeurer juridiquement non liée (*Unbound*). Néanmoins la crise économique est bien passée par là. Et si les auteurs prolongent les réflexions de *Terror in the Balance*, l'attention portée aux urgences économiques les conduit à soutenir une interprétation sensiblement différente des pouvoirs de crise, en leur attribuant une signification historique majeure dans l'histoire du droit américain.

²⁰ L'originalité de l'ouvrage, si c'en est véritablement une dans le contexte américain, tient néanmoins à l'application de la *Cost-Benefice analysis*, prônée par l'analyse économique du droit, à l'interprétation des pouvoirs de crise. Ce faisant Posner et Vermeule sont conduits à envisager l'exercice des pouvoirs de crise comme un compromis – c'est-à-dire un "calcul" entre liberté et sécurité. Ivi, 21.

²¹ Ivi, 53.

²² «If anybody destroys our legacy of freedom, it will be us». Ackerman (2006, 4).

²³ Voir en particulier Scheuerman (2012).

²⁴ Posner & Vermeule (2007, 38).

Les pouvoirs de crise ne sont évidemment pas absents de la littérature portant sur l'histoire du droit américain. C'est ainsi presque un lieu commun de l'histoire institutionnelle d'observer que les délégations législatives, comme les états d'urgence, ont accompagné un rééquilibrage des pouvoirs à la faveur de l'exécutif²⁵. Mais alors, c'est presque toujours sur le mode de l'excès – de concentration de pouvoir, de la domination exécutive sur les autres pouvoirs, etc. – que l'on analyse le processus historique. La nature des pouvoirs de crise, qui demeurent pensés comme des moyens extraordinaires et dangereux permettant d'assurer la continuité du droit et de l'État, n'est donc pas affectée. Or, en prenant appui sur les analyses peu connues de Schmitt sur les délégations législatives en matière économique, qu'ils reçoivent par le biais de l'interprétation très fine du politiste William Scheuerman, Posner et Vermeule réévaluent la signification historique des pouvoirs de crise dans l'évolution du droit et des équilibres institutionnels américains, notamment à partir de la Première Guerre mondiale. Sous ce nouvel éclairage, ils observent derrière la montée du pouvoir exécutif, un autre mécanisme de transfert de compétences également appuyé par les pouvoirs de crise, mais nettement moins commenté par les spécialistes de "l'exception": celui qui a conduit au remplacement de la loi par le règlement administratif en tant que principal outil de production du droit²⁶.

Dans l'histoire des institutions et du droit américains, l'importance des crises économiques, à commencer par la crise de 1929, dans le développement de l'État administratif, est, là encore, systématiquement relevée. Et le poids symbolique du New Deal, qui a conduit à la mise en œuvre de pouvoirs de crise par Roosevelt, est considérable dans cette historiographie. Mais les pouvoirs de crise ne sont alors pas spécifiquement questionnés, en demeurant précisément traités comme des *exceptions*. Autrement dit, d'un côté une longue tradition d'interprétation n'a cessé de souligner le rôle de l'intervention de l'État en matière économique dans la montée du droit administratif et le développement d'un État administratif²⁷; mais le rôle spécifique des pouvoirs de crise est alors marginalisé²⁸. De l'autre,

²⁵ Voir par exemple Schoenbrod (1995).

²⁶ Le juriste John Yoo, dont la pensée de l'exception est, à bien des égards, proche de celle de Posner et Vermeule, défend une lecture similaire de l'histoire des pouvoirs de crise, en admettant en particulier que la gestion du New Deal par des moyens extraordinaires a été à l'origine de l'administrative state. Voir Yoo (2011, 275).

²⁷ Voir notamment Skowronek (1982) et Lowi (1969).

²⁸ C'est le cas même de l'analyse importante du juriste américain Jerry Mashaw (Mashaw 2012), qui a précisément relativisé la rupture que constitue le New Deal dans le développement du droit administratif – en soulignant par là le caractère symbolique, sinon très politique, du New Deal dans l'histoire institutionnelle classique. Cependant il fait

on insiste sur le rôle des pouvoirs de crise dans les transformations institutionnelles en direction d'une domination exécutive; mais alors, c'est la signification des *economical emergencies* qui se trouve relativisée. En se situant dans les traces explicites de Schmitt (et de Scheuerman), c'est donc un réel déplacement que les deux juristes opèrent en donnant une signification centrale aux crises économiques dans leur histoire institutionnelle et juridique, qui les conduit à repenser les pouvoirs de crise à la lumière du développement du droit administratif.

Sous cet angle, la thèse de *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic* se propose dans le titre peu ambigu de l'ouvrage: l'État Madisonien, qui se fondait sur la séparation des pouvoirs et sur la domination de la loi, n'existe *déjà* plus.

We live in a regime of executive-centered government, in an age after the separation of powers, and the legally constrained executive is now a historical curiosity²⁹.

