



LES DOCTRINES JURIDIQUES NAZIES: ÉTUDE CRITIQUE

DOCTRINAS LEGAIS NAZISTAS: ESTUDO CRÍTICO

Norbert Rouland¹

RESUME: Le droit nazi n'a pas débuté qu'en 1933 avec l'arrivée d'Hitler au pouvoir. Il possède des fondements historiques reposant sur la négation de ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler les principes généraux du droit. Les responsables des exécutions de masse étaient souvent des juristes formés dans des universités prestigieuses. Les dogmes juridiques nazis reposaient sur l'antisémitisme et la hiérarchie des races. Ils incluaient le droit de tuer. Le sort des armes a fait que ces principes juridiques ont influencé le droit français pendant la période du régime de Vichy. À titre de comparaison, on peut évoquer la question de l'existence du droit soviétique, issu de l'autre régime totalitaire du XXe siècle.

MOTS CLEFS: anthropologie; droits humains; droit romain; égalité; euthanasie; Goulag ; Hitler; socialisme national; nazisme; positivisme; révolution française; Union Soviétique.

RESUMO: A lei nazista só começou em 1933, com a ascensão de Hitler ao poder. Tem fundamentos históricos baseados na negação do que hoje é comumente chamado de princípios gerais do direito. Os responsáveis pelas execuções em massa eram muitas vezes juristas formados em universidades de prestígio. Os dogmas legais nazistas baseavam-se no anti-semitismo e na hierarquia racial. Eles incluíam o direito de matar. O destino das armas fez com que estes princípios jurídicos influenciassem o direito francês durante o período do Regime de Vichy. Para efeito de comparação, podemos levantar a questão da existência do direito soviético, originário do outro regime totalitário do século XX.

PALAVRAS-CHAVE: antropologia; direitos humanos; direito romano; igualdade; eutanásia; Gulag; Hitler; nacional-socialismo; nazismo; positivismo; revolução francesa; União Soviética.

¹ Professeur émérite à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, Ancien Membre de L'Institut Universitaire de France. Conférencier. Chercheur dans le domaine d'anthropologie du droit.

1 INTRODUCTION : LES DOCTRINES JURIDIQUES NAZIES²

Qu'en est-il des réflexions doctrinales sur le droit nazi?

Depuis les années 1970, les juristes allemands ont pensé qu'on devait se préoccuper du droit nazi, ses discours, ses contenus, ses pratiques. En octobre 2000, l'Association des professeurs allemands de droit public a inscrit au programme de son congrès de Leipzig « la doctrine allemande du droit public à l'époque du national-socialisme ». Une profusion d'études qui contraste avec l'état de la réflexion des juristes français sur le droit de Vichy. Cependant, Récemment Jean-Louis Halperin a donné un tableau très précis de la situation du monde des juristes dans l'Allemagne nazie.³ Olivier Jouanjan a également consacré d'importants écrits à la question du droit nazi et à ses antécédents dans la doctrine juridique allemande.

Dans les trois premières parties de cet article, nous étudierons le droit nazi à la fois sous le troisième Reich, mais aussi ses antécédents historiques. Il se trouve qu'en raison de la défaite française, ce droit a été commenté par des juristes français : ce sera l'objet d'une quatrième partie. Enfin, dans une cinquième partie, à titre de comparaison, nous donnerons quelques explications sur le droit soviétique de la période stalinienne, exemple de l'autre grand totalitarisme du XXe siècle.

2 LES ORIGINES DU DROIT NAZI

Les juristes nazis ont été formés par des maîtres qui leur ont enseigné que le traité de Versailles était une humiliation. Leur formation leur a appris une certaine idée de la hiérarchie des sources du droit, ainsi que l'hostilité au droit romain, considéré comme un droit dégénéré, parce que pluriethnique.

² Cf. les ouvrages de Johann CHAPOUTOT, notamment le dernier: *Comprendre le nazisme*. Ils contiennent des chapitres sur le droit dont cet article s'inspire largement. Voir aussi: CHAPOUTOT, Johann. **La loi du sang-Penser et agir en nazi**. Paris: Gallimard, 2014. J'en cite de nombreux passages. Cf. également: INGRAO, Christian. **Croire et détruire-Les intellectuels dans la machine de guerre SS**. Paris: Fayard 2010; JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable: L'ordre du discours juridique nazi**. Paris: Presses universitaires de France, 2017.

³Cf. HALPÉRIN, Jean-Louis. **Histoire de l'état des juristes: Allemagne, XIXe-XXe siècles**. [França]: Editions Classiques Garnier, 2015, 298 *sq.*

2.1 LA FORMATION DES JURISTES NAZIS

Comment ont été formés les juristes qui allaient devenir nazis au lendemain de la première guerre mondiale ?

Il faut comprendre que la génération de ces hommes jeunes était hantée par la défaite de l'Allemagne qu'ils estimaient injustifiée : le territoire allemand n'avait pas été envahi par les armées françaises et l'Allemagne avait été victorieuse sur la Russie à l'Est, ce qu'on oublie toujours.

Ils estimaient donc que l'armée avait été trahie par les politiciens. Dans la plupart des universités, on enseignait que le traité de Versailles était injuste. N'oublions pas qu'il condamnait l'Allemagne à verser des indemnités jusque dans les années 1970...

Le Maréchal Foch en disait : C'est un armistice de vingt ans.

Anatole France le trouvait trop dur. Partout en Europe, des intellectuels le critiquaient, notamment John Maynard Keynes.

Les professeurs de droit allemands étaient antisémites⁴. Avant 1933, ils observaient une certaine retenue. Mais ils étaient sensibles à la propagande d'extrême droite qui qualifiait la République de Weimar de « paradis des Juifs », ou de « République des Juifs ». Le Reichstag n'était que « L'instrument de Judas ».

Un constat : ce sont des intellectuels, avec une solide formation universitaire, qui ont accompli les actes les plus horribles.

Bruno Muller était docteur en droit. Officier SS, en 1941 il se trouve en Ukraine du Sud, dans la ville de Tighina. Les ordres sont de tuer tous les Juifs, y compris les femmes et les enfants. Mais une femme est en train d'allaiter son nourrisson. Les hommes hésitent. Pour donner l'exemple, Muller tue la femme et l'enfant.

Otto Ohlendorf, économiste, général SS et responsable d'un Einsatzgrup qui fit des milliers de victimes en URSS fut accusé au procès de Nuremberg, et condamné à mort. Dans son plaidoyer il précise que le droit faisait partie du domaine vital. Il dit aussi qu'il croit toujours en Dieu. Il justifie les crimes en disant qu'ils étaient nécessaires parce que l'existence du peuple allemand était mortellement menacée. Il explique donc tout par le contexte.

Comment expliquer cette violence de la part d'intellectuels ? Elle faisait clairement partie de la vision nazie du monde. Mais elle n'était pas gratuite : elle reposait sur une

⁴ Cf. JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 45.

philosophie et une morale. Le fait qu'elles nous soient étrangères ne suffit pas à nier leur existence.

Hitler écrit dans *Mein Kampf* :

C'est uniquement dans l'application perpétuellement uniforme de la violence que consiste la première des conditions du succès. Mais cette opiniâtreté ne saurait être que la conséquence d'une conviction spirituelle déterminée. Toute violence qui ne prend pas naissance dans une solide base spirituelle sera hésitante et peu sûre. Il lui manque la stabilité qui ne peut reposer que sur des conceptions philosophiques empreintes de fanatisme.

Ces doctrines ont été enseignées.

2.2 LA PLACE DU DROIT PAR RAPPORT AUX AUTRES DISCIPLINES

L'opinion commune est que le droit aurait représenté l'archétype de la matière technique, qui, avant 1933, aurait résisté à l'idéologisation des savoirs. La majorité des juristes choisit les sciences économiques comme matière optionnelle. Les travaux économiques essaient souvent de théoriser la planification étatique comme alternative à la planification socialiste. L'ethnologie et la sociologie portent souvent sur le statut des minorités allemandes situées hors des frontières du Reich.

Mais de manière générale, les théories nazies n'apparaissent pas dans le droit avant l'arrivée d'Hitler au pouvoir. Dans la très grande majorité, les universitaires n'étaient pas membres du parti national socialiste avant 1933. Ce sont les juristes adeptes du nazisme qui vont mettre leurs compétences au service des nazis quand ils seront arrivés au pouvoir.

