

LE « PEUPLE », PRINCIPE ET FIN DU DROIT

À propos du droit national-socialiste

Johann Chapoutot

Gallimard | « Le Débat »

2014/1 n° 178 | pages 150 à 159

ISSN 0246-2346

ISBN 9782070144402

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-le-debat-2014-1-page-150.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Gallimard.

© Gallimard. Tous droits réservés pour tous pays.

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

Johann Chapoutot

Le « peuple », principe et fin du droit

À propos du droit national-socialiste

Peuple des « poètes et des penseurs », peuple de philosophes, les Allemands sont las des abstractions et fatigués par les universaux : au nom de l'Humanité et de la Civilisation, on leur a fait la guerre, on les a affamés pendant la Grande Guerre et l'on a démembré leur pays à Versailles ; au nom du Citoyen et de la Justice, on a porté le fer sur le Rhin, décimé l'armée prussienne, et soumis le pays à une longue occupation française, entre 1792 et 1815. Les idées abstraites, générales et généreuses sont néfastes à l'Allemagne. Sous le masque d'une fausse universalité, elles servent des intérêts bien particuliers, qui sont ceux des puissances de l'Ouest (Grande-Bretagne, France, États-Unis), acharnées, de la guerre de Trente Ans au plan Young, en passant par la Révolution française, à nuire à cette puissance continentale, enracinée, substantielle, qu'est l'Allemagne.

On peut, dans l'entre-deux-guerres, lire cette vulgate sous la plume de nombreux juristes, philosophes, journalistes et historiens allemands.

La déception de Versailles, des promesses non tenues de la paix est telle que même les plus convaincus partisans de la Constitution de 1919, de la SDN et du « lent chemin vers l'Ouest¹ » cultivent en ces années une prudente discrétion.

Pour les *völkisch*, ces ethno-nationalistes qui, avant 1914, peuplaient les rangs des ligues pangermanistes et prônaient la colonisation à outrance de la Pologne, la défaite de 1918 et la « paix » de 1919 sont un tremplin inespéré : tout ce qu'ils défendaient avant guerre tend à devenir une *doxa*, un schème explicatif qui donne sens à tous les traumatismes que vit l'Allemagne. L'étranger est hostile, ses idées sont maléfiques et l'Allemagne, puissance centrale, ne peut et ne doit compter que sur elle-même et sur les ressources de son sang, de son sol et de sa *Kultur*.

Ce tournant « particulariste » ou ethniciste

1. Heinrich August Winkler, *Histoire de l'Allemagne. XIX^e-XX^e siècle. Le long chemin vers l'Occident*, 2000 ; trad. fr., Fayard, 2005.

Johann Chapoutot est maître de conférences en histoire contemporaine à l'Université de Grenoble-II et membre de l'Institut de France. Il est notamment l'auteur de *L'Âge des dictatures. Fascismes et régimes autoritaires en Europe de l'Ouest (1919-1945)*, *Le Nazisme et l'Antiquité et Fascisme, nazisme et régimes autoritaires en Europe (1918-1945)* (PUF, 2008, 2012 et 2013).

touche au premier chef les valeurs et les normes. Dans le domaine de la morale, on ne compte plus, après 1919, les publications qui encouragent à chercher dans le sang et la substance raciale allemande la grammaire d'une pratique « gentiliste », qui, explique par exemple le grand spécialiste de l'eugénisme Fritz Lenz, défend la *gens* et ne vise plus une illusoire et dangereuse *humanitas*².

Dans le domaine du droit, très nombreux sont les juristes à professer que l'origine et la fin des normes juridiques est le *Volk*, et le *Volk* seul. À contretemps, car, depuis le début du ^{xx}e siècle, l'Allemagne semble renoncer à tout particularisme : depuis 1900, le Reich est doté d'un BGB³ qui, par ses principes (l'individu, l'égalité formelle), ses dispositions principales (la propriété, le mariage...) et sa forme même (la codification), ressemble à s'y méprendre au Code civil français⁴ ; depuis juillet 1919, par ailleurs, la Constitution de Weimar fait de l'Allemagne une République sœur des démocraties libérales de l'Ouest, évoquant, par la puissance de son Parlement et de son Président élu au suffrage universel, la France de 1848 et la III^e République des années 1871-1877.

C'est précisément ce que les juristes *völkisch* contestent – et le renversement de cette situation que les nazis érigent en programme de leur « rénovation du droit » (*Erneuerung des Rechts*).

D'où vient le droit ?