Certes, les manuels de droit et de sciences politiques continuent à présenter l'État Madisonien comme s'ils décrivaient la réalité des équilibres institutionnels américains, de même que l'on en appelle encore à la domination de la loi pour protester contre l'arrogance exécutive en situation de crise. En réalité, de crise en crise, de guerre en situation d'urgence, le "légalisme libéral" (*liberal legalism*) a été démonté de l'intérieur par l'application des pouvoirs de crise³⁰, c'est-à-dire d'abord par les délégations législatives et les états d'urgence, en donnant progressivement naissance à un État administratif sous domination exécutive. L'histoire qui se donne à lire dans *The Executive Unbound* se présente donc sous une forme assez "schmittienne": avec leur extension vers les questions économiques tout au long du XXe siècle, les pouvoirs de crise ont en quelque sorte *changé de sens*. D'abord parce que s'ils soutiennent bien la montée de l'exécutif, c'est en appuyant en même temps un transfert de la réalité du pouvoir législatif vers le droit administratif, et le glissement du système légal libéral au profit d'un État administratif, qui constitue sous ce nouvel éclairage le trait central de cette nouvelle histoire des pouvoirs de crise. Ensuite parce que la *signification* même des pouvoirs de crise s'en trouve bouleversée – en particulier parce qu'ils ne répondent plus au problème de la continuité existentielle de l'État.

bien des crises et des guerres des "parenthèses" dans l'histoire institutionnelle, certes radicales, mais "ponctuelles", ce qui le conduit à les écarter de son analyse.

²⁹ Posner & Vermeule (2010, 4).

³⁰ Ivi, 34.

Il n'y a donc pas de signification juridique universelle de "l'exception". Les pouvoirs de crise, comme la crise, ont une historicité. Et c'est précisément ce que le vieux discours de "l'exception" a masqué, reconduit benoîtement par les élites libérales qui continuent de mobiliser l'histoire classique de la dictature pour interpréter le présent, comme lorsqu'elles en appellent au rétablissement de la légalité et de la séparation des pouvoirs sans voir que l'ordre légal libéral dont elles parlent n'existe plus depuis longtemps. Néanmoins, à la différence de Schmitt qui voit dans la substitution de la loi par le règlement administratif le signe de la fin de l'ordre libéral, amené à périr en vertu de son incapacité à résister aux demandes sociales, Posner et Vermeule perçoivent au contraire dans l'exercice des pouvoirs de crise en matière économique l'instrument d'une *adaptation nécessaire et réussie* du droit libéral aux rythmes de l'économie, que le mythe de l'État madisonien en tant que seule forme possible d'État libéral ne permet pas de saisir, et que la crainte de la dictature rend inaccessible. Ce sont les modalités de cette adaptation nécessaire du droit libéral aux conditions matérielles et temporelles de l'économie capitaliste que l'étude des moyens mis en œuvre pour répondre à la crise économique de 2008 leur permet de décrire.

La crise économique qui éclate en septembre 2008 a effectivement donné lieu à la déclaration d'un état d'urgence économique (*economic emergency*)³¹ et à des formes complexes de délégations législatives. En septembre 2008, à l'appel du Secrétaire d'État au Trésor Henry Paulson, l'Exécutif demande au Congrès de voter une autorisation d'emprunt massif pour le Trésor, accompagnée d'un pouvoir plus ou moins discrétionnaire d'en faire usage pour résoudre la crise des *subprimes*. Le projet de loi fait d'abord l'objet d'un rejet, un certain nombre de députés en appelant à ne pas signer un "chèque en blanc" pour l'Exécutif. L'*Emergency Economic Stabilization Act* (EESA), finalement voté en octobre 2008, semble donc traduire une réponse équilibrée, entre une délégation autorisant le Trésor à emprunter 700 milliards de dollars et à en faire usage pour rétablir la stabilité financière du marché, et l'imposition de solides mécanismes de contrôle, dont le Congrès entreprend par la suite de préciser les contours. En réalité, ces contrôles se sont avérés, selon Posner et Vermeule, inopérants, le Congrès n'ayant jamais créé les outils qui auraient pu permettre de les exercer³². Or, plutôt que d'y voir un échec, les auteurs y perçoivent une forme de décision politique tacite. Comprendre la signification des pouvoirs d'urgence exige de tenir compte de leur *temporalité*, en commençant par le fait que

³¹ Ivi, 38.

³² Ivi, 39-40 et 48-50.

la durée des pouvoirs de crise joue toujours *contre* leur contrôle, ce que ni le Congrès, ni l'exécutif, ni le juge même n'ignorent, en laissant deviner derrière l'exercice toujours publiquement controversé des pouvoirs de crise un accord implicite entre les organes. Il faut également observer la temporalité historique des pouvoirs de crise en matière économique, ou ce fait marquant que, de l'application des pouvoirs d'urgence lors du New Deal jusqu'à la crise économique de 2008, on peut repérer un schéma relativement constant. En 2008,

The Fed and Treasury did not simply apply general norms established by a policymaking Congress. The nature of the crisis, including the overwhelming uncertainty, forced these two agencies to take an ad hoc approach³³.

