

NUMÉRO 4



Astérion

Philosophie, histoire des idées, pensée politique

AVRIL 2006

©Astérian 2006
Tous droits réservés

Comité de rédaction :

Makram Abbès, Romain Descendre, Ludovic Frobert (rédacteur en chef), Marie Gaille-Nikodimov (rédacteur en chef), Éric Marquer (rédacteur en chef), Pierre-François Moreau, Anne Sauvagnargues, Michel Senellart, Jean-Claude Zancarini.

Comité de lecture :

Wolfgang Bartuschat (Hambourg), Frédéric Brahami, Michel Bellet, Isabelle Delpa, Jean-Louis Fournel, Laurent Gerbier, Silvia Giocanti, Philippe Hamou, Chantal Jaquet, Vincent Jullien, Thomas Kisser (Munich), Hélène L'Heuillet, Filippo Del Lucchese, Marina Mestre, Jacques Michel, Cristina Pitassi (Genève), Jean-Pierre Potier, Gérard Raulet, Emmanuel Renault, Emanuela Sribano (Sienne), Manfred Walther (Hanovre).

Contact : asterion@ens-lsh.fr, ou *Astérion*, ENS Lettres et Sciences humaines, 15 parvis René Descartes, BP 7000, 69342 Lyon cedex 07.

Astérion est titulaire des droits d'auteur sur l'ensemble des publications diffusées sur son site internet. Pour un usage strictement privé, la reproduction du contenu de ce site est libre. Dans le cadre de communication, d'édition ou autres actions à usage professionnel, ne sont autorisées que les courtes citations sous réserve de la mention d'*Astérion* et des sources de l'article (auteur, titre, N° d'*Astérion*, date et page citée). Toute autre reproduction ou représentation, intégrale ou substantielle du contenu de ce site, par quelque procédé que ce soit, doit faire l'objet d'une autorisation expresse d'*Astérion*.

- ☛ *Astérion* est une revue soutenue par l'École normale supérieure Lettres et Sciences humaines de Lyon.
- ☛ Elle est réalisée par la Cellule Édition et Diffusion en Ligne (Cedille) de l'ENS LSH.
- ☛ La maquette graphique a été réalisée par le SCAM de l'ENS LSH.
- ☛ Elle adhère à Revues.org, fédération de revues en sciences humaines, qui l'héberge.
- ☛ Elle utilise les logiciels et langages suivants : Lodel, Mysql, PHP, Apache.
- ☛ ISSN 1762 6110

TABLE DES MATIÈRES

DOSSIER

La crise du droit sous la République de Weimar et sous le national-socialisme

I – Weimar

Présentation

Hélène MIARD-DELACROIX, Michel SENELLARTp. 9

Facultés de droit en crise : formation et socialisation des élites allemandes sous la République de Weimar

Marie-Bénédicte VINCENT.....p. 19

Évolution de la thématique des « asociaux » dans la discussion sur le droit pénal pendant la République de Weimar

Sven KORZILIUS.....p. 45

Le concept de « droit social » : Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar

Nathalie LE BOUËDEC.....p. 73

II – National-socialisme

Dans le ventre du Léviathan. La science du droit constitutionnel sous le national-socialisme

Michael STOLLEIS.....p. 99

Justifier l'injustifiable

Olivier JOUANJAN.....p. 123

Interprétation de la loi et perversion du droit

Christian ROQUES.....p. 157

VARIA

- La cause créatrice chez Anselme de Canterbury
Bérengère HURAND.....p. 189
- Une approche bergsonienne de la spatialité en musique
Pierre TRUCHOT.....p. 217
- Onze mille pages. Les *Œuvres complètes* de Montesquieu à Oxford :
projet, réalisations, perspectives (février 2005)
Catherine VOLPILHAC-AUGER.....p. 237
- Une interprétation oblique du *Prince* : le procès de Machiavel
dans les *Ragguagli di Parnaso* de Traiano Boccalini
Claire HENRY.....p. 253

LECTURES ET DISCUSSIONS

- Emmanuel Renault, *L'expérience de l'injustice. Reconnaissance et clinique
de l'injustice*, Paris, La Découverte (Armillaire), 2004, 412 p.,
26,50 euros
Magali BESSONE.....p. 271
- Diego Quaglioni, *À une déesse inconnue. La conception pré-moderne
de la justice*, traduit de l'italien par Marie-Dominique Couzinet, Paris,
Publications de la Sorbonne (Philosophie), 2003, 152 p., 15 euros
Jeanne BILLION.....p. 275
- Amartya Kumar Sen, *La démocratie des autres. Pourquoi la liberté
n'est pas une invention de l'Occident*, traduit de l'américain par Monique
Bégot, Paris, Payot et Rivages (Manuels Payot), 85 p., 10 euros
Muriel GILARDONE.....p. 281
- Myriam Bienenstock et Michèle Crampe-Casnabet (dir.), *Dans quelle
mesure la philosophie est pratique. Fichte, Hegel*, avec la collaboration
de Jean-François Goubet Lyon, ENS Éditions (Theoria), 2000, 275 p.,
22 euros
Mathias GOY.....p. 285

DOSSIER
LA CRISE DU DROIT SOUS LA RÉPUBLIQUE DE WEIMAR
ET SOUS LE NATIONAL-SOCIALISME
I – WEIMAR

II – NATIONAL-SOCIALISME

JUSTIFIER L'INJUSTIFIABLE

Olivier JOUANJAN^o

Résumé :

Le « droit » tient aussi dans les discours qu'on tient sur lui, notamment les discours des juristes. L'analyse des discours des juristes engagés du Troisième Reich fait ressortir un schéma général de justification, un principe grammatical génératif de ces discours qu'on peut qualifier de « décisionnisme substantiel ». Le positivisme juridique, parce qu'abstrait et « juif », fut désigné comme l'ennemi principal de la science du « droit » nazi, une « science » qui ne pouvait se concevoir elle-même que comme politique. En analysant la construction idéologico-juridique de l'État total, la destruction de la notion de droits subjectifs, la substitution au concept de personnalité juridique d'une notion « concrète » de l'« être-membre-de-la-communauté », puis en montrant le fonctionnement de ces discours dans la pratique, la présente contribution met en évidence la double logique de l'incorporation et de l'incarnation à l'œuvre dans la science nazie du droit, une « science » dont Carl Schmitt fait la « théorie » en 1934 à travers la « pensée de l'ordre concret ».

Mots-clés : antisémitisme, droit subjectif, Führerprinzip, ordre concret, personnalité juridique

Parler du « droit » nazi, il le faut, mais avec d'évidentes précautions que signalent les guillemets qui entourent, dans ce texte, le mot *droit*. Il y a essentiellement deux raisons à cet usage graphique : d'abord, la question de savoir si l'on peut parler d'un « droit » nazi, au « sens strict » du mot, est extrêmement disputée ; ensuite, le concept même de droit, son « sens strict » (expression qui impose aussi, mais pour d'autres raisons bien sûr, les guillemets), reste disputé et l'on verra, j'espère, au cours de cet exposé, que si je ne prétendrai pas à le déterminer, je contribuerai un peu à le problématiser. Les nombreux guillemets qui ornent le texte de cette contribution s'expliquent

^o Professeur de droit public, Université Robert Schuman-Strasbourg III ; professeur honoraire, Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau.

bien sûr par le fait que les mots, dans les discours analysés, doivent souvent être pris avec des *pincettes*.

Évoquer ce thème en présence de Michael Stolleis, figure importante de la scène intellectuelle allemande, au-delà même du monde clos des juristes – peu, autant que lui, participent à sa décloison, justement –, est un honneur particulier. Les trois forts volumes de sa *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* constituent la somme d'un œuvre véritable. Michael Stolleis appartient à une certaine tradition de l'histoire du droit en Allemagne, c'est-à-dire celle d'une histoire intellectuelle, culturelle et politique du droit, dans laquelle l'objet « droit » est considéré dans le mouvement même des forces qui le constituent, c'est-à-dire le représentent et le travaillent, le *réfléchissent*. Il existe souvent chez les juristes une naïveté d'approche et de traitement du « droit », pour laquelle celui-ci est un donné brut déjà constitué en soi et pour soi, un objet extérieur au monde de la science et des doctrines juridiques. Chez les « positivistes réflexifs », disons pas ou peu ou moins naïfs, cette condition d'extériorité de l'objet « droit » par rapport aux « sujets » juristes de sa connaissance est condition même d'une « science » du droit, c'est-à-dire d'une science « objective » de cet objet particulier. Mais l'on rate alors un aspect essentiel que je crois constitutif de l'objet droit lui-même : il nous faut le représenter, *l'imaginer*, à partir de schèmes qui ne sont pas dans l'objet, mais dans le « sujet » de la connaissance. Telle fut la leçon magistrale d'un grand juriste allemand de la fin du XIX^e siècle, juriste néo-kantien (ce n'est pas anodin évidemment), et pour lequel le droit « existe » dans le monde de nos représentations, la « vie du droit » se vit dans « le monde subjectif ». Il s'agit de Georg Jellinek¹. Même si l'on entend rompre avec ce que ces formulations jellinékiennes ont d'attachement à une philosophie de la conscience, on peut en conserver et dépasser la vérité en disant que le droit vit dans le « discours ». En vérité, il ne vit pas seulement dans le discours des spécialistes du droit, mais aussi et peut-être tout autant dans les discours sociaux de ceux qui, pratiquement ou théoriquement, ont à dire sur le « droit », qu'ils discutent sur *le* droit en général ou plus prosaïquement sur *leur* droit particulier. Le droit est pris dans un vaste et complexe système social

1. Je me permets de renvoyer, pour le développement de ces thèmes, à la préface que j'ai donnée à la réédition de G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, Paris, Panthéon-Assas, 2005, t. 1.

d'échanges discursifs et c'est pourquoi l'histoire des *doctrines* comme l'histoire *sociale* ou *culturelle* ont à dire sur le droit non pas seulement quelque chose des *environnements* du « droit », mais quelque chose de son *intimité* propre². C'est, je crois, ce genre d'histoire que nous propose Michael Stolleis, et c'est en tout cas ainsi que je le lis, avec intérêt et admiration.

Un grand débat a ressurgi depuis plusieurs mois, exactement depuis la parution française du livre de Carl Schmitt sur Hobbes. Prendre le « cas Schmitt » – autour duquel sera centré mon propos, même si d'autres auteurs seront évoqués, mais pour l'essentiel parmi ceux qui furent ses disciples ou entretenirent un dialogue assez intense avec lui –, prendre ce cas permettra de resserrer ici le propos. Cependant bien des aspects qui seront ici mis en évidence à propos de Schmitt et de la mouvance schmittienne sont applicables au-delà du cercle ainsi déterminé. Il y a une *caractéristique* générale des discours des juristes clairement engagés en faveur du régime et qui mérite d'être soulignée. Ce texte s'efforce de contribuer à la mise en évidence d'une telle caractéristique. Deux remarques très générales s'imposent à titre préalable.

