

ETUDE

Prendre le discours juridique nazi au sérieux ?¹

Olivier JOUANJAN

Professeur de droit public
Université de Strasbourg
Université Albert Ludwig de Fribourg-en-Brisgau

Dans l'entretien qu'il avait accordé à Mathias Greffrath en 1977, Günther Anders raconte les difficultés qu'il rencontra pour organiser, à l'automne 1932, un séminaire sur l'idéologie nazie : « Il s'agissait d'un séminaire que j'avais organisé chez moi à Berlin. Le sujet en était à vrai dire *Mein Kampf*, le livre d'Hitler. Mettre ce séminaire sur pied ne fut pas simple car les intellectuels que j'avais sollicités se refusèrent dans un premier temps à prendre au sérieux une pareille « saloperie ». Et cela prit un bon moment pour leur faire comprendre que rien n'était plus dangereux qu'une « saloperie » bien ficelée sur le plan rhétorique². À vrai dire, prendre *Mein*

¹ Pour ne pas alourdir l'appareil de notes, je me limiterai, en principe, à donner les références des citations expresses. On trouvera toutes les références nécessaires dans mes précédentes études consacrées au droit national-socialiste et dont les principales sont : « Remarques sur les doctrines national-socialistes de l'État », *Politix*, n° 32, 1995, p. 97-118 ; « "Rénovation du droit" et positivisme dans la doctrine juridique allemande du Troisième Reich », in *Le droit antisémite sous Vichy*, D. Gros (dir.), coll. « Le genre humain », 30-31, Paris, Seuil, 1996, p. 463-496 ; « Les fossoyeurs de Hegel. Rénovation allemande du droit et néo-hégélianisme sous le III^e Reich », *Droits* n° 25, 1997, p. 121-133 ; « Communauté, race et rénovation allemande du droit : Karl Larenz, ou les errements de l'hégélianisme juridique sous le Troisième Reich », in *De la société à la sociologie*, C. Colliot-Thélène et J.-F. Kervégan (dir.), Lyon, ENS Éditions, 2002, p. 183-221 ; « Nazisme », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, p. 1058-1061 ; « Justifier l'injustifiable », *Astérior. Philosophie, histoire des idées, pensée politique*, n° 4, 2006 : *La crise du droit sous la République de Weimar et le nazisme*, p. 123-156 (<http://asterion.revues.org>) ; « La "Pensée concrète de l'ordre" et l'ordre du discours "juridique" national-socialiste : sur Carl Schmitt », in *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Y.-C. Zarka (dir.), Paris, PUF, 2009 ; « *Gefolgschaft* et *Studentenrecht* : deux gloses en marge du *Discours de rectorat* », in *Autour de Heidegger, Discours de rectorat (1933) : contexte, problèmes, débats*, C. Sommer (dir.), *Les Études philosophiques*, vol. 2, 2010, p. 215-238. La présente étude sert, en quelque sorte, de prélude au livre que je prépare pour la collection « Léviathan » des PUF.

² G. ANDERS, *Et si je suis désespéré, que voulez-vous que j'y fasse*, trad. fr. C. David, Paris, Allia, 2010, p. 43.

Kampf au sérieux à l'automne 1932, n'était sans doute déjà plus très sérieux. Le sérieux est peu compatible avec le « trop tard ».

Quatre-vingt ans plus tard, peut-il être sérieux de prendre le droit nazi ou, plus exactement pour ce qui concerne le présent travail, le « discours » des juristes nazis au sérieux ? On a bien envie de se dire qu'il est cette fois définitivement trop tard. Et, l'on a très peur de s'imaginer qu'il pourrait être trop tôt. Alors, disons que le sérieux, quand il s'agit de ces choses, se doit d'être *inactuel* et qu'il y avait sens à penser *Mein Kampf* à l'automne 1932 comme il y a sens à penser, en 2012, le droit nazi et ses discours de justification – puisqu'un « bon » juriste nazi se donne pour tâche de *justifier* et *légitimer* ce qu'il en est du droit dans le national-socialisme.

Bien sûr, les discours dont il s'agit, on a bien des raisons justes et légitimes de ne point les prendre au sérieux lorsqu'on est un juriste du XXI^e siècle. Celui qui a été éduqué aux principes, aux méthodes et aux valeurs du droit à la fin du XX^e siècle se sent, dès qu'il ouvre les livres, les opuscules et les revues allemandes entre 1933 et 1945, comme en territoire étranger et même, plus exactement – car on peut s'habituer et s'installer dans des droits étrangers, ce que font les *comparatistes* du droit – dans une sorte de *no man's land* juridique. On est entre deux frontières et toute comparaison entre l'un et l'autre côté semble impossible. Toute tentative pour entendre ce que disent les juristes nazis se situe nécessairement au-delà des manières dont nous, les juristes ordinaires, nous pensons devoir faire ce que nous appelons du *droit comparé*. Nous n'avons aucune envie de *comparer* notre droit, avec toutes ses imperfections, à ce « droit » que nous ne reconnaissons pas même comme du « droit ». Plonger dans le discours des juristes nazis, ce n'est pas s'immerger dans l'étranger, mais c'est faire bien plutôt l'expérience de l'*étrange*, l'expérience d'une « inquiétante étrangeté ». Pourtant, faire cette plongée aventureuse et risquée – trop tard ou trop tôt, qui le sait ? – jusqu'au cœur de ces discours insolites, pourrait sans doute autoriser, pour autant qu'on en revienne, à porter sur nos droits « normaux » et nos discours « normaux » de juristes un regard plus attentif, plus aiguisé, plus *tranchant*. Un regard moins naïf donc. Faisons alors l'hypothèse de l'utilité du « détour »³.

³ Un procédé d'ethnologue donc : G. BALANDIER, *Le détour. Pouvoir et modernité*, Paris, Fayard, 1985.

1. Une génération

« Nous repensons les concepts juridiques de fond en comble », écrit Carl Schmitt en 1934⁴. Ce que l'on a aussi appelé la « Rénovation allemande du droit »⁵ ne passe donc pas, fondamentalement, par la révision ou l'abrogation de l'ancien droit, par l'activité cosmétique du législateur, mais par une sorte d'*Umwertung aller Werte*, par un chamboulement complet des concepts et des théories juridiques classiques héritées du XIX^e siècle⁶. Tel est l'office assigné au nouveau « type » de juristes : renverse ton droit en sa substance, en ses concepts fondamentaux, le vieux droit, dont les *textes* peuvent bien rester en vigueur, n'y résistera pas⁷.

Ce faisant, c'est bien la grande tradition de la science allemande du droit, celle qui fut certainement la plus influente en Europe et au-delà durant tout le XIX^e siècle⁸, qu'il s'agit de renverser, celle dans laquelle ce nouveau type de juristes a été éduqué. Il est vrai, cependant, que la jeune génération, la génération « 1900 », fut formée dans les Facultés de Weimar et donc, aussi dans les débats de Weimar. Or, ces derniers furent déjà l'occasion d'une profonde remise en cause des principes rationnels et « positivistes » du XIX^e siècle. Sans pouvoir ici développer ce point, il existe certainement une *certaine* continuité entre les doctrines de certains « rénovateurs » weimariens et celles des « rénovateurs » nazis, ne serait-ce qu'à travers l'influence de Carl Schmitt ou du néo-hégélianisme weimarien dont les troupes rejoignirent presque en bloc le régime en 1933⁹. Mais en vérité, et plus profondément, cette génération de juristes « 1900 », celle qui occupa

⁴ C. SCHMITT, « Nationalsozialistisches Rechtsdenken », *Deutsches Recht*, 1934, p. 229.

