

INTERPRÉTATION DE LA LOI ET PERVERSION DU DROIT

Christian ROQUES[°]

Résumé :

Cet article vise à contribuer à la réception des analyses de Bernd Rüthers en France. Depuis trente ans, cet historien du droit a profondément renouvelé l'étude de la crise du droit sous le national-socialisme en mettant en évidence un élément crucial : la subversion du droit par les nationaux-socialistes passa moins par la promulgation de lois spécifiquement nazies que par la réinterprétation du corpus existant dans « l'esprit du national-socialisme ». Partant d'une présentation détaillée des éléments clés de l'analyse de Rüthers – mettant en avant les procédés méthodologiques de la « perversion du droit » –, l'article se propose ensuite de replacer ceux-ci dans le contexte historique qui les a vus émerger, ce qui permet d'apprécier la rupture qu'ils introduisent par rapport à la tradition alors dominante, qui consistait à répondre à la crise du droit par la mise en accusation du positivisme juridique. Cette remise en cause de schémas explicatifs trop simplistes permet d'attirer l'attention vers les dangers inhérents à la science juridique, et l'article se conclut sur l'actualité des problématiques mises en évidence par l'étude du cas national-socialiste. Le premier rempart contre une nouvelle crise du droit semble être une conscience méthodologique nettement plus développée qu'elle ne l'est aujourd'hui au sein de la science juridique.

Mots-clés : Bernd Rüthers, perversion du droit, droit national-socialiste, méthodologie juridique, interprétation

1. Introduction

Ce n'est qu'en 2000, lors de sa réunion annuelle, que l'Union des professeurs de droit public allemands a abordé, pour la première fois, le sujet du droit public sous le national-socialisme. Dans un article consacré à l'événement, Bernhard Schlinck note, avec une certaine surprise, voire une irritation mal cachée, que, dans la discussion qui suit les interventions des deux rapporteurs, ceux-ci se voient félicités

[°] Agrégé d'allemand ; allocataire à l'Université Paris IV-Sorbonne.

pour leur courage et leur approche historique du sujet¹. Plutôt que d'être proprement choquantes, ces félicitations révèlent surtout à quel point le passé national-socialiste de la discipline est resté un sujet tabou et douloureux, même jusqu'à un passé récent.

Mais il n'est pas étonnant que la même irritation transparaisse dans la nouvelle postface que Bernd Rüthers ajoute à la sixième édition de sa thèse, *Die unbegrenzte Auslegung*, en 2005². Publié une première fois en 1968, cet ouvrage marqua un tournant dans l'histoire de la science juridique allemande. Transgressant la fameuse « limite de la décence » (*Taktgrenze*), qui voulait qu'on n'aborde pas le sujet de peur de blesser des collègues ou des professeurs, le livre fut largement passé sous silence par les tenants de la discipline. Mais il connut un succès indéniable grâce au mouvement étudiant, et initia un retour critique sur le passé de la science juridique, impulsé pour ainsi dire « par le bas ». La période 1968-1978 verra ainsi se multiplier les thèses sur le sujet, notamment la *Geschichte des Reichsgerichts* de Friedrich Karl Kaul en 1971, *Gemeinwohlformeln im Nationalsozialistischen Recht* de Michael Stolleis en 1974 ou encore *Völkisches Rechtsdenken : Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus* de Klaus Anderbrügge en 1978³.

Les analyses de Rüthers, initiées dans *Die unbegrenzte Auslegung*, puis reprises et généralisées en 1991 avec *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*⁴ sont aujourd'hui incontournables pour toute personne s'intéressant à l'histoire du droit allemand de la période 1933-1945. Mais force est de constater que leur réception en France est restée plus que modeste, voire inexistante, et cela malgré l'intérêt que peuvent avoir, même dans un contexte français, les analyses méthodologiques de Rüthers.

Cette contribution prétend donc à un triple objectif : d'abord, présenter les analyses de Rüthers sur les méthodes utilisées par les nationaux-socialistes pour transcrire en droit leur vision du monde ;

-
1. B. Schlink, « Unfähigkeit der Staatsrechtswissenschaft zu trauern ? », *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Francfort, Suhrkamp, 2002, p. 127 et suiv.
 2. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 6^e édition, Tübingen, Mohr/Siebeck, 2005 – désormais cité UA.
 3. Respectivement : Glashütten, Auvermann, 1971 ; Berlin, Schweitzer, 1974 ; Berlin, Dunker & Humblot, 1978.
 4. B. Rüthers, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2^e édition, Munich, Beck, 1989 – désormais cité ER.

ensuite, replacer ces analyses dans le contexte scientifique qui les a vus émerger, donc les replacer dans l'histoire de la discipline de l'histoire du droit allemand d'après-guerre (en ayant en point de mire la manière dont celle-ci a traité le passé national-socialiste de la discipline) ; enfin, tenter de dégager l'actualité des analyses de Rüthers, et le constat qui les porte quant à la situation présente de la réflexion méthodologique en Allemagne.

2. Crise et « rénovation » du droit

Un bon point de départ pour aborder le droit sous le national-socialisme consiste à s'intéresser à la pensée juridique du parti nazi et de ses principaux dirigeants, ainsi qu'à leurs opinions sur la science juridique. Or, pour Rüthers, deux traits marquants se dégagent d'une telle étude.

Premièrement en ressort l'*antijuridisme principiel* du mouvement national-socialiste. En tant que mouvement construit autour du principe fondamental de la soumission au Führer, le national-socialisme ne pouvait que difficilement accepter l'entrave que représentait l'établissement de normes juridiques. Hitler exprima très clairement cette toute-puissance revendiquée pour la volonté du Führer en 1934, dans son discours justifiant les meurtres de Röhm et de ses proches devant le Reichstag :

Si quelqu'un me demande pourquoi nous n'avons pas eu recours aux tribunaux réguliers pour cette condamnation [de Röhm *et al.*], je ne peux que lui répondre : à ce moment j'étais responsable du destin de la nation allemande, et je me trouvais donc le juge suprême du peuple allemand (*des deutschen Volkes oberster Gerichtsherr*).⁵

Quand la nécessité historique l'impose, il n'y a donc plus que la volonté du Führer qui importe. Dans un même ordre d'idées, Hitler

5. *Völkischer Beobachter*, 14 juillet 1934 (cité d'après UA, p. 107) : *Wenn mir jemand entgegenhält, weshalb wir nicht die ordentlichen Gerichte zur Aburteilung herangezogen hätten, dann kann ich ihm nur sagen : In dieser Stunde war ich verantwortlich für das Schicksal der deutschen Nation, und damit des deutschen Volkes oberster Gerichtsherr.*

exposera clairement en 1942 les priorités entre les options du pouvoir et la justice :

De même, j'attends que la justice allemande comprenne que la nation n'est pas là pour elle, mais qu'elle est là pour la nation [...], que l'Allemagne doit vivre et peu importent les conceptions formelles de la justice qui peuvent entrer en contradiction avec cela. [...] Je vais désormais intervenir dans ces cas-là et révoquer les juges qui de manière évidente ne voient pas l'impératif du moment (*das Gebot der Stunde*).⁶

À travers l'opposition classique entre le vitalisme nationaliste d'une part et le formalisme juridique honni d'autre part, se dessine ici la soumission inconditionnelle du droit aux impératifs politiques. La pensée juridique du national-socialisme s'articule donc autour d'une conception utilitariste du droit, qui lui permet d'imposer sa vision du monde dans la réalité sociale :

Le droit de l'État national-socialiste était selon les hommes au pouvoir un *outil* pour assurer la domination totale et, en même temps, pour rendre possible la suppression de toute limitation formelle ou matérielle juridique du pouvoir [...]. C'était du *non-droit* dans son sens le plus vaste d'une négation complète de toute obligation normative. Dans l'histoire du droit allemand une telle conception de l'instrumentalité absolue du droit pour le détenteur d'un pouvoir libre de toute contrainte est sans comparaison.⁷

-
6. *Frankfurter Zeitung*, 28 avril 1942 (cité d'après UA, p. 108) : *Ebenso erwarte ich, dass die deutsche Justiz versteht, dass nicht die Nation ihretwegen sondern dass sie der Nation wegen da ist [...], dass Deutschland leben muss, ganz gleich wie immer auch formale Auffassungen der Justiz dem widersprechen mögen. [...] Ich werde von jetzt an in diesen Fällen eingreifen und Richter, die ersichtlich das Gebot der Stunde nicht erkennen, ihres Amtes entheben.*
 7. UA, p. 110 : *Das Recht des NS-Staates war nach der Vorstellung der Machthaber ein Instrument zur totalen Herrschaft und zugleich zur möglichen Beseitigung jeder formalen und materialen juristischen Machtschranke [...]. Es war Un-Recht im umfassendsten Sinne der Verneinung jeder normativen Bindung. In der deutschen Rechtsgeschichte kennt diese Vorstellung der absoluten Instrumentalität des Rechts für den Gewalthaber ohne jede Bindung kein Vorbild.*

Deuxièmement, ce refus de la norme juridique va de pair avec un *mépris ouvertement affiché* de la part de Hitler pour les juristes et le système judiciaire dans son ensemble. Ainsi, il qualifie, en 1942 (faisant écho à des formulations de Dietrich Eckhart), les juristes d'« idiots finis » (*vollendete Trottel*) et décrit les conceptions juridiques dominantes de « cancers » (*Krebsschaden*)⁸. Les mêmes conceptions dépréciatives se retrouvent chez Göring, Goebbels ou Himmler. En conséquence directe d'une telle conception du droit, les nationaux-socialistes ne disposèrent d'aucun programme juridique bien précis lors de leur accession au pouvoir. De ce fait, leur production législative se limita – dans un premier temps – aux lois assurant leur mainmise sur le pouvoir, mais guère plus.