Ayant été, je crois, le premier à donner au public français une traduction de larges extraits du texte le plus accablant de Schmitt, *Les juristes allemands en lutte contre l'esprit juif* (1936), celui dans lequel il explique que les « tournures générales et abstraites » (qui ont sans doute, dans son esprit, un *côté juif*) ne suffisent pas à la « purification », au « nettoyage », à l'« exorcisme salutaire » que doit accomplir l'antisémite convaincu, mais qu'il faut toucher le Juif *in concreto* (ne voit-on pas ici une sorte d'expression étrange et morbide de la « méthode des ordres concrets » que préconise Schmitt pour le « droit », et quel ordre concret touchera mieux, au bout du compte, le Juif *in concreto* que l'ordre concret du camp ?), ayant donc donné à lire ces extraits au public français (qui n'a guère réagi à l'époque, en 1996), on comprendra que je ne suis pas de ceux qui cherchent d'une quelconque manière à *euphémiser* l'engagement schmittien³. Mais mon intérêt de connaissance, en tant que juriste, n'est pas dans la question

2. J'ai essayé de préciser cette approche dans O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 1 et suiv.

3. Voir O. Jouanjan, « Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine juridique allemande du Troisième Reich », *Le droit antisémite sous Vichy. Le genre humain*, D. Gros (dir.), Paris, Seuil, 1996, p. 463-496.

de la culpabilité de l'individu Schmitt. Pour moi l'affaire est entendue depuis un moment déjà⁴.

La seconde remarque est la suivante : dans le livre récent qu'il vient de faire paraître sur *Un détail nazi* dans la pensée de Schmitt, Yves-Charles Zarka touche juste et spécialement sur un point, à savoir la présence dans le discours schmittien de la figure de l'« ennemi substantiel »⁵. Chez Hobbes, mentor revendiqué par Schmitt⁶, l'ennemi n'est que le résultat au fond contingent, conjoncturel d'une disposition structurelle de l'homme qui l'asservit (relativement mais profondément) à ses passions. L'ennemi n'est pensé que dans la catégorie de la *relation*, il est ennemi « relationnel ». Schmitt, en revanche, considère l'existence d'ennemis *en soi*, d'une relation d'hostilité déterminée par des natures propres et antagonistes entre des groupes, et précisément des groupes « raciaux ». Zarka a raison sur ce point. Avec le Juif, la relation se constitue justement dans la recherche, derrière les masques dont il s'affuble, de la substance, de l'essence du Juif. Il suffit de considérer comment Schmitt, dans son *Léviathan*, part à la recherche de l'essence juive chez le Juif masqué et travesti, Stahl, « Stahl-Jolson », doublement masqué même, parce que doublement converti, au christianisme et au conservatisme⁷. Derrière le masque, la substance de l'ennemi. Or la « pensée » nazie est « concrète et substantielle », dit précisément Schmitt en 1933⁸.

Toutefois, je me concentrerai ici sur une question autre, de prime abord du moins, que celle de l'antisémitisme avéré de Schmitt. Ce que je voudrais essayer de formuler, c'est en quoi la « théorie » du « droit » que Schmitt expose en 1934 dans son opuscule intitulé *Les trois types de pensée juridique*⁹ correspond, reprend en elle une structure déterminante de ce que l'on pourrait appeler la *grammaire fonda-*

4. Voir désormais, en français, R. Gross, *Carl Schmitt et les Juifs*, Paris, PUF, 2005.

5. Y.-C. Zarka, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, PUF, 2005, p. 35 et suiv.

6. Mais sa relation à Hobbes se complique précisément à partir de son engagement nazi.

7. C. Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes* (1938), Paris, Seuil, 2002, p. 130 et suiv. Schmitt est tourmenté par Stahl et ses masques prétendus ; voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique...*, *op. cit.*, p. 63 et suiv.

8. C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 42 ; traduction française : *État, mouvement, peuple*, Paris, Kimé, 1997, p. 58.

9. C. Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, D. Ségler et M. Köller (trad.), Paris, PUF, 1995.

mentale de l'idéologie nazie (qui peut produire d'ailleurs des discours divergents et opposés). Rechercher donc un nazisme juridique « théorique » latent *en deçà*, comme en sa base justificatrice, de l'antisémitisme affiché, patent. Et c'est seulement comme en retour, par une sorte d'épouvantable circularité, que l'antisémitisme nourrit et « justifie » ce nazisme juridique. C'est cette dialectique tautologique (comment la désigner autrement ?) que je veux examiner, comment l'injustifiable justifie l'injustifiable, et... réciproquement.

1. La science nazie du « droit » contre le positivisme

Il convient donc de prendre les doctrines nazies du « droit » nazi *au sérieux*. Il s'agit bien sûr d'une fiction méthodologique, de faire comme si elles étaient sérieuses. Car elles ne le sont pas (épistémologiquement) et l'on se demande souvent même jusqu'à quel point elles se prennent elles-mêmes au sérieux. L'objet de la recherche est la litanie des discours des juristes qui affirment clairement un engagement favorable au régime qui s'installe en 1933, c'est-à-dire la manière dont ils assurent et assument le *montage juridique* du régime. On a dit plus haut que cette histoire des doctrines devrait être tenue pour partie intégrante d'une histoire du droit. Mais elle n'en est qu'une partie. Une histoire culturelle et sociale, une sociologie historique du « droit » nazi, est un champ certainement important et fécond de recherches. Une histoire des pratiques normatives et judiciaires du nazisme est tout aussi légitime et importante. Si l'objet est ici limité, c'est par nécessité et non du fait d'une sorte de prétention impérialiste selon laquelle ce discours des juristes nous livrerait l'alpha et l'oméga du « droit » nazi.

Mais le discours des juristes, en général, est un objet particulier et qui a un intérêt considérable. Particulièrement en Allemagne où une grande et monumentale science juridique s'est constituée au cours du XIX^e siècle, notamment avec l'école historique et Savigny. Il se constitue alors une tradition forte, articulée, aux arrêtes dogmatiques bien saillantes, un univers structuré où les juristes acquièrent un habitus de pensée, des réflexes, des méthodes, des modes opératoires spécifiques. Il est vrai que cet univers est troublé, profondément, depuis environ le début du XX^e siècle alors même que les grandes codifications et

surtout le *BGB*, c'est-à-dire le Code civil allemand qui entre en vigueur en 1900, devaient lui apporter l'assurance la plus complète de ses structures.

Surtout, et particulièrement dans le domaine du droit public, l'avènement de la République démocratique, l'établissement de la Constitution de Weimar dans un monde social, intellectuel et juridique peu préparé à une telle révolution, a entraîné une profonde crise de ces repères dogmatiques, une crise puissante qui a touché aux fondations mêmes de la science juridique, une dispute violente dont le positivisme transmis par le XIX^e siècle fut la cible principale, au moment même où, à travers l'école de Vienne et l'œuvre de Kelsen, ce positivisme entreprenait une réflexion de grande ampleur, probablement jamais égalée, sur ses présupposés et ses méthodes¹⁰. La querelle des méthodes (*Richtungs- und Methodenstreit*), qui marque le droit public de Weimar et à laquelle Michael Stolleis a consacré d'importants développements dans le troisième volume de son *Histoire du droit public*¹¹, semble décisive pour comprendre la réaction des juristes allemands à partir de 1933. Car, si une génération nouvelle arrive aux responsabilités académiques à partir de 1933 – celle qui a profité de l'épuration des universités, une épuration qui fut particulièrement importante dans les facultés de droit (où 132 postes d'enseignants furent « libérés » entre 1933 et 1937¹²) –, non seulement une large partie des critiques réactionnaires ou conservateurs du positivisme reste en place et poursuit le débat/combat après 1933 (le débat prend alors des allures à la fois triomphales et existentielles), mais les jeunes recrues, nées autour de 1900, ont précisément passé leurs années de formation au milieu de cette querelle¹³. On voit monter en première ligne, en 1933, notamment des disciples ou des proches de Schmitt, au premier rang desquels il faut mentionner Ernst Rudolf Huber et Ernst Forsthoff.

10. En français : J.-F. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, ENS Éditions, 2002.

11. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich, Beck, 1999, t. 3, p. 153 et suiv. Voir aussi M. Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 320 et suiv.

12. Voir B. Limpberg, « Personelle Veränderung in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung », *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, E. W. Böckenförde (dir.), Heidelberg, Müller, 1985, p. 47 et suiv.

13. K. Anderbrügge, *Völkisches Rechtsdenken*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, p. 109.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le « positivisme juridique » soit déclaré, presque unanimement, l'« ennemi principal » comme le rappelait Klaus Anderbrügge, l'auteur d'un livre important, en 1978, sur la pensée juridique *völkisch*. Le positivisme est, dit en 1934 le pénaliste Friedrich Schaffstein, « l'adversaire, désormais dépassé, de toute science *politique* », c'est-à-dire de toute science « politique » du « droit »¹⁴. On pourrait multiplier les citations en ce sens¹⁵.

Quelles qu'en soient les variantes, le fond commun du positivisme consiste à affirmer la *neutralité* de la science juridique par rapport à son objet : une science positive du droit doit évacuer de son propos toutes les considérations morales, politiques, philosophiques et historiques. On pourrait donc croire qu'une telle science, neutre par rapport à ses objets, parmi lesquels, le cas échéant, on trouverait le « droit » nazi, serait par sa constitution même suffisamment opérationnelle pour prendre en charge un droit nouveau quelconque, même nazi, pour l'expliquer, le systématiser et en donner les règles d'application, sans y adjoindre aucun tempérament moral ou politique. Elle le prendrait comme tel, à l'état brut sans le modifier méthodologiquement. Autrement dit, le « droit » nazi « objectif » pourrait, à première vue, être compatible avec un traitement scientifique neutre. On a fait suffisamment le procès du positivisme à cet égard : il aurait laissé les juristes allemands *désarmés* (parce que *neutres*) face à un « droit » monstrueux¹⁶. La même analyse est faite par Danièle Lochak s'agissant des juristes français face au « droit » vichyssois : en commentant les statuts des Juifs d'octobre 1940 et de juin 1941 comme s'il s'agissait de la réglementation du permis de construire ou du Code de la route, les positivistes ont cautionné un droit inique¹⁷. Ces considérations sont, du point de vue moral, parfaitement justes. Mais il faut

14. F. Schaffstein, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, p. 7.

15. Voir O. Jouanjan, « Rénovation du droit et positivisme... », art. cité, p. 464.

16. Telle est la thèse célèbre que le juriste social-démocrate Radbruch défendra au lendemain de la guerre, dans un article célèbre, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht » (1946), repris dans G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8^e édition, Stuttgart, Koehler, 1973, p. 339 et suiv.