⁵ L'expression est du néo-hégélien Karl Larenz : *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1934. Sur l'importance du mouvement néo-hégélien dans le montage d'un droit nazi, voy. désormais : S. HÜRSTEL, *Au nom de Hegel. Les juristes néo-hégéliens et la philosophie du droit de la République de Weimar au Troisième Reich*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010.

⁶ Il y eut bien sûr des « actes dits lois » – pour reprendre l'expression appliquée aux textes de Vichy – dans le domaine du droit de la famille (les « lois » de Nuremberg), du droit pénal et bien sûr, toute une législation d'exception. Mais, au total l'activité « législative » qui, sur la base de la « loi des pleins pouvoirs » du 24 mars 1934 (*Ermächtigungsgesetz*), émanait presque exclusivement du gouvernement, resta très limitée. Voy. le recueil des « lois » nazies édité par Ingo VON MÜNCH, *Gesetze des NS-Staates*, 3^e éd., Schöningh, 1994.

⁷ C'est cette manière que Bernd RÜTHERS, un pionnier des études sur le droit nazi en Allemagne, a appelé l'« interprétation sans limites » : *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr, 1968.

⁸ On renverra à : O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, et à la littérature qui s'y trouve citée.

⁹ Sur cette continuité : O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, Munich, C.H. Beck, 1994.

les postes laissés vacants par l'épuration de 1933, ne fut pas seulement socialisée au sein des Facultés de droit de Weimar. Les jeunes juristes trentenaires qui investirent les Facultés grâce à la *Machtergreifung* appartenaient aussi à la « génération de la *Sachlichkeit* », génération de la brutalité et du sacrifice, de la radicalité politique dans un monde hyper politique (celui de la « guerre civile européenne »¹⁰), génération de l'engagement, un engagement que la majorité des jeunes bourgeois, parmi lesquels il faut bien sûr compter les futurs juristes, ne pouvait déceimment envisager que dans la droite extrême¹¹. Beaucoup de ces jeunes juristes, sous Weimar, participèrent à la prise de pouvoir de l'extrême droite au sein des associations étudiantes, certains s'engagèrent dans les milices armées, et nombre d'entre eux cherchèrent une caution intellectuelle au sein de l'un des groupes ou groupuscules de la nébuleuse de ce que l'on appelle la « Révolution conservatrice ». Mais aucun n'était membre de la NSDAP avant janvier 1933.

Si ce diagnostic très rapide est à peu près exact, l'on comprend que la prise de pouvoir par Hitler fut l'occasion pour ces juristes de *déchaîner* une violence conceptuelle encore trop latente sous Weimar. Il ne pouvait s'agir de simplement se débarrasser de Weimar pour revenir aux doctrines juridiques de l'Empire wilhelminien et des monarchies autoritaires. Politiquement, ces doctrines avaient accompagné un État et une société dont l'échec avait détruit l'Allemagne en 1918. Juridiquement, ces mêmes doctrines portaient en elle un trait libéral qui, certes, masquait mal l'autoritarisme des régimes allemands jusque 1918, mais qui n'offrait aucune ressource pour opérer cette grande et brutale révolution que 1933 annonçait : l'heure était à la politisation totale d'un droit qui devait correspondre à une époque hyper politique et la « neutralité » affichée du droit « bourgeois » compromettait, par ses principes mêmes, l'ambition

¹⁰ Une formule qui ne saurait être seulement ramenée aux interprétations d'Ernst Nolte. Voy. : E. TRAVERSO, *À feu et à sang. De la guerre civile européenne 1914-1945*, Paris, Stock, 2007.

¹¹ Tout cela étant dit très vite pour expliquer que le grand bouleversement du droit n'est pas seulement une affaire interne aux juristes et aux Facultés de droit, mais le résultat du « caractère destructeur » (Walter Benjamin) qui marque la jeune intelligentsia de Weimar. L'expression « génération de la *Sachlichkeit* » est empruntée à Ulrich HERBERT, *Werner Best. Un nazi de l'ombre*, Tallandier, 2010, p. 45 et s. Le mot « brutalité » renvoie évidemment à l'essai célèbre de George MOSSE, *De la Grande guerre au totalitarisme. La brutalisation des sociétés européennes*, Hachette, 1999. Pour la discussion de ces thèses, voy. : C. INGRAO, *Croire et détruire. Les intellectuels dans la machine de guerre SS*, Paris, Fayard, 2010, not. p. 10 et s. ; M. GAUCHET, *À l'épreuve des totalitarismes 1914-1974*, Paris Gallimard, 2010, voy. le chap. 1.

nouvelle¹². C'est pourquoi, il fallait balayer tout le droit moderne (et ses racines romaines) pour en revenir, soi-disant, à l'ancien droit germanique¹³, mais livrer en fait toute la sphère du droit à une conceptualité inouïe et radicalement destructrice.

2. La destruction du droit public classique

Dans l'Europe continentale du moins, la discipline du droit public change fondamentalement au XIX^e siècle. Il ne s'agit plus de penser seulement un droit public spéculatif, mais un véritable droit *constitutionnel* positif. Ce droit constitutionnel est pris dans la grande tension, qui détermine la question constitutionnelle jusque dans les années 1850-1870, entre Restauration et Révolution (François Furet). Si l'on veut ramener le problème fondamental du droit public du XIX^e siècle à sa plus radicale expression, la question de ce droit public « classique » fut : comment penser le « rapport de domination » comme un « rapport de droit » (en allemand : *Herrschaftsverhältnis als Rechtsverhältnis*). Cela ne va pas de soi, mais telle fut la question fondamentale du droit public « classique ». Il fallait transfigurer la domination en un *droit* de domination et le faire, non pas de manière spéculative, mais sur la base de constitutions concrètes¹⁴.

Or, pour répondre à une telle question, les juristes -même les plus positivistes- ne peuvent s'en remettre à « ce que disent les textes », les « codifications », les « constitutions ». Il y a une raison très simple à cela : les « textes » ne définissent d'aucune manière les concepts fondamentaux du droit. Que signifient « Souveraineté » ? « Puissance publique » ? « Droits fondamentaux » ? « Droit subjectif » ? « Sujet de droit » ? Ou, aujourd'hui, « Justice constitutionnelle » ? Et, plus généralement, comment distinguer conceptuellement ces trois fonctions qui doivent permettre de penser le principe juridique de la « séparation des pouvoirs », les fonctions « législative », « exécutive » et « juridictionnelle » ? Les juristes, pour construire le « système » du droit doivent en déterminer la *grammaire*, ainsi

¹² C'est pourquoi il faut mettre fin à la légende selon laquelle c'est la neutralité du « positivisme » juridique qui aurait fait le lit du « droit » nazi. Les juristes engagés déclarent dès 1933 la guerre au positivisme et les « neutres » (il y en eut) purent juste ne pas s'exposer et, ainsi, sauver leur peau.

¹³ Le point 19 du programme de la NSDAP proclame : « Nous exigeons le remplacement du droit romain, qui sert au maintien de l'ordre matérialiste de monde, par un droit commun germanique. »

¹⁴ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1815-1918)*, Paris, PUF, 2005.

d'ailleurs qu'une *sémantique fondamentale*, qui sont les moyens de la classification, du mode taxinomique de la pensée juridique.

Les juristes, pour résoudre les problèmes qui sont les leurs, doivent recourir aux ressources de leur *imagination*, aux trésors de leur imagination. D'où, cette thèse générale sur la « science » du droit et sur le « droit » : pour commencer à travailler sur et avec le « droit », il faut, au préalable et pour paraphraser Cornelius Castoriadis, une « institution imaginaire » du droit (comme de la « société »). Même le positivisme le plus naïf (le « positivisme du gendarme » : « le règlement, c'est le règlement ») suppose une *imagination* (mise en image) (naïve) du droit. Le « théoricien », dans la vie ordinaire des Facultés de droit ordinaires, se voit rabroué d'un revers de la main : « Qu'est-ce que j'en ai à faire de ta théorie ? Ma pratique me suffit. » Mais il y a là, justement, une contradiction performative : la proposition selon laquelle « la pratique suffit » n'est pas une proposition « pratique », elle est une proposition « théorique » qui, simplement, ne veut pas s'assumer comme telle. Elle contient, en elle, une certaine imagination de ce qu'*est* le droit : un domaine de la pure « pratique », sans préjudice de ce que signifie « pratique ».