Même en ne perdant pas de vue que l'intervention national-socialiste est plus ou moins importante selon les domaines du droit (ainsi elle sera plus massive pour le droit pénal que pour le droit fiscal), et que le corpus juridique spécifiquement national-socialiste tend à augmenter avec les années, il reste un fait indéniable : pour l'essentiel du corpus juridique, les nationaux-socialistes reprennent quasiment *en bloc* la législation en vigueur sous la République de Weimar. Ainsi, Rüthers relève que pour l'ensemble du règne nazi l'essentiel de leur corpus législatif propre en matière de droit privé se résume à la loi pour l'organisation du travail national (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*) de 1934, à la loi sur le mariage de 1937 et à la loi sur les testaments de 1938. Pour le reste la référence demeure le *Reichsgesetzbuch (RGB)*, déjà en place sous la République de Weimar. Mais il serait évidemment erroné de penser que cela exprime une adhésion au contenu du droit ainsi repris. Au contraire : « Le programme de la politique juridique du national-socialisme était une profonde "rénovation du droit dans un sens *völkisch*" (*völkische Rechtserneuerung*) sur la base de la vision du monde national-socialiste. »⁹ C'est bien à cet objectif de « rénovation » du droit que vont se consacrer les juristes gagnés à la cause – que ce soient des professeurs déjà reconnus comme Schmitt ou Otto Koellreutter, ou le

8. H. Picker, *Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier, 1941-1942*, G. Ritter (éd.), Bonn, Athenäum, 1951, p. 213.

9. ER, p. 18 : *Das Programm der nationalsozialistischen Rechtspolitik war eine umfassende « völkische Rechtserneuerung » auf der Grundlage der nationalsozialistischen Weltanschauung.*

groupe de jeunes juristes (Huber, Larenz, Michaelis, Maunz, Höhn...) qui sont nommés aux postes laissés vacants par les professeurs révoqués ou forcés à l'exil.

Étant donné la faiblesse du programme législatif national-socialiste et par suite de l'idée que la révision du corpus juridique ne pouvait se faire qu'à long terme, l'attention se focalisa, dans les premières années, sur la science juridique ainsi que sur l'application pratique du droit par les tribunaux. Dans l'effort de « rénovation du droit » la science juridique devait fournir la méthodologie qui permettrait aux juges d'utiliser l'ancien corpus juridique dans un sens favorable au nouveau régime. De ce fait, le gros de la littérature scientifique après 1933 est consacré aux procédés méthodologiques organisant l'application, l'amendement et l'interprétation du droit par les tribunaux. Il s'agit, pour reprendre une expression de Rüthers, de penser « l'application juridique comme remplaçant l'acte législatif » (*Rechtsanwendung als Gesetzgebungsersatz*)¹⁰.

Il identifie pour cela quatre points d'attaque principaux qui s'offrent au nouveau régime pour réaliser son objectif : la mise en place d'un nouvel idéal métapositif du droit (*Rechtsidee*), la prise en compte de nouvelles sources du droit (*Rechtsquellen*), la construction de nouvelles théories de l'interprétation juridique (*Auslegungslehre*) et finalement la mise en place d'une nouvelle conceptualité juridique, fondée sur la pensée juridique en institutions (*institutionelles Rechtsdenken*).

3. Méthodologies de la subversion

Nous allons rapidement exposer ces quatre points et renvoyons au texte de Rüthers pour une démonstration plus détaillée d'éléments qui resteront très généraux dans ce qui suit.

10. ER, p. 22.

3.1. Un nouvel idéal du droit

Rüthers fait d'abord remarquer que le recours à la notion d'idéal du droit présuppose le dualisme entre deux fondements du droit : d'un côté les normes juridiques positives et de l'autre, mais surtout au-dessus, une idée pré- ou métapositive (*vor- und überpositiv*) du droit, une idée qui fixe les idéaux de justice selon lesquels s'orientent toutes les normes juridiques existantes.

Que l'accession au pouvoir de Hitler en 1933 coïncide avec l'avènement d'un nouvel idéal, cela est clairement proclamé par les juristes nationaux-socialistes, dont fut Karl Larenz, qui écrit dans *Rénovation du droit et philosophie du droit allemandes*¹¹ en 1934 : « Le national-socialisme a fait valoir en Allemagne un nouvel idéal, l'idéal du droit spécifiquement allemand. Ce n'est pas là le moindre des aspects qui lui confèrent son importance historique. »¹² Le résultat en est évident pour Hans Stoll : « Les ordonnances du BGB demeurent, mais elles se voient conférées, par "l'idée du droit centrale" du mouvement triomphant, un nouvel objectif. »¹³ Il y a bien une nouvelle finalité attribuée à l'application du texte de la loi : repenser, à partir de textes formellement inchangés, la justice et le droit dans l'esprit du national-socialisme.

À noter que cette mise en avant d'un nouvel idéal, qui fonde le « droit » national-socialiste, se double d'une deuxième dynamique qui consiste à élargir le sens du mot « droit » au-delà de sa signification « trop étroite » et à le faire déborder sur des significations réservées jusqu'alors à d'autres sphères. Comme l'écrit Larenz : « Avec la levée de la séparation entre droit, coutume et morale, la loi comme source du droit se trouve replacée dans le contexte des expressions de vie du

-
11. K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1934.
 12. *Ibid.*, p. 38 (cité d'après UA, p. 118) : *Der Nationalsozialismus hat in Deutschland eine neue, die spezifisch deutsche Rechtsidee zur Geltung gebracht. Nicht zum mindesten darin liegt seine weltgeschichtliche Bedeutung.*
 13. H. Stoll, « Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht », *Deutsche Juristen Zeitung*, 1933, col. 1231 (cité d'après UA, p. 118) : *Die Vorschriften des BGB bestehen noch, aber sie erhalten durch die « zentrale Rechtsidee » der siegreichen Bewegung eine neue Zielsetzung.*

peuple [...]. »¹⁴ Ce cloisonnement des différents champs de la « vie du peuple » est généralement perçu comme une conséquence de la vieille pensée libérale. Lutter contre le « formalisme » juridique de l'État libéral permet donc aussi à la nation de retrouver l'unité organique de ses manifestations.

Il faut bien voir que ces considérations « scientifiques » trouvent des applications très concrètes dans les jugements prononcés à l'époque. Ainsi le *Oberlandesgericht* (OLG) de Jena stipule-t-il dans un jugement sur la recevabilité des plaintes concernant la généalogie raciale : « Le droit national-socialiste a pour but de servir la vision du monde national-socialiste. Le but de cette vision du monde, et par là du droit, est le maintien de la pureté, la survie, la protection et la promotion du peuple allemand. »¹⁵ On retrouve bien là un « concept idéologiquement fonctionnel du droit » (Rüthers) défendu par un juriste comme Larenz quand il écrit qu'une loi ne peut plus être considérée comme juridiquement contraignante « à partir du moment où elle est devenue incompatible avec son fondement même, l'idéal du droit *völkisch* »¹⁶. Le nouvel idéal du droit permet donc de déclarer obsolètes ou invalides les lois de l'ancien corpus juridique, dont on « constate » l'incompatibilité avec les objectifs politiques du régime.