En raison de la nature de la crise, c'est-à-dire de son caractère économique et de son incertitude, les pouvoirs ont été exercés par le Trésor, mais également, et surtout, par la Fed, c'est-à-dire, par une agence exécutive qui a mis en œuvre ses compétences techniques de façon largement autonome. On dira sans doute que l'autonomie de la Fed est statutaire³⁴. Mais un regard plus historique montre précisément que cette autonomie s'est dans une large mesure imposée à la faveur de la gestion des crises et au moyen de pouvoirs d'urgence, en particulier, à partir de la crise des années 30. La gestion de la crise de 2008 reproduit donc, en l'accentuant, un mécanisme de transferts de compétences normatives déjà mis en œuvre lors des crises économiques précédentes, et dans lequel la Fed n'a pas seulement manifesté – ou augmenté – son indépendance à l'égard du Congrès, mais aussi à l'égard de l'exécutif. C'est donc toute l'histoire institutionnelle et juridique que les auteurs revisitent, via les pouvoirs de crise économiques: les pouvoirs de crise ne soutiennent pas sans autre forme d'explication une montée de l'exécutif, de même que les pouvoirs extraordinaires exercés par la Fed pour résoudre la crise des *subprimes* ne rentrent pas dans le "schème Madisonien": la crise économique n'a pas suspendu momentanément la séparation des pouvoirs, au risque de conduire à une domination exécutive dont le spectre autoritaire habite toute l'analyse libertarienne des *emergencies*³⁵. L'exercice répété des pouvoirs de crise économiques trace *une tout autre histoire*: celle d'une montée de l'exécutif, certes, mais, aussi *d'une*

³³ Ivi, 38.

³⁴ Les membres du bureau des gouverneurs de la Fed sont nommés par le président et confirmés par le Sénat, et le gouvernement nomme les hauts fonctionnaires de la banque. Le Congrès possède un droit de surveillance sur l'activité de la Fed. Néanmoins, les décisions de la Fed ne sont soumises à aucune validation.

³⁵ Posner & Vermeule (2010, 58).

*forme de délégation de la production juridique vers des organes administratifs relativement autonomes à raison de leurs compétences techniques, et à raison de l'adaptation nécessaire du droit aux nécessités de l'économie, qui introduit de toute évidence un principe de limitation implicite mais puissant de la domination exécutive*³⁶. C'est cette histoire que les juristes libéraux classiques n'ont pas été en mesure de voir, en raison de leur incapacité à faire évoluer leur pensée du droit. Toute l'argumentation de Posner et Vermeule visant à démontrer que c'est précisément dans le caractère anachronique du légalisme libéral, dans son incapacité à s'adapter à la temporalité du monde, dans son rapport à l'histoire hanté par le spectre de Weimar et de la dictature nazie, bref, dans son *mauvais rapport au temps, que réside l'erreur centrale des mauvais libéraux*. Autrement dit, Posner et Vermeule vont entreprendre de montrer que le droit de crise a traduit *directement* ce que les théoriciens dominants s'échinaient à refuser théoriquement: *l'adaptation nécessaire du droit aux nécessités de l'économie, dont la temporalité du droit constitue le médium*.

Dans ce cadre, Posner et Vermeule semblent s'approprier la thèse centrale que Scheuerman a construite, à partir de sa lecture critique de Carl Schmitt. Pour Scheuerman, Schmitt a été l'un des premiers penseurs à percevoir l'importance des pouvoirs de crise économiques dans la transformation du droit libéral au XXe siècle. Mais il a surtout été l'un des seuls à voir dans le nombre toujours plus grand de délégations législatives en matière économique le signe d'un phénomène plus général d'*inadaptation temporelle* de la loi face à la rapidité des changements portés par le capitalisme – ou, ce que Scheuerman désigne par le concept d'accélération³⁷.

Selon Schmitt en effet, par sa forme même, la loi libérale crée un décalage temporel entre création et application du droit, sans lequel le principe même de séparation des pouvoirs n'aurait aucun sens. Ce décalage temporel se trouve exacerbé avec l'augmentation des besoins liés à l'intervention de l'État dans le champ économique, qui suppose une prise en charge rapide du détail et une activité de coordination des décisions. Ce qui met

³⁶ C'est peut-être cet aspect de la pensée de Posner et Vermeule qui a été sous-estimé dans les lectures critiques publiées sur *The Executive Unbound*, lorsqu'elles ont accordé une importance centrale à l'argument de Posner et Vermeule selon lequel le contrôle politique constitue désormais la véritable limite de l'ordre libéral dominé par l'exécutif. Il me semble au contraire qu'à côté du contrôle politique, c'est toute la logique de l'hétéronomie du droit à l'égard de l'économie qui est à l'œuvre.

³⁷ Le concept d'accélération permet à Scheuerman de refuser tout réductionnisme économique. Néanmoins, le capitalisme constitue bien, dans ses analyses, le principal moteur de l'accélération sociale. Scheuerman (2004, chap. 1).

en échec le fonctionnement de la loi, et plus généralement des institutions libérales:

Unfortunately, the temporal gap separating legislation and law application means that judges and administrators are always a step removed from the original experience that inspired legislators to come up with a particular statute in the first place. Liberal judges and administrators “always come too late”: they always base decisions about the complex dynamics of contemporary economic conditions on legal relics from an often distant past³⁸.