« La pratique suffit au droit », c'est déjà une sorte de *récit* sur le droit. Un récit nourri de présupposés non explicités et non réfléchis : le droit *est* dans les textes de la loi, du règlement, et il suffit de l'*appliquer* avec le bon sens qu'une expérience pratique suffisante suffira à valider.

Dans l'histoire des doctrines et, notamment, de celles qu'on appelle les « grandes » doctrines juridiques, on s'aperçoit cependant que le récit fondateur du « droit » prend généralement une autre ampleur, celle d'un « grand récit ».

Autrement dit : il n'y a pas de droit qui ne doive *recycler* pour ses affaires doctrinales des éléments qui *dépassent* le droit. Si le « positivisme » signifie, comme l'a dit Ernst-Wolfgang Böckenförde, la prétention que le droit ne peut se *déduire* que du droit, du *juridique*, alors même le positiviste ne peut être positiviste.

Ce qui nous amène à la question du « droit » nazi.

3. Que signifie : « prendre le discours juridique nazi au sérieux » ?

Cela ne signifie certainement pas : lui *donner* du sérieux, le lui *accorder*, lui *reconnaître*. Le « sérieux », il s'agit de le lui *prendre*, au contraire. On peut prendre, pour les objets « historiques » de la science du droit, un intérêt qui ne soit pas en lui-même « historique », mais bien plutôt « philosophique » ou « théorique ». Tel est ici le cas.

Mener l'enquête sur le terrain de l'histoire des doctrines consiste, conformément à la conception développée ici, à observer comment font les juristes pour construire leurs systèmes, pour construire leur objet, ce qu'ils appellent le « droit » – autrement dit, chercher à voir comment il remplissent la case vide de la « norme fondamentale » et donc, la question du « fondement de validité ». Comment ils *imaginent* le droit.

Il s'agit donc aussi d'une démythologisation, de défétichisation du droit et de ses concepts, cherchant à en montrer précisément les mythes fondateurs, les fétichismes inavoués et inavouables. À la base, au fondement infondé du droit (son « *Grund-Abgrund* » pour reprendre une expression de Heidegger¹⁵), il y a des récits, grands ou petits, des images (notamment des « images de l'homme », « *Menschenbild* » comme dit elle-même la Cour constitutionnelle allemande), des métaphores¹⁶.

Comme tous les juristes, les « juristes » nazis, les engagés et même les plus enrégés, « justifient » des solutions par des arguments dont ils affirment la validité juridique. Ils conservent un *habitus* de juriste. Et pourtant, les lisant, les observant, considérant leurs pratiques, nous ne pouvons pas dire autre chose que : ils justifient l'injustifiable¹⁷.

Alors, on peut passer à autre chose, les laisser à eux-mêmes et à leurs interprétations délirantes. Ou bien, pour la mémoire historique, se borner à décrire les symptômes de leur délire. Faire œuvre d'historien (du droit) positiviste. Le tourment de l'interprétation devient ici *tourmente* et l'on ferait mieux de l'observer de l'extérieur, de ne pas chercher à entrer dans l'œil du cyclone. S'ils justifient l'injustifiable, leur « droit » n'est qu'un « non-droit » et le non-droit n'a rien à nous dire du droit. Il suffira de s'*indigner*.

« Prendre le droit nazi au sérieux », cela veut dire : prendre le parti inverse. Cela veut dire : comme le psychanalyste, chercher à rentrer dans la tourmente d'autrui, même du plus dangereux psychopathe, tout en conservant avec soi, comme équipement de survie, ce regard théorique ou philosophique décontaminant. Prendre le droit nazi au sérieux, c'est penser le droit nazi – ce que la simple injonction morale : « ce n'est pas du droit »

¹⁵ Dans *Le principe de raison (Der Satz vom Grund)*.

¹⁶ Sans développer, cette remarque fait signe vers les travaux du philosophe allemand Hans BLUMENBERG et notamment, son programme qu'il appelle « Méraphorologie » : *Paradigmes pour une métaphorologie*, Paris, Vrin, 2007. Nous ne pouvons penser seulement « par concepts » et il y a donc toujours dans nos discours de l'« inconceptualité » (BLUMENBERG, *Theorie der Unbegrifflichkeit*, Francfort/Main, Suhrkamp, 2007).

¹⁷ O. JOUANJAN, « Justifier l'injustifiable », *Astérian. Philosophie, histoire des idées, pensée politique*, n° 4, 2006 : *La crise du droit sous la République de Weimar et le nazisme*, p. 123-156 (revue électronique, <http://asterion.revues.org>).

ne permet pas de faire – et penser, c'est toujours prendre un risque : les pensées douces et confortables sont toujours des pensées molles.

4. Un droit monstrueux

Les sciences biologiques ont beaucoup appris, au XVIII^e siècle notamment, de l'attention qu'elles ont portée au phénomène du monstre et donc, à la frontière entre le normal et le pathologique¹⁸. Les sciences juridiques n'auraient-elles pas intérêt à se pencher avec des méthodes et des instruments un peu comparables à ceux de l'anatomophysiologie – des scalpels et des microscopes froids – sur le phénomène monstrueux que constitue le « droit » nazi ? Si oui, alors nous aurions plus d'intérêt – je ne dis pas : il y aurait plus de vérité – à parler d'un « droit monstrueux » plutôt que d'un « non-droit ».

Si ce « droit » est, politiquement et moralement, un non-droit, n'a-t-il tout de même rien à nous dire du droit dont nous pensons ordinairement qu'il est du « droit », par exemple le nôtre, comme le fait, d'une image, le négatif d'une photographie ? À le prendre « au sérieux », ne peut-on espérer quelques « révélations » quant au « droit », au « vrai » droit ? On peut à tout le moins faire le pari que quelque chose se produira qui pourrait bien éclairer sous un autre jour le phénomène juridique « normal » ou, à tout le moins, permettre de le penser à nouveaux frais.

Et surtout, si l'on veut bien poursuivre un instant l'analogie avec le monstre biologique, à partir de quel moment ne puis-je plus assigner le monstre à son espèce, identifier le veau à deux têtes comme un veau et le mouton à cinq pattes comme un mouton et donc, aussi le droit monstrueux comme du « droit » ? Faut-il que la barrière des espèces soit franchie comme dans le cas de la chimère ?

La provocation de la question « prendre le droit nazi au sérieux ? » vaudrait alors convocation à penser le monstrueux. Or, le monstrueux nous oblige à pousser notre réflexion aux *limites*, là où l'on ne reconnaît plus les siens, là où le « type » normal ou bien l'idéaltype s'effacent pour faire place à des figures, des géométries qui nous sont inconnues. L'étude d'un droit monstrueux pourrait nous permettre de penser les *confins du droit*.

Nous pensons généralement le droit de manière euclidienne. Mais penser le droit nazi, pour autant que cela soit possible, nous jette au cœur

¹⁸ Voy. les travaux classiques de Georges CANGUILHEM, notamment : *Le normal et le pathologique*, 2^e éd., Paris, PUF, 1966.

d'espaces courbes où les parallèles se coupent en un nombre infini de points, dans le monde d'un Escher, au sein de représentations topologiques excentriques et sidérantes.