3.2. De nouvelles sources du droit

L'affirmation de la préséance du nouvel idéal sur toute loi positive instaure un dualisme entre le droit et la loi. Et de ce fait, la loi s'estompe comme source du droit au profit de nouvelles sources, nettement plus riches pour la pensée juridique *völkisch* :

-
14. K. Larenz, dans G. Dahm (dir.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1935, p. 9 et suiv. (cité d'après UA, p. 120) : *Mit der Überwindung der Trennung von Recht, Sitte und Sittlichkeit wird auch das Gesetz als Rechtsquell wieder hineingestellt in den Zusammenhang der Lebensäußerungen des Volkes [...]*.
 15. *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, p. 711 (cité d'après UA, p. 121) : *Das nationalsozialistische Recht hat der Verwirklichung der nationalsozialistischen Weltanschauung zu dienen. Ziel dieser Weltanschauung und damit Zweck des Rechts ist die Reinerhaltung, Erhaltung, Schutz und Förderung des deutschen Volkes.*
 16. K. Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1938, p. 26 (cité d'après ER, p. 26) : *[Das Gesetz ist nicht mehr rechtsverbindlich] wo es mit seinen eigenen Grundlagen, mit der völkischen Rechtsidee schlechthin unvereinbar geworden ist.*

1. *Le Führer et toutes les expressions de sa volonté* – étant donné qu'il est considéré comme porté au pouvoir par la Providence. Le troisième des « Principes directeurs concernant la position et les devoirs du juge » rédigés par Georg Dahm, Richard Eckhardt, Heinrich Höhn, Paul Ritterbusch et Wolfgang Siebert en 1936 stipule ainsi :

Face à des décisions du Führer, qu'elles soient présentées sous la forme d'une loi ou d'une ordonnance, le juge ne dispose d'aucun droit de contrôle. [...] Le juge est aussi obligé par d'autres décisions du Führer, dans la mesure où elles expriment indubitablement la volonté de fonder du droit.¹⁷

Cette justification juridique de l'arbitraire politique du Führer trouvera son aboutissement ultime dans la justification par Schmitt des meurtres de Röhm et de son entourage : « Le Führer protège le droit face aux utilisations les plus abusives, quand, au moment du danger, grâce à sa qualité de guide en tant que juge suprême, il crée immédiatement du droit. »¹⁸ Rüthers relève que pour pouvoir classer cette nouvelle forme de génération du droit par l'utilisation immédiate de la violence, on crée, à côté du « droit coutumier » déjà existant, une nouvelle catégorie : le « droit d'action » (*Tatrecht*) de la direction politique¹⁹. La volonté du Führer a donc priorité absolue sur toute autre source du droit.

2. « La communauté populaire raciale » (*die artbestimmte Volksgemeinschaft*). L'idée que le droit trouve son fondement dans la race et le peuple est une idée forte de la théorie juridique après 1933. Dans ses formes les plus « nobles », cette argumentation se réfère soit au *Volksgeist* de Hegel, soit aux théories de l'école historique du droit

-
17. « Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters », *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, p. 124 (cité d'après ER, p. 29) : *Gegenüber Führerentscheidungen, die in die Form eines Gesetzes oder einer Verordnung gekleidet sind, steht dem Richter kein Prüfungsrecht zu. [...] Auch an sonstige Entscheidungen des Führers ist der Richter gebunden, sofern in ihnen der Wille, Recht zu setzen, unzweideutig zum Ausdruck kommt.*
 18. C. Schmitt, « Der Führer schützt das Recht », *Deutsche Juristenzeitung*, 1934, col. 946 (cité d'après UA, p. 129 ; traduction française : « Le Führer protège le droit », Cités. Philosophie, politique, histoire, n° 14, 2003) : *Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.*
 19. Voir Hildebrandt, *Rechtsfindung im neuen deutschen Staate. Ein Beitrag zur Rezeption und den Rechtsquellen, zur Auslegung und Ergänzung des Gesetzes*, Berlin, De Gruyter, 1935.

(Savigny). L'aspect le plus déstabilisant des textes consacrés à l'idée de l'origine raciale du droit est souvent leur forme ésotérique. Rüthers parle en ce sens d'une « boursouflure linguistique » (*Sprachschwulst*²⁰) chez ces auteurs. Ainsi cette phrase de Larenz : « Le sang doit devenir l'esprit, l'esprit devenir le sang. [...] Parce que l'esprit peut dégénérer, le sang doit oser l'esprit. Mais l'esprit peut, lui, gagner, là où il se renouvelle par le sang. »²¹ Mais cette rhétorique peu habituelle des textes de théorie du droit, cette grandiloquence inusitée, ne doit pas masquer les enjeux réels : « Derrière le dualisme indéterminé du sang (*Blut*) et de l'esprit (*Geist*) apparaît ensuite de manière logique la tension très concrète entre le nouvel idéal de justice et les lois traditionnelles, pour la suppression desquelles la nouvelle théorie des sources du droit doit servir. »²²

3. Deux autres sources nouvelles (dont la légitimité découle pour une large part des deux premiers points) sont *le programme du NSDAP* (légitime en tant qu'expression de la vision du monde national-socialiste) ainsi que *l'esprit du national-socialisme*, de caractère plus indéfini, ce qui en fait une référence pratique pour les théoriciens du droit après 1933.

4. Enfin, en lien avec ce qui vient d'être dit sur la communauté raciale du peuple allemand, « la saine sensibilité populaire » (*das gesunde Volksempfinden*) devient une ultime source du droit. Le sens de celle-ci est illustré par la décision du grand Sénat en charge des affaires civiles auprès de la Cour suprême du Reich (*Reichsgericht*) en date du 13 mars 1936, qui établit le lien entre la « sensibilité populaire » avec la clause générale des « bonnes mœurs » que l'on trouve dans le *BGB* : « Le concept d'une "infraction aux bonnes mœurs" (*Verstoß gegen die guten Sitten*), tel qu'on le trouve aux § 138 et 826 du *BGB*, trouve son contenu [...] dans la sensibilité populaire régnante depuis

20. ER, p. 30-32.

21. K. Larenz, « Volksgeist und Recht – Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule », *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, I, 1934, p. 42 (cité d'après UA, p. 127) : *Blut muß Geist, Geist muß Blut werden. [...] Weil des Geist verfallen kann, darum muß das Blut den Geist wagen. Der Geist aber wird nur gewinnen, wo er sich aus dem Blute erneuert.*

22. UA, p. 127 : *Hinter dem unbestimmten Dualismus von Blut und Geist tritt dann folgerichtig die sehr konkrete Spannung zwischen der neuen Rechtsidee und den überkommenen Gesetzen hervor, deren Beseitigung die neue Rechtsquellenlehre dienen soll.*

la rupture, la vision du monde national-socialiste. »²³ La saine sensibilité populaire se trouve donc assimilée à la vision du monde national-socialiste, et c'est à partir de celle-ci que l'on viendra à définir « les bonnes mœurs ».

Le résultat immédiat de cette nouvelle théorie des sources du droit est double. Dans un premier temps, le refus de fixer une hiérarchie entre les sources – mis à part la priorité absolue donnée à la volonté du Führer – ainsi que le dualisme entre le droit et la loi, que porte le nouvel idéal du droit, marquent un net recul de la rationalité juridique. Mais cette irrationalité montante, cette disparition de la prévisibilité et régularité du droit (*Berechenbarkeit*) est vue, par les théoriciens nationaux-socialistes, comme une victoire sur le « normativisme » honni, qui confondait la régularité juridique formelle avec la justice matérielle. Au normativisme rejeté, on préférera donc le « sentiment du droit » (*Rechtsgefühl*) d'origine populaire et raciale comme le précise Lange dès 1933 :

Le droit prend racine dans la communauté populaire raciale (*artbestimmte Volksgemeinschaft*), il est donc impossible de le formaliser par le seul entendement, il doit bien plus être ressenti et vécu par chacun de nos compatriotes (*Volksgenosse*) à partir de son enracinement dans la communauté populaire.²⁴

Le nouvel idéal, joint à la nouvelle théorie des sources, devait rendre possible la « rénovation du droit » sur des bases national-socialistes. Et c'est bien dans la réalisation de cet objectif que les théoriciens du droit allemands voient leur « tâche » prioritaire après 1933. Rùthers en veut pour preuve la récurrence massive des termes « tâche » (*Aufgabe*) et « rénovation du droit » (*Rechtserneuerung*) dans la littérature consacrée au sujet. Petite parenthèse : si notre attention va aujourd'hui aux procédés méthodologiques utilisés pour transcrire l'idéologie

23. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, n° 150, 1936, p. 4 (cité d'après UA, p. 218) : *Der Begriff eines « Verstoßes gegen die guten Sitten », wie er in § 138 und § 826 BGB enthalten ist, erhält [...] den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung.*

24. H. Lange, « Generalklauseln und neues Recht », *Juristische Wochenschrift*, 1933, col. 2859 (cité d'après UA, p. 134) : *Das Recht wurzelt in der artbestimmten Volksgemeinschaft, es ist darum mit dem Verstand allein nicht zu errechnen, ist vielmehr vom Volksgenossen aus des Volksverbundenheit heraus zu erfüllen und zu erleben.* (Nous soulignons.)

national-socialiste dans le droit positif, il ne faudrait pas ignorer les données sociologiques auxquelles ce processus est lié. Rüthers ne manque pas de relever que l'effort idéologique de « rénovation du droit » a donné naissance à un corpus spécifique, rédigé par un nombre restreint d'auteurs, souvent en contact étroit entre eux. D'ailleurs, ses derniers travaux – notamment *Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien*²⁵ – marquent un déplacement de l'intérêt de la méthodologie vers ces réseaux sociologiques restreints, décrits comme des « cohortes de socialisation » (*Sozialisationskohorten*) – terme que Rüthers emprunte à l'histoire des mentalités. Mais cette attention aux milieux sociologiques est déjà présente dans la digression consacrée par Rüthers dans *Entartetes Recht* à l'université de Kiel et au *Kietzberger Lager Junger Rechtslehrer* de 1936, camp de formation pour l'élite national-socialiste parmi les jeunes juristes.