Les juristes nazis s'emploient avant tout à réfuter tous les discours qui exposent la provenance du droit en termes de fondation rationnelle ou de procession transcendante. À leurs yeux, le droit n'est pas fondé en raison. Cette

dangereuse illusion est promue, depuis la Renaissance, par les doctrines du droit naturel rationnel, ce jusnaturalisme moderne qui prétend ériger une abstraction (« l'Homme ») en fondement des normes juridiques. À lire les jusnaturalistes, l'Homme serait doté, par naissance, c'est-à-dire par nature, de droits inaliénables. Leur nombre et leur contenu peuvent varier (sûreté, propriété, etc.), mais le principe est toujours le même : par le simple fait qu'ils sont nés, les hommes sont des sujets de droit identiques. La littérature juridique nazie ne cesse de dénoncer les chimères sur lesquelles repose cette doctrine : l'universalisme d'un « Homme » dont, depuis Joseph de Maistre, on se gausse en rappelant qu'on le croise rarement en bas de chez soi, l'égalitarisme de droits ouverts à tous par la seule vertu de la naissance, et l'individualisme foncier d'une culture juridique qui fait de tout bipède nu un être éminemment respectable. L'idée selon laquelle la naissance fonderait une essence, et que cette essence devrait être respectée en tout « homme » (fût-il un attardé mental ou un criminel) est, du point de vue nazi, une ineptie qui suscite l'ironie la plus insistante⁵ : « Des hommes, vraiment ? », demandent inlassablement les documentaires, articles et pamphlets consacrés, sous le III^e Reich, aux hospices psychiatriques et à leurs patients.

2. Fritz Lenz, *Die Rasse als Wertprinzip : zur Erneuerung der Ethik*, Munich, Lehmann, 1933.

3. *Bürgerliches Gesetzbuch*, littéralement « Code de lois civiles ».

4. Jörn Eckert, « Das Bürgerliche Gesetzbuch », in Étienne François et Hagen Schulze (sous la dir. de), *Deutsche Erinnerungsorte*, vol. II, Munich, C.H. Beck, 2001, pp. 519-534.

5. Il y aurait toute une étude à consacrer à l'ironie comme expression de la dictature du fait dans le discours nazi, comme dans celui de toute idéologie qui se réclame d'un ordre nécessaire. Si « c'est la nature », ou si « il n'y a pas d'alternative », quiconque prétend discuter ou imaginer autre chose est sévèrement moqué. On peut être pacifiste, aime à dire Hitler, on peut aussi bien se donner la mort tout de suite.

Johann Chapoutot
Le «peuple», principe
et fin du droit

Quant au fondement transcendant (la norme juridique serait l'expression d'une volonté divine), plus personne ne considère cette thèse sérieusement et ne perd son temps à tenter de la réfuter : même le très catholique Carl Schmitt, penseur du décisionnisme depuis les années 1920, n'encourt pas le ridicule de convoquer Dieu au fondement de la cité des hommes... C'est, en revanche, dans le domaine de la normativité morale, des principes éthiques, que le christianisme (dans ses versions protestante et catholique) représente un ennemi jugé actif, vivace et dangereux : le rapport chrétien au corps et à la nature, les normes régissant la reproduction et le rapport à autrui font l'objet d'attaques nombreuses des idéologues et éthiciens de toutes sortes.

Les réfutations, actives ou en creux, de ces deux traditions normatives importantes en Occident (le jusnaturalisme et le christianisme) laissent la norme juridique orpheline. Sur quoi la fonder, ou plutôt, dans quoi l'enraciner ? Car il est, pour les juristes nazis, moins question de fonder en raison que de narrer une origine, moins question de développer une logique de la norme que d'en exposer une généalogie. À leurs yeux, le droit procède du *Volk* – étant entendu qu'il ne s'agit pas d'une déduction logique, mais d'une procession généalogique, d'une émanation ou d'une sécrétion substantielle.

Pour rendre compte de l'origine de la norme, les juristes nazis proposent un récit historique ambitieux et au souffle long. Dans leur souci de donner un socle sûr aux valeurs et aux impératifs nouveaux, ils prétendent trouver le nouveau dans l'ancien, et déceler l'archétype dans l'archaïque. Tout juriste qui se respecte se doit d'être ethnologue, explique l'historien du droit Eberhard von Künssberg, professeur à l'Université de Heidelberg⁶. Dans un ouvrage de 1936