Mais avant 1933, les organisations étudiantes sont très réceptives au discours nazi et organisées en groupes dirigés chacun par un Führer. Ce sont ces organisations étudiantes qui ont véritablement le pouvoir et qui peuvent contraindre leurs professeurs (cela ressemble un peu à la révolution culturelle chinoise) à adopter les idées nouvelles, c'est-à-dire « la rénovation allemande du droit ». Entre 1933 et 1935, toutes disciplines confondues, ce sont plus de 14 % des effectifs enseignants des universités qui subissent l'épuration. Dans les Facultés de droit, 132 enseignants furent exclus de l'université entre 1933 et 1937, pour motifs raciaux dans 78 % de ces cas.

Leipzig, la ville de Jean-Sébastien Bach, possède l'université où beaucoup de juristes qui adhéreront au parti nazi ont été formés. Ohlendorf a fait à Leipzig une partie de ses études.

À peu près au même niveau, on trouve Heidelberg.

Les futurs intellectuels SS vont s'engager dans les corporations étudiantes, où ils vont faire la preuve de leur capacité à diriger et animer des équipes. Ces corporations sont particulièrement répandues dans les Facultés de droit. Elles sont souvent les interlocuteurs privilégiés des représentants des minorités allemandes de l'étranger.

Au début des années 1930, l'adhésion des milieux étudiants aux thèses nationalistes et racistes est un fait accompli. Cela en grande partie en raison de l'action de ces futurs intellectuels SS.

2.3 LES SOURCES DU DROIT

Comment les juristes de la période nazie définissent ils le droit ? Un magistrat écrit : « le national-socialiste est jus naturaliste parce que le peuple allemand est une communauté vivante naturelle »⁵.

La définition la plus fréquente du droit chez les professeurs comme chez les dirigeants nazis est celle de « forme ou ordre de vie communautaire »⁶.

Au nom du Renouveau du droit, beaucoup de juristes ont apporté leur concours aux entreprises des Nazis. Hans Frank, un des principaux juristes nazis, et aussi bourreau de la Pologne pendu à Nuremberg, crée l'Académie pour le droit allemand. En 1939, elle est chargée de préparer un « code populaire » qui devait remplacer le BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, le Code Civil allemand. Ce code, jamais promulgué, devait détruire la vieille idée de personne juridique et la remplacer par la notion de statut au sein de la communauté du peuple allemand.

Classiquement, l'ensemble des droits subjectifs détermine la sphère d'autonomie laissée au sujet de droit, qu'il soit personne physique individuelle ou personne morale. Il existe aussi un droit public subjectif, qui permet à un individu de protéger ses intérêts contre les actes de la puissance publique. La personnalité juridique a un caractère universel parmi l'ensemble des êtres humains. C'est tout l'esprit de la Déclaration française de 1789. Au contraire, le pénaliste Georg Dahm, dans son manuel de Droit allemand écrit :

Le droit accorde un égal statut juridique aux êtres humains qui sont égaux dans la race. L'égalité formelle s'est transformée en une égalité substantielle. Cependant, il existe aussi des différences entre Allemands. Le paysan, par exemple, a une fonction particulière dans la vie communautaire qui se reflète dans son statut. C'est pourquoi le concept abstrait de capacité juridique doit

⁵ JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 37.

⁶ JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 275.

céder devant l'idée de statut juridique déterminé par la fonction communautaire de l'individu.

C'est ainsi que le mariage, d'après la loi de 1938, n'est pas un simple événement privé, mais une démarche qui concerne la communauté. Un candidat SS doit faire la preuve de ses ascendances purement aryennes (Heydrich, chef de la Gestapo, avait cependant une grand-mère juive...).

De même, une action en nullité peut être engagée par le ministère public indépendamment de toute volonté manifestée par les époux.

Un juge dit : «Le droit national-socialiste doit servir la vision nationale-socialiste du monde. L'objectif de cette vision du monde et, donc, le but du droit est le maintien de la pureté, la conservation, la promotion et la protection du peuple allemand».

De manière générale, le corps judiciaire n'a pas résisté. Le bilan est que la justice civile a continué à appliquer le droit normal du BGB. La situation est autre quand intervient un élément politique: présence d'un ennemi, d'une partie allogène, suspicion pesant sur une partie⁷, comme le révèle le cas suivant.

En 1938 un juge d'instance se voit soumis ce litige.

Un Aryen achète à un Juif une vache. Mais il n'en paye pas le prix. Le Juif l'assigne devant le tribunal. Le juge déclare le contrat nul et précise :

Grâce aux éclaircissements que depuis tant d'années le national-socialisme a pleinement apportés s'agissant de la question juive, les camarades du peuple honorables évitent aujourd'hui tout commerce avec les Juifs. Ils savent qu'un tel commerce contredit les intérêts de la communauté populaire, et que, en concluant un contrat avec un Juif, ils se placent hors de cette communauté. Qui négocie avec Un juif doit donc être tenu pour privé d'honneur.

Dans ces conditions, on comprend que le contrat ne puisse être que nul et qu'aucune satisfaction ne puisse être accordé à aucune des deux parties.

Cependant Hitler méprisait profondément les juristes. Plusieurs fois il a répété : « Les juristes sont l'éternelle plaie de l'humanité ». Il considérait que les traités internationaux n'avaient aucune valeur. Dans un discours ouvrier de l'usine d'armement Borsig, à Berlin, il dit : « Je suis un homme modeste. Je ne suis même pas juriste, rendez-vous compte de ce que cela signifie ! Et je suis malgré tout votre Führer ! ».

⁷ JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 201.

Mais le droit nazi n'est pas un aérolithe : il a des origines historiques.

2.4 L'HOSTILITE AU DROIT ROMAIN

Dans une nouvelle rédigée pendant la seconde guerre mondiale, Le droit romain n'est plus, Louis Aragon fait dire à l'un de ses personnages, un juge militaire :

J'ai été professeur de droit romain. Mais, pour faire primer le droit germanique, il faut effacer dans le monde moderne toute trace du droit romain. Le droit romain comme fondement des lois modernes est une absurdité révoltante et contraire à l'esprit allemand. Auparavant, nos tribunaux étaient encore infestés par le droit romain, le Code Napoléon, les lois juives.

L'hostilité au droit romain n'est pas née avec les Nazis : elle s'enracine en Allemagne dans une longue lutte entre germanistes et romanistes.

Le droit romain était un droit sophistiqué. Si, comme le soutenait Savigny, fondateur de l'Ecole historique et grand rénovateur de la science du droit romain, le droit révèle la conscience d'un peuple, on conçoit mal que la conscience populaire allemande puisse se reconnaître dans un droit romain. Cependant, il y avait un problème. Le germanisme du XIXe siècle était national, mais aussi libéral et de tendance démocratique, ce qui n'était pas le cas du nazisme. Le germanisme introduit des notions caractéristiques de la modernité politique telle que l'État de droit, ou les droits fondamentaux. Au XIXe siècle, la germanité était d'ordre spirituel, ou moral. Avec les nazis, elle devient une notion raciale⁸.

À Rome, sous la République, s'est formé une nouvelle classe sociale et professionnelle, les juristes. Le droit est devenu savant. Il s'est détaché de l'univers des mythes et de la religion. Le tournant de l'abstraction est particulièrement perceptible dans l'œuvre de Quintus Mucius Scaevola, né vers 140 av. J.-C., fils d'un juriste. À l'opposé, le droit nazi se revendiquait comme un droit concret⁹.

L'hostilité au droit romain se situe bien dans la phase originelle du parti nazi. En 1920, l'article 19 du programme du parti national socialiste stipule :

« Nous exigeons la substitution d'un droit allemand de la communauté au droit romain, solidaire d'une vision matérialiste du monde ». Le droit romain est individualiste, le droit Germain communautaire ».

Un manuel de formation des officiers SS résume bien les choses en 1941:

⁸ JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 143-144.

⁹ JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 298.

Le droit romano- byzantin dit : « le propriétaire peut user de la chose selon son bon vouloir. » Le droit des Saxons, lui, dispose : « L'intérêt général passe avant l'intérêt particulier. » Le droit romain proclame : « la terre est cessible au même titre que les esclaves ou les bêtes. » Le droit Saxon, lui, dispose : « On ne peut céder la Terre sans l'avis des héritiers. » Ou bien : « Le droit a été codifié dans 50 livres pour l'éternité. » Le droit saxon dit : « Le droit écrit ne peut supplanter le droit de la nature.