Pour Scheuerman, les pouvoirs de crise, tout comme le remplacement du rôle central de la loi par la mesure administrative qui l’accompagne, constituent dès les années 20 et surtout 30, à la fois le signe du retard de la loi, ou de son caractère inadapté pour faire face au phénomène général d’accélération qui affecte tout l’ordre social sous l’impact du capitalisme, ainsi que l’un des grands instruments juridiques de son “rattrapage”³⁹. Scheuerman souligne les risques que de tels mécanismes juridiques font peser sur les démocraties libérales⁴⁰. Mais le politologue, qui refuse toute lecture exclusivement matérialiste du droit, n’exclut pas qu’une évolution de la forme de la production normative soit à même de répondre à l’accélération sans baisser le niveau d’exigence démocratique, voire, en l’augmentant⁴¹. En particulier, l’idée que le droit administratif, ou même un État administratif, soit nécessairement antidémocratiques mérite à ses yeux d’être revisitée en tenant compte à la fois de la temporalité du monde et des besoins de redistribution⁴². Quoiqu’il en soit ici des solutions que l’on puisse envisager pour préserver le caractère démocratique d’un droit soumis à la nouvelle temporalité du monde, c’est essentiellement le “retard” de la loi sur l’accélération économique et sociale qui constitue la clef de l’interprétation des pouvoirs de crise économiques dans la lecture de Scheuerman. Ce qui signifie aussi que si les pouvoirs de crise ont constitué

³⁸ Scheuerman (2004, 121).

³⁹ Scheuerman (2002, 279).

⁴⁰ «Slow-going deliberative legislature, as well as normatively admirable visions of constitutionalism and the rule of law predicated on the quest to ensure legal stability and continuity with the past, mesh poorly with the imperative of social speed, whereas a host of antiliberal and antidemocratic institutional trends benefit from it» Scheuerman (2004: XIV).

⁴¹ Scheuerman (2001, 57 et ss).

⁴² Ce qui le conduit aussi, avec une certaine prudence scientifique, à maintenir le caractère ouvert de l’histoire des pouvoirs de crise, dont la signification politique même demeure incertaine. Scheuerman (1999-2000).

une réponse extraordinaire à l'inadaptation temporelle de la loi⁴³, l'accélération, qui constitue un trait général des sociétés contemporaines, semble devoir conduire à une modification globale et relativement stabilisée du droit, notamment par une extension du droit administratif. Or, si Posner et Vermeule reprennent explicitement l'idée de Scheuerman d'après laquelle c'est le "tir rapide des diktats de la vie économique" (*rapid fire dictate of economic life*)⁴⁴ qui a contraint la loi à s'incliner devant le règlement⁴⁵, ils ne font en aucun cas des pouvoirs de crise un simple instrument de "rattrapage" de l'accélération provoquée par le capitalisme, ni de l'exception une forme juridique transitoire – y compris sur un plan historique. À rebours des intentions théoriques et politiques de Scheuerman, le droit de crise devient la clef d'une adaptation du droit à l'économie, par le biais d'une transformation de la temporalité normative.

En 2008, la "nature de la crise" n'a effectivement pas seulement conduit à un transfert de compétences normatives en direction de la Fed, en soutenant son autonomie progressive; elle a en outre justifié un mode de création du droit *ad hoc*. Un tel mode de création signifie en premier lieu que le contenu réel du droit est produit à chaud par les organes administratifs, auxquels le Congrès comme l'Exécutif cèdent une marge de manœuvre presque complète sur un plan légal:

The result is that in the administrative state, broad delegations to executive organs will combine lawmaking powers with administrative powers; "only then can the temporal distance between legislation and legal application be reduced"⁴⁶.

La production du droit *ad hoc* par les agences administratives soutient donc bien d'abord une accélération de la temporalité normative en court-circuitant l'écart entre création et application du droit à un niveau institutionnel, c'est-à-dire en faisant de la Fed l'organe de production réel du droit. Mais les auteurs redoublent le court-circuit, en faisant du droit *ad hoc* une modalité de création normative se réalisant à même son application administrative, au cas par cas, en épousant les irrégularités et l'incertitude de l'urgence économique. Car la Fed n'a pas seulement pris des mesures d'urgence juridiquement exorbitantes, fondées sur un critère d'efficacité immédiate; les mesures ont été ensuite évaluées à vif, en permettant à l'agence de produire de nouvelles mesures administratives, en

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Posner & Vermeule (2010, 33). Les auteurs citent alors Scheuerman (2004, 124).

⁴⁵ Posner & Vermeule (2010, 33).

⁴⁶ Ivi, 34.

tenant compte de l'évolution de la situation économique⁴⁷. Ce faisant, les délégations législatives ont conduit – bien en amont de la crise de 2008 – au développement, *dans* le droit administratif lui-même, d'autres formes d'exceptions juridiques, mal identifiées, ou plus exactement mal interprétées par la doctrine:

I suggest that our administrative law contains, built right into its structure, a series of legal “black holes” and “grey holes”. Legal black holes arise when statutes or legal rules “either explicitly exempt the executive from the requirements of the rule of law or explicitly exclude judicial review of executive action.” Grey holes, which are “disguised black holes,” arise when “there are some legal constraints on executive action — it is not a lawless void — but the constraints are so insubstantial that they pretty well permit government to do as it pleases”⁴⁸.