17. D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 252 et suiv. ; « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », *Le droit antisémite de Vichy*, D. Gros (dir.), *op. cit.*, p. 433 et suiv. Voir aussi le débat entre D. Lochak et M. Troper, *Théorie du droit et science*, P. Amselek (dir.), Paris, PUF, p. 293.

leur adjoindre deux remarques de caractère historique et circonstanciel.

D'une part, un positiviste n'est positiviste (ne devrait l'être) qu'en tant qu'il est juriste (ce n'est pas une qualité morale, mais « scientifique ») et rien ne l'empêche d'être un homme de conviction par ailleurs. C'est bien l'un des grands positivistes de l'époque, Gerhard Anschütz, qui quitte ses fonctions professorales de lui-même dès 1933, en invoquant clairement qu'il ne peut enseigner (même « positivement ») un droit pour lequel il n'a plus d'affinités politiques et morales¹⁸. Le positiviste peut choisir de se taire et ce n'est pas le positivisme comme tel qui le pousse à commenter l'innommable. D'autre part, si l'on trouve en Allemagne, après 1933, nombre de juristes pour se pencher sur les textes les plus ignobles, les lois de Nuremberg par exemple, pour en établir un commentaire « scientifique » et « neutre », ce ne sont pas eux qui font le *bruit* de la doctrine, qui en donnent le *la*, mais bien ceux qui, occupant des fonctions académiques importantes, déclarent le positivisme l'adversaire du « droit » nazi. Pourquoi ?

Il y a bien sûr une réponse idéologique et, en elle-même, complètement ridicule. Le positivisme est une science *juive* du droit. La neutralité, l'abstraction, le légalisme sont des valeurs juives. Ce sont les moyens par lesquels les Juifs *masquent* leurs opérations en réalité concrètement orientées. Être en lutte contre le positivisme, c'est être « en lutte contre l'esprit juif », car celui-ci, selon Schmitt, est une « remarquable polarité » : « chaos » et « légalité », « nihilisme anarchique » et « normativisme positiviste », « matérialisme grossièrement sensualiste » et « moralisme abstrait »¹⁹. Schmitt est radicalement conséquent dans son antisémitisme. On l'a dit plus haut : le Juif pour Schmitt, puisant ici au fond antisémite traditionnel, avance masqué. Il avance d'autant plus masqué que, selon l'idéologue du Troisième Reich Alfred Rosenberg, le Juif est précisément celui qui n'a pas de « figure », de *Gestalt* : sa forme extérieure concrète ne peut donc être, dans ce délire, que forme d'emprunt, masque. Cette *mascarade* est liée

18. Texte de la lettre, traduite en français, dans O. Jouanjan, « Un positiviste dans la crise : Richard Thoma », *Crise et pensée de la crise en droit*, J.-F. Kervégan (dir.), *op. cit.*, p. 18-19.

19. C. Schmitt, « La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif » (1936), *Cités*, n° 14, 2003, p. 173 et suiv.

à la détermination de l'essence du Juif telle que la voit Schmitt : c'est cette polarité, cette scission d'être, la séparation entre le concret matérialiste et l'abstrait moraliste qui fait que le légalisme est, par essence, le masque d'une substance anarchique et sensualiste. C'est cette *différence ontologique* propre au Juif qui en fait le porteur par nature d'une pensée de type particulier, pensée qu'on qualifie alors de pensée séparatrice, *Trennungsdenken*, qui procède par distinctions et produit donc ces multiples masques derrière lesquels se cachent les déterminations concrètes de l'« esprit juif » (qui n'est pas autre chose que la « race » juive) : séparation notamment de l'être et du devoir-être (derrière le devoir-être, le Juif masque son être et, partant, instrumentalise le devoir-être, la légalité abstraite, au profit de son « être » matérialiste, etc.), c'est-à-dire une distinction capitale du positivisme, notamment kelsénien. D'où cette réinterprétation délirante (mais « cohérente » dans la logique de ce délire) de l'histoire intellectuelle allemande du XIX^e siècle : le positivisme serait une importation juive dans une pensée allemande qui, depuis son fonds propre, rejeterait les « séparations », et l'on invoque alors l'organicisme romantique autant que la dialectique hégélienne. La lutte contre le *Trennungsdenken* est un *topos* alors répandu, particulièrement thématé par Huber²⁰ mais qui traînait déjà dans le discours de la « révolution conservatrice ».

On peut trouver une seconde réponse à la question : pourquoi désigner dans le positivisme l'ennemi (substantiel, parce que « juif ») du nazisme juridique ? Parce que la science nazie du « droit » doit être « politique » et qu'elle doit être « véritablement » allemande. La théorie du droit nazi doit reposer, écrit Huber, sur une « conception politique du droit »²¹. Pour Schaffstein, la science du droit pénal doit être « politique »²². C'est que l'« esprit allemand » (qui n'est pas autre chose que le « sang » allemand) ne sépare pas le devoir-être, la légalité, d'un côté, et l'être, la situation (politique) de l'autre. Il ramène l'un à l'autre et réciproquement. Bien avant 1933, Schmitt a déjà donné une clef de sa pensée (allemande) : la norme présuppose la situation

20. E. R. Huber, « Die deutsche Staatswissenschaft », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1935, en particulier p. 15 et suiv.

21. E. R. Huber, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, p. 47.

22. Titre d'un ouvrage de cet auteur : *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

normale²³. C'est en fait une déclaration de guerre au positivisme (juif). La situation « normale », c'est, pour Kelsen, le registre de l'être ; la norme est celui du devoir-être. Schmitt ne le *sépare* pas. La situation normale, c'est l'ordre politique concret. Il faut penser le « droit » à partir de l'ordre concret. Telle est précisément la thèse qui irrigue tout le propos de l'ouvrage « théorique » de 1934, le type « allemand » de pensée juridique est pensée de l'ordre concret²⁴. Propos théorique mais aussi profondément polémique. Et pas polémique seulement sur un plan que nous dirions, nous qui, par trop, séparons, intellectuel et épistémologique. Polémique aussi sur le plan politique, inséparable pour Schmitt du précédent, et plus précisément encore sur le plan d'une politique raciste. Ne voit-on pas clairement ce qui rapproche le *topos* de 1934 de la « définition » de l'esprit juif en 1936 ? Le Juif *est* une différence entre l'anarchisme sensualiste et la légalité abstraite. Le concept d'*ordre concret* est l'antonyme parfait du concept de *Juif*. Non seulement en ce qu'il oppose terme à terme ordre à anarchie et concret à abstrait, mais aussi en ce que là où le Juif est « séparé » entre ses deux pôles, le juriste allemand est précisément dans la pensée de la coïncidence, de la réconciliation : il n'est pas, lui, déchiré, par l'ordre d'un côté et le concret de l'autre, il est, dans l'« ordre concret » rassemblé tout entier en son être. L'ordre concret le configure, lui donne ce que le Juif n'a pas, une *Gestalt*. La pensée de l'ordre concret est une pensée *anti-juive* (du moins dans l'imaginaire schmittien). « Ordre concret » est, pour Schmitt, le concept *polémique* fondamental, le bastion à partir duquel il convient de lutter contre le positivisme (juif). C'est le concept juridique « politique » par excellence.

« Chaque époque historico-spirituelle, écrit un élève de Schmitt, Ernst Forsthoﬀ, développe une langue appropriée à sa pensée. La supériorité d'un mode de pensée politique se manifeste le plus sûrement lorsqu'il parvient à imposer sa terminologie comme celle qui vaut en général et qui est donc reçue comme quelque chose qui va de soi. »²⁵ Le concept « polémique, concret et situé », dit encore Huber, un autre disciple de Schmitt, déterminant dans ce texte l'approche de

23. Voir C. Schmitt, *Théologie politique* (1922), Paris, Gallimard, 1988, p. 23.

24. C. Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, *op. cit.*

25. Recension de O. Koellreutter, *Der deutsche Führerstaat*, *Juristische Wochenschrift*, 1934, p. 538.

Schmitt précisément, est une « arme »²⁶. Il n’y a surtout pas de séparation entre *logos* et *polemos*. C’est là une leçon que Schmitt leur a donnée avant 1933, dans *La notion de politique* par exemple : « Des mots tels que État, république, société, classe ; et aussi : souveraineté, État de droit, absolutisme, dictature, plan, État neutre ou État total sont intelligibles si l’on ignore qui, concrètement, est censé être atteint, combattu, contesté et réfuté au moyen de ces mots. »²⁷ Qui doit être « concrètement atteint », cela fait étrangement écho au propos de 1936, évoqué plus haut, quant à la manière dont il convient d’atteindre *concrètement* le Juif²⁸. « Neutre » n’est pas un mot neutre. C’est le *masque*, une fois encore, d’une « position » (*Positionen und Begriffe*, s’intitule significativement le recueil de textes publiés par Schmitt en 1940), d’une politique essentiellement, substantiellement juive. Une science « neutre », c’est-à-dire « positive », du « droit » nazi n’est donc pas seulement une science *non* nazie du « droit » nazi, mais une science *anti-nazie* du « droit » nazi. « Science neutre du “droit” nazi » est une *contradictio in adjecto*. Même « neutre » (*masquée* comme neutre), une science du droit est « politique », mais anti-nazie, et donc seule une science « engagée », « politique », mais correctement engagée, peut être une science (nazie) du « droit » nazi (CQFD). Ce qui vient d’être évoqué n’est rien d’autre que la transposition et la conséquence, au plan de la science juridique, d’un combat plus vaste, et *politique* au sens de Schmitt puisque tout entier articulé autour de la distinction ami/ennemi, combat mené dès avant 1933 contre ce qu’on pourrait appeler, de manière impersonnelle et générale, *le neutre*, l’« ère des neutralisations et des dépolitisations »²⁹.

26. E. R. Huber, « Positionen und Begriffe. Eine Auseinandersetzung mit Carl Schmitt », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, n° 101, 1941, p. 3.

27. C. Schmitt, *La notion de politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 71.

28. « Quiconque écrit aujourd’hui “Stahl-Jolson” est ainsi, de manière claire et vraiment scientifique [*sic* !], plus efficace qu’en écrivant de grandes tirades contre les Juifs et en employant des tournures générales et abstraites par lesquelles aucun Juif ne se sent atteint in concreto », C. Schmitt, « La science allemande du droit... », art. cité, p. 175.

29. C. Schmitt, « Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitiserungen », repris dans *id.*, *Positionen und Begriffe*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 120 et suiv.