La nouvelle théorie des sources du droit se répercute directement dans la pratique juridique, puisqu'elle permet l'invalidation de toute loi estimée être en contradiction avec les nouvelles sources. Mais Rüthers met aussi en avant un effet plus subtil ; l'ensemble du vocabulaire juridique se voit peu à peu pénétré de vocabulaire *völkisch* et national-socialiste, au point d'en devenir presque « naturel » :

L'organisation linguistique et intellectuelle de l'État totalitaire commence à se refléter dans le style des argumentaires juridiques des tribunaux civils. Le climat intellectuel, dans lequel chaque juge est obligé de travailler, était déjà tellement transi de catégories national-socialistes qu'elles entraient consciemment ou inconsciemment dans l'argumentaire, même là où elles n'étaient pas nécessaires pour l'appréciation juridique.²⁶

Si cette dynamique linguistique est globale pour la société allemande – comme le démontre Klemperer dans son *LTI* –, elle prend une im

25. B. Rüthers, *Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien. Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 2001.

26. UA, p. 136 : *Die Sprach- und Denkregelung des totalitären Staates beginnt, sich im Stil der zivilgerichtlichen Urteilsgründe zu spiegeln. Das geistige Klima, in dem jeder Richter zu arbeiten gezwungen ist, war bereits so mit NS-Kategorien durchsetzt, dass sie bewusst oder unbewusst selbst dort in die Gründe einfließen, wo sie zur juristischen Wertung nicht notwendig wären.*

portance spécifique dans le cadre de la jurisprudence et du langage juridique, car celui-ci est aussi créateur de droit.

3.3. Une nouvelle théorie de l'interprétation

Pour ne pas allonger exagérément notre propos, nous allons nous concentrer sur la théorie de l'interprétation développée par les juristes nationaux-socialistes, mais Rüthers démontre clairement que leurs positions trouvent, pour une large part, leurs sources dans les débats juridiques de la République de Weimar, notamment autour du droit des juges à modifier la loi.

Retenons simplement qu'existe après 1933 une forte tendance à défendre une théorie « objective » de l'interprétation, d'après laquelle, en schématisant, l'interprétation de la loi ne doit pas s'orienter selon les intentions du législateur, mais selon la « volonté juridique » (*Rechtswillen*) actuelle de la communauté populaire. L'instrumentalisation à laquelle se prête une telle approche, mise en perspective avec ce qui vient d'être dit sur le « sentiment du droit » supposé de la communauté raciale populaire ou sur l'esprit du national-socialisme qui sert de source au droit, semble évident.

Le problème plus concret qu'avaient à penser les juristes nationaux-socialistes était la présence de deux corpus juridiques auxquels on n'accordait pas la même valeur : d'une part les lois promulguées par le nouveau régime après 1933 et d'autre part les lois reprises du système juridique de la République de Weimar. Si, pour le premier cas, on prônait une obligation très étroite du juge par rapport au texte de la loi (*enge Gesetzesbindung*), ces textes étant l'expression de la volonté du Führer, il ne pouvait en être de même pour le corpus repris du régime antérieur. Après 1933 se met donc progressivement en place un dualisme méthodologique.

Pour le corpus plus ancien, on relativisa l'obligation des juges par rapport au texte de la loi, et on la remplaça par une obligation par rapport au droit – qui vient d'être défini par rapport à la vision du monde national-socialiste. Or c'est le Führer qui exprime par excellence cette vision du monde. C'est pour cette raison que Schmitt ouvre ses « Nouveaux principes directeurs pour la pratique juridique » en

insistant sur le lien entre loi, droit et État. C'est l'État, donc le Führer, qui sert de référence en dernière instance :

L'indépendance du juge repose sur son obligation par rapport au droit et à la loi de l'État, dont le juge doit prononcer le droit. Sans cette obligation, l'indépendance du juge n'est que cause d'arbitraire [...]. L'obligation par rapport au droit et à la loi est toujours obligation par rapport au droit et à la loi d'un État déterminé.²⁷

La différence entre *loi* et *droit* se trouve relativisée, voire levée, pour mettre clairement en avant l'obligation du juge non par rapport au texte de la loi, mais par rapport à la volonté étatique qui s'y exprime.

Concernant les lois reçues de Weimar en contradiction évidente avec le nouvel ordre, se présentaient deux possibilités : soit l'abrogation formelle et le remplacement par le législateur, soit l'annulation par non-application par les tribunaux. La première méthode fut utilisée pour régler les questions constitutionnelles les plus urgentes, mais manifesta rapidement ses limites, au vu de la masse des textes à modifier : « C'est donc à l'application juridique, c'est-à-dire à la praxis et à la science, qu'incombait alors la charge principale de cette adaptation des prescriptions légales prérévolutionnaires à l'idéal du droit central de la Révolution. »²⁸

La subtilité de la théorie national-socialiste de l'interprétation consista à imposer le nouveau système de valeurs par le biais d'une *opération méthodologique* qui permettait de *projeter* ces valeurs sur l'ancien corpus juridique. Le but de la procédure était donc la réinterprétation de la loi en accord avec les idées du nouveau régime. Comme l'écrit Schmitt en 1934 :

-
27. C. Schmitt, « Neue Leitsätze für die Rechtspraxis », *Juristische Wochenschrift*, n° 50, 1933 : *Die Unabhängigkeit der Richter beruht auf ihrer Bindung an das Recht und das Gesetz des Staates, dessen Recht der Richter zu sprechen hat. Ohne diese Bindung ist die richterliche Unabhängigkeit Willkür [...]. Die Bindung an Recht und Gesetz ist Bindung an das Recht und das Gesetz eines bestimmten Staatswesens.*
28. UA, p. 137 : *Die Rechtsanwendung, d.h. Praxis und Wissenschaft, mussten also die Hauptlast dieser Anpassung vorrevolutionärer gesetzlicher Vorschriften an die zentrale Rechtsidee der Revolution tragen.*

L'ensemble du droit allemand actuel, y compris les anciennes dispositions toujours valides, dont la valeur positive n'a pas été abrogée, doit exclusivement être régi par l'esprit du national-socialisme. [...] Toute interprétation doit être interprétation dans un sens national-socialiste.²⁹

De même, le deuxième des « Principes directeurs concernant la position et les devoirs du juge » de Dahm, Eckhardt *et alii* stipule : « Le fondement de toute interprétation des sources du droit est la vision du monde national-socialiste, telle qu'elle se trouve exprimée dans le programme du parti et dans les déclarations du Führer. »³⁰ L'esprit du national-socialisme sert donc de référence ultime à toute action juridique ; il est la mesure de toute chose, il sert à inverser ou disqualifier toute disposition juridique antérieure considérée comme n'étant pas en accord avec le nouveau système de valeurs. Pour reprendre l'expression (au jeu de mots intraduisible) de Rùthers : *Die Einlegung sollte an die Stelle des Auslegung treten* (« l'interprétation à partir de la loi devient projection sur la loi »).

En plus de la référence à l'idéal de droit métapositif, les théoriciens du droit nationaux-socialistes vont recourir à des procédés de technique juridique spécifiques pour adapter les anciens textes légaux à leurs besoins :

1. L'exploitation du concept de « lacune du droit » (*Rechtslücke*) ou de *vide juridique*. Cette notion marque déjà en soi une rupture avec le positivisme qui posait comme dogme que la loi était sans failles. De plus, Rùthers fait remarquer que la constatation d'une « lacune » relève d'un jugement de valeur du juge (*Richterliches Werturteil*), car constater une lacune revient à prétendre savoir ce qui devrait être à la place. Le juge revendique donc, dans un même mouvement, le droit à

29. C. Schmitt, « Nationalsozialismus und Rechtsstaat », *Juristische Wochenschrift*, 1934, col. 717 (cité d'après UA, p. 175) : *Das gesamte heutige deutsche Recht, einschließlich der weitergeltenden, positiv nicht aufgehobenen Bestimmungen muß ausschließlich und allein vom Geist des Nationalsozialismus beherrscht sein. [...] Jede Auslegung muß eine Auslegung im nationalsozialistischen Sinne sein.*

30. « Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters », *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, p. 123 (cité d'après UA, p. 175) : *Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen ist die nationalsozialistische Weltanschauung, wie sie insbesondere im Parteiprogramm und in den Äußerungen des Führers ihren Ausdruck findet.*

constater la lacune et le droit à la corriger³¹. Larenz relève en 1938 la flexibilité à laquelle se prête cette notion de « lacune » et constate par là même son utilité pour adapter le corpus juridique à la nouvelle donne :

Qu'une loi ait des lacunes se détermine donc en fonction du fait que la conscience juridique de la communauté exige de manière univoque une réglementation qui n'est pas contenue dans la loi. [...] Avec l'évolution, ou plus précisément le renouvellement et l'approfondissement de notre conscience communautaire et juridique, il se peut donc très bien qu'une loi apparaisse comme lacunaire, là où elle ne semblait pas appeler de complément auparavant.³²

Alliées à une méthode d'interprétation des lois politiquement orientée, les « lacunes » apparaissent bien comme les fenêtres qui permettent d'introduire dans le droit les nouvelles valeurs dominantes, sans modifier en cela la forme du texte.