En fait, le droit romain est un droit juif. Plus exactement, il est devenu un droit juif. Car il faut distinguer deux sortes de droit romain. Le droit romain originel, en fait très peu connu, véritablement aryen (il est celui de populations nordiques immigrées en Méditerranée), et le droit romain postérieur, corrompu par des auteurs sémitiques : Ulpien et Papinien, deux Levantins nord-africains, qui ont judéisé le droit romain ; Salvius Julien, un Africain, Julius Paulus, un Sémite. Alfred Rosenberg les qualifie de « docteurs impériaux étrangers au peuple ». Cette distinction est reprise dans un article intitulé « Deux sortes de droit » publié en 1935 dans *Le Corps Noir*.

En 212 après J.-C., l'empereur Caracalla, un « bâtard racial » met la touche finale à cette décadence du droit romain en accordant le droit de citoyenneté à tous les habitants de l'Empire, en fait, un conglomérat de races.

Le problème, c'est que ce mystérieux droit romain originel reste très hypothétique. Quant au droit germanique, il est extrêmement peu connu, et pour tout dire, inconsistent. Il faut ici citer Houston Stewart Chamberlain, très favorable aux thèses germanistes, gendre de Wagner, et très estimé par les Nazis : « Le droit romain est aussi incomparable et inimitable que l'art grec. Cette ridicule teutomanie n'y changera rien. On nous raconte des blagues sur un « droit allemand » dont nous aurions été privés par l'introduction du droit romain ; il n'y a jamais eu de « droit allemand », seulement un chaos de droits bruts et contradictoires, un pour chaque peuple ».

Le discours juridique nazi se fonde aussi sur des précédents historiques moins lointains que le droit romain.

3 LES FONDEMENTS HISTORIQUES DES THEORIES NAZIES SUR LE DROIT

Les juristes nazis ont critiqué de manière abrupte les notions de liberté et d'égalité, issues de la Révolution française.

3.1 LES JURISTES NAZIS CONTRE 1789

Dans tout ce qui suit, il faut bien comprendre que les Nazis n'ont pas innové en tous points. Ils s'inscrivent souvent dans des courants intellectuels séculaires. Ce qui les distingue, c'est l'aspect paroxystique des conséquences qu'ils en tirent.

Hitler condamne la Révolution française : « La Révolution française a formulé des théories verbeuses et des proclamations grandiloquentes que l'intellectualisme juif des siècles passés, avec son systématisme chicanier, a transformé en dogme sacré de l'Internationale révolutionnaire ».

Le 1^{er} avril 1933, le Docteur Goebbels, en charge de la propagande, annonce dans un discours radiodiffusé ce qui constitue à ses yeux la plus grande victoire des Nazis : « Nous avons effacé l'année 1789 de l'histoire allemande ».

Un manuel de formation des officiers SS de la police explique :

À la suite de la Révolution française, un droit civil s'est progressivement insinué dans tous les Etats, qui a eu pour effet que le concept juridique de citoyenneté s'est complètement détaché de l'appartenance raciale. La naissance et la race ne pesaient plus rien dans l'attribution de la citoyenneté : Tous ceux qui portent un visage humain-disait-on désormais sont égaux .

La Révolution française s'est dressée contre la Nature, dogme de l'idéologie nazie. En 1936, Bruno Richter écrit dans un manuel :

« Le national-socialiste, est junsaturaliste parce que le peuple allemand est une communauté vivante naturelle ».

Comme le Juif, elle avait le culte de la loi. Le Code civil, fruit de la Révolution, était contre les coutumes, alors que les coutumes beaucoup plus que la loi exprime l'âme d'un peuple.

3.2 LA LIBERTE

En France, dès les années 1790, les contre-révolutionnaires l'ont niée : ce n'est pas l'homme qui décide, mais Dieu.

Au siècle suivant, les sciences du vivant connaissent un développement remarquable. Naît l'idée que tout ce qui est vivant est soumis au déterminisme des lois naturelles.

En Allemagne, le sociologue Ferdinand Tönnies systématise l'opposition entre Société et Communauté. La Société est formée d'individus décidant ou non de constituer un groupe : c'est le contrat social de Jean-Jacques Rousseau et la tradition française. La Communauté insiste au contraire sur le déterminisme de l'individu par son appartenance à des groupes biologiques (la famille), ou territoriaux (le village). Pour les Nazis, l'individu n'est qu'une partie du Volk.

La Révolution française a érigé l'individu en principe et en fin du droit. Mais pour les nazis, l'individu doit s'effacer devant la communauté.

Karl Larenz, un immense juriste, professeur de droit civil à Kiel, consacre à partir de 1933 plusieurs ouvrages à la « Rénovation du droit ». La liberté n'a pas de caractère absolu. Elle doit être modulée suivant la place hiérarchique de l'individu dans la société : paysan, soldat, professeur, mère de famille, etc. Il faut revenir au réalisme : l'homme naît dans une communauté qu'il a le devoir de servir.

3.3 L'EGALITE

Un autre grand principe de la Révolution française, l'égalité, est dénoncé, toujours au nom du réalisme. Ici encore, le nazisme s'appuie sur une tradition historique.

Au XIXe siècle l'anthropologie raciale jouit d'une réputation intellectuelle considérable. On hiérarchise les races en plaçant les hommes blancs tout en haut du tableau et c'est le grand siècle de l'évolutionnisme dans les sciences sociales et l'anthropologie juridique.

Non seulement les races sont inégales, mais elles sont étrangères les unes aux autres. D'ailleurs, les métis sont très mal vus dans tous les régimes racistes. Mais à l'intérieur d'une même race, tous les hommes ne sont pas égaux. L'homme nazi doit prouver son excellence raciale par ses performances productives, sportives et guerrières. Et également génésiques. Himmler, qui avait une double vie, recommande à tous les membres de la SS d'avoir plusieurs maîtresses, de manière à engendrer toujours plus d'Aryens. L'avortement est sévèrement condamné.

Les travailleurs qui accomplissent ces performances sont récompensés par l'organisation La Force par la Joie.

En ce qui concerne les personnes âgées, la situation est complexe. D'un côté, il ne faut pas sacrifier la communauté à des individus parvenus en fin de course. Mais d'un autre côté, la société allemande est habituée au respect des aînés.

Walter Buch, un juriste, écrit :

L'essence, non seulement des hommes, mais aussi de toutes choses, est la différence. Mais regardez donc autour de vous ! Il n'y a pas d'identité, pas d'égalité. La nature ne le veut pas. Et la fraternité, donc ! La buse ne partagera jamais son nid avec la chauve-souris. De la même manière, l'esquimaux des étendues glacées de l'Arctique n'éprouvera aucune fraternité pour le Nègre de Somalie, qui se sent chez lui sous le chaud soleil des tropiques. Ils sont tous obligés de vivre selon les lois de leur vie, de leur race » .

La France sera bientôt occupée par les Allemands. Le 28 novembre 1940, Alfred Rosenberg prononce un discours à la tribune du Palais-Bourbon, dans la Chambre des députés. « L'émancipation des Juifs a été suivie, cent ans plus tard, par celle des Nègres. La déclaration d'un ministre français selon laquelle il n'y aurait pas de différence entre les Blancs et les Noirs et selon laquelle la France n'était pas une nation de quarante, mais de cent millions d'habitants, a été une conséquence logique des idées de 1789 et une capitulation raciale de la plus terrible espèce, conforme au slogan tristement célèbre Liberté, Égalité, Fraternité.

Évidemment, tout ceci passe sous silence de grands auteurs allemands. Certains ont été partisans de la Révolution française : Goethe, Schiller, les Jacobins allemands, le jeune Hegel. Et bien sûr Emmanuel Kant, et sa pensée universaliste. Les dogmes nazis sont tout autres.

4 LES DOGMES NAZIS

De manière fort logique, ces dogmes s'articulent autour de la notion d'une irréfragable hiérarchie des races.

4.1 LE JUIF ET LA LOI

Les Juifs sont le peuple de la Loi. Le Juif est un être de l'abstraction, car il est coupé de la nature. En conséquence, il crée des lois artificielles qui sont la négation de la nature. Les Juifs sont des sous-produits de l'espèce humaine. Ce sont des « bâtards raciaux », enseigne le service d'expertise raciale de la SS. Le Juif est un mélange où l'on retrouve des Orientaux, des Asiates d'Asie Mineure, et même des Nègres (le jazz est une invention judéo-nègre). N'ayant pas d'identité raciale ils ne peuvent se fier à aucun instinct naturel. C'est pourquoi le Juif est positiviste, comme Kelsen. Il doit s'en tenir à une Loi, un code, à une norme écrite. D'où l'importance chez les Juifs de l'exégèse. Les Juifs sont les archétypes des juristes formalistes. Carl Schmitt écrit : « La loi juive est une polarité entre le chaos juif et la légalité juive, entre le nihilisme anarchiste et la normativité positiviste, entre un matérialisme grossièrement sensuel et le moralisme le plus abstrait. »

La loi du 16 avril 1933 met à l'écart les magistrats, avocats et professeurs d'université juifs.