Un monde d'itinéraires absurdes et de « boucles étranges ». Des images, telles celles d'un Escher, où règne une certaine logique, mais la logique d'un autre monde, et qui nous plongent dans la perplexité, nous confrontent à d'étonnantes difficultés, sans doute insurmontables.

Comprendre l'imagination perverse d'un droit monstrueux, c'est se donner les moyens d'en reconnaître les figures, les rubans de Möbius sur lesquels nos représentations du droit, et donc notre droit, peut glisser sans plus reconnaître l'endroit de l'envers. Une petite torsion qui rend indistincts, le dedans et le dehors, le normal et le pathologique, le juste et l'injuste.

5. La « communauté » comme ensemble de tous les ensembles et la destruction des ordonnancements ordinaires du droit public

Dans les discours juridiques nazis, le thème de la « communauté » (*Gemeinschaft*) a eu pour effet de détruire toutes les représentations juridiques de l'institution telles qu'elles furent imaginées au XIX^e siècle. La « communauté » nazie est adhésion immédiate de la « troupe des fidèles » (*Gefolgschaft*) à la direction de la communauté (*Führerschaft*). Cette adhésion doit s'établir, non pas sur la base des *formes* du commandement, mais en tant qu'adhésion aux *buts*. Il en résulte que, étendue à toutes les sphères du « droit », la « pensée juridique » nazie est une *téléologie radicale* et donc aussi, dans le même temps, pour reprendre une expression de Max Weber, une « déformalisation » du droit tout aussi radicale. D'où, le mépris des juristes nazis pour les formes du droit et le formalisme juridique¹⁹. La légitimité « juridique » de la domination des *Führers* est « charismatique ».

Or, tout le droit public classique du XIX^e siècle s'était efforcé d'établir la domination légale précisément comme domination formalisée (et donc « rationnelle »). L'État doit être considéré comme une « personne juridique », c'est-à-dire organisation unifiée dans laquelle la puissance publique est un faisceau de compétences formellement déterminées, les gouvernants étant des « organes » de la personnalité juridique de l'État. L'institution, l'organisation, la règle, la structure de distribution des pouvoirs

¹⁹ Voy. notamment: Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 3, Munich, C.H. Beck, 1998, p. 317 et s.

et des compétences *précèdent* les gouvernants et leurs volontés. Tout ce droit *statutaire* encadre, structure et limite un pouvoir fait de prérogatives précises et de compétences déterminées. Le droit public allemand de la fin du XIX^e siècle avait précisément réalisé ce tour de force consistant à fixer la volonté politique dans une structure, condition nécessaire sinon suffisante pour penser *juridiquement* la domination politique, de pouvoir penser le *rapport de domination (Herrschaftsverhältnis)* comme un rapport de droit (*Rechtsverhältnis*). Mais il faut, pour ce faire, nécessairement que les moyens précèdent et justifient la fin.

Ce qui signifie que la volonté d'un gouvernant, exprimée conformément aux règles de compétence, de forme et de procédure, vaut, non pas comme une volonté propre, mais comme volonté de l'État, personne abstraite. Toute cette construction suppose l'autonomie de la personne « État » par rapport à la société, et donc, la séparation entre l'État et la société civile. La théorie de la personnalité de l'État était la traduction juridique abstraite de ce principe politique de séparation. Et, puisque l'assemblage normatif, constitutionnel et législatif, précède ici toujours la compétence effective d'un tel gouvernant, on ne peut surtout pas penser, dans ce cadre, l'idée d'un *Führerprinzip*.

Le « *principe* du chef », en tant que *principe* même de la « communauté », est précisément ce qui détruit tout l'assemblage, le bricolage subtil de l'État par les juristes du XIX^e siècle, selon lequel tout organe dirigeant, quelle que soit l'étendue de ses compétences, trouve toujours son *principe* dans une norme, un système normatif qui le précède et l'investit légalement de ses attributions ; il ne peut jamais être lui-même le *principe*.

Mais le *Führer* nazi est le principe même de la communauté, c'est-à-dire qu'il est à la fois *archè* et *telos* de la communauté, en amont et en aval. La communauté n'est donc rien qui puisse lui faire obstacle. Il est, ontologiquement, la communauté.

Traduit par un juriste, le « néo-hégélien » Kalr Larenz, cette identification ontologique du *Führer* et du *Volk* s'énonce comme suit : le *Führer* est « l'idée de droit concrète non écrite de son peuple »²⁰. « *Dans [je souligne] le Führer* viennent à jour les lois essentielles (*Wesensgesetze*) du peuple », écrit un disciple de Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber²¹. Bref, les

²⁰ K. LARENZ, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1934, p. 34.

²¹ E. R. HUBER, *Verfassungsrechts des Großdeutschen Reiches*, 2^e éd., Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1939, p. 197.

juristes ne disent pas autre chose que ce que dit le Heidegger du *Discours de Rectorat* : le *Führer* « est la loi et la réalité allemandes ».

Cette vision du *Führer*, de son ontologie, signifie la rupture avec les représentations traditionnelles de l'État qui avaient présidé au montage juridique de la personnalité étatique. Caractérisant le « totalitarisme », Claude Lefort l'assigne à un principe d'« incorporation » (la « communauté »), un « holisme » *total*, donc. Mais il ne voit pas le corollaire de ce principe d'incorporation, qui est ce principe d'« incarnation » que dit « *Sie, mein Führer, sind das Volk* »²². Pour le juriste de droit public, ce « principe d'incarnation » est précisément le principe destructeur de tout l'édifice intellectuel du droit public classique. Il vient détruire le principe même de ce droit public, avec ses concepts de personnalité juridique, d'institution, de compétence déterminée, qui reposent, *in fine*, sur l'idée centrale du droit public moderne, celui de la « représentation ».

On le dit à l'envi après 1933 : le *Führer* n'est pas le « représentant » du peuple allemand. Il *est*, il *incarne* (*verkörpern*) le peuple allemand. On ne doit pas oublier que, dès 1928, avant donc son engagement nazi, dans sa *Verfassungslehre*, Carl Schmitt avait mis en évidence l'opposition radicale et séminale entre politique de l'*identité* et politique de la *représentation*²³.

La représentation présuppose une séparation entre « représentants » et « représentés ». Jamais le « gouvernement représentatif » ne peut garantir que la volonté des représentants coïncidera avec la volonté des représentés (pour autant que celle-ci « existe »). On parle sans cesse de « crise de la représentation », mais le principe représentatif est ce qui met en permanence l'État en crise, surtout l'État démocratique. La « communauté *völkisch* », avec ses *Führer* et ses *Gefolgsleute*, ne peut certainement pas assumer une telle crise, et donc, l'espace de la critique. D'où, l'idée que c'est dans la « communauté du *Führer* » que peut prospérer la véritable « démocratie », comme « identité entre gouvernants et gouvernés » : le gouvernant suprême *est* la totalité des « gouvernés » ; aucune distance, aucune séparation (représentative) n'est pensable. La politique des séparations, des tensions et des distances doit laisser place à la politique de l'immédiateté, de la présence immédiate du peuple (démocratique) à soi-même *dans* la figure de son *Führer*, c'est-à-dire, une politique de l'adhésion sans médiations, de l'adhésion sans la médiation

²² « Vous, mon Führer, vous êtes le peuple » : ce lieu commun alors, on le retrouve dans la bouche de Hermann HESS dans son discours inaugural du Congrès de Nuremberg de septembre 1934, filmé par Leni Riefenstahl dans *Le triomphe de la volonté*.

²³ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, trad. fr., Paris, PUF, 1993, p. 342.

d'un espace public qui marque la distance entre l'État et la société civile et dans lequel doit être en permanence surmontée la crise structurelle du gouvernement représentatif.