consacré à l'*Ethnologie juridique*⁷, Künssberg affirme que « la science du droit et l'ethnologie ont en partie le même objet⁸ ». Répétant l'antienne nazie selon laquelle « on ne peut distinguer, dans les temps les plus reculés, les mœurs du droit ni l'usage populaire de l'usage juridique⁹ », il assigne aux juristes la tâche de retrouver « le droit qui est enraciné dans les mœurs du peuple¹⁰ ». L'ethnologie juridique étudie ainsi les « coutumes juridiques vivantes » et se propose de les « rassembler » pour « codifier le droit du peuple et le défendre contre le droit écrit, figé, étranger »¹¹. C'est à cette unique condition que la science du droit pourra se targuer d'être « une étude du droit vivant¹² ». La rénovation du droit exige donc de retrouver les normes les plus anciennes, les plus archaïques, les plus oubliées – et d'imiter ainsi les pionniers d'une discipline qui, au XIX^e siècle, a su recueillir de la bouche même du peuple les contes et légendes qui exprimaient une sagesse ethnique et éthique millénaire. Künssberg rappelle ainsi que Jacob Grimm, compilateur des contes éponymes, a été « un modèle majeur dans les sciences juridiques comme dans l'ethnologie¹³ ». Tels Luther, qui partit écouter la langue allemande « à la bouche même du peuple », ou les frères Grimm, « les juristes doivent se soucier des conceptions juridiques les plus anciennes du peuple, et aller les retrouver précisément là où elles sont recou-

6. Professeur réputé d'histoire du droit et national-socialiste fervent, bien que marié à une Juive. Éditeur du *Deutsches Rechtswörterbuch*, il s'élèvera contre les dispositions des lois de Nuremberg de 1935.

7. Eberhard Freiherr von Künssberg, *Rechtliche Volkskunde*, Halle, Max Niemeyer Verlag, Grundriss der deutschen Volkskunde in Einzeldarstellungen, Band 3, 1936.

8. *Ibid.*, p. 1.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, p. 2.

11. *Ibid.*, p. 3.

12. *Ibid.*, p. 6.

13. *Ibid.*

vertes de gravats ou défigurées¹⁴. Ethnologue, compilateur de contes, le juriste doit donc être également archéologue et restaurateur : il doit excaver, dégager et restituer la norme immémoriale. C'est à ces conditions seulement que la norme juridique sera, pour reprendre le vocabulaire nazi, *volksnah* («proche du peuple»), *volksverbunden* («reliée au peuple»), c'est-à-dire *lebensnah* («proche de la vie»).

Cet impératif et cet idéal normatif sont solidaires d'une anthropologie particulière, qui est celle du racisme nazi : la race est identique à elle-même, dans ses qualités physiques et psychiques, depuis son origine. Si elle a été gâtée ou aliénée par des apports extérieurs, il est possible de procéder à des opérations eugéniques restauratrices qui retranchent l'étranger et rendent la race à son authenticité biologique. Il en va de même dans le domaine culturel : la culture de la race nordique est une expression de son sang. Les normes juridiques les plus archaïques, qui sont les plus proches de la naissance du peuple allemand, donc de sa nature, de son essence, sont les meilleures, car les plus pures, les moins aliénées. À ce titre, elles sont les plus immédiates expressions de sa vie et de sa normativité biologique : elles sont donc celles qui servent le mieux cette vie. Le juriste doit ainsi être l'archéologue de la norme en retrouvant sous les amas de sédiments et les dépôts du temps, la norme telle qu'en elle-même, juste expression d'une vie naturelle, moment heureux où la loi des hommes était la transcription fidèle de la loi de la nature. Si, par exemple, les Germains, dans des temps reculés, pratiquaient la polygamie, il y a lieu de s'intéresser à cette pratique et de s'interroger, *a contrario*, sur la norme monogame, impératif judéo-chrétien qui n'est peut-être rien moins qu'innocent¹⁵.

Droit et biologie, norme et vie, authenticité

culturelle et eugénisme ont donc partie liée. Nul ne l'a mieux compris qu'Heinrich Himmler, chef de la ss, qui a créé, au sein de l'*Ahnenerbe* (le centre de recherche de la ss) un département d'«histoire du droit indogermanique-allemand», dont les activités se traduisent par de nombreux articles dans la revue *Germanien* et par plusieurs collections et séries éditoriales¹⁶.

L'exemple de l'*Ahnenerbe* nous montre bien que les réflexions des juristes sur la norme ne sont pas de l'art pour l'art ou un exercice de pure érudition. Pour les hiérarques du régime, qui proclamaient en 1920, dans le programme du NSDAP, vouloir restaurer «le droit communautaire allemand» traditionnel (art. 19) retrouver la culture normative originelle de la race nordique est un enjeu politique majeur : c'est seulement en vivant selon ses propres normes, selon celles qui sont bénéfiques à sa vie et à son développement, que la race nordique pourra accéder à la perfection biologique et à l'éternité de l'espèce – conditions de sa survie pure et simple.