Cinq ans avant l'obligation de porter l'étoile jaune, Carl Schmitt propose de cantonner les œuvres des intellectuels juifs à des secteurs spécifiques des bibliothèques qui seraient rebaptisées Judaica. Les citations des auteurs juifs devraient mentionner qu'il s'agit de Juifs. L'idée d'un Juif, par exemple l'égalitarisme ou l'universalisme, pourra ainsi être lue et perçue non comme une idée digne d'intérêt, mais comme l'émanation d'une identité raciale.

Il est intéressant de noter qu'aujourd'hui les juristes chinois partisans d'un exécutif fort ont redécouvert Carl Schmitt.

Pour les Nazis, le droit, en tant qu'expression de la nature, est supérieur à la loi. Les discours de Himmler sont explicites :

Nous, les nationaux-socialistes, nous nous sommes mis au travail, non pas sans respecter le droit, car nous le portons en nous, mais sans respecter les lois. J'ai décidé tout de suite que si un paragraphe de loi se mettait en travers de notre route, je n'en tiendrais aucun compte et que, pour accomplir ma tâche au service du Führer et du peuple, je ferais ce que ma conscience et le bon sens populaire me dicteraient. À l'étranger, on parle naturellement d'un État policier de non-droit. Ils parlent de non-droit, parce que ce que nous faisons ne correspond pas à ce qu'ils entendent par droit, mais, en vérité, par notre travail, nous posons les fondations d'un nouveau droit, le droit à la vie du peuple allemand. Les concepts fondamentaux du droit doivent correspondre au sang et à l'esprit secrété par le corps de notre race.

L'Eglise catholique est un instrument aux mains des Juifs. Sous le couvert de l'universalisme des enfants de Dieu, elle lutte en fait contre le peuple allemand. D'ailleurs, beaucoup de papes étaient juifs, de même que le successeur jésuite d'Ignace de Loyola et le Grand Inquisiteur Torquemada. Le judéo-christianisme dévalue la Nature. Le prouve bien son mépris traditionnel du corps et des instincts.

C'est l'Eglise qui a inventé la notion de péché. L'ethnologue Manfred Werner consacre un ouvrage à l'étude de la l'évangélisation des populations du Groenland au XVIIIe siècle. Avant l'arrivée des missionnaires, les Groenlandais étaient totalement immergés dans la nature. Mais les missionnaires les ont aliénés. Pour Werner, « c'est la connaissance du péché qui rend l'homme pécheur ».

Mais que dire de la personne de Jésus ? Jésus n'est pas juif. Il a été persécuté par les Juifs. En fait, c'est un Aryen. D'ailleurs, les Juifs n'auraient jamais livré un des leurs aux Romains. Mais l'enseignement du Christ a été déformé par ses disciples juifs, en premier par Paul, qui était un ancien pharisien.

Dans une circulaire, Himmler ordonne : « J'interdis que, dans le cadre des cours de formation idéologique, l'on se permette des attaques contre le Christ en tant que personne, car de telles attaques, l'affirmation selon laquelle Jésus aurait été juif, sont indignes de nous et sans doute fausses historiquement ».

Carl Schmitt, qui était catholique, organise en 1936 un colloque sur « la judéité dans les sciences juridiques ». Il veut démontrer ces thèses, sans grand succès. Beaucoup de juristes SS sont ses adversaires et vont l'éclipser.

Mais que faire concrètement du christianisme?

Pour le moment, pas grand-chose. Les Allemands y sont habitués, il ne faut pas les prendre de front. D'ailleurs, les Églises sont antisémites et anticomunistes, ce qui est une bonne chose. Les comptes seront réglés après la guerre. Hitler dit : « Pas d'avenir pour les confessions, pas pour les Allemands en tout cas. Le fascisme, en Italie, peut bien faire sa paix avec l'Eglise au nom du Très Haut. Moi aussi je le ferai, pourquoi pas ? Ça ne m'empêchera pas d'éradiquer totalement le christianisme d'Allemagne. On est ou bien chrétien ou bien Allemand. On ne peut être les deux. Nous ne voulons pas de gens qui lorgnent sur l'au-delà. Nous voulons des hommes libres, qui savent et sentent Dieu en deux ».

Si le droit ne peut venir ni de la loi ni de Dieu, quelle est son origine?

Au XIX^e siècle, l'Ecole allemande de Savigny affirmait, contre la Révolution française et son légalisme, la notion de coutume, qui exprimait l'âme d'un peuple. Les nazis vont s'en inspirer. Contrairement aux idéaux français, l'homme n'est pas doté par sa naissance, c'est-à-dire par nature, de droits inaliénables. L'ethnologie juridique est appelée à la rescousse. Eberhard von Künssberg est professeur d'histoire du droit à l'université de Heidelberg. Il écrit en 1936 une Ethnologie juridique. Son but est de retrouver les normes les plus anciennes, les plus archaïques, celles qui sont les plus proches de la naissance du peuple allemand. Par exemple, puisque les Germains pratiquaient la polygamie, il faut s'interroger sur la validité de la norme monogame, un impératif judéo-chrétien.

Ces idées sont relayées de manière institutionnelle. Himmler crée au sein du Centre de recherche de la SS (Anherbe) un département d'histoire du droit indo-germanique-allemand, dont les activités se traduisent par de nombreux articles dans la revue *Germanien* et par plusieurs collections éditoriales.

Dans cette ligne, le « bon sens populaire » devient une source du droit. En 1940 le juge Robert Barth soutient une thèse de droit à Hambourg sur *Le bon sens populaire en droit pénal*. Le droit n'est pas le fruit de la Raison, mais de l'instinct. Il faut en finir avec le positivisme juridique, qui considère le droit comme un système logique de normes déduites les unes des autres.
Revista da ESMAL, Maceió, n. 08/2023: e2103.

autres. Dès 1933 le ministère prussien de la justice crée un camp pour les étudiants qui préparent leur dernier diplôme de droit. On accroche à une potence le symbole §. Les codes sont divisés en paragraphes, et non en articles comme en France. On met donc à mort le légalisme, on procède à l'exécution du positivisme¹⁰. Juridiquement, le Juif est celui qui revendique la personnalité abstraite, fictive du droit précisément parce qu'il n'a pas de personnalité substantielle, ontologique¹¹.

Il faut aussi en terminer avec les codifications. Le droit coutumier devient la première source du droit. L'interprétation par le juge devient également fondamentale : il ne faut pas s'en tenir à la lettre d'un texte, mais l'adapter aux circonstances, qui sont toujours changeantes. C'est ce que l'historien du droit Bernd Rüthers appelle « l'interprétation infinie ».

4.2 LA MORALE DE LA RACE

Le grand juriste nazi Carl Schmitt écrit : « Il est très important de savoir quel est le type de pensée juridique qui s'impose pendant une certaine période et à un certain peuple. Différents types de pensée sont classés entre différents peuples et races, et la prédominance d'un certain type de pensée peut être liée à une domination spirituelle, et donc politique, exercée sur un peuple. Il y a des peuples qui, sans terre, sans État, sans Église, n'existent que par la « Loi » ; pour eux, la pensée normative semble la seule pensée du droit qui soit raisonnable, et tout autre mode de pensée leur paraît incompréhensible, mystique, fantastique, ou ridicule »¹².

La morale ne peut pas être universelle, car elle dépend de l'identité raciale. Chaque race a la morale que lui dicte son sang. Nous retrouvons le leitmotiv de l'appel à la Nature : loin de Engels qui pensait que la nature et la culture rétro agissent l'une sur l'autre, le Nazi se prononce pour la prééminence des lois de ce qu'il appelle la Nature. En 1933, les Nazis feront d'ailleurs adopter la première grande loi protectrice des animaux en Europe. En 1933 Hermann Goering avait interdit « la torture des animaux » (la vivisection, mais également l'abattage kasher) et proposé d'envoyer ceux qui s'y livraient en camp de concentration.