D'ailleurs, si elle est « moderne », la constitution représentative (la constitution « républicaine » de Kant) est nourrie par des représentations et idées beaucoup plus anciennes, développées notamment dans l'Église et le droit canon²⁴. Dans cette archéologie du gouvernement représentatif, la notion canonique d'« office » (*officium*, en allemand : *Amt*) a joué un rôle déterminant en détachant, pour le clergé séculier du moins, la qualité de l'acte de l'« officier » de la qualité de la personne de l'officier : « Le prêtre indigne n'en reste pas moins prêtre et les actes qu'il accomplit ne perdent pas leur validité²⁵. » Les formes extérieures garantissent la qualité de l'acte, quelle que soit la moralité intrinsèque de l'*Amtsträger*. D'où, le débat, dans la pensée juridique nazie autour de la notion d'*Amt*.

Pour l'un des plus radicaux des juristes nazis, Reinhard Höhn, cette notion ne saurait avoir cours dans la « communauté visible », la « vraie » communauté national-socialiste²⁶. Ernst Rudolf Huber entend « sauver » la notion de la manière suivante : le *Führer* peut être qualifié d'*officier*, d'*Amtsträger*. Le « Mouvement » le qualifie d'ailleurs ainsi : un argument d'autorité qui devrait suffire à ramener Höhn à la « raison ». Mais il faut aller plus loin : quel est le sens du mot « *Amt* » dans la tradition germanique que restaure la « communauté » national-socialiste ? « Il désigne précisément une certaine position de commandement (*führende Stellung*) et un certain ensemble de missions (*Aufgabenkreis*) au sein de la communauté ». Ici, intervient une phrase décisive : « Il ne signifie pas tant l'institution que la mission et ne pense pas tant à l'organisation des autorités (*behördliche Organisation*) qu'à la personne du titulaire de l'office (*die Person des Amtsinhabers*)²⁷. »

La mission et la personne, les éléments *concrets*, l'emportent sur l'institution et l'organisation, les éléments qui précisément, ont donné sa

²⁴ Voy. B. TIERNEY, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, trad. fr., Paris, PUF, 1993. Pour un bilan récent : Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford, OUP, 2010.

²⁵ Giorgio AGAMBEN, *De la très haute pauvreté*, trad. fr., Paris, Rivages, 2011, p. 117, qui souligne qu'il n'en va pas de même du clergé régulier : « Un moine indigne n'est tout simplement plus un moine. » Voy. aussi : du même, *Opus Dei. Archéologie de l'office*, trad. fr., Paris, Seuil, 2012.

²⁶ Reinhard HÖHN, « Volk und Verfassung », *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1937, p. 209.

²⁷ E. R. HUBER, *Verfassungsrecht, op. cit.*, *supra* n. 21, p. 213.

dimension *abstraite et formelle* à l'office. Et, c'est ainsi que la pensée de l'*institution* est détruite jusq'en son ultime racine.

Le discours national-socialiste sur le droit est une exagération, jusqu'à l'exaspération, de cet élément téléologique et personnel dans le droit. La « mission » et ses buts dépassent absolument les conditions formelles ; la « personne » dépasse infiniment le cadre formel de son investiture. La loi n'est plus que la volonté existentielle, immédiate du Führer. L'entreprise de rematérialisation du droit se poursuit, d'une certaine manière, à travers la représentation d'un droit complètement *déformalisé*²⁸. D'où, cette torsion conceptuelle de l'« office ». Déformalisé, déformé, c'est un « droit » *monstrueux*.

C'est pourquoi, nous devons être particulièrement prudents lorsque, trop facilement, nous critiquons le « formalisme » du droit. En droit, les questions formelles ne sont pas de pures « questions de forme ». Or, les institutions juridiques et, ces dernières années, plus particulièrement les institutions publiques, sont l'objet d'une pénétration en profondeur d'une logique managériale (*New Public Management*) dont les maîtres-mots sont « gestion par objectifs » et « évaluation de la performance » : cette logique importe donc dans la pensée institutionnelle classique, celle de l'« office », une téléologie lourde. On peut penser qu'une des difficultés majeures que traversent les institutions publiques actuelles tient à cette tension entre deux types de normes et de normativités. Enfin, de ce point de vue, le parcours de Reinhard Höhn n'est sans doute pas anodin : oligarque de la SS, haut responsable du Service de sécurité (SD), il devient, dans les années 1950, le directeur de la plus importante institution privée de formation au management de la République fédérale (*Bad-Harzbunger Akademie für Führungskräfte der Wirtschaft*)²⁹.

6. Pensée « concrète » et Gestalt

On a largement insisté, dans les études classiques consacrées au « droit nazi », sur l'omniprésence du thème du « concret »³⁰. Dans son petit livre de théorie nazie du droit, *Über die drei Arten des*

²⁸ Dans sa *Rechtssoziologie*, Max Weber avait déjà insisté sur les éléments de « déformalisation » du droit, à l'œuvre déjà à son époque.

²⁹ Pour une première approche: Michael WILDT, « Der Fall Reinhard Höhn. Vom Reichssicherheitshauptamt zur Harzbunger Akademie », in *Rückblickend in die Zukunft*, A. Gallus et A. Schildt (dir.), Göttingen, Wallstein Verlag, 2011, p. 254 et s.

³⁰ Not.: B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, Munich, dtv, 1994, p. 78.

rechtswissenschaftlichen Denkens, Carl Schmitt qualifie la pensée germanique et donc nazie, de pensée de l'ordre concret (*konkretes Ordnungsdenken*)³¹ ; au concept abstrait, Karl Larenz, au nom de Hegel, substitue le « concept universel-concret » (*konkret-allgemeiner Begriff*).

C'est au nom d'une pensée concrète de la communauté concrète que les « formes » du droit, comme formes logiques et formes procédurales, abstraites, sont condamnées par le discours. A cela, l'on oppose une autre représentation de la « forme », celle de la « forme concrète », de la « figure », de la forme « plastique », de la « belle » forme du corps de la communauté organique. Cette forme-là s'appelle « *Gestalt* », un mot qui a envahi le discours sous Weimar, notamment au sein de la nébuleuse qu'on appelle « Révolution conservatrice » et qui est central dans les discours nazis, juridiques ou pas.

La « *Gestalt* », c'est ce qui donne sa consistance ontologique, sa corporéité imaginaire, à la communauté parfaite et, dans cette communauté, à chacun de ses membres si, et seulement si, celui-ci participe de la communauté et dans la mesure où il participe à la communauté. La *Gestalt* est ce qui donne aux êtres leur dignité d'être (et, par conséquent, leur *droit à être dignement*).

C'est pourquoi, dit Alfred Rosenberg, les juifs n'ont pas de *Gestalt*³². Cette remarque est fondamentale pour comprendre la représentation ontologique du juif dans le national-socialisme. On a fait remarquer que le lexique le plus fréquent par lequel le discours nazi caractérise le juif est celui du parasitisme³³. Le « parasite » désigne celui qui a besoin d'un hôte pour se développer en même temps qu'il détruit cet hôte. Le parasite est l'être qui n'a pas en lui-même sa dignité d'être, mais qui, pour être, a besoin de l'être d'un autre dont pourtant il détruit l'être. Il est un paradoxe ontologique, tel l'Arpenteur du *Château* de Kafka, tel que le *sent* l'Hôtelière : « Vous n'êtes pas du château, vous n'êtes pas du village, *vous n'êtes rien*. Hélas, *vous êtes tout de même quelque chose*, un de ces gens qui sont tout le temps sur les chemins, qui vous amènent constamment les histoires (...) dont on ignore les intentions. »³⁴

³¹ Trad. fr. par M. KÖLLER et D. SEGLARD, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995.

³² Ph. LACOUÉ-LABARTHE et J.-L. NANCY, *Le mythe nazi*, La Tour d'Aigues, éd. de l'Aube, 1991, p. 56 et s.