Une grande partie des juristes américains s'accorde à reconnaître l'existence de ces *black* et *grey holes*, en particulier après le 11 septembre et l'ouverture d'un lieu aussi symbolique que Guantanamo⁴⁹. Mais en interprétant ces trous noirs d'avantage à partir de la gestion administrative de la crise économique de 2008 que de Guantanamo, les deux juristes leur cèdent une signification nouvelle, qui fait éclater le cadre classique dans lequel ils continuent d'être généralement pensés, c'est-à-dire celui lié à l'alternative entre légalité et illégalité, entre droit ordinaire et droit extraordinaire. Certes, les “trous noirs légaux” et les “zones grises” qui se sont glissés peu à peu dans le droit administratif sous la pression des événements naissent de la création artificielle de marges de manœuvre laissées volontairement à l'exécutif et à son administration, au moyen de transferts de compétences accompagnés d'une absence de contrôle, légalement fixée ou *de facto*. Reste que ces “trous noirs”, comme ces “zones grises”, n'ont précisément rien d'extraordinaire, comme s'ils ne s'étaient imposés qu'après le 11 septembre. En réalité, tout au long du XXe siècle, les délégations législatives en matière économique ont accentué la marge de manœuvre laissée aux agences exécutives, en contribuant progressivement au développement d'un nouveau mode de production du droit, sans toucher apparemment à la structure institutionnelle et aux équilibres constitutionnels: un mode de production délégué dans lequel des organes administratifs spécialisés, sous un contrôle très relatif de l'exécutif, deviennent les organes de production réels du droit; un mode de production dans lequel la création de la règle juridique ne précède plus son application, mais se produit, par l'intégration

⁴⁷ Ivi, 38.

⁴⁸ Vermeule (2009, 1096).

⁴⁹ Voir par exemple Steyn (2004).

des *emergencies* au cœur du droit, à même son application administrative, en se rectifiant sur le cas, de façon à épouser les nécessités, ou l'incertitude des faits économiques.

Ce qui permet à Posner et Vermeule de conclure:

*In this sense, American administrative law just is schmittian*⁵⁰.

Que tout le droit administratif soit schmittien modifie complètement la signification qu'il convient d'accorder à "l'exception"⁵¹. Le droit administratif schmittien n'est pas un droit extraordinaire, créé pour répondre à une situation de crise conçue en tant que rupture de l'ordre ordinaire. Il constitue une modalité à part entière de production du droit, qui cède à chaque instant une marge de manœuvre aux organes administratifs pour qu'ils puissent produire, évaluer, rectifier le droit à même le cas.

C'est ce qui explique que, pour Posner et Vermeule, la Fed se soit avérée, en 2008, aussi bien la cause de la crise, que l'organe de sa résolution⁵². À première vue, la proposition semble adosser la possibilité d'évaluer *a posteriori* les politiques de régulation mises en œuvre avant et pendant la crise, en vue d'établir les responsabilités respectives de la Fed et des organes qui ont contribué à lui céder un pouvoir normatif relativement incontrôlé. En réalité, et par un renversement de perspective dont les auteurs sont coutumiers, le droit administratif de la Fed traduit bien plutôt le fait que les modalités de résolution de la crise de 2008 ont manifesté la *continuité* de l'activité normative de la Fed, ou le fait que les marges de manœuvres déjà laissées aux agences exécutives, tout comme le mode de production du droit durant la crise, ne permettent pas de comprendre les mesures qui ont été prises par la Fed pendant la crise comme des ruptures sur un plan juridique.

⁵⁰ Posner & Vermeule (2010, 90).

⁵¹ En qualifiant ce droit administratif de crise de "schmittien", Posner et Vermeule opèrent évidemment un détournement complet des intentions théoriques de Schmitt. Pour ce dernier, il ne fait aucun doute que les délégués de pouvoir des Parlements en situation de crise économique ont soutenu le remplacement de la loi par le règlement, comme celui du système de légalité libéral par une forme d'État administratif. Néanmoins si Schmitt finit par y voir un processus historique plus ou moins nécessaire, il maintient bien l'idée qu'un État fort est toujours celui qui *résiste* à la technicisation et à la bureaucratisation du droit, c'est-à-dire, aussi, à sa constitution en organe de gestion purement administratif des demandes sociales ou plus largement de l'économie. C'est d'ailleurs là tout le sens de la théorie fasciste de l'État total fort de Carl Schmitt (Schmitt 1940).

⁵² «The Fed is at least partly responsible for both the financial crisis of 2008-2009 and for its resolution». Posner & Vermeule (2010, 58).

Dans le pic de l'urgence, certes, la Fed court-circuite le rapport entre création (par la loi) et application du droit caractéristique du libéralisme, en faisant de l'efficacité immédiate (de la mesure administrative) la clef de l'activité normative; mais durant la crise même, ou, parce que toute crise *dure*, l'efficacité immédiate a continué à constituer le principe de la création et de la rectification du droit, en lui permettant de s'adapter aux incertitudes de la crise économique. Le prolongement des crises, leur répétition, ou leur éclatement dans d'autres domaines, a contribué ainsi au développement d'un mode de production normative relativement invisible, à un niveau juridique plus macro, et dont la crise de 2008 ne fait que montrer la continuité historique. Mais c'est aussi pourquoi, en retour, une fois perçu le rôle joué par ce nouveau droit administratif, il est à penser qu'il doit amener à modifier substantiellement la signification juridique du concept de crise. Sur un plan politique, certes, la crise demeure une coupure de l'ordre ordinaire – une coupure dont le caractère symbolique fait évidemment l'objet de multiples usages politiques. Sur un plan juridique néanmoins, un droit indexé sur l'urgence immédiate et son évolution, doit conduire à envisager les crises non plus comme des ruptures de la continuité, mais comme *des pointes dans un "continuum" temporel*⁵³.