2. L'idéologie de l'État total

Le rejet de la pensée séparatrice entraîne une conséquence capitale dans la représentation, le montage intellectuel de l'ordre juridique. La séparation qui doit être en premier lieu abolie est celle qui distingue et sépare une sphère du droit public, d'un côté, une sphère du droit privé de l'autre. Cette suppression est la conséquence de la fin brutale apportée par le processus politique de 1933 à l'« ère des neutralisations ». Mais cela, Schmitt le pense dès la fin des années 1920, dans l'exposé de sa nostalgie de l'État monarchique allemand et de sa critique de l'« État de droit bourgeois », sur fond de sa notion de politique.

Le moment *politique* subsistait encore dans l'État monarchique allemand, malgré l'assaut des puissances de la neutralisation et de la « socialisation », dans la mesure où la parlementarisation du régime politique fut à toute force repoussée³⁰. Cette parlementarisation – qui passe techniquement par le mécanisme de la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement et donc la possibilité pour celui-ci de renverser celui-là par un simple vote – eût signifié la mainmise complète de la société civile – à travers ses organes représentatifs, les assemblées – sur l'État : le gouvernement, devenu responsable devant les chambres, aurait dû être choisi selon le vœu de la majorité parlementaire. Il échapperait ainsi à la main du monarque et l'État passerait à la société³¹. C'eût été la fin du « principe monarchique » qui avait été codifié en 1820 dans le second acte institutif de la Confédération germanique et selon lequel « l'entière puissance de l'État reste unie dans le chef de l'État »³².

30. Sur le constitutionnalisme allemand du XIX^e siècle : J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918)*, Paris, PUF, 2002 (sur l'« impossible parlementarisation du régime politique wilhelminien », p. 297 et suiv.).

31. Sur toutes ces questions, voir surtout C. Schmitt, « Le virage vers l'État total » (1931), *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988, p. 151 et suiv.

32. Acte final du congrès de Vienne pour le développement et la consolidation de la Confédération germanique du 8 juin 1820, art. 57, dans *Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, H. Boldt (éd.), Munich, Beck, 1987, p. 226.

Le système de la responsabilité politique du gouvernement, caractéristique du gouvernement parlementaire³³, ne réussit pas à s'imposer dans l'Allemagne du XIX^e siècle. L'événement décisif de ce point de vue, qui a donné beaucoup à réfléchir à Schmitt, fut le conflit constitutionnel prussien : face aux pressions des assemblées représentatives, dans les années 1860, Bismarck réussit à affirmer l'autonomie et la souveraineté du monarque dans le système constitutionnel. L'exécutif et donc l'État effectif, l'« État en action », dit Lorenz von Stein, demeure dans la main du monarque. « Le politique, écrit Forsthoﬀ en 1933, n'a eu de représentation effective au sein de l'État qu'aussi longtemps que dominait le roi, en tant que souverain situé hors de la société ; il existait alors aussi, du point de vue de la société, un adversaire véritable contre lequel il y avait un sens à faire valoir son autonomie et ses libertés. »³⁴ Ce système selon Schmitt organisait un face-à-face, un antagonisme donc entre la société et l'État. La parlementarisation libérale est le moment qui signe la victoire de la neutralisation ; elle donne lieu à l'établissement d'une première figure de l'État total, que Schmitt appelle l'État total « quantitatif » et qui est l'État de la socialisation et de la dépolitisation totales. Les intérêts sociaux s'emparent de l'État et le soumettent à leurs dynamiques et leurs conflictualités propres. La distinction ami/ennemi s'y efface au profit d'un régime de concurrence des intérêts. La société définit, à partir de la considération de ces intérêts particuliers, ce qui doit revenir à l'État et les domaines où celui-ci doit intervenir. Or la question de savoir si une activité est « politique » ou « apolitique » est la question politique primordiale³⁵. L'État total « quantitatif » peut bien décider d'intervenir dans de larges secteurs de la vie sociale (État social), car, telle est l'une des thèses centrales de *La notion de politique*³⁶, il n'y a

33. Voir désormais, sur l'origine anglaise du système du cabinet responsable, D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999.

34. E. Forsthoﬀ, *Der totale Staat*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 22.

35. Schmitt élève au rang de principe directeur de la pratique judiciaire le théorème suivant, qui découle directement de sa notion du politique : « La décision sur la question de savoir si une affaire est apolitique contient toujours une décision politique. » Voir « Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis », *Deutsches Recht. Zeitschrift des Bundes national-sozialistischer Deutscher Juristen*, 1933, p. 201.

36. « Le terme de politique ne désigne pas un domaine d'activité propre, mais seulement le degré d'intensité d'une association ou d'une dissociation d'êtres humains dont les motifs peuvent être d'ordre religieux, national (au sens ethnique ou au sens culturel), économique ou autre » (*La notion de politique*, op. cit., p. 79).

pas de domaines politiques *par nature*, il le fait toutefois non pas sur la base de considérations proprement politiques mais sociales, sur le fondement d'un primat du privé sur le public. Cette apparente politisation du social, comme par retournement dialectique, entraîne bien plutôt une socialisation du « politique ». Ce primat du social qui s'institue dans l'État total quantitatif est lié à la démocratisation, mais sous cette forme institutionnelle particulière qui garantit précisément la primauté du particulier sur le collectif, à savoir le système électoral spécifique de l'État démocratique bourgeois et son principe du secret du vote : dans l'isoloir c'est l'individu privé et séparé qui prend la décision politique ultime³⁷. On a donc affaire, dans ce processus exemplaire de la neutralisation, à une inversion des valeurs, à une politique apolitique. Le positif, dans cette évolution essentiellement négative, réside toutefois dans ce que la démocratie, dont le principe est l'« identité »³⁸, même dans sa forme « bourgeoise », aboutit à effacer « l'antithèse État-Société [le politique opposé au social] » et « fera disparaître également les oppositions et les séparations qui correspondent à la situation du XIX^e siècle », qui distinguent comme des domaines différents politique et religieux, politique et culturel, politique et économique, politique et juridique, politique et scientifique³⁹. On voit la profondeur que prend alors, dans la logique schmittienne, la thèse centrale de la notion de politique : affirmer que la politique n'est pas un « domaine d'activité », c'est aussi une arme de guerre contre la pensée séparatrice du XIX^e siècle, la pensée consciemment ou inconsciemment bourgeoise et libérale.

L'État total « qualitatif » rétablit la logique du politique : l'État présuppose le politique et non l'inverse. La considération politique doit gouverner la décision politique. L'État impose le primat du public, ce qui signifie que celui-ci détermine ce qui peut être laissé à la sphère privée. En conséquence, la sphère « privée » est dérivée, tout sauf autonome. Elle n'a pas de légitimité à revendiquer son autonomie et l'on ne retrouve pas le vieux schéma monarchique évoqué plus haut. La sphère « privée » ne peut pas davantage être conçue comme

37. Sur le caractère « antidémocratique » du vote secret : C. Schmitt, *Théorie de la Constitution* (1928), Paris, PUF, 1993, p. 383.

38. *Ibid.*, p. 372. L'identité démocratique découle d'un principe d'« égalité substantielle », qui suppose une « homogénéité » non moins « substantielle » (p. 366 et suiv.).

39. C. Schmitt, *La notion de politique*, p. 62.

un domaine d'activité déterminé. Tel est le corollaire de la thèse sur la notion de politique.

Or l'idéologie de l'État total nazi a pour principe que l'individu ne se voit reconnaître de valeur que dans la mesure de son utilité pour la communauté. La conséquence de tout ce montage est simple et Forsthoff l'exprime clairement :

L'État total doit être un État de la responsabilité totale. Il représente l'enrôlement total de chaque individu au service de la nation. Cet enrôlement supprime le caractère privé de l'existence individuelle. En tout et en chacun, dans son activité et ses manifestations publiques, comme au sein de la famille et de la communauté domestique, chacun est responsable du destin de la nation. Ce n'est pas le fait que l'État édicte ses lois et commandements jusque dans les plus petites cellules de la vie du peuple qui importe [c'est l'État total quantitatif, « social »] ; c'est le fait que, là aussi, il puisse faire valoir une responsabilité, il puisse exiger des comptes à l'individu qui ne soumet pas son propre destin à celui de la nation.⁴⁰

Cette construction se « justifie » lorsque l'on considère, comme le dit Larenz, qu'il y a « présence effective [*wirklich*, au sens hégélien !] de la communauté dans chacun de ses membres »⁴¹. Pas de séparation possible donc.

3. La destruction des droits subjectifs

On appelle, traditionnellement, « droit subjectif » le fondement juridique sur la base duquel une personne peut, à fin de protection de ses intérêts propres – dont elle est en principe le seul juge –, faire valoir une prétention et en réclamer la réalisation devant un juge indépendant et impartial. Cette construction centrale des ordres juridiques « ordinaires », passablement libéraux, suppose la reconnaissance de la « personnalité » juridique, dont la « capacité » signifie une « autonomie » de la personne à juger (relativement) de son propre

40. E. Forsthoff, *Der totale Staat*, p. 42.

41. K. Larenz, « Sitte und Recht », *Zeitschrift für die deutsche Kulturphilosophie*, n° 5, 1939, p. 239.

droit et de ses intérêts, ainsi que l'institution d'une justice (en principe et institutionnellement) désintéressée. Les droits subjectifs gouvernent traditionnellement les rapports privés et en sont le fondement même ; la notion de droits *publics* subjectifs s'est imposée à la fin du XIX^e siècle en Allemagne et elle formalisait juridiquement une sphère d'autonomie privée face à l'État : la personne devait disposer de certaines garanties juridictionnelles lui permettant de faire valoir son intérêt propre contre l'intérêt public.

Il est clair que la logique même du discours relatif à l'État total « qualitatif » détruit à sa base toute cette construction. Il n'existe aucune sphère d'intérêts privés légitimes hors de l'État ou de la « communauté » dès lors que l'État total peut, de son côté et sur la base de sa perspective propre, faire valoir, dans tous les domaines de la vie personnelle, une « responsabilité » dont il est seul juge. Le « droit » devient alors l'instrument de cette logique d'« incorporation »⁴² des individus dans la communauté et ses ordres concrets.

Par ailleurs, en cas de litige, le juge qui doit trancher *doit* n'être pas *neutre* : l'ère des juristes neutres étant passée, « l'époque du *juge "neutre"*, ostensiblement apolitique » est révolue, comme l'affirme en 1944 encore le ministre de la « Justice », Otto Georg Thierak⁴³. L'idéologie juridique nazie, s'agissant de la position du juge au sein du système, affirme à la fois un principe de politisation de la justice tout en déniaut au juge, évidemment, d'être une instance de décision politique. Le juge ne peut plus occuper la place d'un *tiers*, place qui l'exclurait de la communauté. Une telle *séparation* est incompatible avec la logique de l'incorporation. Incorporé, le juge fait partie de la « troupe » (*Gefolgschaft*) du Führer, placé à l'égard de celui-ci dans une « relation personnelle de fidélité »⁴⁴ ; le juge reste « membre de la

42. Ce terme renvoie à C. Lefort, *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1981, p. 104. Le passage visé est repris dans E. Traverso, *Le totalitarisme*, Paris, Seuil, 2001, p. 729.