³³ E. JÄCKEL, *Hitler idéologue*, trad. fr., coll. Tel, Paris, Gallimard, 1995, p. 79 et s.

³⁴ F. KAFKA, *Le château*, trad. fr. Vialatte, coll. Folio, Paris, Gallimard, p. 77 et s.

Dans « La science allemande du droit en lutte contre l'esprit juif »³⁵, Carl Schmitt reproduit parfaitement ce schéma ontologique paradoxal de l'être qui n'est rien et qui pourtant est quelque chose : le juif est une « étrange polarité » entre le « chaos » et la « légalité », entre le « nihilisme anarchique » et le « normativisme positiviste », entre le « matérialisme grossièrement sensualiste » et le « moralisme abstrait », bref, entre le *désordre* et l'*abstraction*. Terme à terme, *ordre concret*, dit le contraire parfait du juif, du juif tel que l'imagine le fantasme schmittien³⁶. « Ordre concret » est une notion de combat en lutte contre l' « esprit juif ».

Le parasite se cache dans le corps de son hôte. De même, le juif au sein de la communauté des aryens. Il porte un masque, et même souvent, masques sur masques³⁷. Démasquer le juif, c'est le rendre visible pour ce qu'il est : l'étoile jaune signifie « bas les masques ». Et, Schmitt invente quant à lui l'étoile jaune bibliographique : les références aux auteurs juifs,

³⁵ C. SCHMITT, « La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif », trad. fr. M. Köller et D. Séglard, *Cités*, vol. 14, 2003, p. 175. J'avais autrefois attiré l'attention sur ce texte et traduit plusieurs des passages les plus accablants sans que cela ne suscite, à l'époque, de réactions quelconques : O. JOUANJAN, « Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine du III^e Reich », in *Le droit antisémite de Vichy*, D. Gros (dir.), coll. Le genre humain, 30-31, 1996, p. 463 et s. (p. 466 et s. pour l'analyse et les citations de ce texte de 1936).

³⁶ Sur la permanence d'un problème antisémite chez Schmitt, voy. désormais, la traduction française par D. Trierweiler de : R. GROSS, *Carl Schmitt et les Juifs*, Paris, PUF, 2005. Voy. aussi : Y.-C. ZARKA, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, PUF, 2005 qui montre comment Schmitt dès la *Notion de politique* et donc avant 1933 développe une notion non-hobbenne de l'ennemi *substantiel*, ce qui peut évidemment être mis en rapport direct avec le propos tenu ici. La publication des journaux de Schmitt montre aussi la précocité de la « question juive » chez Schmitt : C. SCHMITT, *Tagebücher. Oktober 1912 bis Februar 1915*, 2^{ème} éd., Berlin, Akademie Verlag, 2005 ; *Die Militärzeit 1915 bis 1919. Tagebuch Februar bis Dezember 1915. Aufsätze und Materialien*, Berlin, Akademie Verlag, 2005. Le 29 mars 1915, par exemple, Schmitt note : « On s'étonne souvent de l'importance que peut prendre le parasitisme, mais cela s'effondre vite ; ils deviennent alors le mauvais engrais (beaucoup des singes, beaucoup de Juifs dont les pères, peut-être, sont banquiers mais qui ne sont eux-mêmes que des existences faibles, impuissantes et éphémères). » (*Militärzeit*, p. 36) ; le 4 mai 1915 il s'emporte contre la noblesse qui, comme la prussienne, « se laisse payer et philosophiquement justifier par les Juifs » (*ibid.*, p. 57) ; le 21 juin 1915, il caractérise la guerre comme suit : « Le judaïsme dans la politique. » (*ibid.*, p. 85).

³⁷ C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938), 2^{ème} éd., Stuttgart, Klett-Cotta, 1995, p. 108 et s. ; trad. fr. D. Trierweiler, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes*, Paris, Seuil, 2002, p. 130 et s. Pour le développement et les citations de Schmitt sur Friedrich Julius Stahl, l'ennemi juif par excellence pour Schmitt car doublement masqué, converti d'une part, mentor de l'intelligentsia réactionnaire prussienne au milieu du XIX^e siècle d'autre part, dans : O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, op. cit., p. 63 et s.

dans le travail « scientifique », doivent porter le nom d'origine de l'auteur, pas le nom allemand *d'emprunt*, ce masque d'état civil³⁸.

L'on doit rattacher cette opposition polémique entre *Gestalt* et masque à l'une des questions centrales de la vision nazie du droit. La science du droit abstraite et dégénérée reconnaît à « tout ce qui porte visage humain » un même statut et une même capacité (au moins potentielle) juridiques de base que résume en elle la notion de « personnalité juridique ». On voit ici combien la lutte contre le juif se combine intimement au combat contre la science juridique moderne : cette science du droit, à travers son concept de « personne juridique » reconnaît à *l'aveugle* des sujets de droit. Georg Jellinek, juriste juif, y a d'ailleurs insisté : même appliquée à la personne *physique* (« *natürliche Person* ») la personnalité juridique est une *abstraction* conceptuelle du droit. On ne peut pas mieux dire l'aveuglement face au « concret ».

Telle est la ruse du juriste juif : *persona* veut justement dire, originellement, le « masque », le masque de l'acteur de la tragédie antique. La grande « lutte contre le droit subjectif » (et donc la « personne juridique » en tant que support, *Träger*, de ces droits) que mène l'ensemble des juristes nazis engagés se tient dans une relation de corrélation immédiate avec le fantasme antisémite : c'est aussi dévisager, démasquer l'être derrière la surface de sa peau apparente pour voir si, derrière, « concrètement », il y a ou non une *Gestalt* qui incorpore cet être à la communauté ou non.

C'est pourquoi le « concept universel-concret », qui doit remplacer celui de personnalité juridique est, selon Larenz, celui de « position en tant que membre de la communauté ». L'on voit ici la cohérence intime du monstrueux, comment se développe une sorte de « logique » de l'irrationnel qui permettra de justifier l'injustifiable : le juif n'est plus « personne » et n'a évidemment aucune « position » dans une communauté dont il n'est pas membre et pour laquelle il n'offre aucune utilité : il n'est qu'un nuisible. Juridiquement, il n'est rien, et pourtant il est quelque chose.

7. La lutte contre la « pensée séparatrice »

L'un des grands juristes français du début du XIX^e siècle, Maurice Hauriou, avait fait remarquer combien l'État moderne et, en conséquence, le

³⁸ « 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 [qui sont juives par nature...] par lesquelles *aucun Juif ne se sent atteint in concreto* [je souligne] ».

droit public moderne reposaient sur une série de « séparations fondamentales »³⁹. On pense bien sûr à la séparation des pouvoirs, mais ce n'est là qu'un élément parmi d'autres et auquel il convient d'ajouter la séparation de l'État et de la société civile, la séparation du pouvoir militaire et du pouvoir civil, la séparation du droit public et du droit privé, la séparation du droit et de la morale, la séparation du droit et du fait, etc.

On pourrait sans doute montrer que la notion moderne de représentation et de gouvernement représentatif, avec la séparation des représentants et des représentés, présuppose en quelque sorte l'ensemble de ces séparations fondamentales et les concentre, les récapitule d'une certaine manière en son concept. Mais chacune de ces séparations pose aussi, à chaque fois, la question de la *médiation* entre les sphères ainsi séparées. Or, le problème des médiations est ce qui agite et tourmente en profondeur les pensées politiques et juridiques proprement « modernes ».