Du «bon sens populaire» comme nouvelle source du droit

Comment faire en sorte que le droit serve la vie du peuple? Il faut tout d'abord réhabiliter

14. *Ibid.*, p. 7.

15. Cf. notamment Richard Walther Darre, *Neuordnung unseres Denkens*, Reichsbauernstadt Goslar, Verlag Blut und Boden, Die Goslarer Volksbücherei, 1940, et Claudius von Schwerin, «Zum Problem der germanischen Ehe», in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, Band 5, 1938, pp. 529-532. Cf. également Johann Chapoutot, «Reproduction et révolution normative : mariage, monogamie et biologie sous le III^e Reich», *Revue de l'Institut français d'histoire en Allemagne*, 2012, pp. 261-289.

16. Michael H. Katter, *Das Ahnenerbe der SS 1935-1945. Ein Beitrag zur Kulturpolitik des Dritten Reiches*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1974.

l'affect (le « bon sens » ou l'« instinct », ainsi que toute forme d'émotion comme la « juste colère » face à un crime révoltant) comme voie d'accès à la norme. L'ancien droit, celui hérité de la grande « *Rezeption* » du droit romain et ecclésial, au Moyen Âge, puis celui qui fut importé par la Révolution française, valorisait par trop la raison. Il importe, face à la ratiocination des avocats et à l'exégèse savante de juges prisonniers de leurs codes, de réhabiliter l'affect : le droit est avant tout affaire de sentiment, de resenti, bref d'instinct. De même qu'un animal sait indépendamment de toute intellection ce qui est bon pour lui, l'animal germano-nordique doit pouvoir savoir sans effort de réflexion et sans médiation de sa conscience ce qui est nécessaire à sa vie et à celle des siens. Ce savoir instinctuel, littéralement im-médiat, de ce qui est bon et de ce qu'il convient de faire constitue un droit inconscient, « non formalisé », comme le dit Karl Larenz, qui l'oppose au droit rédigé et figé des codes. Larenz, qui disserte ici sur *L'Objet et la méthode de la pensée raciste du droit*¹⁷, souligne que seul ce « droit non formalisé » est « adapté à l'évolution permanente des conditions de la vie », au « flux de l'être »¹⁸.

Pour approcher cette sagesse de la race, il faut, en termes épistémologiques et disciplinaires, rompre sans hésiter avec le « positivisme » juridique qui considère le droit comme un système logique de normes déduites les unes des autres. La codification et la mathématisation sont l'œuvre des Juifs, peuple de la Loi, peuple abstrait et déraciné, qui n'a jamais trouvé d'autre patrie que ses textes, ses décalogues, deutéronomes et autres interdits. Les Germains, quant à eux, ont l'éternité de leur sol et de leur sang pour se rassurer : ils n'ont pas peur de l'évolution plastique permanente de la vie en eux et autour d'eux, et affrontent avec cran le devenir.

Ils savent la vie mouvante et se réfèrent à un droit plasmétique (car inconscient, issu de leur sang) et plastique, car dynamique.

En termes de procédure, ensuite, il faut adopter de toutes autres méthodes judiciaires : le juge ne saurait plus être « la bouche de la loi », comme le commandaient Montesquieu et les Lumières. Le juge doit à nouveau pleinement dire le droit, en puisant ses décisions à la seule source qui vaille : le peuple, sa culture normative, ses maximes et usages.

Pour cela, il pourra se référer au programme du NSDAP, érigé en source du droit, ainsi qu'aux ordres du Führer, car qui mieux que le parti nazi et son chef peuvent exprimer les besoins vitaux du peuple ? Qui mieux qu'eux a compris les lois de la biologie et de l'histoire ? Qui sait mieux comment le peuple allemand peut survivre et s'épanouir ?

Il sera donc loisible aux juges de motiver leurs arrêts en renvoyant au programme du parti ou à la « volonté du Führer » (« *Führerwille* »), telle qu'elle s'exprime dans les décrets et discours du chef.

Ainsi, la rénovation du droit allemand passe sans doute moins par une production normative nouvelle que par l'interprétation par les juges du stock de lois et décrets déjà existant. Ce que l'historien du droit Bernd Rüthers a appelé « l'interprétation infinie »¹⁹ correspond d'ailleurs mieux à l'esprit du droit nazi : le texte est toujours suspect car, figé et fixé, il n'épouse pas le mouvement de la vie. L'interprétation infinie, elle, permet d'adapter en permanence le droit

17. Karl Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin, Junker und Dünhaupt, 1938, Sur le « droit non formalisé », cf. pp. 14-15.

18. *Ibid.*, pp. 12-13.

19. Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1968 ; rééd. Tübingen, Mohr, 2005.

aux conditions d'existence du peuple allemand. Le civiliste Hans-Otto de Boor, professeur à l'Université de Leipzig, ne s'émeut pas de ces incantations à la «vie» et au «mouvement», et leur trouve, bien au contraire, tous les mérites épistémologiques et pratiques. Dans un essai consacré à *La Méthode du droit anglais et la réforme du droit allemand*, de Boor précise que la rénovation du droit a pour fin de «rétablir le lien entre le peuple et le droit, lien qui s'était brisé²⁰». Il convient donc de renoncer à l'avenir à toute «codification», car celle-ci, comprise «comme un ordre juridique parfait, pensé, sans lacune, dont on pourrait déduire une décision pour chaque cas d'espèce [...] éloigne de la vie vivante (*sic*) du peuple²¹». Le droit coutumier – donc non écrit – et la pratique jurisprudentielle anglaise apparaissent ainsi au professeur de droit et de procédure civile comme un modèle à suivre, car cette «tradition est essentiellement germanique, et découle donc des sources auxquelles nous devons à nouveau puiser²²».

Dans la création prétorienne du droit, le juge devra se référer à une troisième source. Outre le programme du NSDAP et la volonté du Führer, il doit se réclamer du «bon sens populaire». Entret-on dans le règne de l'approximation, de l'arbitraire et du farfelu? Pas du tout : le contenu de la notion est précisé à longueur de décisions judiciaires, mais aussi d'articles de doctrine, de commentaires d'arrêts et même de thèses de doctorat. En 1940, Robert Barth, juge administratif de son état, présente une thèse devant la faculté de droit de l'Université de Hambourg sur *Le Bon Sens populaire en droit pénal*. De manière rigoureuse et conséquente, le docteur *in spe*, qui reconnaît, certes, le caractère flou de la notion, s'applique à la définir précisément. Il commence par rappeler que si, jadis, le principe et la fin du droit était l'individu, c'est désormais,

depuis 1933, la *Volksgemeinschaft*, cette communauté du peuple qui est une «communauté du sang²³». De «cette communauté biologique [...] émanent des caractères spirituels identiques, des sentiments moraux et des valeurs éthiques communs²⁴», car l'on sait que toute culture procède d'une biologie et que c'est le sang qui donne naissance aux valeurs et impératifs moraux de toute sorte. Le sang sécrète l'esprit, la norme et la valeur. Par ailleurs, il ne faut pas oublier, les nazis ne cessent de le répéter, que l'individu n'existe que par et pour la *Volksgemeinschaft*. C'est en effet «du peuple [...] que chaque *Volksgenosse*²⁵ particulier puise le sens et la force de sa vie²⁶». On ne prendra donc, dans la pratique policière ou judiciaire, aucun égard pour l'individu si la communauté du peuple est menacée. Pour l'auteur, comme pour la totalité des juristes nazis, il existe une situation d'exception juridique permanente qui veut que, constamment menacée, la race doive être protégée sans relâche. Dans le passé, une «justice formelle» inepte empêchait de prendre toutes les mesures qui s'imposaient. On respectait de vieilles lunes comme le principe de légalité (pas de peine sans loi) ou celui de non-rétroactivité, toutes arguties formelles qui faisaient du juge un glossateur scolastique entravé par les phrases des codes. Le

20. Hans-Otto de Boor, *Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform*, Schriften der Akademie für deutsches Recht, n° 7, Berlin, Franz Vahlen Verlag, 1934, p. 1.

21. *Ibid.*, p. 1.

22. *Ibid.*, p. 2.

23. Robert Barth, *Das «gesunde Volksempfinden» im Strafrecht. Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Hanischen Universität in Hamburg*, Hambourg, 1940, p. 12.

24. *Ibid.*

25. Nous choisissons de laisser en allemand ce terme difficilement traduisible autrement que par une périphrase : «membre de la communauté populaire/raciale/biologique».

26. Robert Barth, *Das «gesunde Volksempfinden» im Strafrecht*, op. cit., p. 13.

droit, le droit véritable, ne peut être réduit à la loi écrite. Désormais, la «justice matérielle» s'occupe de la substance biologique du *Volk*, et la protège. Le juge a pour mission de punir tout ce qui porte atteinte à la vie de la race, même si l'acte considéré n'est pas formellement identifié comme contraire à une loi écrite existante : «Le viol du droit ne se limite pas, dans la conception nationale-socialiste du droit pénal, aux contraventions extérieures à des lois, mais il consiste en une offense à la vie de la communauté raciale, en toute attaque contre la communauté du peuple, en toute atteinte aux fondements de la vie de la race²⁷.»