Pourtant, Engels a raison quand il écrit dans *Dialectique de la nature* :

C'est précisément la transformation de la nature par l'homme, et non la nature seule en tant que telle, qui est le fondement le plus essentiel et le plus direct de la pensée humaine, et l'intelligence de l'homme a grandi dans la mesure où

¹⁰ Cf. JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 31.

¹¹ JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 279.

¹² JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 33.

il a appris à transformer la nature. C'est pourquoi, en soutenant que c'est exclusivement la nature qui agit sur l'homme, que ce sont exclusivement les conditions naturelles qui partout conditionnent son développement historique, la conception naturaliste de l'histoire est unilatérale et elle oublie que l'homme réagit sur la nature, la transforme et se crée des conditions nouvelles d'existence.

Mais Engels est une source avec Marx de la pensée judéo-bolchevique...

Le code des normes applicables aux membres de la SS et de la police interdit de manière absolue toute relation sexuelle avec des étrangers à la race allemande.

Par exemple, le Russe est un champion de la dialectique, alors que l'Allemand est un homme d'action. De plus, le Russe est par nature féminin. Alors que l'Allemand est un être viril. Toutefois, le Russe est moins dangereux que le Juif, car il est moins virulent.

En juin 1941, contre l'avis de certains de ses généraux, Hitler déclenchera contre l'URSS l'opération Barbarossa qui le conduira à sa perte, après Stalingrad.

Pour Himmler, on ne peut appliquer aux étrangers et aux sous-hommes les mêmes critères qu'aux Allemands: « Ne pensons pas que les étrangers ressentent la même chose que nous, et abstenons nous de dire, dans un mouvement de compassion stupide: « on ne peut quand même pas faire ça aux Russes ou aux Polonais ». On leur fait peut-être quelque chose, mais en fait du bien à nos familles, et c'est pour cela que nous le faisons.»

Pour Hitler, la guerre contre l'Union soviétique est un acte de légitime défense. Le but du bolchevisme, doctrine juive, est de réduire l'Europe à conglomérat de races inférieures.

Tous les moyens doivent être employés, en raison de la situation de légitime défense. Dans un discours, Himmler dit :

Quand j'ai été obligé de donner, dans un village, l'ordre de marcher contre les partisans et les commissaires juifs, j'ai systématiquement donné l'ordre de tuer également les femmes et les enfants de ces partisans et de ces commissaires. Je serais un lâche et un criminel vis-à-vis de nos descendants si je laissais grandir les enfants pleins de haine de ces sous-hommes abattus dans le combat de l'homme contre le sous-homme.

Dans les territoires occupés de l'Union soviétique, il y eut des milliers d'Oradour-sur-Glane...

4.3 LE DROIT DE TUER

L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme affirme le droit à la vie. Il est protégé par la loi. Ce droit est l'un des droits les plus importants de la Convention. Sans le droit à la vie, il n'est pas possible de jouir des autres droits de l'homme. Nul ne peut

être condamné à mort ou exécuté par l'Etat. L'abolition de la peine de mort est consacrée par le Protocole n°6 à la Convention.

Pour les Nazis, il existe au contraire un droit de tuer, même en dehors de l'état de guerre.

Avant de tuer les faibles et les nuisibles, il faut les empêcher de se reproduire. C'est-à-dire, les stériliser¹³.

Une loi du 14 juillet 1933 institue les « tribunaux de santé héréditaires » qui sont compétents pour prendre cette décision. Les délibérations ont lieu à huis clos. 400 000 personnes seront stérilisées en douze ans. Le Professeur Falk Ruttke, titulaire de la chaire « Race et droit » de l'Université d'Iéna et rédacteur de la loi, déclare :

« Être malade n'est pas une honte, mais il est incompatible avec notre conception morale qu'une hérédité malade soit transmise aux générations ultérieures ».

Le Corps Noir, le périodique de la SS, explique qu'il s'agit d'une loi humaine : elle décharge les familles de soins très difficiles et permet d'affecter du personnel sanitaire dans des emplois plus utiles. Ce qui est moral, c'est ce qui bénéficie à la préservation raciale du peuple allemand.

En 1933, Wilhelm Frick, le ministre de l'Intérieur tient un discours:

« La science de l'hérédité nous donne le droit, mais nous impose aussi l'obligation morale d'exclure les malades héréditaires de la procréation. Nous n'avons pas le droit de nous laisser détourner de ce devoir par l'amour du prochain mal compris ou par des réserves d'ordre religieux, qui reposent sur les dogmes des siècles passés. »

Le docteur Goebbels, ministre de la Propagande s'exprime dans le même sens:

« Nous ne partons pas de l'individu. Nous ne pensons pas qu'il faille rassasier les affamés, donner à boire à ceux qui ont soif et vêtir ceux qui sont nus. Ce ne sont pas des motifs valables à nos yeux. Nos motifs sont d'une tout autre nature, ils peuvent être résumés ainsi de manière lapidaire: « Nous devons avoir un peuple sain pour nous imposer dans le monde ».

Il faut bien comprendre que la législation nazie a des antécédents. Depuis des décennies en France et en Angleterre, on tient de tels raisonnements, mais on ne légifère pas. En France, en 1935, Alexis Carrel, prix Nobel de médecine¹⁹¹², propose de créer un « établissement euthanasique pourvu de gaz appropriés. ». En Angleterre (en 1936) aux États-Unis (au Nebraska, 1937), des projets de loi d'euthanasie « volontaire » furent déposés, mais jamais votés. Le 14 janvier 1933, le régime nazi fait passer une loi « sur la transmission des

¹³ LECA, Antoine. **L'ordre sanitaire national-socialiste**: rémanence, résilience et récurrences au XXI^e siècle: manuel anti-nazi. Bordeaux: LEH édition, 2016.

maladies héréditaires » qui concerne la stérilisation obligatoire des malades mentaux, sans parler formellement d'euthanasie. En octobre 1939, nouvelle étape : Hitler prend la décision de faire assassiner les malades héréditaires, handicapés physiques et mentaux : suivant l'euphémisme nazi, c'est la « mort miséricordieuse ». Six premières chambres à gaz vont commencer à fonctionner au début de 1940. Dans *Mein Kampf*, Hitler avait posé les bases du programme :

«L'État doit faire comprendre à l'individu, par l'éducation, que ce n'est pas une honte, mais un malheur digne de pitié, d'être malade et faible, mais que c'est un crime par contre, et une honte, de déshonorer ce malheur par son égoïsme »¹⁴.

L'euthanasie n'avait pour adversaires irréductibles que l'Eglise et l'Union soviétique¹⁵.

Eugen Stähle, un médecin membre du parti nazi et responsable dans le Wurtemberg de l'exécution de cette décision répond à un pasteur protestant qui dénonçait ses crimes :

Là où la volonté de Dieu règne vraiment, c'est-à-dire en pleine nature, on ne trouve pas de trace de pitié pour ce qui est faible et malade. Le cinquième commandement « Tu ne tueras point » n'est pas un commandement de Dieu, mais une invention juive au moyen de laquelle les Juifs, les plus grands meurtriers que l'histoire ait connus, tentent toujours d'empêcher leurs ennemis de se défendre efficacement.

Le Corps noir, le journal de la SS, est encore plus explicite :

Quand quelqu'un dit que l'homme n'a pas le droit de tuer, répondons-lui que l'homme a encore cent fois moins le droit de gâcher le travail de la nature et de garder en vie un être qui n'est pas né pour vivre. Ça n'a rien à voir avec l'amour chrétien du prochain, car, par « prochain », on entend seulement l'être humain capable de ressentir l'amour qu'on lui prodigue. On devrait faire une loi qui rende ses droits à la nature. La nature laisserait mourir de faim un être incapable de vivre. Nous voulons être plus humains et lui administrer une mort sans souffrances. Ceux qui se vantent de leur humanité sont habituellement des individus qui ne font rien pour préserver la force de la race et qui préfèrent un idiot baptisé à un païen plein de santé. De la phrase de l'Évangile de Matthieu, 5,3, « Heureux les simples en esprit », nul homme raisonnable ne peut induire des droits pour les idiots ici-bas. Nul, par contre, ne leur conteste leurs droits au-delà : le royaume des cieux leur est grand ouvert. Nous nous tenons bien droits, les deux pieds sur cette terre, et c'est elle que nous voulons régir. Nous ne confessons pas la même foi que ceux qui disent : « Notre Royaume n'est pas de ce monde. » Nous leur laissons volontiers la liberté de régner sur leur au-delà.