L'analyse historique des pouvoirs de crise économiques, du droit administratif de crise, de Posner et Vermeule, se propose ainsi, sur les traces apparentes de Scheuerman, comme celle de l'adaptation du droit à la *temporalité* accélérée de l'économie. Par les délégations législatives massives en situation de crise économique d'abord; par la création d'un droit administratif schmittien, susceptible d'épouser l'urgence à chaque instant ensuite. De façon remarquable, néanmoins, la temporalité du droit administratif schmittien, constitue déjà non seulement un rythme de production, non seulement une forme juridique (celle de la mesure administrative), mais déjà la matière du droit. La temporalité du droit administratif schmittien, qui se définit en tant que temporalité de l'urgence, a effectivement pour effet d'indexer le processus de production du droit sur la situation immédiate – c'est-à-dire, d'indexer la production permanente du droit administratif sur le *présent*. Or, cette temporalité présentiste constitue à la fois une méthode *et* un contenu, puisque c'est le calcul de l'efficacité immédiate d'une mesure qui devient ce faisant à la fois le principe de sa production, de son évaluation, et de son remplacement. Autrement dit, le droit administratif de crise intègre l'efficacité comme principe de création du droit,

⁵³ «The logic of our view is that emergencies lie on a continuum or sliding scale». Posner & Vermeule (2010, 42).

parce qu'il est indexé sur le présent; et parce qu'il vise l'efficacité calculable, il tend naturellement à réduire la temporalité du droit au présent.

Sous une forme à peine voilée, le droit administratif schmittien qui s'est imposé à la faveur des crises économiques, et qui constitue désormais l'outil de production *réel* du droit, s'avère conforme aux principes de l'analyse économique du droit dont les auteurs se revendiquent. La production normative de la Fed est non seulement liée par la situation économique d'urgence, en soumettant – normalement de façon provisoire – la création du droit à des objectifs et à une logique économique; mais, plus profondément encore, l'hétéronomie du droit à l'égard de l'économie signifie ici que le droit se produit selon les “méthodes scientifiques de l'économie”, ou, plus exactement, selon les méthodes de la *cost-benefice analysis*, caractéristique de l'utilitarisme corrosif de l'analyse économique du droit. Ce qui permet d'ailleurs d'envisager que les méthodes issues de l'économie, et importée dans le droit administratif de crise, ne soient pas seulement appliquées pour des “questions économiques”, mais, potentiellement, et à la faveur des crises, dans n'importe quel domaine susceptible de réglementation, pour n'importe quelle question sociale, écologique, ou sanitaire⁵⁴. Autrement dit, ce que les pouvoirs de crises économiques ont diffusé, de crise en urgence, c'est un modèle d'interprétation généralisable des phénomènes sociaux en termes d'un calcul d'efficacité – ce qui prépare l'extension de l'analyse économique, ou “l'impérialisme économique”, dans à peu près n'importe quel domaine du social⁵⁵.

Reste que si l'on perçoit nettement derrière le droit administratif schmittien une conception du droit (l'analyse économique du droit) et une méthode d'interprétation (la *cost-benefice analysis*), Posner et Vermeule n'en font pas le *préalable* de leur lecture du droit comme de l'histoire. Ils retournent bien plutôt l'analyse: en 2008, la Fed, n'a pas mis en œuvre

⁵⁴ Au sein de l'Analyse économique du droit, l'économie constitue en effet moins un domaine d'objet qu'elle n'est «la science des choix rationnels faits dans un monde – notre monde – dans lequel les ressources utilisées pour satisfaire nos besoins sont limitées». Posner (1986, 3). Cité dans Harnay & Marciano (2011, 76).

⁵⁵ Ivi, 83. *The Executive Unbound* établit en effet des va-et-vient permanents entre l'exercice des compétences normatives qui s'est imposé dans la gestion de la crise de 2008 par la Fed, et celui des autres *agencies*, en particulier de la CIA ou de la NSA impliquées dans la guerre contre le terrorisme. Les auteurs invitent à penser que c'est l'urgence qui dans tous les domaines a imposé un droit administratif schmittien. Mais ce droit de crise permanent ne repose pas sur l'hétéronomie du droit à l'égard d'autres domaines du social: c'est toujours le calcul d'efficacité indexé sur le présent qui s'impose comme principe de normativité; c'est toujours l'hétéronomie du droit à l'égard de l'économie *bien comprise* qui se trouve reproduite et étendue dans l'ensemble des domaines du social, à la faveur de chacune des crises.