Or le peuple sait identifier ce qui porte atteinte à sa vie. Le juge fera donc appel au bon sens populaire qui, en allemand, se dit «*gesundes Volksempfinden*». Dans ce «sentiment sain du peuple», on retrouve le *Volk*, seul nomothète qui vaille, le sentiment (*Empfinden*) et non la raison, et cette notion de santé (*gesund*) que les nazis ont érigée en impératif et en méthode politique (les dirigeants de l'État et la police étant souvent définis comme les médecins du corps racial). Sans excès d'insolence, l'auteur confie le soin de définir la notion au ministre de la Justice du Reich, Franz Gürtner, et à son secrétaire d'État, désormais président du Tribunal du peuple, Roland Freisler pour qui le bon sens populaire n'est autre que la faculté de «bien formuler les intérêts du peuple²⁸».

Cette notion de «bon sens populaire» permet d'accréditer l'idée que le *Volk* est seul législateur, fût-ce de manière inconsciente : en vivant le fait, le peuple produit de la norme, de telle sorte que le simple récit descriptif des mœurs du peuple – celui des ethnologues, des *Volkskundler*, par exemple – est toujours déjà prescriptif. Le droit n'a donc pas pour vocation d'imposer au peuple des normes abstraites ou étrangères,

mais d'induire de la vie du peuple les normes qui régissent sa vie. Le travail du «législateur» (Führer, NSDAP, Reichstag...) est donc moins d'imaginer des normes que d'observer et de translittérer. Véritable greffier de l'esprit du peuple (*Volksgeist*), il fait en sorte que ce qui était inconscient devienne conscient, que ce qui était usage ou proverbe devient règlement ou loi, que ce qui était fait devienne droit. Carl Schmitt parle du droit comme d'un «ordre concret²⁹» – d'un ordre normatif induit du réel – tandis que son collègue Karl Larenz pose sans ambages l'équation suivante : «Le droit [...] signifie [...] l'ordre réel de la vie du peuple³⁰.» Dans ces conditions, le juriste se voit assigner une tâche bien circonscrite : «Extraire de la communauté cet ordre immanent qui lui est spécifique [...] est la fonction du droit³¹.»

«Le droit, c'est ce qui sert le peuple»

Ce nouveau droit possède une nature bien différente des systèmes normatifs avec lesquels il se veut en rupture. Le premier caractère du droit nazi est, fort logiquement, un particularisme revendiqué et assumé. Nombreux sont les textes nazis affirmant que, contrairement au «bolchevisme», au christianisme ou au fascisme, le national-socialisme n'a, par définition, pas vocation à l'universalité, qu'il ne vaut que par et

27. *Ibid.*, p. 14.

28. *Ibid.*, p. 30.

29. Olivier Jouanjan, «Pensée de l'ordre concret» et ordre du discours «juridique» nazi : sur Carl Schmitt, in Yves-Charles Zarka (sous la dir. de), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, PUF, «Débats philosophiques», 2009, pp. 71-119.

30. Karl Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, op. cit., p. 27.

31. *Ibid.*, p. 28.

pour la race qui lui a donné naissance et qui le cultive comme condition de sa survie biologique. Comme toutes les créations culturelles, les normes morales et juridiques sont le produit d'un sang et ne valent que pour lui : ce qui est bon pour un Aryen ne l'est pas pour un Slave – l'histoire se chargera de le démontrer – et ce qui est bon pour un Allemand peut être néfaste à un Français. Comme tout produit de l'esprit – c'est-à-dire du sang –, la norme est locale car elle est ethnique. À en croire Falk Ruttke, juge, membre de la ss et grand penseur des lois eugénistes de juillet 1933, chaque nation, chaque race possède son *Rechtsstil*, son style normatif et juridique – singulièrement les deux antagonistes historiques que sont la race germano-nordique et son ennemi juif. Dans un colloque de 1936 organisé par Carl Schmitt et consacré à «La juiverie dans les sciences juridiques³²», l'avocat du NSDAP Hermann Schroer, consacre ainsi une longue communication à «La relation du Juif à la loi³³». Il y répète ce que l'on trouve dans mille autres textes de l'époque : que le Juif non seulement crée des lois qu'il fait passer pour universelles alors qu'elles le servent, mais aussi qu'il a créé la notion même de loi. Être difforme et incomplet, mal à l'aise dans le réel de la vie, le Juif a créé une fiction normative, un monde de texte et de papier qu'il puisse régir et gouverner, une encre qui vise à empoisonner le sang des autres. Se sachant faible et inférieur, il a toujours été soucieux d'inventer toutes sortes de fictions universalistes et compassionnelles qui le mettent à l'abri de la grande lutte zoologique et darwinienne pour la survie – le christianisme, les «droits de l'homme» et le bolchevisme avant tout. Être accompli et immédiat, l'homme nordique, pour sa part, n'a besoin d'aucun écran normatif entre lui et le monde, d'aucune loi

pour le protéger du droit – le droit de la nature, le droit à la vie du plus fort.