¹⁴ HITLER, Adolf. **Mon Combat**: Mon combat. Paris: Nel édition , 1934, p. 402-403.

¹⁵ Le 4 mai 1935, oubliant les millions de morts du Goulag, Staline avait même proclamé: « *L'homme est notre capital le plus précieux* ».

Bien sûr, c'est dans de tels textes qu'il faut également trouver le fondement idéologique de la Shoah qui commencera quelques années plus tard.

On aurait tort de croire que ces idées ont été totalement éradiquées, même à notre époque. En 2004, Régis Debray suggérait qu'il serait plus économique de regrouper les personnes âgées-à quelques exceptions près- dans ce qu'il faut bien appeler des camps de concentration :

Les vieillards pourraient être regroupés sur un site où seraient concentrés les moyens médicaux appropriés, avec toutefois un peu de souplesse, comme la faculté offerte d'exempter du bioland, les personnes âgées assujetties à l'impôt sur la fortune, les académiciens et les décorés de quelques ordres¹⁶.

On peut noter avec Antoine Leca¹⁷ que la dévaluation de la personne morte ouvre la voie à la possibilité de prélèvements non consentis, notamment pour la réalisation de greffes sur des vivants. (En Chine, la pratique est courante : il arrive qu'avant même leur exécution on prélève des organes sur les condamnés ; ce marché des organes est également florissant en Inde). Planiol avait écrit : « Les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien »¹⁸. Le Doyen Carbonnier ajoutera : « Cette vérité est si affreuse que l'on s'efforce de la dissimuler »¹⁹.

On peut également noter la possibilité de dérives du droit à l'avortement. Un amendement a été adopté par l'Assemblée nationale en catimini dans la nuit du 31 juillet 2020, en seconde lecture du projet de la loi bioéthique. D'après cet amendement, pendant neuf mois, soit la durée totale de la grossesse, il est permis d'interrompre une grossesse pour détresse psychosociale : « quand la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme enceinte, ce qui inclut des situations de détresse psychosociale ». La décision doit être prise par un collège médical, composé de quatre professionnels de santé.

Comme l'ont noté certaines associations, la détresse psychosociale est un critère relativement flou. Quoi qu'il en soit, tout ceci montre l'opposition irréductible entre le nazisme et les principes de la Révolution française.

¹⁶ Cf. DEBRAY, Régis. **Le plan Vermeil**: modeste proposition. Paris: Gallimard, 2004 ; « Qui a peur des « vieux » ?, Régis Debray contre la dictateur du jeunisme », *Le Point*, numéro 16 74, 14 octobre 2004.

¹⁷ LECA, Antoine. **L'ordre sanitaire national-socialiste**: rémanence, résilience et récurrences au XXI^e siècle: manuel anti-nazi. Bordeaux: LEH édition, 2016, p.162-163.

¹⁸ PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit Civil**. Paris: F.Pichon, 1904. (Tome I première édition, 1899), p. 45.

¹⁹ CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. Paris: Presses universitaires de France, 20. Ed. 1996.

Cf. également: Norbert ROULAND Les morts et le droit: variations anthropologiques, dans *Mél.G. Duby, IV* (1992), 29-44.

On aurait cependant tort de croire que ces principes inhumains étaient imposés au peuple allemand par les seules force ou peur de la répression. Les classes populaires retirèrent de nombreux avantages de l'arrivée au pouvoir des nazis²⁰.

Le Front du travail, crée en 1934 pour représenter à égalité les délégués patronaux et ouvriers rassemble 25 millions de salariés, dispose de 45 000 permanents et d'un budget triple de celui du parti nazi. C'est une entreprise de pacification et de cohésion sociale. Il comporte un bureau « Beauté du travail ». Son objectif est de rendre le quotidien allemand beau. Il faut rendre les lieux de travail agréables et esthétiques : baies vitrées ouvertes sur l'extérieur, jardins, terrains de sport, piscines, etc. Ce programme s'inspirait d'une réflexion menée notamment aux États-Unis sur la dépolitisation des rapports de travail à partir de l'idée d'usine-jardin. Les loisirs sont aussi l'objet de l'attention, par le biais du programme La Force par la joie (Kraft durch die Freude). On offre à des millions d'Allemands issus des classes populaires à des prix modiques des places de théâtre, de cinéma et d'opéra. Le Kdf comporte un « Bureau voyage, promenade et vacances » qui constitue sa vitrine. C'est l'inauguration du tourisme de masse : séjours régionaux courts, nationaux à la mer ou à la montagne, ou même internationaux. Sont organisées des croisières dans des paquebots « sans classes » vers Madère ou les fjords norvégiens, qui ne concerneront en définitive qu'un peu plus de 100 000 ouvriers sur 750 000 passagers entre 1934 et 1939. Néanmoins, ce fut un succès dans la mesure où les séjours touristiques et les soirées culturelles étaient encore très largement conçus comme des privilèges de la bourgeoisie. On pouvait croire que la « Communauté du peuple » était en voie de réalisation.

Pourvu qu'on ne soit ni juif, ni socialiste déclaré, ni homosexuel notoire, on pouvait survivre. Il fallait simplement faire profil bas et donner des gages de soumission. Beaucoup adoptèrent « cette manière d'être petit ». Les juristes engagés allèrent beaucoup plus loin²¹.

5 LES INFLUENCES DU DROIT NAZI EN FRANCE

Il faudrait citer l'attitude de nombreux professeurs de droit français pendant l'occupation allemande quant aux statuts des Juifs promulgués par l'État de Vichy. Sans être

²⁰ Cf. BRUNETEAU, Bernard. Le projet totalitaire de cohésion sociale: l'exemple de la "communauté du peuple" nazie. FABERON, Florence. **De la cohésion sociale**: théories et pratiques. Éditions Recherches sur la cohésion sociale, 2020, p. 88sq.

²¹ Cf. JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 81.

nécessairement partisans de la collaboration, ceux-ci envisageaient ces statuts comme un nouvel objet juridique, à commenter d'un point de vue purement technique...

Les grandes revues avaient créé une rubrique sur les lois antijuives, et publiaient et commentaient la jurisprudence²².

On trouve aussi des travaux de doctorat. Trois professeurs de renom, Achille Mestre, Georges Scelle, et Pierre Lampué, ont dirigé à Paris une thèse de doctorat sur « La qualification juive », présentée le 15 décembre 1942. Deux auteurs retiennent particulièrement l'attention, parce qu'ils ont par la suite joué un grand rôle, dans l'université, et bien au-delà : Maurice Duverger et –hélas ! Jean Carbonnier, que j'ai connu plus tard et qui était un homme que j'ai beaucoup apprécié, très ouvert envers l'anthropologie juridique²³. Ils ont tous deux été des piliers de l'Université française, publiant les ouvrages de référence pour des générations d'étudiants aux Presses Universitaires de France, comme piliers de la collection Thémis.

Maurice Duverger, aujourd'hui un peu oublié, sera l'un des maîtres du droit public français, et éditorialiste au journal *Le Monde*. Parmi d'autres, voici un article publié à la *Revue de droit public* de 1942, page 277 : « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 ». Maurice Duverger analyse la question de la qualification juive par le statut, et le grand auteur pointe de sérieuses difficultés.

Si l'on adopte le critère religieux, il est à craindre que la plupart des Juifs ne feignent une conversion apparente, et ne parviennent ainsi à éluder l'application de la loi. Si l'on adopte le critère racial, il est très difficile de déterminer les caractères qui permettront d'établir l'appartenance ou la non-appartenance à la race juive : la définition scientifique de la race, d'après les caractères ethniques, étant impossible à utiliser, on en sera réduit au système de la déclaration, qui ouvre la porte à toutes les contestations. (...) La présomption de race qui est attachée à l'appartenance à la religion juive ne peut être renversée par la preuve contraire ? Il s'agit donc également d'une présomption irréfragable ou, comme disent les civilistes, d'une présomption juris et de jure.