43. Texte reproduit dans H. Boberach (dir.), *Richterbriefe. Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung*, Boppard am Rhein, Harald Boldt Verlag, 1975, p. 469.

44. Comme le dit le juge-assassin R. Freisler, qui présidera l'expéditif Tribunal du peuple, dans l'un des nombreux textes par lesquels il inonde l'époque de sa « pensée » : *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, Berlin, Spaecht & Linde, 1938, p. 92 et suiv.

communauté vivante du peuple allemand » et ne saurait, en conséquence, appliquer un droit ou des valeurs « qui se situeraient au-dessus de la communauté populaire », d'où il s'ensuit que « la base de l'interprétation des sources du droit dans leur ensemble est la vision du monde national-socialiste, telle qu'elle s'exprime notamment dans le programme du Parti et les propos du Führer »⁴⁵. Chez Schmitt, le juge national-socialiste est un « juge de l'État » et non un « juge au-dessus de l'État », et il doit interpréter les « clauses générales » que peuvent contenir les lois – c'est-à-dire ces notions vagues telles que la « bonne foi » ou les « bonnes mœurs » – selon les principes du national-socialisme qui sont « immédiatement et exclusivement déterminants »⁴⁶. Mais dès 1934, il va plus loin encore, abandonnant cette distinction entre « clauses générales » et concepts précis et déterminés : ces derniers mêmes peuvent se trouver modifiés « du fait que le fondement d'un système juridique a été complètement rénové »⁴⁷. De sorte que « toute interprétation », quelle que soit la qualité propre de la lettre interprétée, « doit être une interprétation dans l'esprit du national-socialisme »⁴⁸. Lorsque ces doctrines se transposent dans la pratique judiciaire, on peut lire : « Le droit national-socialiste doit servir la vision du monde national-socialiste. L'objectif de cette vision du monde et, en conséquence, le but même du droit est le maintien de la pureté, la conservation, la promotion et la protection du peuple allemand. »⁴⁹ Or la question de la pureté et de la protection du peuple allemand se joue dans tous les registres, intimes ou publics, de la vie des individus incorporés, qui deviennent ainsi, dans tous les actes de la vie juridique, testament, contrat, mariage, etc., les *fonctionnaires de leur communauté*, soumis à une obligation de respect passif et de défense active de l'intérêt communautaire qui prime inconditionnellement tout intérêt individuel⁵⁰. Le juge n'est plus le tiers indépendant

45. Dans un court texte en cinq points, intitulé « Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters » et signé par G. Dahm, D. Eckhardt, R. Höhn, P. Ritterbusch et W. Siebert (*Deutsche Rechtswissenschaft*, n° 1, 1936, p. 123-124).

46. C. Schmitt, « Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis », art. cité.

47. C. Schmitt, « Der Weg des deutschen Juristen », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, p. 694.

48. C. Schmitt, « Nationalsozialismus und Rechtsstaat », *Juristische Wochenschrift*, 1934, p. 717.

49. Tribunal supérieur d'Iéna, jugement du 17 mai 1938, cité par B. Rùthers, *Entartetes Recht*, Munich, Beck, 1994, p. 25.

50. Point 24 du programme de la NSDAP, traduit dans M. Broszat, *L'État hitlérien*,

et impartial qui arbitre entre des intérêts divergents, mais le contrôleur, au nom et pour le compte de la communauté, du respect par chacun de cette obligation communautaire.

L'être communautaire, l'ordre concret des Allemands, est ce qu'il doit être dès que le juge dit ce qu'il est dans le souci qu'il doit avoir de sa « fidélité » au Führer qui, comme le dit Heidegger dans son « Appel aux étudiants allemands » du 3 novembre 1933, est la loi et la réalité allemande⁵¹. Il n'y a aucune position possible d'un « sujet », d'où pourrait se dire, extérieurement à l'ordre de cette totalité purement immanente qu'est la communauté incarnée dans son chef, une prétention propre, un droit « subjectif », un « devoir-être » qui ne soit pas l'être communautaire ainsi « défini ». Il n'y a pas de séparation entre l'être et le devoir-être. Cela signifie aussi : il n'y a pas de droit « privé », de « sujet » (autonome) de droits subjectifs (propres). L'individu n'est rien, la communauté est tout et son chef est infaillible : tels sont les principes structurants d'un « droit » nazi qui se définit, dans la doctrine, de façon purement immanente, comme l'« ordre de vie communautaire ».

Ödön von Horváth, dans son magnifique roman *Un fils de notre temps*⁵², décrit ce qu'est l'univers d'un soldat de la « Communauté » dont la vie est régie par ces trois principes : une sorte de communauté de solitudes nulles. Et cette nullification des individus, leur retirant tout espace privé, ne fut pas qu'un discours. « Il était impossible de se retirer dans une sphère privée », note Sebastian Haffner dans ses souvenirs, *Histoire d'un Allemand*⁵³, le nazisme avait effectivement aboli « l'ancienne séparation entre la politique et la vie privée », utilisant, comme relais effroyablement efficaces de la puissance publique, des mécanismes subtils relevant à la fois de la psychologie individuelle et du contrôle social.

Paris, Fayard, 1985, p. 576.

51. M. Heidegger, *Écrits politiques 1933-1936*, Paris, Gallimard, 1995, p. 118.

52. Ö. von Horváth, *Un fils de notre temps*, R. Lambrechts (trad.), Paris, Christian Bourgois, 1988 ; réédition : Gallimard (L'Étrangère), 1998.

53. S. Haffner, *Histoire d'un Allemand*, B. Hébert (trad.), Arles, Actes Sud (Babel), 2004, p. 326 et 327.

4. Le concept concret de *Glied- Sein* (Larenz)

De fait il est remarquable de constater comment le discours juridique dominant correspond à cette destruction et la conforte. L'une des cibles principales de la doctrine nazie du « droit » est le concept même de personne juridique, c'est-à-dire ce qui, dans les doctrines classiques, exprime le support des droits subjectifs. La personnalité juridique est, pour les juristes nazis, dans leur grande majorité, un concept abstrait, donc « juif », applicable, comme l'on dit alors, « à tout ce qui porte visage humain » (visage qui peut être un *masque*, masquer cela qui n'a pas de « figure », de *Gestalt* !)⁵⁴. Il s'agit alors de construire un substitut à la personnalité juridique sur la base d'une pensée « concrète », donc « allemande ».

Telle est l'œuvre, notamment, du « néo-hégélien » Karl Larenz. La conceptualisation traditionnelle, dans le discours juridique, procède par abstraction : on abstrait dans le concept ce qui est détermination « concrète ». Plus le concept est général, plus il est abstrait et plus il est indéterminé et vide. « Personne » est le concept le plus général, mais aussi le plus vide de la langue du droit. Il y a, chez Hegel, une autre modalité de la conceptualisation, à savoir le « concept universel concret ». Celui-ci est, tout à l'inverse du concept abstrait, d'autant plus riche et plein qu'il est universel, car il contient le principe même de sa particularisation et n'est pas construit à partir de la recherche du plus petit dénominateur commun (comme l'on définit la personne comme un être capable d'une volonté propre, par exemple).

Le concept concret qui doit se substituer à l'idée de personnalité serait celui de l'« être-membre-de-la-communauté », un *Glied- Sein*. *Glied- Sein* est concret. D'autant plus, que concret vient, dit Larenz, de *cum crescere*, « croître ensemble »⁵⁵. *Glied- Sein* contient le principe de ses différenciations : il discrimine par lui-même le membre et le non-membre ; parmi les membres, il distingue ceux qui le sont à part

54. En 1928 déjà, dans sa *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 364, Carl Schmitt écrivait : « L'égalité de "tout ce qui a visage humain" ne peut ni donner un État, ni une forme de gouvernement, ni un régime politique » (traduction modifiée).

55. K. Larenz, « Zur Logik des konkreten Begriffs », *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1940, p. 296.

entière (intégrés pleinement à l'ordre de la vie populaire) et ceux qui le sont partiellement (l'incapable majeur, définitif, le malade mental, le handicapé en tout genre) ou en devenir (l'enfant) comme il distingue selon les rôles dans la communauté et selon l'ordre communautaire vécu (l'homme et la femme, l'ouvrier et le paysan) ; parmi les non-membres, il discrimine encore ceux qui sont « proches » de ceux qui sont les « étrangers allogènes », les *Rassenfremde* ou *Artfremde*. Le *Glied-Sein* détermine par lui-même la distribution des capacités juridiques, le *Vollgenosse* jouissant de l'intégralité des « droits » (positions juridiques objectives) quand au *Rassenfremd* font défaut non seulement les droits politiques, mais aussi des capacités élémentaires telles que le *connubium*, la capacité au mariage (avec un *Vollgenosse*). La grande vertu du concept concret est donc tout entière dans sa puissance discriminante ou, plus certainement, discriminatoire.

Mais même le *Vollgenosse* n'est pas celui auquel est reconnue l'ancienne et pleine qualité de personne. Car ses « droits », même les plus « privés », sont tous grevés de ce qu'on peut appeler une « réserve communautaire ». Les notions classiques du droit se construisant à partir d'un concept de droit conçu comme ordre de vie communautaire, aucune prétention ne peut en émaner qui ne soit conforme à cet ordre de vie. C'est pourquoi la propriété se définit comme « avoir quelque chose en propre *au sein de la communauté* », le contrat comme « obligation *communautaire* », etc. Ces « droits » ne définissent donc aucune position subjective autonome. Ils transforment l'individu, qui n'a de valeur qu'en tant qu'il est utile à la communauté, dans l'ensemble de ses relations juridiques, en ce fonctionnaire de sa communauté qu'il doit être. Si l'ethnologue anglais du droit, Henri Sumner-Maine, avait caractérisé, d'une formule célèbre, l'évolution historique du droit comme un mouvement qui irait du statut au contrat, le nazisme juridique est une brutale involution du contrat au statut.

5. Conséquences pratiques de la doctrine des « ordres concrets »

On peut montrer quelques conséquences *pratiques* de ces constructions, c'est-à-dire montrer comment « raisonne », sur la base des « ordres concrets » et des « concepts universels concrets », un juriste

nazi à propos de quelques cas d'espèce. Et l'on choisira à dessein des cas parfaitement banals, sans enjeux, la situation « normale » devant, dans l'application du « droit » nazi, affaire d'exception.