Strictement particulariste, le droit nazi est ombrageusement égoïste – ce que les nazis assument parfaitement pendant la guerre, à partir de 1939. Le rapport des autorités allemandes aux populations et aux territoires occupés – singulièrement à l'Est – témoignent d'un souci constant d'ériger la survie biologique du peuple allemand en impératif absolu, au détriment de celle des peuples soumis. La prédation est le maître mot de cette politique, qui vise à assurer le ravitaillement de la seule humanité qui vaille, dût le reste de l'Europe être soumis à la famine. Pareilles pratiques sont impensables sans cette rupture nette avec le principe d'humanité (au double sens d'universalité et de compassion) dont la refondation normative nazie témoigne.

Fondé par et pour la race, l'ordre normatif nazi est, là encore fort logiquement, holistique et non individualiste.

Juristes, idéologues et éthiciens maudissent les «cent cinquante ans» de malheur égoïste inaugurés par la Révolution française. La fiction jusnaturaliste d'un individu atomique, doté de droits par nature, essence et naissance, est une aberration que l'on ne cesse de dénoncer dans l'Allemagne d'après 1933. Comme l'écrit, parmi tant d'autres, le constitutionnaliste Ernst Rudolf Huber, «il n'existe pas d'"individu" qui serait habilité à vivre et à vaquer à ses intérêts spirituels et matériels, séparé de la communauté raciale et libre de tout lien politique. Il n'existe

32. Carl Schmitt (sous la dir. de), *Das Judentum in der Rechtswissenschaft. Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB am 3. Und 4. Oktober 1936, 1, Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*, Berlin, Deutscher Rechtsverlag, 1936.

33. Hermann Schroer, «Das Verhältnis des Juden zum Gesetz», in C. Schmitt (sous la dir. de), *Das Judentum in der Rechtswissenschaft, 1, op. cit.*, pp. 18-25.

par de liberté personnelle, pré- ou extra-étatique, que l'État devrait respecter dans l'individu. À la place de cet individu isolé, nous voyons le membre de la communauté du peuple, à son poste, avec sa fonction³⁴.

Tout cela, pourrait-on objecter, est bien banal sous des cieux totalitaires. Dans le cas nazi, cela va plus loin : ce n'est pas seulement «l'individu» qui est révoqué au nom de la «communauté», c'est la notion même de «personnalité juridique» (*Rechtsperson*). La personnalité juridique, produit de l'*hybris* individualiste, était dotée de droits absolus dans le simple fait de sa naissance. Pour les juristes nazis, il n'y a pas de droits absolus, mais des droits éminemment relatifs, parce que référés à la race : la *Rechtsperson* disparaît au profit de la «*Rechtsstellung im Volk*», de la position juridique au sein du peuple. Il n'est donc plus question de statut (statique et absolu), mais de situation (mouvante et relative). Dans un article très clair, Karl Larenz donne sèchement son congé au monde ancien, celui du *jus naturale* et de la Révolution française : «Ce n'est pas en tant qu'individu, qu'homme ou que titulaire d'une raison abstraite et générale que j'ai des droits et des devoirs, ainsi que la possibilité de former des liens juridiques, mais en tant que membre d'une communauté qui se donne par le droit sa forme de vie – en tant que membre de la communauté raciale. Le *Volksgenosse* n'est une personnalité concrète qu'en tant qu'être vivant dans la communauté³⁵.»

La situation juridique est un fait de race – c'est entendu, car tous les allogènes raciaux sont exclus du périmètre du droit – mais aussi de genre et de profession. Autrement dit, la *Rechtsstellung* est définie par la fonction du sujet considéré au sein de la communauté du peuple : le sexe, qui détermine le rôle dans la procréation et dans l'entretien de la famille, définit une fonc-

tion sociale, et donc les droits et les devoirs liés à cette fonction, ainsi que le métier exercé.