²² Les tables des grandes revues juridiques témoignent de cette activité éditoriale, et l'on peut notamment citer : Gaston Jèze, La définition légale du juif au sens des incapacités légales, *Revue de droit public*, 1944, page Joseph Haenning, « Quels moyens de preuve peuvent être fournis par le métis juif pour établir sa non-appartenance à la race juive ? », *Gazette du Palais*, 1943, Doctrine, page 31, et « L'incidence de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat sur la définition du métis juif », *La Gazette du Palais*, 1942, 2, Doctrine, page 37.- Jacques Archevêque, avocat à la cour, « La propriété commerciale et les questions juives », *Gazette du Palais*, 1942, Doctrine, page 33 - Edmond Bertrand, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, « Du contrôle judiciaire du dessaisissement de juifs et de la liquidation de leurs biens (étude critique de jurisprudence) », *JCP* 1943, I, 354 ; - P. Charrier, Vice-président du tribunal civil de Bordeaux, « Le renouvellement des baux des commerces juifs », *Gazette du Palais*, 1942, Doctrine, page 69 ; - Maurice Caillez, Docteur en droit, « Les lois des 2 juin et 17 novembre 1941 sur les juifs », *Gazette du Palais*, 1941, Doctrine, page 122 ; - E.-H. Perreau, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Toulouse, Le nouveau statut des juifs en France, *JCP* 1941, I, 216.

²³ Cf. ROULAND, Norbert. *L'anthropologie juridique française dans le monde contemporain*. Revue de la recherche juridique, 2018.

Jean Carbonnier a écrit de nombreux ouvrages de sociologie juridique. Ses collègues les lui pardonnaient car c'était par ailleurs un grand civiliste (j'ai étudié dans ses manuels), inspirateur du droit de la famille, jusqu'aux années 1990.

Jean Carbonnier a attendu la fin 1943 pour commenter les lois anti juives, en commentant un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 9 juillet 1943. Était en cause un arrêté du 11 août 1941 par lequel le préfet de la Haute-Savoie, afin d'assurer l'application de la législation sur les juifs, avait prescrit la mention de la religion des voyageurs sur les fiches d'hôtel (Conseil d'Etat, 9 juillet 1943, Ferrand, Dalloz critique, Jurisprudence, page 160). Un voyageur avait refusé de donner cette indication, tout en offrant de déclarer qu'il n'était pas juif. Il avait fait l'objet d'une procédure pénale, et à l'occasion de celle-ci, il a incidemment saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir contre cette mesure. Le Conseil d'Etat annule l'arrêté préfectoral, fondant sa décision sur l'étendue des pouvoirs de police du préfet. Le préfet était allé au-delà, et l'arrêté est annulé.

Jean Carbonnier n'est pas convaincu par cette analyse fondée sur les fondamentaux de la légalité administrative, et il regrette que l'affaire n'ait pas été appréhendée sous l'angle de la liberté de conscience. En effet, explique l'auteur, cette législation ayant une portée « purement raciale », elle ne peut permettre cette inquisition sur ce qui relève de la liberté de conscience.

Si le préfet voulait, pour assurer l'application de la législation relative aux juifs, être à même de suivre leurs déplacements dans les hôtels, l'obligation générale faite aux voyageurs d'indiquer leur religion n'était pas, à cette fin, ni suffisante, ni nécessaire. Elle n'était pas suffisante car on pouvait être juif au sens de la loi du 2 juin 1941 sans professer la religion israélite. « Surtout, elle n'était pas nécessaire ; sa généralité imposait à la très grande majorité des voyageurs un trouble inutile. C'était assez de la question précise : Etes-vous de race juive ? » L'arrêt ajoute toutefois que la question : « Pratiquez-vous la religion juive ? » aurait pu, à la rigueur, être posée. Mais cela est très douteux, car, si l'article 1° de la loi du 2 juin 1941 faisait bien intervenir la religion juive de l'individu pour la détermination de sa qualité de juif, ce n'était qu'à titre d'élément subsidiaire, en combinaison avec la race des grands-parents.

Ensuite Jean Carbonnier explique ensuite pourquoi il aurait été préférable d'annuler l'arrêté en visant la protection de la liberté de conscience : la loi s'en prend à la race, pas à la pratique religieuse. L'auteur rappelle les termes de l'article 1° de la loi du 9 décembre 1905 – La République assure la liberté de conscience – pour pousser son raisonnement, et souligner les mérites de la « législation touchant les juifs » qui n'est que « purement raciale ».

Malgré les vicissitudes politiques, ce texte (la loi de 1905) doit être considéré comme toujours en vigueur. Aussi bien, personne, aujourd'hui, ne conteste plus, du moins dans son principe, la liberté de conscience, la liberté des opinions religieuses. Il est même remarquable que, à une époque où, un peu partout dans le monde, le non-conformisme est pourchassé de la plupart des domaines, il n'est guère d'Etat qui n'affiche, pour toutes les croyances et toutes les incroyances religieuses, un libéralisme presque insultant. C'est ce qui explique, notamment, que, lors de l'élaboration de la législation touchant les Juifs, ses auteurs aient pris soin d'affirmer, à plusieurs reprises, que cette législation avait une portée purement raciale, et qu'elle ne devait aucunement être interprétée comme une atteinte à la liberté de religion, réputée intangible.

Un commentaire difficile à admettre, même avec le recul nécessaire du temps.

Il est publié à la fin du premier trimestre 1944. A cette époque, la législation française antijuive a pris toute son ampleur : en 1941, avec le second statut, le recensement obligatoire, la politique d'aryanisation de l'économie, et la mention « Juif » sur les cartes d'identité.

Ensuite, si l'ampleur exacte de la politique d'extermination nazie est inconnue, si la destination finale des convois n'est pas ignorée, on ne pouvait ignorer ni la rafle du Vel d'Hiv, en juillet 1942, ni les déportations massives de Juifs étrangers internés dans les camps régis par la loi du 4 octobre 1940, ni les protestations de l'Eglise.

Pour l'avoir connu sur la fin de sa vie, et entretenu une correspondance avec lui, je peux témoigner que le Doyen Carbonnier était un homme de bien et un grand savant, de surcroît d'une modestie qui n'est pas toujours l'apanage des collègues de sa stature. En plus, c'était un chrétien convaincu et une grande personnalité de l'Eglise protestante en France. Mais dans la première moitié du XXe siècle, l'antisémitisme était un état d'esprit assez répandu en Europe et ne prenait pas nécessairement les formes de la barbarie nazie. Ce n'est sans doute pas une excuse (d'autres grands universitaires comme Léon et Henri Mazeaud firent des choix inverses), mais c'est une explication. En tout cas et surtout, cet exemple montre ce à quoi peut conduire une vision purement positiviste et technique du droit²⁴... plus largement, et contrairement à des théories bien-pensantes, je me suis plusieurs fois exprimé dans mes écrits sur le fait que pour moi il y avait bien un droit nazi. Un champignon peut être vénéneux, il ne cesse pas pour autant d'être un champignon. Et une grande partie du droit romain était consacrée à la réglementation de l'esclavage. Le grand Aristote lui-même a écrit qu'il y avait des esclaves par nature.

A titre de comparaison on peut s'interroger sur l'existence d'un droit soviétique.

²⁴ Sur ces questions, cf. LOCHAK, Daniele. L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous Vichy. [S.L]: **Le Genre humain**, p. 433-462, 1996.

6 LE DROIT SOVIÉTIQUE

Le droit soviétique est parfois qualifié d'« oxymore » en raison de sa propension à ignorer les règles de l'« État de droit », expression elle-même considérée comme un pléonisme par les positivistes, en particulier dans la lignée de Kelsen, dans la mesure où tout État serait constitué de normes juridiques, quand bien même il ne respecterait pas le principe de légalité et d'autres principes jugés fondateurs de la démocratie libérale.

À cet égard, l'URSS disposait bien d'un système juridique, organisant les institutions politiques (droit public) et les rapports interpersonnels (droit privé), bien que Lénine, qui avait fait des études de droit, ait proclamé : « En URSS, il n'y a plus que du droit public, plus de droit privé ».

C'était avant la NEP...

L'arbitraire de la police, et notamment de la police politique (Tchéka, KGB, etc.), fonde l'argumentation de ceux prétendant qu'il n'y avait pas de droit soviétique, dans la mesure où celui-ci n'était pas appliqué.

Cela concerne cependant le domaine des libertés publiques, et même dans ce domaine, certaines normes juridiques avaient cours : la loi du 8 juin 1934 sur la trahison de la patrie, pour arbitraire qu'elle soit en ce qu'elle institue notamment le concept de responsabilité collective, n'en encadre pas moins la répression politique, ou, plutôt, légalise celle-ci. Si certains affirment que la loi ne respecte pas le principe de légalité en raison du caractère flou du concept de « trahison de la patrie », d'autres ont pu faire le même reproche au concept d'« association de malfaiteurs en vue de commettre un acte terroriste » prévu depuis 1996 par le Code pénal français. Ceci conduit à souligner qu'il est difficile de déduire de l'observation de la présence d'un concept flou dans une disposition législative pénale, ou du caractère arbitraire d'une loi, le caractère « non-juridique » de l'ensemble du système.