Un célibataire sans enfants lègue, par testament, la totalité de son patrimoine à sa gouvernante. Dans ce patrimoine, il se trouve des portraits d'ancêtres, sans aucune valeur marchande. Mais la sœur du défunt entend récupérer ces portraits afin que ceux-ci ne sortent pas de la famille. La loi n'a institué aucune réserve successorale au profit des collatéraux. Le cas devrait être clair dans un système légal ordinaire : la sœur n'a aucun droit à faire valoir. Une telle solution pourtant serait à l'évidence contraire à l'ordre concret qu'est la famille allemande, à la normalité familiale, à la situation normale de la famille allemande. Dans la famille allemande typique, les portraits des ancêtres ne sortent pas de la famille. Il faut donc considérer que le droit légiféré comporte ici une *lacune* qu'il convient de combler par le recours à ce droit supérieur et immanent à la vie communautaire. Le testament n'est pas l'acte volontaire d'un sujet libre dans les limites de la loi, mais la disposition que prend un *Vollgenosse* dans le souci des intérêts communautaires : l'État « exige des comptes », *post mortem*, à l'individu « qui ne soumet pas son destin à celui de sa communauté »⁵⁶.

Les contrats doivent être « conformes aux bonnes mœurs » et être exécutés de « bonne foi ». Ces « clauses générales », on les rencontre dans les systèmes juridiques ordinaires et notamment dans le Code civil allemand entré en vigueur en 1900. Leur application est toujours délicate, car l'appréciation de la « conformité aux bonnes mœurs » ou de l'« exécution de bonne foi » ne peut se faire sans exercer un certain jugement de valeur. L'ordre communautaire concret offre les ressources nécessaires pour interpréter ces clauses générales, car, on l'a vu, « pour l'application et la mise en œuvre des clauses générales [...] les principes du national-socialisme sont immédiatement et exclusivement déterminants », explique Schmitt. Les conséquences se voient jusque dans l'affaire, tout de même mineure, d'une vache qu'un « défendeur aryen » avait achetée à un « demandeur juif » qui

56. Le cas est exposé par Larenz dans *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1938, p. 32 et suiv.

l'assigne en justice pour n'avoir pas payé le prix. Le juge d'instance donne, en 1938, une leçon de national-socialisme aux deux parties :

Grâce aux éclaircissements que, depuis tant d'années, la NSDAP a pleinement apportés s'agissant de la question juive, les nationaux (*Volksgenosse*⁵⁷) honnêtes évitent aujourd'hui tout commerce avec les Juifs. Ils savent qu'un tel commerce contredit les intérêts de la communauté populaire, et que, en concluant un contrat avec un Juif, ils se placent hors de cette communauté. Qui négocie avec un Juif doit donc être tenu pour malhonnête (*unehrenhaft*).

Voilà le principe nazi qui doit déterminer l'interprétation de la clause des bonnes mœurs qui conditionne la validité des contrats, conformément au paragraphe 138 du Code civil, un paragraphe entré en vigueur dès 1900 et aujourd'hui encore en vigueur, qui n'a donc rien de nazi en soi et qui trouve d'ailleurs son équivalent dans l'article 1172 du Code civil français. En 1938, il est clair que l'achat par un Aryen d'une vache (dont la race n'est pas précisée...) à un Juif est « contraire aux bonnes mœurs ». Un tel contrat est nul. Pour ajouter à l'abjection, le juge qui rend cette décision prend soin d'apporter quelque nuance, qui rappelle, en la forme, la manière ordinaire de motiver une décision de « justice » : il prend soin de constater que l'acheteur a pu être suffisamment informé par ce travail d'« explication » de la question juive, que l'information est parvenue jusque dans cette campagne qu'il habite, il ajoute même que l'on doit admettre un certain délai entre la prise du pouvoir et le moment où, le peuple allemand étant suffisamment éclairé, on doit nécessairement tenir un contrat avec un Juif pour contraire aux bonnes mœurs : en 1937 en tout cas, date de cet achat honteux, le national-socialisme était « devenu la vision du monde du peuple allemand ». Cependant, si ce contrat est nul, l'Aryen, sans aucun doute n'est pas tenu de payer, mais le Juif doit-il récupérer la vache par laquelle le scandale est arrivé ? Heureu-

57. L'expression *Volksgenosse* qui désigne celui qui, par la « race », appartient au peuple allemand comme l'un de ses « compagnons » (ou « camarades », que les communistes allemands traduisent par *Genosse*) est évidemment intraduisible et appartient pleinement à ce que le linguiste Victor Klemperer appelait la *LTI*, la *Lingua Tertii Imperii* (*LTI*, 12^e édition, Leipzig, Reclam, 1993). « Nationaux » est, malgré tous les défauts manifestes d'une telle traduction, employé par défaut.

sement, le « demandeur juif » a borné sa demande au paiement du prix sans exiger la restitution de la chose litigieuse. Appliquant un principe traditionnel, selon lequel le juge ne saurait statuer sur une chose non demandée (*nec ultra petita*), notre petit juge peut se borner à rejeter cette abusive demande juive, dont l'auteur devra supporter les frais, sans condamner l'Aryen malhonnête à la restitution de la vache. Tout est pour le mieux dans le meilleur des ordres concrets possibles⁵⁸.

Le principe fondamental du droit pénal d'un État libéral consiste dans le principe de légalité des délits et des peines. *Nullum crimen, nulla poena sine lege* : il n'y a pas de crime et aucune peine ne saurait être prononcée dès lors qu'une loi préalable à la commission du fait incriminé n'a pas prévu l'infraction ni déterminé la peine applicable. À cela s'ajoute le principe corollaire selon lequel la loi doit définir avec précision les faits punissables et qu'on ne saurait appliquer la loi pénale par analogie, c'est-à-dire étendre son champ d'application à des cas qui présentent un simple rapport d'analogie avec les faits constitutifs de l'infraction. Le paragraphe 2 de la loi du 14 novembre 1935 – loi de Nuremberg relative à la « protection du sang et l'honneur allemands »⁵⁹ – prohibe les « relations hors mariage » entre les personnes de « race » juive et les nationaux « allemands ou apparentés par la race ». Le paragraphe 11 du décret d'application de cette loi scélérate précise que la notion de « relations hors mariage » doit s'entendre exclusivement de la « relation sexuelle » (*Geschlechtsverkehr*) : un tel rapport est une « honte faite à la race » (*Rassenschande*). Dans l'affaire que juge le *Reichsgericht* le 9 décembre 1936, un Juif, manifestement dénoncé par l'une de ses connaissances, est trouvé par la police dans son appartement en compagnie d'une « Aryenne » dénudée et consentante. L'acte sexuel n'a pas été commis. Mais la notion de « relation sexuelle » doit être interprétée largement. Outre le « rapport sexuel » *stricto sensu* (*Beischlaf*) – la « relation sexuelle naturelle » –, il faut y ajouter la relation « irrégulière et dégénérée » qui « doit servir à l'excitation ou la

58. Jugement rendu le 23 juillet 1938 et reproduit dans *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*, I. Staff (éd.), Francfort, Fischer, 1978, p. 161.

59. Les lois de Nuremberg furent qualifiées par Schmitt de « Constitution de la liberté » : « Die Verfassung der Freiheit », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1935, col. 1133 et suiv. (traduit dans Y.-C. Zarka, *Un détail nazi...*, op. cit., p. 53 et suiv.).

satisfaction de la pulsion sexuelle », ce qui comprend, « notamment », les « manières répugnantes » qui ne peuvent pas même être considérées comme « analogues à un rapport sexuel » (*Beischlaf ähnlich*). Ici, l'analogie va au-delà même de l'analogie. La justification ultime de cette construction hyper-analogique peut tomber :

Il serait contraire à l'esprit de la loi comme au bon sens populaire⁶⁰ de laisser impunie la honte faite à la race lorsqu'elle est commise par des actes de cette nature et d'inciter, de la sorte, à la commission d'actes contre nature s'exerçant dans des formes qui ne sont pas analogues au rapport sexuel *stricto sensu*.⁶¹

Le crime ne doit pas être laissé impuni du seul fait que les définitions législatives sont trop étroites : l'interprétation extensive du droit pénal s'impose pour assurer la sauvegarde de l'ordre moral concret du peuple allemand. Schmitt, une fois encore, dit la vérité de ce « droit » pénal : aujourd'hui, en 1934, chacun ressent « comme la plus haute et la plus puissante vérité juridique », plutôt que le trop libéral adage *nulla poena sine lege*, le principe « nul crime sans peine »⁶². Le principe nulle peine sans loi n'est qu'un avatar du normativisme abstrait (juif), quand la pensée de l'ordre concret, dont l'*ultima ratio* est la protection de la communauté populaire, impose clairement le principe concrètement efficace, *nullum crimen sine poena*.

La perversion des droits civil et pénal s'étend au droit administratif et public. Si l'on considère le principe fondamental de l'égalité devant la loi, on pourrait s'attendre à ce que les juristes nazis s'en débarrassent comme un legs de la pensée libérale séparatrice. En réalité, on préfère réinterpréter l'égalité, comme l'écrit Theodor Maunz :

Le droit allemand a créé un principe d'égalité fondé sur la race, tandis que l'égalité des autres peuples et États se réfère sans distinction à l'être humain en général. C'est l'égalité de tous les *Volksgenossen*, parce qu'ils sont égaux dans la race, qui vaut

60. La « loi » du 28 juin 1935 avait introduit dans le droit pénal allemand un principe général d'interprétation extensive en rendant punissable l'auteur d'un acte qui doit être considéré comme tel soit « conformément à l'idée fondamentale [et non plus à la lettre] d'une loi répressive », soit conformément « au bon sens populaire » (*nach geseundem Volksempfinden*).

61. Arrêt reproduit dans *Justiz im dritten Reich*, I. Staff (éd.), *op. cit.*, p. 175 et suiv.

62. C. Schmitt, « Der Weg des deutschen Juristen », art. cité, col. 693.

dans le droit allemand. L'exclusion des allogènes de l'accès aux services publics de l'État ou des communes sans exception – par exemple des bains municipaux – n'est donc pas pour le droit allemand une violation mais, au contraire, la mise en œuvre de son principe d'égalité.⁶³

Tel est le sens de la nouvelle égalité *substantielle*. Encore une fois, c'est fondamentalement par la voie de l'interprétation (réinterprétation) du stock des principes traditionnels que se trouve perverti le système juridique, et ce non pas simplement à la surface, mais en profondeur. Au principe directeur de l'interprétation judiciaire énoncé par Schmitt (toute interprétation doit être interprétation conforme à l'idéologie national-socialiste) fait écho la phrase du même auteur : « Nous repensons de fond en comble les concepts juridiques. »⁶⁴

6. Carl Schmitt : une doctrine nazie du « droit »

Pour conclure, il convient maintenant d'essayer d'explicitier ce qui a été évoqué au début de ce propos comme la grammaire fondamentale du nazisme à partir de laquelle l'injustifiable est « justifié » et de préciser, accessoirement, dans quelle mesure l'on peut dire que la théorie schmittienne du droit, telle qu'elle est défendue en 1934, dans la forme d'un certain institutionnalisme, comme pensée des ordres concrets, reprend en elle cette structure, en quoi donc la théorie schmittienne du droit peut être dite, en sa profondeur et pas seulement par l'effet de son antisémitisme affiché, une doctrine nazie du « droit ».