2. *L'analogie et la restriction*. Pour combler les vides juridiques ainsi constatés, les juges eurent recours au raisonnement par analogie (*Analogieschluss*) ou à son équivalent inversé : l'interprétation restrictive (*einschränkende Auslegung*). Alors que le raisonnement analogique suppose la transposition d'une norme existante sur une situation non réglementée par analogie de la volonté de droit qui s'exprime dans la première norme, l'interprétation restrictive exclut de l'application d'une loi un cas explicitement prévu par celle-ci en arguant que le législateur a oublié une restriction qu'imposerait pourtant le nouvel idéal de justice. Ainsi le tribunal du travail du Reich argumenta-t-il, en 1940, que le rapport de travail fixé par la loi sur l'organisation du travail national de 1934 est défini comme un rapport de communauté fondé sur la loyauté, la prévoyance et l'honneur (*Treue, Fürsorge und Ehre*), ce qui exclut les travailleurs juifs, étant donné qu'ils ne sau-

31. Voir UA, p. 190.

32. K. Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1938, p. 16 (cité d'après UA, p. 192) : *Ob das Gesetz lückenhaft ist bestimmt sich also danach, ob das Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft eine im Gesetz nicht enthaltene Regelung eindeutig fordert. [...] Mit der Wandlung oder richtiger der Erneuerung und Vertiefung unseres Gemeinschafts- und Rechtsbewusstseins kann daher ein Gesetz sehr wohl nunmehr als lückenhaft erscheinen, das vorher nicht als ergänzungsbedürftig empfunden wurde.*

raient, par leur origine raciale, faire partie d'une telle communauté, fondée sur de telles valeurs. Étant ainsi juridiquement exclus du droit du travail, les travailleurs juifs se trouvaient également privés de ses avantages, comme les délais de licenciement ou le droit à la rémunération des jours fériés.

3. Les « clauses générales » (*Generalklauseln*). Une « clause générale » est une formulation volontairement vague utilisée dans la loi pour éviter les énumérations trop longues, mais aussi pour éviter des restrictions non intentionnelles du champ d'application de la loi. Le *Dictionnaire juridique* de Creifels³³ qualifie ces expressions de *wertausfüllungsbedürftig*, c'est-à-dire « ne faisant sens qu'en référence à un jugement de valeur ». Les clauses générales sont nombreuses et diverses dans le droit allemand : ainsi trouve-t-on dans le droit pénal le concept d'« infraction aux bonnes mœurs » (*Verstoß gegen die guten Sitten*), dans le droit administratif l'autorisation donnée à la police de « détourner toutes les menaces pesant sur la communauté » (*Abwendung aller der Allgemeinheit drohenden Gefahren*) ou encore dans le droit civil la fondation des relations financières sur « la loyauté et la bonne foi » (*Treu und Glaube*). Il n'est pas besoin de s'arrêter sur les possibilités qu'ouvrent ces formules pour la réinterprétation national-socialiste des lois³⁴. Leur importance a d'ailleurs été clairement perçue par les auteurs de l'époque : ainsi Heinrich Lange les considère-t-il comme les « voies d'eau par lesquelles la nouvelle pensée juridique peut submerger l'ancienne vie juridique »³⁵. Avec une clairvoyance étonnante, Jürgen Hedemann avait dénoncé dès 1933 dans un ouvrage intitulé *La fuite vers les clauses générales. Un danger pour le droit et l'État*, le risque que pouvait constituer une utilisation politique de ces formulations générales par le pouvoir :

Là où un pouvoir supérieur pose les principes généraux et où des juges indépendants manient ces principes, ceux-ci demeurent, malgré leur grande flexibilité, des échelles de valeur. Mais

33. C. Creifels, *Rechtswörterbuch*, Munich, Beck, 1992.

34. Nous renvoyons aux analyses plus détaillées de Rütters dans UA ainsi qu'à M. Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, Schweitzer, 1974.

35. H. Lange, *Vom alten zum neuen Schuldrecht*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, p. 42 : *Einbruchsstellen, durch die das neue Rechtsdenken das alte Rechtsleben überflutet.*

lorsque l'État, en tant que pouvoir suprême, pose lui-même ces principes pour son propre comportement, alors le facteur de flexibilité fusionne avec le facteur de pouvoir, alors le principe général cesse d'être une échelle de valeurs et devient une arme univoque et incontrôlable.³⁶

C'est bien cette flexibilité des principes généraux qu'a exploitée la nouvelle théorie de l'interprétation mise en place après 1933.

3.4. Une nouvelle conceptualité : la pensée en « ordres concrets »

Enfin, à côté des trois premières dimensions de la « rénovation » du droit dans « l'esprit du national-socialisme » – un nouvel idéal du droit, de nouvelles sources du droit, une nouvelle théorie de l'interprétation –, Rüthers attire l'attention sur le fait que toute cette démarche s'accomplit en parallèle à la construction d'une nouvelle conceptualité juridique : la pensée en « ordres concrets » (*konkretes Ordnungsdenken*) de Schmitt et la pensée en « concepts généraux et concrets » (*Denken in allgemein-konkreten Begriffen*) de Larenz.

Afin d'éviter de compliquer inutilement le propos, nous nous cantonnerons ici à quelques remarques sur le sujet. De même, nous considérerons les deux paradigmes comme équivalents, alors que Rüthers montre clairement qu'ils ne le sont pas forcément. Néanmoins, il semble pouvoir être admis qu'ils témoignent d'une défiance commune à l'égard du normativisme, et ce dans une intention précise :

Les deux servaient à réinterpréter les anciens concepts fondamentaux du droit (la personne, le droit subjectif, le contrat, la propriété, etc.) dans le sens de la vision du monde du national-socialisme. Le renouvellement du *droit* par le renouvellement

36. J. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, Mohr, 1933 : *Wo eine übergeordnete Macht Generalklauseln setzt und unabhängige Richter die Klauseln handhaben, bleiben die Klauseln trotz ihrer Beweglichkeit Maßstäbe. Wenn aber der Staat als oberste Macht selbst die Generalklauseln für sein eigenes Verhalten setzt, fließt der Beweglichkeitsfaktor mit dem Machtfaktor in Eins zusammen, die Generalklausel hört auf Maßstab zu sein und wird zur einseitig und unkontrollierbar zu führenden Waffe.*

des concepts, tel était le programme, au nom duquel ces figures de pensée (apparemment) nouvelles furent introduites.³⁷

L'un et l'autre, ainsi, appellent de leurs vœux une nouvelle « normativité du factuel » (*Normativität des Faktischen*), entendant par là que le réel est désormais considéré comme normativement contraignant. C'est bien ce qu'exprime Schmitt quand il précise que désormais la norme détient « seulement sur la base et dans le cadre d'un ordre donné une certaine fonction régulatrice [*sic*] avec une validité indépendante de la chose, autonome, très réduite »³⁸. Et Larenz écrit dans le même ordre d'idées : « Les conditions de vie sont, dans la mesure où elles portent des caractéristiques communautaires, déjà plus que la "simple factualité" ; elles contiennent en cela déjà une mesure pour le comportement de l'individu qui se trouve placé dans ces conditions de vie. »³⁹ Comme le fait remarquer Rùthers, ce qui doit être relevé ici, c'est la nouvelle hiérarchie entre droit et réalité qui se dessine : la réalité crée le droit (*Wirklichkeit schafft Recht*). La réalité est transformée en norme : parce que quelque chose existe sous une certaine forme, il faut que cela existe sous cette forme.

Mais la cohérence de cette nouvelle conceptualité, qui reconnaît une fonction normative aux « institutions » de la réalité, est que ces « ordres », ces « types », ces « conditions de vie » ne prennent leur sens, leur signification que par référence à une totalité supérieure. Or cette totalité supérieure est la vision du monde national-socialiste, l'ordre global *völkisch* ou encore la communauté populaire raciale. La conséquence en devient évidente :

L'« unité de sens supérieure » ainsi définie, que constitue l'ordre vital *völkisch*, donne ensuite individuellement à chaque ordre concret, à chaque type, à chaque série de types et à cha-

37. ER, p. 189 : *Beide dienen dazu, die überkommenen Rechtsgrundbegriffe (Person, Rechtsfähigkeit, subjektives Recht, Vertrag, Eigentum etc.) im Sinne der Weltanschauung des Nationalsozialismus unzu deuten. Rechtserneuerung durch Begriffserneuerung war das Programm, unter dem die (scheinbar) neuen Denkfiguren eingeführt wurden.*

38. *Ibid.*

39. K. Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1938, p. 28 (cité d'après ER, p. 190) : *Die Lebensverhältnisse sind daher, sofern sie Gemeinschaftscharakter tragen, schon mehr als « bloße Faktizität » ; sie enthalten insofern bereits einen Maßstab für das Verhalten des Einzelnen, der sich in diesen Lebensverhältnissen befindet.*

que concept son sens, sa fonction et ses règles de droit. La totalité de la vision du monde, qui se trouve transformée en contenu obligatoire du droit par les deux figures de pensée, mène à une idéologisation totale de tous les domaines du droit.⁴⁰

C'est bien par cette fondation du droit sur la réalité, qui elle-même ne prend sens que par la vision du monde national-socialiste, que la « pensée en ordres concrets » et la « pensée en concepts généraux et concrets » contribuent à l'effort de « renouvellement du droit » après 1933.