un modèle de production normatif fondé sur une conception de l'économie, que d'aucuns qualifieraient pour aller vite de néolibérale; et d'ailleurs, Posner et Vermeule n'ont pas eu besoin, dans *The Executive Unbound*, d'appliquer l'analyse économique du droit pour interpréter les décisions de la Fed⁵⁶. C'est au contraire la crise économique de 2008, et, en amont, les crises économiques antérieures, qui ont selon eux *imposé* un modèle de production du droit fondé sur l'efficacité immédiate: un modèle conforme au principe de l'hétéronomie du droit à l'égard de l'économie, que les administrations gouvernementales ont mises en œuvre sans nécessairement le théoriser. Autrement dit, *The Executive Unbound* suggère que l'hétéronomie du droit à l'égard de l'économie, qui a modifié toute la structure du droit, le rythme de sa production, sa forme comme son contenu, ne *précède pas* tant la résolution des crises, *qu'elle n'en est issue*: ce sont les crises économiques qui ont exigé une modalité de production normative *ad hoc*, fondée sur un principe d'efficacité immédiate permettant au droit d'épouser les aléas de l'économie; c'est la durée des crises et leur répétition, qui a contribué au développement d'un droit administratif dont les modalités de production reposent silencieusement sur son hétéronomie à l'égard de l'économie. C'est bien pourquoi, à leurs yeux, l'analyse économique du droit s'est elle aussi déjà largement imposée dans les administrations, alors même que, sur un plan académique, la théorie demeure marginale, voire largement refusée par les juristes⁵⁷.

Il ne fait aucun doute qu'une telle analyse du droit de crise à partir de sa *temporalité* possède d'évidentes vertus théoriques et politiques, qui vont bien au-delà de l'argument classique de l'urgente nécessité. L'efficacité immédiate, devenue par le droit de crise un principe de production normatif permanent, permet dans une certaine mesure de se passer de toute finalité politique discutable en amont – à l'exception, bien sûr, de la continuité de l'ordre existant, dont la teneur politique est, en tant que telle, exclue de la discussion. À y bien regarder, elle résout même l'un des principaux problèmes de l'ordre libéral selon l'analyse de Carl Schmitt, pleinement assumée sur ce point par Posner et Vermeule: celui des interminables discussions du parlement libéral, au sein de l'État Madisonien⁵⁸. À la limite, la méthode permettrait même de se passer de toute conception *préalable* du droit, puisque l'efficacité immédiate devient juge de la mesure juridique *et* de la conception du droit qu'elle promeut.

⁵⁶ C'est sans doute la différence fondamentale de l'approche des pouvoirs de crise dans *Terror in the Balance* et dans *The Executive Unbound*.

⁵⁷ Adler & Posner (2001, 1).

⁵⁸ Posner & Vermeule (2010, 42).

En réalité, la méthode, bien sûr, *est* une conception du droit, comme elle *est* une conception du politique. Aucune urgence économique ne justifie d'elle-même que le droit de crise procède d'un calcul d'efficacité immédiate, ou qu'il doive être produit par un organe technique autonome: l'un et l'autre présupposent au contraire l'autonomie relative de l'économie, au sens où l'activité de régulation doit pouvoir être comprise comme une activité *strictement économique* – et non politique, sociale ou culturelle par exemple – susceptible d'être résolue par un organe à compétence technique – et non pas, là encore, politique. L'un et l'autre présupposent également que l'économie intègre une forme d'incertitude, qui constitue déjà une forme de pensée économique⁵⁹.

La pensée des pouvoirs de crise de Posner et Vermeule doit donc bien être comprise comme une *politique normative du temps*, qui contribue à fixer la production normative sur le présent immédiat, avec d'immenses conséquences juridiques et, bien sûr, politiques. Cette politique du temps repose intégralement sur une pensée du court-circuit, qui écrase l'écart entre création et application du droit, c'est-à-dire entre le temps du présent et le temps du futur, qui constitue l'écart même du politique. Par l'urgence, elle impose l'efficacité immédiate en tant que principe de production et de reproduction du droit; par l'urgence, elle réalise l'hétéronomie du droit à l'égard de l'économie, entendue non pas seulement comme une soumission du droit à des intérêts économiques ou à des logiques économiques, mais bien plus profondément comme l'application, pour chaque problème soumis à l'appréciation du droit, comme dans chaque domaine soumis à régulation, de la méthode du calcul coût-bénéfice.

Mais la temporalité présentiste du droit administratif schmittien a ceci de remarquable: qu'en rivant le calcul d'efficacité sur l'urgence immédiate, l'hétéronomie du droit apparaît comme en quelque sorte toujours *déjà là*. Dans l'urgence, elle s'impose comme nécessaire: mais sa nécessité même présuppose déjà l'efficacité comme principe normatif. C'est pourquoi la temporalité du droit administratif de crise de Posner et Vermeule n'est pas seulement intrinsèquement présentiste; elle engage aussi une pensée implicite de la fin de l'histoire. Pour Posner et Vermeule, le légalisme libéral est *déjà* mort, lorsque les juristes libéraux tentent encore de le défendre. Le droit administratif schmittien est déjà dominant dans les agences administratives et l'État administratif a déjà remplacé l'État Madisonien. À y bien regarder, pourtant, il se pourrait plutôt que le présentisme intrinsèque du droit de crise permanent construise l'hétéronomie du droit à l'égard de

⁵⁹ Volg (2010).

l'économie comme toujours déjà là. Comme une fin de l'histoire, qui n'est plus l'aboutissement d'un évolutionnisme historique reconstitué, mais bien plutôt comme *l'expression d'un présent de l'urgence qui s'impose comme toujours déjà-là*. Un présent de la catastrophe, au sens de Benjamin:

Que les choses continuent comme avant, voilà la catastrophe⁶⁰.