Il faut à cet effet une très courte remarque préalable. La construction politique du nazisme rejette violemment l'idée ou le concept de représentation. La représentation est une notion propre à l'État de droit bourgeois. Elle indique une différence, une séparation propre au *Trennungsdenken*, la séparation du représentant et du représenté. Si l'on suit Hobbes, dans le chapitre 16 du *Léviathan*, la représentation est

63. Voir O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, p. 120.

64. C. Schmitt, « Nationalsozialistisches Rechtsdenken », *Deutsches Recht. Zentral-Organ des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen*, 1934, p. 229 (*Wir denken die Rechtsbegriffe um*).

masque, encore une affaire de masque donc. Le Führer n'est pas le « représentant » de la communauté populaire allemande, il n'en assure ni la *Vertretung* ni la *Repräsentation*. Il en est l'« incarnation », la *Verkörperung* : « En lui s'incarne la volonté commune du peuple. »⁶⁵ Il n'y a pas de distance entre lui et la communauté. Il est immédiatement en elle comme elle est immédiatement en lui, il est elle et elle est lui, existentiellement attachés l'un à l'autre. Au plan des montages juridiques dogmatiques, la construction interdit de penser l'État comme « personne juridique », ce qui serait lui reconnaître une consistance propre et autonome, distincte du Führer. Le *Führerstaat* exclut l'État personne juridique. L'alternative est clairement exprimée en 1935 par Reinhard Höhn, il est vrai un ennemi de Schmitt et un idéologue du droit particulièrement fanatique : « Führer oder juristische Staatsperson ? »⁶⁶. D'où l'on comprend la formule de Heidegger citée plus haut : le Führer est immédiatement la communauté, l'être de la communauté est son devoir-être, donc le Führer « est » la loi du peuple allemand en même temps que sa réalité. Les juristes ne disent pas autre chose. Pour Larenz, le Führer est « l'idée de droit concrète non écrite de son peuple »⁶⁷ ; sa volonté, dit Schmitt en 1933, « est aujourd'hui le *nomos* du peuple allemand »⁶⁸. Ce que le disciple Huber explicite dans un modèle clairement anti-représentatif du *Führertum* :

Le Führer est le porteur de la volonté populaire ; il est indépendant de tous les groupes, de toutes les associations, de tous les intéressés, mais il est soumis aux lois essentielles (*Wesensgesetze*) du peuple. Dans ce double rapport, indépendance à l'égard de toute pression des intérêts et soumission inconditionnelle au

-
65. E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2^e édition, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1939, p. 196.
66. R. Höhn, « Führer oder juristische Staatsperson ? », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1935, p. 65 et suiv. Höhn, un fanatique membre de la SS, répète cette thèse à l'envi dans sa nombreuse production de l'époque. La thèse est cependant partagée par Schmitt (« Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, n° 95, 1935, p. 201) et les « schmittiens » Huber et Forsthoff. Pour d'autres références : O. Jouanjan, « Remarques sur les doctrines national-socialistes de l'État », *Politix*, 32, 1995, p. 110 et suiv.
67. K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1934, p. 34.
68. Cité par R. Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hambourg, Junius, 2001, p. 65. « La loi est aujourd'hui volonté et plan du Führer », écrit-il dans « Kodifikation oder Novelle ? », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1935, col. 924.

peuple, se manifeste l'essence véritable du *Führertum*. Ainsi, d'une part, le Führer n'a rien à voir avec un fonctionnaire, un agent ou un représentant (*Exponent*), qui exercent un mandat qui leur a été confié et sont liés par la volonté d'un mandant. Le Führer n'est pas le mandataire (*Vertreter*) d'un groupe déterminé, dont il devrait exécuter les instructions. Il n'est pas davantage « organe » de l'État au sens d'un simple détenteur du pouvoir exécutif. Il est, au contraire, comme tel, le porteur de la volonté commune du peuple ; dans sa volonté se manifeste la volonté populaire. Il transforme ce qui n'est que sentiment populaire en une volonté consciente et crée, à partir d'un tout dispersé, la troupe (*Gefolgschaft*) unifiée et prête à l'engagement.⁶⁹

Et le même auteur poursuit :

Sa volonté [du Führer] n'est pas la volonté subjective, individuelle d'un homme pour soi, mais en elle s'incarne la volonté commune du peuple comme donnée historique objective. La volonté qui se forme dans le Führer n'est pas la volonté personnelle d'un individu, mais la volonté générale d'une communauté. Une telle volonté générale n'est pas une fiction, à la différence de la prétendue « volonté générale » de la démocratie, mais elle est une réalité politique qui trouve son expression dans le Führer.⁷⁰

Puisque l'écart de la représentation n'existe pas ou, plus exactement, ne fait pas partie du montage « juridique » du *Führertum*, il n'est nul besoin d'introduire un « comme si », cette fiction qui seulement chez Hobbes colle les morceaux (les individus) de la communauté, mais aussi distingue et marque toujours la séparation des gouvernants et des gouvernés. Le nazisme pense « substantiellement », sans « fiction », sans « représentation », et la communauté est toujours déjà, comme fondue en son *identité*, substantiellement, soudée, et soudée autour de son chef dont elle n'est plus que la suite, la troupe

69. E. R. Huber, *Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, p. 195-196.

70. *Ibid.*, p. 196.

confiante⁷¹. En 1928 déjà, Schmitt avait appuyé sur cette « opposition décisive entre *identité* et *représentation* »⁷².

Évidemment, ce rejet de la fiction représentative, cette affirmation massive du réel substantiel, du concret, cette apologie de l'identité s'édifient eux-mêmes sur de monstrueux montages fictionnels comme sur des mythologies de l'origine, et ces discours fonctionnent comme des fictions de la non-fiction.

Mais puisque le Führer est « l'idée de droit concrète » de la communauté, dans cette pensée substantielle de la pure immanence, il n'y a place pour aucune puissance ni instance *extérieures* qui puissent imposer à ce chef des limites juridiques, des bornes à son pouvoir. Toutefois, on ne peut dire du Führer qu'il serait « absolu », absous des lois, *solutus legibus* puisqu'il *est* la loi même. « Il porte en lui-même sa propre limitation » : telle est la conclusion qui s'impose de tout ce montage et que tire Huber, sans paraître ironique⁷³. Le Führer n'est pas un monarque absolu ; il porte, en revanche, existentiellement, toute la « responsabilité » de la communauté et « cette plénitude de responsabilité [et non *plenitudo potestatis*], il ne peut la porter que parce qu'il ne peut plus être, d'aucune façon, séparé de la communauté » :

L'autonomie relative de l'individu est surmontée (*aufgehoben*) dans le Führer. Il n'obéit pas à une norme qui lui serait destinée mais à la loi vitale de la communauté qui a acquis en lui chair et sang. Sa volonté est une avec celle de la communauté, car en lui l'homme privé est complètement effacé et il ne veut rien d'autre que l'intérêt commun. Toute la responsabilité lui est confiée parce que, pour lui et à travers lui, la communauté *est* la réalité la plus vivante.⁷⁴

71. Le mot intraduisible de *Gefolgschaft*, partout présent pour qualifier le peuple « substantiel », renvoyait à l'organisation militaire des anciens Germains, dont Tacite (*Germania*, XIII-XIV) a fait le tableau qui a nourri les représentations mythologiques d'une démocratie germanique originaire (voir H. Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2^e édition, Munich, DTV, 1990, t. 1, p. 97 et suiv.). Klemperer consacre quelques pages de *LTI* à ce mot qui « travestit et transfigure » ouvriers et employés, en en faisant « des vassaux, hommes de troupe de seigneurs nobles et chevaleresques, porteurs d'armes et fidèles » (*op. cit.*, p. 250 et suiv.).

72. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 342.

73. E. R. Huber, *Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, p. 230.

74. K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung...*, *op. cit.*, p. 44.

C'est dans cette fiction de la politique communautariste, dans cette logique de l'incarnation et de l'incorporation, qu'il faut chercher ce que Hubert Rottleuthner appelle le « schéma de justification », ce que j'ai désigné comme la grammaire idéologique fondamentale du nazisme. Rottleuthner formule ce schéma d'une façon qui me paraît pleinement pertinente : un « décisionnisme substantiel »⁷⁵.

En 1934, dans *Les trois types de pensée juridique*, Schmitt annonce avec fracas une rupture de sa vision théorique du droit. Il n'y a plus deux, mais trois types de pensée juridique : « Outre le modèle normativiste et le modèle décisionniste, il y aurait le type institutionnel », c'est-à-dire la pensée des ordres concrets. L'ordre concret *objective* le droit quand – c'est alors ce que comprend Schmitt – le décisionnisme est marqué par un subjectivisme radical qui lui pose problème. Si la norme ne crée pas l'ordre, mais le présuppose, il en va désormais de même selon Schmitt de la décision : « La décision infaillible du pape ne fonde pas l'ordre ni l'institution de l'Église, mais les présuppose. » Toutefois Schmitt reste, dans *Les trois types* encore, en vérité, profondément *décisionniste* : « Le dogme romain de l'infaillibilité papale, remarque-t-il en passant, comporte de puissants [pas de modestes, de négligeables] éléments décisionnistes. » Or la formule *exacte* par laquelle Schmitt caractérise sa « pensée » juridique n'est pas « pensée de l'ordre concret », mais « pensée de l'ordre et de l'organisation concrets ». *Ordnung* et *Gestaltung*. Il faut insister sur ce second élément, celui de la *Gestaltung*.

Gestaltung se traduit médiocrement par « organisation ». À tout le moins faut-il entendre là l'organisation *active*, non pas l'organisation *donnée*. *Gestaltung* rappelle aussi ce mot qui irrigue puissamment les discours de la droite radicale allemande sous Weimar déjà : *Gestalt*. Il suffit de penser à Jünger, et à la « figure » (*Gestalt*) du travailleur⁷⁶. Rosenberg intitule le recueil de ses essais et conférences *Gestaltung der Idee*, pour lui, l'essence du Juif est de n'avoir pas de *Gestalt* et, plus généralement, ce mot joue un rôle structurant dans son discours⁷⁷. La

75. H. Rottleuthner, « Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus », *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 18*, 1983, p. 20 et suiv.