4. La double rupture : pour une étude historique, contre les schémas simplistes

Ayant ainsi exposé les analyses de Rüthers sur le lien entre le procédé méthodologique de l'interprétation et la transcription dans l'ordre juridique de la vision du monde national-socialiste, nous nous permettrons d'affirmer que ces analyses ne se comprennent pleinement que sur le fond de la double rupture qu'elles marquent avec la tradition dominante après 1945.

Ces analyses sont d'abord en rupture avec la *Politik der schwarzen Schafe* qui consistait à réduire la compromission de la science juridique avec le régime hitlérien à la désignation de quelques brebis galeuses, ce qui permettait en retour une disculpation générale de la corporation. Les cas extrêmes de collaboration et de soumission au pouvoir national-socialiste (Schmitt, Forsthoff, Koellreuter...) sont alors pris comme maître étalon pour juger de la compromission avec le régime. Toutes les variantes de complaisance ou de passivité suspecte se situant en deçà de ces cas extrêmes sont alors présentées comme une adaptation nécessaire pour assurer la survie dans le cadre d'un régime totalitaire – et de ce fait peuvent être expliquées (sinon excusées). Cette attitude a permis un retour aux activités presque normales après-

40. ER, p. 191 : *Das so definierte « größere sinnbestimmte Ganze » der völkischen Lebensordnung gibt dann allen einzelnen konkreten Ordnungen, Typen, Typenreihen und Begriffen ihren Sinn, ihre Aufgabe und ihre Rechtsgebote. Die Totalität der Weltanschauung, die über beide Denkfiguren als verbindlicher Inhalt des Rechts ausgegeben wird, führt zu einer totalen Ideologisierung aller Rechtsgebiete.*

guerre pour bon nombre de juristes et de professeurs de droit. Pour reprendre l'expression de Schlink, l'histoire du droit et des juristes allemands après 1945 s'est construite sous le double signe de la rupture et de la continuité : la rupture avec les contenus, la continuité avec les personnes⁴¹.

Il semble d'ailleurs aujourd'hui difficile d'apprécier la force du tabou qui pèse sur ce sujet après 1945 au sein de la discipline juridique en Allemagne. Pour ne prendre qu'un exemple parlant : même si les premières études globales sur le droit sous le national-socialisme apparaissent en 1965, le sujet reste néanmoins honni pour les trente années qui suivent, au point que Böckenförde fait remarquer qu'en 1993, lorsqu'il organisa un séminaire sur la question à l'occasion du 50^e anniversaire de la prise du pouvoir par les nazis, il se sentait « un combattant solitaire »⁴².

Mais, même s'il rompt le silence en 1967, le travail de Rüthers n'est en aucun cas une condamnation morale globale des juristes sous le national-socialisme. Il regrette d'ailleurs ouvertement, en 1991, que « nombre de travaux consacrés à ce champ d'étude se lisent comme de la littérature de combat ou pamphlétaire (*Kampf- oder Pamphlet-Literatur*) »⁴³. L'exemple du *Furchtbare Juristen* de Ingo Müller⁴⁴ lui apparaît comme l'exemple type de l'utilisation moralisante d'éléments historiques par la polémique politique.

Pour Rüthers, comme pour Stolleis, la solution réside dans l'historisation du sujet, dans « l'étude historique des conditions d'action complexes de la science et de la pratique juridique dans le contexte d'une société totalitaire »⁴⁵. C'est bien pour réaliser cet objectif de prise en compte de la complexité que Rüthers sort l'étude historique de la focalisation sur des destins individuels, pour envisager l'ensemble du corps juridique. Le but premier de son travail est donc

41. B. Schlink, « Die Unfähigkeit der Staatsrechtswissenschaft zu trauern », *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Francfort, Suhrkamp, 2002, p. 130.

42. E. W. Böckenförde, dans *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, n° 60, 2001, p. 124 : *Ich war damals ein Einzelkämpfer und [ich weiß] welchen Schwierigkeiten das ausgesetzt war.*

43. ER, p. 14 : *Viele Arbeiten zu diesem Bereich lesen sich als Kampf- oder Pamphlet-Literatur.*

44. I. Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Munich, Kindler, 1987.

45. ER, p. 14 : *geschichtliche Erforschung der komplexen Handlungsbedingungen der Rechtswissenschaft und der Gerichtspraxis in einem totalitären Staat.*

« de donner un aperçu des processus de développement réels du droit, c'est-à-dire avant tout des modes de pensée des juristes après 1933, des marges dont ils disposaient pour leur action, ainsi que des contraintes qu'ils subissaient »⁴⁶. L'étude historique de la crise du droit sous le national-socialisme ne doit donc pas se poser la question de la culpabilité ou de la faute, mais (comme l'a fait remarquer Stolleis en 2000) s'attacher à « mettre en place les bases sur lesquelles pourra se bâtir une analyse des processus structurels »⁴⁷.

Se posent donc à l'historien du droit deux questions distinctes : la première vise à l'explication historique du fait que le corps des juristes allemands se soit si obséquieusement soumis au régime national-socialiste ou, pour reprendre une formulation de Stolleis, « expliquer qu'une élite dominante bourgeoise non national-socialiste, comme le sont finalement les professeurs de droit public, ait pu céder aux pressions d'un tel système, et pour quelles raisons elle le fit »⁴⁸. C'est bien cette idée qui commande l'intérêt de Rùthers, même quand il se penche sur les destins particuliers de certains juristes. Ainsi s'intéresse-t-il à « Carl Schmitt comme paradigme » (*Carl Schmitt als Paradigma*) et ne prétend étudier son destin que dans la mesure où tout devenir individuel manifeste aussi « des dangers et des tentations spécifiques au métier » de juriste⁴⁹. La deuxième question vise à mettre en évidence les processus, les méthodes et les figures de pensée juridiques qui ont permis de réaliser la « rénovation du droit » après 1933. Et c'est bien sur cette question que se focalisent les analyses de Rùthers. L'analyse historique mène à la réflexion méthodologique.

C'est précisément dans ce champ théorique que son travail marque une deuxième rupture. Pour en mesurer toute l'importance, il faut avoir à l'esprit dans quel cadre historique s'insèrent les analyses de *Die unbegrenzte Auslegung* en 1968. En matière d'explication méthodologique de la catastrophe national-socialiste, l'après-guerre est dominé

46. ER, p. 14 : *einen Einblick in die realen Entwicklungsprozesse des Rechts, vor allem aber in die Denkweisen, Handlungsspielräume und Handlungszwänge der Juristen nach 1933 geben.*

47. M. Stolleis, dans *VVDStRL*, n° 60, p. 108 : *Schaffung einer Basis für die Analyse von strukturellen Prozessen.*

48. *Ibid.*, p. 109 : *erklären, dass eine nichtnationalsozialistische bürgerliche Herrschaftselite, wie es Staatsrechtslehrer nun einmal sind, sich auf die Pressionen eines solchen Systems eingelassen hat, und warum sie dies tat.*

49. ER, p. 16 : *berufstypische Versuchungen und Gefährdungen*, ainsi que p. 99-180.

par les analyses de Gustav Radbruch. Dans son article « Injustice légale et droit métapositif »⁵⁰, publié en 1946, celui-ci tente d'analyser les raisons pour lesquelles les juristes allemands, alors qu'ils devaient être les gardiens du droit et de la justice, se sont aussi clairement compromis avec le régime hitlérien. La thèse centrale de l'article identifie – par son incapacité à voir une différence entre droit et loi – la raison principale de cette obéissance dans le positivisme juridique dominant des années 1920 et 1930 :

Grâce à deux principes distincts le national-socialisme a réussi à s'attacher la fidélité de ses partisans, les soldats d'une part, les juristes de l'autre : « Un ordre est un ordre » et « La loi c'est la loi ». Le principe « un ordre est un ordre » n'a jamais eu de validité illimitée. Le devoir d'obéissance s'arrêtait avec l'injonction à réaliser des objectifs criminels de la part du supérieur (*MStrGB* § 47). En revanche, le principe « La loi est la loi » ne connaissait aucune restriction. Il était l'expression de la pensée juridique positiviste qui domina de manière quasi incontestée pendant des décennies les juristes allemands. Une injustice légale était de ce fait une contradiction interne, tout comme l'idée d'un droit métapositif.⁵¹

Et un peu plus loin il écrit :

Le positivisme a effectivement, à travers sa conviction que « la loi est la loi », désarmé le corps des juristes allemands face à des lois au contenu arbitraire et criminel. Le positivisme n'est pas capable de justifier de son propre chef la validité d'une loi. Il pense avoir suffisamment démontré la validité d'une loi par le simple fait qu'elle ait eu la force de s'imposer. Mais grâce à la

50. « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht » (*Süddeutsche Juristenzeitung*, n° 1, 1946), repris dans G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, t. 3, *Rechtsphilosophie III*, A. Kaufmann (dir.), Heidelberg, Müller, 1993, p. 83-93.