La dénégation de l'existence d'un « droit soviétique » apparaît ainsi comme relevant d'une critique politique et morale de l'injustice du système, fondée ou non sur une conception jusnaturaliste, davantage que d'une analyse juridique et positiviste des dispositions légales et réglementaires du système. Elle soulève par ailleurs des questions plus théoriques et générales, portant par exemple sur le concept même d'une « loi arbitraire » : quand bien même un tel concept serait contradictoire, on ne peut nier l'existence de telles lois que sur un plan théorique, moral et politique. Au niveau empirique, « la loi est la loi », et il faut donc lui obéir. Personne ne peut nier qu'il existe, ou puisse exister, de telles lois.

Par ailleurs la lecture de *L'Archipel du Goulag*²⁵ permet de prendre connaissance des particularités du droit pénal soviétique (art. 58 du code pénal de 1926), d'une application de plus en plus extensive. Cet article comprenait 14 paragraphes. Par exemple, le paragraphe 10 réprimait: « La propagande ou l'agitation contenant un appel à renverser le pouvoir soviétique, à lui porter atteinte ou à l'affaiblir ».

Par extension jurisprudentielle on pouvait y assimiler une conversation amicale, conjugale, en tête-à-tête, ou bien une lettre privée. Les juristes soviétiques soulignaient qu'ils ne distinguaient pas l'intention du crime lui-même et qu'en cela résidait la supériorité de la législation soviétique sur la législation bourgeoise. Entré en application en 1927, cet article produisit tous ses effets à partir de 1937 et des grandes purges. L'enfermement était causé non par la culpabilité, mais par les besoins en main d'œuvre. Chaque circonscription territoriale se voyait fixer un quota de condamnations à atteindre. À l'université, il suffisait qu'un étudiant dise qu'un professeur citait surtout Lénine ou Marx, mais pas Staline, pour qu'il soit arrêté. Un individu partit même au Goulag parce qu'il était le sosie de Staline. Celui-ci faisait même arrêter les enfants de ses ennemis politiques. C'est ce que le Doyen Carbonnier avait nommé :« la peine décrochée du délit ».²⁶

On trouve des témoignages hallucinants sur ce qui se passe encore à l'heure actuelle dans les camps de concentration nord-coréens²⁷. Shin, un enfant né au camp, dénonce sa mère qui a voulu tenter de s'évader avec son frère. Il assiste à sa pendaison avec un sentiment de justice, puisque le règlement du camp, appris obligatoirement par cœur, exige que toute tentative d'évasion soit dénoncée, sous peine de mort. Par la suite, il s'enfuira de Corée du Nord, mais il aura beaucoup de peine à comprendre ce que signifie un sentiment comme l'affection.

7 CONCLUSION : CONTRE L'IDEALISME DU DROIT

Au-delà de circonstances historiques différentes, ces exemples s'inscrivent en faux contre les théories idéalistes du droit.

²⁵ Cf. SOLJENITSYNE, A. *L'Archipel du Goulag*. Paris: Le Seuil, 1974, p. 51sq. Du même auteur: *Une journée d'Ivan Denissovitch*, Paris, Laffont, 2015.

²⁶ Sur ces questions, cf. (en russe) : V.N.KOUDRIATSEV- V. N.TROUSSOV , *La justice politique en URSS*, Moscou 2000, 364 p. Saint - Petersburg 2002 (2me édition) 383 p.

²⁷ Cf. HARDEN, Blain. *Rescapé du Camp 14*: de l'enfer nord-coréen à la Liberté. [França]: 10/18, 2013.

Comme l'écrit O. Jouanjan²⁸, il ne faut pas fétichiser le droit pour l'affubler de la bannière du juste. Le droit n'est qu'une pratique sociale, fondée sur du discours, qui peut violer tous les codes de justice. Pour lui, il n'est même pas besoin d'aller jusqu'au droit nazi ou un quelconque autre droit totalitaire : le sentiment le plus commun face aux pratiques juridiques, c'est celui de l'injustice. Dans le droit nazi, l'injustice prend une dimension exponentielle. Il poursuit :

Penser un droit monstrueux, c'est s'aventurer jusqu'aux confins du droit. Le positivisme radical d'Hans Kelsen, le pire ennemi des juristes nazis, au moyen de sa théorie de la « norme fondamentale », une norme qui n'est pas posée, vide de toute substance, qui n'est que la présupposition logique que l'on fait de la validité d'un ordre juridique, nous dit à sa manière que le fondement ultime du droit est un lieu vide. Il est donc aussi ouvert, ouvert à tout travail de remplissage conceptuel au cours duquel le juriste manipulera des contenus qui lui viendront notamment de la philosophie, de la morale des sciences sociales de la politique²⁹.

Longtemps après le droit romain où les raisonnements sur l'esclavage tiennent une très large place, le XXe siècle a bien montré que le droit pouvait être un outil des régimes totalitaires. Et dans notre siècle, certains États perpétuent ces exemples : les droits de l'Homme sont mortels.

Les exemples cités ici révèlent également que la notion de morale elle-même est très relative³⁰. La morale des droits de l'homme n'a rien à voir avec celle des juristes nazis. Ils proclamaient qu'ils étaient jusnaturalistes et qu'on en avait enfin fini avec le positivisme. Mais de quelle Nature s'agit-il ? La notion de Nature est soumise à bien des interprétations. Il existe une énorme distance entre la conception fondamentalement optimiste de Jean-Jacques Rousseau de la Nature, et celle des nazis, qui y voyaient la lutte éternelle et impitoyable des forts contre les faibles.

REFERENCES

BRUNETEAU, Bernard. Le projet totalitaire de cohésion sociale: l'exemple de la "communauté du peuple" nazie. FABERON, Florence. **De la cohésion sociale**: théories et pratiques. Éditions Recherches sur la cohésion sociale, 2020.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. Paris: Presses universitaires de France, 20. Ed. 1996.

CHAPOUTOT, Johann. **Comprendre le nazisme**. Paris: Tallandier, 2020.

²⁸ Cf. CHAPOUTOT, Johann. **Comprendre le nazisme**. Paris: Tallandier, 2020, p. 15.

²⁹ CHAPOUTOT, Johann. **Comprendre le nazisme**. Paris: Tallandier, 2020, p.18-19.

³⁰ Cf. ROULAND, Norbert. La morale à l'épreuve de la diversité culturelle. **Revue de la Recherche Juridique**, v. 4, n. 164, p. 1483-1497, 2016.

CHAPOUTOT, Johann. **La loi du sang-Penser et agir en nazi**. Paris: Gallimard, 2014.

DEBRAY, Régis. **Le plan Vermeil**: modeste proposition. Paris: Gallimard, 2004.

HALPÉRIN, Jean-Louis. **Histoire de l'état des juristes**: Allemagne, XIXe-XXe siècles. [França]: Editions Classiques Garnier, 2015.

HARDEN, Blain. **Rescapé du Camp 14**: de l'enfer nord-coréen à la Liberté. [França]: 10/18, 2013.

HITLER, Adolf. **Mon Combat**: Mon combat. Paris: Nel édition , 1934.

INGRAO, Christian. **Croire et détruire-Les intellectuels dans la machine de guerre SS**. Paris: Fayard 2010.

JOUANJAN, Olivier. **Justifier l'injustifiable**: L'ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses universitaires de France, 2017.

KOUDRIAVTSEV, V.N. **La justice politique en URSS**. Moscou: Saint – Petersburg, 2000.

LECA, Antoine. **L'ordre sanitaire national-socialiste**: rémanence, résilience et récurrences au XXIe siècle: manuel anti-nazi. Bordeaux: LEH édition, 2016.

LOCHAK, Daniele. L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous Vichy. [S.L]: **Le Genre humain**, p. 433-462, 1996.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit Civil**. Paris: F.Pichon, 1904. (Tome I première édition, 1899).

ROULAND, Norbert. **L'anthropologie juridique française dans le monde contemporain**. Revue de la recherche juridique, 2018.

ROULAND, Norbert. La morale à l'épreuve de la diversité culturelle. **Revue de la Recherche Juridique**, v. 4, n. 164, p. 1483-1497, 2016.

SOLJENITSYNE, A. **L'Archipel du Goulag**. Paris: Le Seuil, 1974.