76. E. Jünger, *Le travailleur*, Paris, Christian Bourgois, 1989, p. 61 et suiv., et p. 71 : « La vision des Figures (*Gestalten*) est un acte révolutionnaire dans la mesure où elle reconnaît un Être dans la plénitude entière et unitaire de sa vie. »

77. Voir notamment P. Lacoue-Labarthe, J.-L. Nancy, *Le mythe nazi*, La Tour-d'Aigues,

Gestalt est le type figuré, la forme concrète. *Gestaltung* est « figuration », ce qui fait d'un ensemble quelconque une chose « figurée » ; elle est le modelage d'une forme à même la matière. La *Gestalt* rappelle nettement ce que, en 1922 déjà, Schmitt désignait par « forme substantielle »⁷⁸. Le mot *Gestalt* évite le mot « forme », et le formalisme abstrait (juif) que ce mot risque de charrier avec lui. Il est la « plastique » d'un être concret. Le mot *Gestalt* dans certains discours nazis doit remplacer le concept d'organisme, car l'organisme repose en soi, se développe par lui-même et il est de ce fait un donné inaccessible à la volonté constructive du Führer. Le concept de *Gestalt* a pour fonction, précisément, de dépasser la vision purement *organique* du politique : l'État, dit Huber, n'est pas simple « croissance organique, mais un ordre fondé et déployé par un acte historique venu d'en haut »⁷⁹. L'organicisme du romantisme politique et de l'école historique, chez un Savigny, s'en tenait à cette vision de la croissance, se faisant aveugle à la puissance créatrice du prince, et débouchait ainsi sur un quietisme politique qui n'est pas compatible avec l'image de la *Führung* nazie. La *Gestalt* appelle le *Gestalter*, le « plasticien », l'opérateur de la *Gestaltung* qui donne à la communauté sa « forme substantielle ». Il est l'artiste de la communauté⁸⁰. La *Gestaltung* est cela même qui transforme, comme par *modelage*, le peuple « naturel » en un peuple « politique »⁸¹. Et la *Gestaltung* est la fonction propre d'un Führer : « Le *Führertum* est une forme générale de *Gestaltung* dans la vie publique du *Reich völkisch*. »⁸²

Alors, l'expression *Ordnung und Gestaltung*, qui est au fond elle aussi oxymore, révèle son sens plein, dans le cadre de la « pensée

Éditions de l'Aube, 1991, p. 56 et suiv.

78. C. Schmitt, *Théologie politique*, *op. cit.*, p. 34. Plus loin dans le texte Schmitt parle de la « forme » de la vie d'un peuple (p. 36) et de la forme « au sens de l'organisation de la vie », c'est-à-dire, dans l'original allemand, *Form im Sinne einer Lebensgestaltung* (*Politische Theologie*, 8^e édition, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 33).

79. E. R. Huber, « Die deutsche Staatswissenschaft », art. cité, p. 30. Sur l'insuffisance de l'organicisme pour rendre compte des doctrines politiques nazies : O. Jouanjan, « Remarques sur les doctrines national-socialistes de l'État », art. cité, p. 106 et suiv.

80. L'encyclopédie *Der neue Brockhaus* en 4 volumes de 1941 donne pour *Gestaltung* : « donation de forme, en particulier création artistique » ; et pour *Gestalter* : « créateur, artiste agissant effectivement ».

81. E. R. Huber, *Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, p. 153 et suiv.

82. *Ibid.*, p. 198.

substantielle », qui est à la fois celle du nazisme et celle de Schmitt : elle est la traduction assez parfaite de ce schéma contradictoire de légitimation, décisionnisme substantiel, et dans le jeu de cette pensée qui ne sépare pas et qui, ici, ne sépare ni ne distingue les deux éléments contradictoires de l'ordre *donné* et de l'organisation *construite*, le donné et le volontaire. Or ces deux moments sont là, sans aucune médiation, dans le discours schmittien. Dans la recension qu'il fait des « trois types », le hégélien Larenz voit d'ailleurs clairement la difficulté : « Le lien intime entre ordre et organisation est tout sauf évident », écrit-il⁸³. Mais la thèse ici défendue est que, dans cette formule de l'ordre et l'organisation concrets, la théorie « juridique » de Schmitt exprime cette structure fondamentale de la grammaire idéologique du nazisme.

D'ailleurs, celle-ci ne correspond-elle pas, au plan du discours, aux pratiques du nazisme ? Il est banal de constater que celles-ci montrent une étrange coexistence entre les éléments *Blut und Boden*, les données « naturelles » de la « race », et les éléments d'un volontarisme déchaîné, une idolâtrie forcenée pour la technique, la « motorisation » du monde. La « race » allemande, ce « donné biologique », n'a-t-elle pas besoin des plus puissantes *techniques* de l'extermination de masse pour être faite, modelée, reconfigurée ? Il faut l'*hybris* de la technique pour donner la communauté à soi-même, pour assurer l'immédiate présence (illusoire) à soi-même du peuple allemand (mythologique). La thèse est ici qu'on se trompe un peu en considérant le déchaînement volontariste et la mythologisation des héritages comme des aspects qui coexisteraient contradictoirement l'un à côté de l'autre et provoqueraient une tension interne à l'idéologie nazie. Certainement, d'un point de vue externe, du point de vue de celui qui, normalement éduqué et disposant d'un minimum de bon sens, considère aujourd'hui la chose, c'est une tension ou une contradiction. Mais il peut être important de comprendre que, du point de vue interne, du point de l'idéologie nazie même, cet accouplement contre nature n'est pas vécu ni conçu comme contradiction, ou, pour le dire autrement et de façon paradoxale, qu'il est précisément la contradiction qui donne au discours nazi son étrange et insupportable *cohérence*. Cohérence

83. Cette recension est dans *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, n° 1, 1935, p. 112 et suiv.

à partir de laquelle *tout* devient justifiable, même l'injustifiable. Tout acte ou tout fait peut être jugé, positivement ou négativement, selon la nécessité politique, soit en le rabattant dans l'ordre du donné, soit en le rapportant à la volonté, à l'opération de la *Gestaltung* du Führer, de l'artiste du peuple allemand. Et le moyen par lequel cette contradiction cherche à se masquer réside dans l'affirmation d'un principe de non-contradiction fondé sur l'affirmation bruyante de l'identité du Führer et de sa communauté, de sa troupe : le Führer est le *nomos* de sa communauté.

Dans une lettre adressée en avril 1933 au chef d'orchestre Wilhelm Furtwängler, Goebbels écrivait :

La politique est, elle aussi, un art, et peut-être même l'art le plus élevé et le plus large qui existe, et nous qui donnons forme à la politique allemande moderne, nous nous sentons comme des artistes auxquels a été confiée la haute responsabilité de former, à partir de la masse du peuple, l'image solide et pleine du peuple. La mission de l'art et de l'artiste n'est pas seulement d'unir, elle va bien plus loin. Il est de leur devoir de créer, de donner forme, d'éliminer ce qui est malade et d'ouvrir la voie à ce qui est sain.⁸⁴

Le lien est fait, non seulement entre l'activité artistique et la fonction du Führer, mais aussi entre cette conception « artiste » du *Führertum* et le nettoyage racial et génétique du peuple allemand : *Ordnung und Gestaltung*.

7. Conclusion

Pour résumer, on peut affirmer qu'il y a une sorte de cohérence interne de l'idéologie nazie à partir de laquelle doivent être comprises ce qu'on pourrait appeler, par allusion négative à une phrase célèbre, sa fausseté et sa petitesse interne. Les prémisses du discours sont essentiellement contenues dans deux principes méthodologiques : penser *substantiellement*, penser *sans séparation*. À partir de là se construit

84. Lettre citée par P. Lacoue-Labarthe, *La fiction du politique*, Paris, Bourgois, 1987, p. 93 et suiv.

la « logique » de la communautarisation totale et de l'identité du chef et du groupe, logique de l'incorporation et de l'incarnation. Logique qui conduit aussi à extérioriser l'« allogène », le Juif qui, par application stricte du concept concret de *Glied- Sein*, devient mécaniquement l'être hors de la communauté et donc le « hors-la-loi » au sens strict – la pensée non séparatrice exige et justifie donc malgré tout une *séparation*, et une séparation brutale et constitutive. Le principe d'identité sert à justifier la « plénitude de responsabilité » qui revient en propre au Führer (car l'incarnation est exclusive, non concurrentielle, non démocratisable), qui masque sa « plénitude de puissance ». Cette logique fait jouer un schéma de justification particulier qu'on peut pertinemment qualifier « décisionnisme substantiel », une grammaire fondamentale des discours qu'on retrouverait, structurante, en deçà de leurs profusion et dispersion. Accessoirement : Carl Schmitt n'est pas seulement un antisémite manifeste, il est aussi le théoricien d'un droit fondé sur ce schéma de justification.

« L'existence des monstres met en question la vie quant au pouvoir qu'elle a de nous enseigner l'ordre », écrivait Georges Canguilhem. L'exercice de « tératologie » juridique auquel je me livre met en question le droit quant à sa capacité à nous enseigner et nous donner de l'ordre. L'ordre suppose des formes. L'ordre est une sorte de « jeu de différences », il suppose des séparations et des distinctions pour prendre forme. Cela même que, précisément, rejette la « pensée » nazie. L'ordre « concret » est un « ordre » monstrueux. L'analyse politologique montre d'ailleurs le système hitlérien comme un grand désordre concret. Sans doute cela a-t-il aussi partie liée avec le fait que l'idéologie nazie ne veut ni ne peut penser les formes (abstraites) et qu'elle rejette tout « formalisme ». Michael Stolleis a insisté sur ce rejet des formes et du formalisme, trop libéraux, trop « juifs » pour être solubles dans le discours (et la pratique) nazi⁸⁵. Lorsque Kant élaborait le premier concept de l'État « de droit », que ce soit dans l'exposé de la Constitution républicaine du *Projet de paix perpétuelle* ou dans les paragraphes de la *Doctrine du droit* consacrés à l'idée (normative) de l'État, il le fit en montrant que l'État rationnel devait prendre la *forme du syllogisme*. Cette forme – distinguant la loi universelle, expression de la volonté générale et publique, dans la majeure, le

85. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts...*, op. cit., t. 3, p. 318.

commandement exécutif individuel dans la mineure et le jugement dans la conclusion – est la condition de possibilité de toute distinction entre la volonté générale et les volontés individuelles privées. Cette distinction – en quoi et comment une volonté peut-elle être dite *publique*, formellement distincte de toute volonté *privée* – est une question majeure de la politique des modernes ; elle est déjà le problème fondamental de Hobbes. Elle est la distinction constitutive de la *représentation*. La logique nazie est une logique de *l'incarnation*. La représentation est la *forme* politique originaire à partir de laquelle peuvent être pensées et construites non seulement les formes, les institutions politiques, mais aussi les formes juridiques. La question de la représentation pourrait alors bien être la question centrale – mais peut-être aussi la *quæstio diabolica* – de la politique et du droit des Modernes. « Toute Constitution qui n'est pas représentative, écrit Kant, est une *Unform* », une non-forme, un monstre informe.