51. *Ibid.*, p. 83 : *Mittels zweier Grundsätze wusste der Nationalsozialismus seine Gefolgschaft zu fesseln : « Befehl ist Befehl » und « Gesetz ist Gesetz ». Der Grundsatz « Befehl ist Befehl » hat nie uneingeschränkt gegolten. Die Gehorsamspflicht hörte bei Befehlen zu verbrecherischen Zwecken des Befehlenden auf (MStrGB § 47). Der Grundsatz « Gesetz ist Gesetz » kannte dagegen keine Einschränkung. Er war der Ausdruck des positivistischen Recht Denkens, das durch viele Jahrzehnte fast un widersprochen die deutschen Juristen beherrschte. Gesetzliches Unrecht war deshalb ebenso wie übergesetzliches Recht ein Widerspruch in sich.*

force on peut peut-être fonder l'obligation, mais pas le devoir ou la validité. Celle-ci ne peut être fondée que sur une valeur que la loi porte en elle.⁵²

En résumé : la thèse de Radbruch stipule que la pensée juridique allemande sous la République de Weimar était dominée par le positivisme juridique, c'est-à-dire par une méthodologie qui ne reconnaît comme droit que le droit positif produit par l'État, et qui conteste au juge le droit de questionner la validité du contenu de celui-ci. Deuxièmement Radbruch affirme que cette attitude resta dominante parmi les juristes après 1933, les rendant par là incapables de réagir à l'injustice matérielle évidente du régime hitlérien. Enfin, la solution pour éviter une telle dérive réside dans le recours à une idée méta-positive du droit, que Radbruch qualifie lui-même, selon les endroits, de « droit naturel » (*Naturrecht*), de « droit divin » (*Gottesrechts*) ou de « droit rationnel » (*Vernunftrecht*). Et il est un fait que les années d'après-guerre voient un retour en grâce du droit naturel, notamment par un regain d'intérêt pour le néothomisme du XIX^e siècle.

Notre but n'est ici de discuter l'article de Radbruch, mais d'en aborder la réception parmi les juristes allemands, et d'en dégager les effets sur la manière dont il a été utilisé en rapport avec la période national-socialiste. Nous n'approfondirons donc pas ici l'analyse de ce texte. Néanmoins il nous semble évident qu'il serait erroné de voir en Radbruch un positiviste repent. Ainsi on trouve dans l'œuvre antérieure à 1933 des éléments *jusnaturalistes*⁵³, et dès 1947, Radbruch attirera l'attention sur les dangers inhérents à un recours unilatéral à une idée méta-positive du droit⁵⁴. Toutefois, c'est bien comme une mise en accusation du positivisme que l'article de 1946 a été reçu, et c'est

52. *Ibid.* : *Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung « Gesetz ist Gesetz » den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetz willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, dass es die Macht besessen hat sich durchzusetzen. Aber auf Macht lässt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen oder Gelten gründen. Dieses lässt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt.*

53. Voir ses « Caractéristiques de la philosophie du droit » de 1914 (« Grundzüge der Rechtsphilosophie », *Gesamtausgabe*, t. 2, *Rechtsphilosophie II*, A. Kaufmann (dir.), Heidelberg, Müller, 1993, p. 168), où Radbruch envisage la possibilité de la non-validité de certaines « lois infâmes » (*Schandgesetze*).

54. Voir. G. Radbruch, « Gesetz und Recht », *Gesamtausgabe*, 3, op. cit., p. 99.

d'ailleurs bien l'abandon de celui-ci que Radbruch pose en horizon de sa réflexion : « [...] pour tous les cas de figure possibles, nous devons nous prémunir contre le retour d'un tel État de non-droit (*Unrechtsstaat*) par le dépassement principal du positivisme, qui réduit à néant toute capacité de résistance face aux abus de la législation national-socialiste. »⁵⁵

Sans ignorer la première partie de la thèse de Radbruch affirmant que les juristes sous la République de Weimar étaient positivistes – mais dont la typologie des professeurs de droit constitutionnel proposée par Stolleis montre déjà la fragilité –, l'intérêt de Rüthers va surtout à la deuxième partie, et à ses implications méthodologiques. Bien que reconnaissant l'apparente évidence des analyses de Radbruch, il affirme néanmoins que celle-ci est trompeuse :

[Cette analyse] porte en elle le danger de se laisser prendre par l'illusion trompeuse d'avoir identifié le bouc émissaire théorique et par là de méconnaître ou ignorer les facteurs réels de la perversion du droit dans le national-socialisme. Il est tout à fait correct de constater que le positivisme juridique rend possible et justifie la mise en place d'une nouvelle conception de la justice grâce à des moyens législatifs. Mais il restera à étudier dans quelle mesure le national-socialisme a précisément ressenti le *positivisme* – au sens d'une obligation étroite du juge par rapport à la loi – comme une entrave encombrante plutôt que comme un pilier du nouveau régime. Tout refus de la loi par le juge, c'est-à-dire toute non-application de la prescription légale (*gesetzliche Vorschrift*) en recourant à des « principes de droit supérieurs » (*höhere Rechtsprinzipien*) ou des « axiomes juridiques suprêmes » (*oberste Rechtsgrundsätze*), telle que cela était usuel dans la pratique juridique à l'époque national-socialiste, représente toujours nécessairement une infraction contre la thèse centrale du positivisme.⁵⁶

55. R. Gustav, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *ibid.*, p. 90 : [...] *für alle möglichen Fälle haben wir uns durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus, der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Missbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete, gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtstaates zu wappnen.*

56. UA, p. 98 et suiv. : *[Diese Analyse] schließt die Gefahr ein, mit dem irrigen Bewusstsein, den rechtstheoretischen Sündenbock ermittelt zu haben, die Realfaktoren der Perversion des Rechts im Nationalsozialismus zu verkennen oder zu verdrängen. Richtig ist die Feststellung, dass der Gesetzespositivismus die Durchsetzung einer neuen*

Même si le positivisme a pu avoir une influence sur l'absence de réaction de la part des juristes, du moins au début du régime hitlérien, Rùthers démontre que l'essentiel du développement du droit sous le national-socialisme passa par une interprétation modificatrice du droit (*rechtsändernde Auslegung*). Or la latitude que cela concède au juge dans l'interprétation de la loi est incompatible avec les principes du positivisme. De plus, affirmer que le positivisme est au cœur de la subversion du droit par les nationaux-socialistes suppose que ceux-ci auraient essentiellement fait appel à des arguments positivistes. Or nous pensons avoir montré plus haut que ceci n'était nullement le cas. Au contraire, le positivisme se vit rejeté, au nom de la nécessaire lutte contre le formalisme libéral.

Rùthers attire l'attention sur la part active qui incombe aux juges dans le processus de « perversion » du droit tel qu'il eut lieu sous le national-socialisme. En cela il s'oppose donc ouvertement à la compréhension simplifiée de la thèse de Radbruch qui domina après-guerre, présentant les juristes non pas comme des « coupables » (ou des « responsables ») mais comme des « victimes » de leur formation intellectuelle.

Ce double décalage des analyses présentées dans *Die unbegrenzte Auslegung* permet de comprendre les efforts déployés par Rùthers pour justifier, au-delà des demandes de tact, l'actualité de ses recherches et leur importance pour la science juridique même au-delà d'un intérêt simplement historique.

Gerechtigkeitsvorstellung mit legislativen Mitteln ermöglicht und rechtfertigt. Es wird jedoch zu untersuchen sein, in welchem Maße der Nationalsozialismus gerade den Gesetzespositivismus im Sinne einer strengen Gesetzesbindung des Richters eher als lästige Fessel denn als Stütze des neuen Regimes empfand. Jede Gesetzesablehnung durch den Richter, d.h. jede Nichtanwendung einer gesetzlichen Vorschrift unter Berufung auf « höhere Rechtsprinzipien » oder « oberste Rechtsgrundsätze », wie sie in der Gerichtspraxis der NS-Zeit gang und gäbe war, bedeutete immer notwendig einen Verstoß gegen die Kernthese des Gesetzespositivismus.