Même les pensées romantiques et historicistes de l'Allemagne du début du XIX^e siècle n'échappent pas à la question des séparations et des médiations, une question qu'elles assument. C'est un point que voient d'ailleurs assez bien les juristes nazis les plus radicaux. Un Reinhard Höhn ne cesse de montrer qu'une doctrine nazie ne peut rien faire avec l'École historique, avec les Germanistes, ni même avec l'hégélianisme. Une autre partie de cette doctrine enrôle à son service certaines de ces doctrines, en les déformant ou les émasculant. On voit ainsi réinterprété l'« esprit populaire » de l'École historique dans le pathos « *Blut und Boden* » qui n'était certainement pas le sien (« l'esprit devient sang et le sang, esprit ») ; on voit la *Philosophie du droit* de Hegel revisitée mais privée de l'un de ses moments décisifs, celui du « droit abstrait » qui pose précisément la satisfaction de la subjectivité individuelle comme condition du procès de l'esprit universel⁴⁰.

Séparations, distinctions et médiations sont incompatibles avec la « pensée » nazie. À mon sens, Ernst Rudolf Huber dit le fond de cette « pensée » lorsqu'il la caractérise comme étant en lutte radicale contre la

³⁹ Dans ses *Principes de droit public*, 1911, rééd. Paris, Dalloz, 2011, préf. O. Beaud, p. 366 et s.

⁴⁰ Sur ces « réinterprétations » : O. JOUANJAN, « Les fossoyeurs de Hegel. Rénovation allemande du droit et néo-hégélianisme sous le III^e Reich », *Droits*, n° 25, 1997, p. 121-133 ; « Communauté, race et "rénovation allemande du droit" : Karl Larenz, ou les errements de l'hégélianisme juridique sous le Troisième Reich », in *De la société à la sociologie*, C. Colliot-Thélène et J.-F. Kervégan (dir.), Lyon, ENS Éditions, 2002, p. 183-221.

« pensée séparatrice » (*Trennungsdenken*)⁴¹. « Pensée » radicalement « anti-séparatrice », elle s'épargne toute question de la médiation. Elle se veut pure « pensée » de l'*immédiateté*.

Toute séparation, toute distinction, toute médiation suppose une *abstraction* de la pensée, suppose des *formes logiques* qui permettent d'établir dans l'épaisseur immédiate du donné, dans la glu des choses, un ordre qui rend possible, et l'action, et la réflexion. C'est pourquoi, « pensée anti-séparatrice » n'est que l'autre nom de « pensée concrète ». Une fois encore, on voit de la cohésion dans le discours nazi.

Mais c'est aussi pourquoi cette « pensée » de l'*immédiateté*, en tant qu'elle s'imagine pouvoir être encore une « pensée », s'illusionne sur elle-même. Évidemment, elle distingue et sépare, son expression même suppose les formes d'une grammaire. Mais elle distingue et sépare aussi ne serait-ce que, dans la communauté, le *Führer* et la *Gefolgschaft*.

Toutefois cette illusion (consciente ?) poursuit un but stratégique, et l'une des caractéristiques de la « pensée » nazie est précisément qu'elle est toujours en lutte contre un ennemi : ses concepts sont, comme l'écrit Ernst Jünger à Carl Schmitt comme des mines anti-personnel⁴², ils visent *concrètement* quelqu'un.

Soi-disant « anti-séparateur », ce discours masque précisément la grande séparation qu'il présuppose et légitime : sa logique d'exclusion du sang étranger, du comportement étranger, de celui qui fait « honte à la race », il masque le fait qu'il a remplacé l'idée de justice par celle d'une police sanitaire dont le principe est un hygiénisme radical et l'action, la séparation des parasites loin du corps sain de la communauté (dans l'enfermement des camps) en vue de l'élimination des « parasites », des *corps troublants*.

⁴¹ E. R. HUBER, « Die deutsche Staatswissenschaft », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1935, spéc. p. 15 et s. L'expression vient sous la plume de Huber à la fin de Weimar en 1931, et est récurrente tout au long de sa production intellectuelle sous le Troisième Reich. Voy. : R. WALKENHAUS, *Konservatives Staatsdenken. Eine wissenssoziologische Studie zu Ernst Rudolf Huber*, Berlin, Akademie-Verlag, 1997, p. 213 et la note 26.

⁴² Dans une lettre de 1930, Jünger écrit à Schmitt : « Le rang d'un esprit est aujourd'hui fixé par sa relation à l'armement (*Rüstung*). Vous avez réussi à mettre au point une technique guerrière particulière : une mine, qui explose sans bruit » (Ernst JÜNGER, Carl SCHMITT, *Briefwechsel* (1930-1983), Stuttgart, Klett-Cotta, 1999, p. 7.) Il faut évidemment mettre cette remarque en relation avec la figure du « bourgeois » qui est toujours « en train de limer infatigablement les mots pour leur enlever la rude nécessité de leur frappe » (E. JÜNGER, *Le travailleur* (1932), trad. f. J. Hervier, Paris, Christian Bourgois, 1989, p. 49.)

La communauté « concrète » est communauté (communion) immédiate. Concret, dit Karl Larenz, vient de *cum crescere*, « ce qui a crû ensemble, c'est-à-dire la cohésion, le vivant et le tout organiques. »⁴³. Cela n'est pas séparable sans détruire l'organisme « naturel ». Mais il y a le problème du parasite, qui d'une certaine manière « croît ensemble » avec son hôte. Mais le parasite n'a pas de « cohésion » avec un hôte qu'il met sans cesse en danger dans sa pureté « organique ». De sorte que l'opération à pratiquer à l'égard du parasite n'est pas une opération de justice, mais une opération médicale, chirurgicale de décortication, qui doit libérer le corps sain de la communauté de l'action malfaisante des parasites.

Les juifs sont l'exemple type du parasite de la communauté aryenne. Mais aussi, les Tsiganes, les Slaves et, de même, tout (pseudo-) aryen qui trahit, par son mode de vie (son homosexualité par exemple) l'« ordre concret » du peuple allemand. C'est ce que disent bien des juges : « Le droit national-socialiste doit servir la vision national-socialiste du monde. L'objectif de cette vision du monde et, par conséquent, le but du droit est le maintien de la pureté, la conservation, la promotion et la protection du peuple allemand »⁴⁴.

On se trouve bien ici aux *confins* du droit dans la mesure où la normativité de la règle juridique, dans un tel discours, ne se démarque plus d'aucune façon de la normativité médicale, chirurgicale, hygiéniste. L'hygiénisme racial, qui détermine comme l'on voit toute la finalité du droit, rend ténues les différences entre police et justice d'une part, et justifie toutes formes d'action préventive d'autre part. D'où, ces pratiques d'enfermement *policier* (*Schutzhaft* : détention de protection), pour lesquelles les juristes trouvent encore des « justifications ». La « justice » pénale est fondamentalement considérée comme une activité de police, dans ses deux dimensions, préventive et répressive. La justice civile prend, elle aussi, une telle dimension policière dans la mesure où le danger de contamination existe tout autant dans les opérations ordinaires de la vie quotidienne. C'est d'ailleurs parce que le danger est partout que doivent disparaître toutes nos séparations et distinctions protectrices et qui feraient des barrières à l'abri desquelles le parasite pourrait mener leurs actions mortifères. C'est le fantasme de ce danger global et mortel qui, d'une part, explique que la communauté ne saurait être autrement pensée que comme *totale* (sans

⁴³ « Zur Logik des konkreten Begriffs. Eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie », *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1940, p. 296.

⁴⁴ Par ex.: Tribunal régional supérieur d'Iéna, jugement du 17 mai 1938, cité par Bernd RÜTHERS, *Entartetes Recht, op. cit., supra* n. 30, p. 25.

séparations ni médiations) et que, d'autre part, le fondement ultime de toute justification juridique réside dans la « vie », le maintien de la « vie », la bonne « santé ».

L'on comprend d'ailleurs pourquoi les instances de la justice ne sont plus vraiment pensées autrement que comme les instruments de cette grande « police » que devient le droit, police au sens initial de ce mot, tel qu'il se forme aux XVII^e et XVIII^e siècles : « l'art de procurer une *vie* commode et tranquille »⁴⁵.