Professeur de droit civil à l'Université de Berlin, chargé par le ministère de la Justice de travailler à un *Volksgesetzbuch*, un Code de loi du peuple, qui remplacerait le code civil honni, Justus Hedemann ne fait pas mystère que «le droit des personnes va être complètement revu. Il ne se fondera pas sur des concepts abstraits tels que la "capacité juridique" ou la "minorité juridique", comme le code civil de 1896 le faisait, mais il partira de la situation concrète du *Volksgenosse* dans la communauté du peuple³⁶». L'auteur rappelle que la femme, par exemple, ne jouit pas d'un droit absolu à travailler, comme une récente époque de décadence le laissait accroire. Il faut, dans ce cas particulier, comme dans tous les autres cas, raisonner à partir de la nature et de la vocation biologique des individus : sa fonction biologique de génitrice de la famille et de matrice de la race définit et constitue la situation juridique de la femme. Elle ne sera donc autorisée à travailler que dans des cas exceptionnels (stérilité, empêchement des hommes mobilisés au front...) Cette disposition de droit privé devra imiter l'heureuse initiative prise par l'État qui, dans sa réforme du statut de la fonction publique, en a exclu dès 1933 les Juifs, bien évidemment, mais aussi, en 1937, les femmes.

Il en va des professions comme du sexe ou de la race : aussi vrai qu'un Juif n'est pas un

34. Ernst Rudolf Huber, «Die Rechtsstellung des Volksgenossen», in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1936, pp. 438-475, ici p. 440.

35. Karl Larenz, «Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe», in Georg Dahm, Ernst Huber, Karl Larenz, Wolfgang Siebert, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker und Dünhaupt, 1935, pp. 225-260, ici p. 241.

36. Justus Wilhelm Hedemann, *Das Volksgesetzbuch der Deutschen. Ein Bericht*, Munich, Beck, 1941, p. 37.

Aryen et qu'une femme n'est pas un homme, un policier n'est pas un instituteur, un paysan n'est pas un concessionnaire automobile. Dans ses multiples essais et articles de théorie du droit, Roland Freisler fustige l'abstraction mortifère de l'ancien droit, qui pensait abstraitement en termes de «personnes», de «choses» et de notions générales en -té comme «propriété». Freisler s'interroge sur cette pathologie juive qui consiste à faire s'équivaloir l'Aryen et le Nègre par la notion de «personne», ou à assimiler le capuchon de stylo et la récolte de foin par le concept de «chose». Le lien entre ces deux abstractions, ab-solues au sens étymologique du terme, est un lien lui-même abstrait, celui de la «propriété» qui consiste en la faculté d'user, d'abuser et de faire fructifier sa chose. Or, dit Freisler, ces notions et cette relation sont une folie. L'exemple qu'il prend le plus volontiers est celui du paysan : celui-ci, au titre du droit ancien, possède sa récolte et peut donc en faire ce qu'il lui plaît, la brûler, par exemple, si le désir l'en prend. Par cet exemple frappant, Freisler montre l'absurdité d'un système juridique individualiste et abstrait : «La communauté du peuple participe de tout [...]. Cette participation est morale et culturelle autant que politique : l'institution culturelle de la propriété possède donc une fin bien précise³⁷», qui est de servir le *Volk*.

De même que la propriété n'est pas un droit absolu, de même le paysan n'est pas un individu délié de son *Volk* : il a pour fonction de le nourrir. La destruction d'une récolte est donc désormais un crime : «Mettre le feu à sa propre grange et détruire sa récolte est permis par notre ordre juridique actuel [...]. En considérant que cela constituait une activité nuisible au peuple, notre

droit pénal de guerre l'a interdit [...]. On ne peut pas faire ce que l'on veut avec ce que l'on possède³⁸. »

La fonction sociale du paysan est donc constitutive d'une «situation juridique» (*Rechtsstellung*) définie par des droits et des devoirs précis, qui ne sont pas ceux de l'instituteur, du comptable ou du soldat. Il reste que tous, quelle que soit la fonction que le sexe, la conformation physique ou la profession leur assigne, sont au service de la communauté du peuple, et que le droit est là pour y veiller.

C'est ce que résume une maxime forgée par Hans Frank, ancien avocat du NSDAP, depuis 1933 «Führer du droit dans le Reich» (*Reichsrechtsführer*), et futur gouverneur général de Pologne : «Le droit, c'est ce qui sert le peuple» (*Recht ist, was dem Volke nützt*). Inlassablement répétée et citée, cette maxime qualifie une conception nazie du droit marquée du sceau de l'holisme (l'individu ne prend sens et existence que dans et par la communauté), du particularisme (la norme ne vaut que par et pour la race nordique) et d'un utilitarisme assumé, revendiqué : le droit est un instrument mis au service de la vie et du développement de la race. Mieux, et plus qu'un instrument, il est une arme dont use légitimement le peuple allemand dans une guerre biologique qui lui a été déclarée il y a des millénaires.

Johann Chapoutot.

37. Roland Freisler, *Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung*, Berlin, von Decker, 1941, p. 26.

38. *Ibid.*, p. 25.