Ainsi, l'analyse des pouvoirs de crise économiques de Posner et Vermeule fait bien dans une certaine mesure entrer les pouvoirs de crise dans l'histoire, par une lecture saisissante des pouvoirs de crise économiques. Les pouvoirs de crise ne sont plus lus à l'ombre de la pensée classique de la dictature, assurant la continuité existentielle de l'État: ils sont les outils d'une adaptation nécessaire du droit libéral à l'économie capitaliste en pleine accélération. Il y a un évident intérêt descriptif dans l'analyse de Posner et Vermeule: les pouvoirs de crise, aujourd'hui, n'accompagnent pas seulement une montée de l'exécutif, mais aussi et en même temps, le développement d'un droit administratif qui n'a plus rien à voir avec le droit planificateur de l'après-guerre. Un droit à la fois technique et précaire, étroitement lié avec les changements permanents de l'économie.

Mais l'intérêt central de leur analyse réside sans aucun doute dans la manière dont elle met en scène, dans l'étude des pouvoirs de crise, une théorie normative du temps. C'est effectivement par la temporalité de l'urgence, qui est en réalité une temporalité rigoureusement présentiste, que Posner et Vermeule font de l'efficacité immédiate le principe structurant du droit; c'est par la temporalité d'un présent indéfiniment renouvelé que les juristes font de l'ordre normatif et politique structuré par l'hétéronomie du droit à l'égard de l'économie un ordre à la fois nécessaire et toujours déjà là – un ordre de la fin de l'histoire.

Bibliographie

- Ackerman B. (2006), *Before the Next Attack*, New Haven & London: Yale University Press.
- Arendt H. (2012), *De la révolution*, Paris: Gallimard.
- Adler M.A, Posner E.A. (2001), *Cost-Benefit Analysis, Legal, Economical and Philosophical Perspectives*, Chicago, London: The University of Chicago Press.

⁶⁰ Benjamin (1993, 858).

- Benhessa G. (2014), *La pensée juridique de l'exception aux États-Unis après le 11 septembre 2001*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Strasbourg, soutenue le 12 décembre 2014.
- Benjamin W. (1993), *Paris, capitale du XIX^e siècle*, Paris: Éditions du Cerf.
- Cristi R. (1993), *Le libéralisme conservateur. Trois essais sur Schmitt, Hayek et Hegel*, Paris: Edition Kimé.
- Harnay S., Marciano A. (2011), *L'analyse économique du droit - Éléments de rupture et de continuité des années 1970 à aujourd'hui*, in "Economie publique/Public economics", <http://journals.openedition.org/economiepublique/8694>.
- Hayek F.A. (1985), *La route de la servitude* (1946), Paris: PUF.
- Lowi T.J. (1979), *The End of Liberalism*, New York: Norton.
- Mashaw J.J. (2012), *Creating the Administrative Constitution. The lost one hundred years of American Administrative Law*, New Haven, London: Yale University Press.
- Posner E.A. (2001), *Law and Economics*, London: Routledge.
- Posner E.A., Vermeule A. (2007), *Terror in the Balance*, New York: Oxford University Press.
- (2010), *The Executive Unbound, After the Madisonian Republic*, Oxford, New York: Oxford University Press.
- Posner R.A. (1979), *The Economic Analysis of Law*, Little: Brown and Company.
- Rossiter C. (2009), *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, New Brunswick, London: Transaction Publishers.
- Saint Bonnet F. (2001), *L'état d'exception*, Paris: PUF.
- Scheurman W.E. (2012), *Emergencies, Executive Power, and the Uncertain Future of US Presidential Democracy*, in "Law & Social Inquiry", 37, 3: 743-67.
- (2001), *Liberal Democracy and the Empire of Speed*, in "Policy", 34, 1: 41-67.
- (2004), *Liberal Democracy and the Social Acceleration of Time*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- (1999-2000), *The Economic State of Emergency*, in "Cardozo Law Review", 21: 1869-94.
- (2002), *Motorized Legislation? Statutes in an Age of Speed*, in "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy", 88, 3: 379-397.
- Schmitt C. (1938), *Une étude de droit constitutionnel comparé. L'évolution récente du problème des délégations législatives*, in "Introduction à

- l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert", Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- (1935), *Die Rechtswissenschaft im Führerstaat*, im "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 7.
- (1950), *Die Lage Der Europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen: Internationale Universitätsverlag; trad. angl. *The Motorized legislator*, in H. Rosa and W. Scheuerman (ed.) (2009), *High-Speed Society, Social Acceleration, Power an Modernity*, Philadelphia: The Pennsylvania Press University, 65-73.
- (1940), *Die Wende zum totalen Staat*, im "Positionen und Begriffe", Hamburg: 146-158.
- Schoenbrod D. (1995), *Power Without Responsibility, How Congress Abuses the People through Delegations*, New Haven: Yale University Press.
- Skowronek S. (1982), *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities 1877–1920*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Steyn J. (2004), *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, in "The International and Comparative Law Quarterly", 53, 1: 1-15.
- Tingsten H. (1934), *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, Paris: Librairie Stock.
- Vermeule A. (2009), *Our Schmittian Administrative Law*, in "Harvard Law Review", 122, 4: 1095-1150.
- Volg J. (2010), *Le spectre du capital*, Paris: Diaphanes.
- Yoo J. (2011), *Crisis and Command, The History of Executive Power from George Washington to the Present*, New York: Kaplan Publishing.