8. Droit et vie

On peut formuler la question à laquelle ce constat nous conduit : dans le vitalisme intégral et hygiéniste qu'est, en son fond, l'idéologie national-socialiste, que reste-t-il de la normativité juridique ? L'on pourrait répondre à cette question (certainement négativement) si l'on pouvait dire *a priori* ce qu'est la normativité juridique, si l'on pouvait s'en faire un concept universel. C'est ce dont, malheureusement, on peut douter, au moins d'un doute heuristique. Pour essayer d'expliquer la réponse défendue ici, il convient de faire un grand détour, qui va nous emmener loin du national-socialisme et aux antipodes mêmes du « vitalisme ».

Dans son livre sur la *Très haute pauvreté*⁴⁶, Giorgio Agamben considère les règles monastiques et, à la fin, plus précisément la règle franciscaine. Il note combien souvent ces règles sont rédigées de manière très étrange par rapport à notre représentation commune de la « règle ». On n'y lit plus nécessairement la *prae-scriptio* ; souvent la règle se confond avec le récit de la vie d'un saint. Surtout, l'on désigne ordinairement la règle monastique comme « *regula et forma vitae* ». C'est pourquoi la vie du saint, en décrivant la « forme », peut dire en même temps la règle, comme forme de la vie exemplaire.

« Il est décisif que, écrit Agamben⁴⁷, de cette manière, la règle entre dans une zone d'indécidabilité par rapport à la vie. Une norme, qui ne se réfère pas à des actes particuliers et à des événements mais à l'existence tout entière d'un individu, à sa *forma vivendi*, n'est plus facilement reconnaissable comme droit, de même qu'une vie qui s'institue dans son intégralité sous la forme d'une règle n'est plus vraiment une vie. »

⁴⁵ N. DELAMARE, *Traité de la police*, vol. 1, Paris, J. et P. Cot, 1705, préface.

⁴⁶ *Op. cit.*, *supra* n. 25.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 43.

Ce propos appelle quelques remarques.

Premièrement la « *forma* » de la « *forma vitae* » n'est pas une forme abstraite, mais une forme vécue, une configuration de la vie totale, une *Gestalt*, un « ordre concret » de la vie.

Deuxièmement, la définition commune du droit que nous donnent les juristes nazis est celle d'un « ordre concret de la vie *völkisch* ». Il est trop évident que cette définition signifie la *forma vitae* de la communauté et de ses membres incorporés, et il n'est guère besoin d'insister longuement sur ce point.

Troisièmement, en récusant toute séparation entre vie privée et vie publique, entre « droit » public et « droit » privé, le nazisme exige des membres de la communauté la publicisation intégrale de leur vie : dans chaque acte de sa vie, publique ou privée, même dans son intention ou son désir – que l'on pense au cas d'un aryen qui désire une femme juive et qui se voit condamné pour relations sexuelles honteuses alors même que l'acte sexuel n'a pas été consommé – l'individu qui jouit d'une « position de membre au sein de la communauté » *doit, juridiquement*, se considérer comme titulaire d'une fonction communautaire. Dans toute sa vie, publique, quotidienne ou affective, le membre de la communauté est un fonctionnaire de sa communauté : on a comme une totalisation de l'office qui détruit ce que la notion traditionnelle d'office portait en elle de limitations.

Quatrièmement, cette exigence impérieuse est *justifiée* au nom de l'indifférenciation que le national-socialisme porte en lui entre *morale* et *droit*. Le national-socialisme est une *moralisation* intégrale (et bien sûr très particulière et, de notre point de vue immorale) du *droit*.

Cinquièmement, celui qui fait *écart* à l'injonction juridico-morale s'exclut, par son acte même, de la communauté politico-juridique et l'acte « immoral » (comme honte à la race, *Rassenschande*) est « nul et non avenu » (*nichtig*). On rappelle que l'acte du prêtre séculier qui déroge reste un acte de l'Église, au nom de l'« office ». Le moine qui déroge, dont la vie n'entre plus dans la *forma vitae*, n'est plus un moine. Le parallèle est impressionnant.

Sommes-nous, dans les deux cas, sortis du droit ? Le droit n'a pas, *en soi*, de type assigné de normativité. Plus exactement, c'est une mauvaise manière de poser la question. Si le droit n'a pas d'être, alors, l'on ne peut pas dire ce que sont le droit et sa normativité. On peut seulement mettre en contraste différentes conceptions, imaginations de la normativité.

La norme nazie *colle à la peau*, et de l'intérieur. Telle est du moins la représentation doctrinale de cette norme. Elle ne fait qu'un avec la vie, avec

la vie tout entière. Les juristes nazis justifient cette hyper normativité par le « retour du droit à la moralité (*Sittlichkeit*) » (Roland Freisler, le président fanatique et sanguinaire du triste Tribunal populaire). On peut critiquer cette prétention, non pas seulement du point de vue de la vraie morale, des vrais principes du bien, pour autant qu'on les connaisse. En effet, le point de vue moral est interne : l'obligation a un caractère moral s'il y a adhésion volontaire, intime donc. Mais c'est une adhésion de volonté, pas une *adhérence* à la peau. Autrement dit : la « vie » morale n'engage pas tout l'être, toute la « vie ». La « vie » nazie efface toute séparation entre le biologique et le moral, entre la vie du « sang » et la vie de l' « esprit ». Alors, une simple défaillance organique et, surtout, un code génétique peut devenir motif d'imputation d'une faute et justification de la mise en branle des moyens de la grande police hygiéniste, qu'elle s'appelle justice, médecine ou Gestapo (il y a peu de différences au fond).

La « normativité » nazie, son fantasme, n'a donc pas grand-chose à voir avec les conceptions ordinaires de la normativité morale.

Quant à la normativité « juridique », on la voit généralement comme une normativité de l'extérieur. Comme chez Kant : la règle de mes actes extérieurs, sans préjudice de la volonté bonne ou mauvaise qui y préside. C'est-à-dire, qu'elle laisse le sujet du droit « seul avec sa conscience », mais qu'en même temps, lui demandant de rendre compte de ses actes devant l'instance tierce et compétente, elle exige de ce sujet, pour ainsi dire, qu'il sorte de lui-même et de sa petite peau et le force à *objectiver* son acte, notamment à en faire le récit devant le juge. Ce moment de l'objectivation, qui caractériserait ce que l'on appelle la normativité « juridique » est clairement renforcé par les formes et procédures dont on voit ici toute l'importance pour la question de la normativité. La règle nous convoque à l'explication publique et objective : c'est elle qui nous garde et non pas nous qui la gardons⁴⁸.

Ce ne sont pas là trois modèles « ontologiques », mais seulement « logiques » de la normativité. Sont-ils dépourvus d'intérêt ? Probablement pas : les systèmes juridiques peuvent glisser de l'un à l'autre, plus ou moins largement, plus ou moins profondément. C'est pourquoi il ne s'agit pas de dire ce qu'est le droit. Mais l'intérêt n'est pas, de toute façon, dans l'ontologie prétendue du droit. On voit assez avec l'exemple du « droit nazi »

⁴⁸ Allusion à un passage célèbre du *Dialogue des Carmélites* de Georges Bernanos où la supérieure du Carmel explique: « Ce n'est pas la règle qui nous garde, mais nous qui gardons la règle. »

la portée *pratique* de tels glissements possibles qui commencent à devenir assez nettement perceptibles dans le droit pénal et la procédure pénale.

C'est pourquoi il n'est pas complètement inutile de s'intéresser *sérieusement* aux droits monstrueux en général et au « droit nazi » en particulier, et surtout, de mettre à jour les principes de construction discursive de la monstruosité juridique.