5. Actualité des risques : la conscience méthodologique comme élément démocratique

Les analyses de Rüthers mettent en avant deux idées forces : premièrement, la « perversion » du droit sous le national-socialisme passa en priorité par une interprétation idéologiquement orientée de l'ancien corpus juridique, et non par la promulgation de nouvelles lois ; d'autre part, il apparaît que les procédés utilisés pour aboutir à ce résultat n'ont rien de spécifiquement national-socialiste. Au contraire, ce sont des procédés auxquels la science du droit, ainsi que les tribunaux, recourent quotidiennement. La problématique fondamentale du travail de Rüthers réside donc dans :

1. l'affirmation de la *neutralité politique de la méthodologie juridique*, entendons par là qu'elle se prête à l'utilisation, voire à l'instrumentalisation, par n'importe quel système politique. Il est donc possible de modifier tout ordre juridique par la seule « interprétation » :

L'utilité idéologique et politique de certaines figures, concepts ou instruments de la théorie et de la méthode juridique est un facteur à risque important, mais jusqu'ici largement ignoré, pour le travail des juristes dans la science et la juridiction. La multivalence et l'idéologisation potentielle de l'instrumentaire juridique doivent être considérées comme un objet incontournable de l'enseignement juridique et de l'analyse critique.⁵⁷

2. la démonstration que tout système juridique se fonde *in fine* sur un système de valeurs :

Les juristes doivent apercevoir dans leur rapport au système de valeurs qui fonde l'ordre juridique le problème central de leur

57. ER, p. 184 : *Die vielfältige ideologische und politische Verwendbarkeit rechtstheoretischer und rechtsmethodischer Figuren, Begriffe und Instrumente ist ein wichtiger, bisher weit-hin unbeachteter Risikofaktor bei der Arbeit der Juristen in Wissenschaft und Gerichts-barkeit. Die ‚Multivalenz‘ und die potentielle Ideologisierung des juristischen Instrumentariums muss als ein notwendiger Gegenstand juristischer Lehre und kritischer Analyse betrachtet werden.*

métier. Il n'existe pas de jurisprudence apolitique, idéologiquement neutre, dégagée de tout jugement éthique. Un droit dégagé de toute valeur serait littéralement sans valeur.⁵⁸

Le cas du droit sous le national-socialisme n'est pour Rüthers qu'un exemple concret de problématiques permanentes. L'exemple national-socialiste peut, par son statut d'exemple extrême et exceptionnel, révéler certains risques théoriques qui ne sont pas évidents dans un fonctionnement « normal » du système juridique, mais qui n'en sont pas moins présents.

L'objectif visé par Rüthers – et réaffirmé depuis 1968 dans nombre d'articles et de livres – est donc d'attirer l'attention sur des problèmes jusqu'ici laissés dans l'ombre par la théorie juridique : d'abord l'aveuglement de la théorie du droit actuelle face à certains problèmes juridiques, et notamment le *Richterrecht* (droit jurisprudentiel ou droit prétorien). Même dans un champ juridique balisé par les deux principes fondamentaux de la séparation des pouvoirs (*Gewaltentrennung*) et de l'obligation par rapport à la loi (*Gesetzesbindung*), on ne peut éviter qu'un décalage apparaisse entre le corpus juridique défini par les législateur à un moment X et l'infinie complexité du devenir social, par suite du processus de vieillissement auquel est soumise toute loi. Ce vieillissement peut être de deux types : soit par la modification de l'environnement matériel, ce qui peut faire qu'une loi appliquée dans les sens où l'entendait le législateur peut produire des résultats contraires à celui-ci ; soit par la modification des échelles de valeurs, ce qui fait qu'une loi apparaît obsolète et trouve sa validité contestée par la société. En exagérant un peu, on pourrait affirmer qu'une loi est toujours déjà dépassée au moment où elle entre en vigueur...

Au croisement de la réalité sociale et du texte juridique la figure du juge prend donc une importance qu'il ne faut pas sous-estimer. Par l'interdiction du refus de statuer qui lui est faite (*Rechtsverweigerungsverbot*), il se trouve au cœur de la tension entre législation et jurisprudence. Problématique permanente du droit qui ne peut que gagner en actualité dans des sociétés dont la tendance vers une judiciarisation

58. ER, p. 219 : *Die Juristen müssen ihr Verhältnis zu dem der Rechtsordnung zugrunde liegenden Wertsystem als ein Kernproblem ihres Berufes erkennen. Es gibt keine unpolitische, weltanschaulich neutrale, ethisch wertfreie Jurisprudenz. Wertfreies Recht wäre buchstäblich wertlos.*

de la vie publique et privée semble manifeste. Or, et cela est le deuxième point, c'est le rôle de la méthodologie juridique de lui offrir des outils permettant de résoudre de tels problèmes. Mais il apparaît que ce sont justement ces outils qui ont aussi permis la subversion du système juridique sous le national-socialisme. Pour Rüthers, les questions de méthodologie apparaissent donc toujours aussi comme des problèmes de fonctionnement démocratique, et dans cette perspective le manque de « conscience méthodologique » qu'il prête aux juristes contemporains – et dont le rôle plus que secondaire dévolu aux séminaires méthodologiques dans la formation des juristes est le symptôme le plus évident – lui apparaît donc comme problématique.

L'aspect le plus inquiétant lui semble être la survivance, voire la renaissance, sous une forme plus ou moins remaniée, de certains procédés méthodologiques utilisés pour la « rénovation du droit » sous le national-socialisme, sans que cela soit accompagné d'une réflexion critique sur le passé de ces méthodes. Le retour de la théorie institutionnelle du droit (*institutionelles Rechtsdenken*) touche, pour Rüthers, des domaines du droit aussi divers que le droit civil, le droit constitutionnel ou la théorie juridique. L'exemple le plus flagrant de la survivance de telles méthodes, sans un nécessaire retour critique, lui semble être fourni par Larenz qui rebaptisa simplement « pensée typologique » ce qu'avant 1945 il avait prôné sous le terme de pensée en « concepts généraux et concrets » (*konkret-allgemeine Begriffe*). Or si le recours au « types » et au « typologies » peut être utile et fertile pour la description et l'organisation de données, elle apparaît nettement plus problématique quand on les transforme en normes juridiques, comme cela est le cas chez Larenz. Car l'analyse typologique cache le jugement de valeur alors posé comme norme de la part de celui qui applique la loi :

Les représentants de la méthode typologique pensent que les critères, qui doivent être pris en considération, sont donnés à la personne qui applique la loi « de manière contraignante par l'état des choses ». Il lui reste donc juste « à classer juridiquement le critère ainsi établi » [W. Herschel, *Zur Abgrenzung des Richterrechts*, 1983]. Or c'est justement ce qui apparaît douteux. Le juge qui procède de manière typologique décide *par des jugements de valeur* quels critères sont juridiquement pertinents et avec quelle importance. Ce n'est pas l'état des choses mais

l'interprète qui fixe les échelles de valeur. Il les nomme
« types ».⁵⁹

Le rôle critique de l'étude des méthodologies juridiques consiste à expliquer aux juristes l'histoire des méthodologies qu'ils utilisent et par là à éviter de tels aveuglements. Une meilleure conscience méthodologique ferait apparaître dans quelle mesure les professions qui ont en charge l'application de la loi – par l'utilisation qu'ils font de certaines catégories juridiques (l'idéal de droit, les sources du droit, les concepts généraux) – peuvent parfois se transformer, de serviteurs de la loi qu'ils sont censés être, en créateurs de nouvelles formes de droit.

Les analyses de Rüthers sur la crise du droit sous le national-socialisme peuvent donc aussi être lues comme un appel à la réflexion méthodologique, qui fait – selon lui – aujourd'hui défaut. Étudier l'exemple limite du national-socialisme semble spécialement fertile en vue des conclusions à en tirer pour le fonctionnement du système juridique actuel. Or le refus de penser certaines problématiques, comme le droit prétorien, ou le retour de la conceptualité « en ordres concrets » sous les traits de la pensée typologique manifestent – de la part des juristes – un manque patent de connaissance de l'histoire de leur discipline. Face à la reprise des anciens schémas d'argumentation jusque dans les décisions de la Cour fédérale du travail, Rüthers en appelle à une prise de conscience méthodologique, cette conscience méthodologique qu'il voit comme le seul frein possible à une répétition des erreurs passées.

59. ER, p. 207 et suiv. : *Die Vertreter der typologischen Methode meinen, dass die Merkmale, auf die es ankomme, dem Rechtsanwender « durch den Sachverhalt zwingend vorgegeben » seien. Ihm bleibe nur übrig, « das ermittelte Merkmal rechtlich einzuordnen ». Gerade das scheint zweifelhaft. Der Richter, der « typologisch » vorgeht, entscheidet wertend darüber, welche Merkmale mit welcher Gewichtung rechtlich erheblich sein sollen. Nicht der Sachverhalt sondern der Interpret setzt die Wertungsmaßstäbe. Er nennt sie « Typen ».*