Université de Cergy-Pontoise

Centre de philosophie juridique et politique

*

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université de Cergy-Pontoise

Thèse de Droit public
Mention Philosophie du droit

Hannah Arendt, les juristes

et le concept de totalitarisme

Thèse soutenue publiquement le 22 décembre 2017 par Sophie Schulze

Jury

M. Renaud Baumert, Professeur de droit public, Université de Cergy-Pontoise
M. Nestor Capdevila, Maître de conférences-HDR en philosophie, Université Paris Ouest Nanterre la Défense.
Mme. Martine Leibovici, Maître de conférences-HDR en philosophie, Université Paris Diderot Paris 7
M. Jean-Arnaud Mazères, Professeur émérite de droit public, Université Toulouse 1 Capitole
M. Carlos M. Herrera, Professeur de droit public, Université de Cergy-Pontoise (directeur d'études)

Université de Cergy-Pontoise

Centre de philosophie juridique et politique

Hannah Arendt, les juristes

et le concept de totalitarisme

ou

Retour sur les sources juridiques d'un concept philosophique

TOME I

Sophie Schulze

À Pierrette Rousseaux

née d'Alice Derivaz,

ma mère

Remerciements

Je remercie le professeur Carlos-Miguel Herrera pour la qualité admirable de sa direction. Je lui dois la lecture de Marcel Prélot, Roger Bonnard et Boris Mirkine-Guetzevitch. Je lui dois aussi cinq années de conférences où la rigueur scientifique n'a jamais rimé avec l'austérité, mais avec la passion pour la recherche.

Je remercie Nicole Didillon-Serugini pour sa relecture de notre traduction du texte de Gerhard Leibholz, *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*.

Je remercie chacun des bibliothécaires qui m'ont fait cadeau de quelques heures de recherches bibliographiques.

Je remercie mon correcteur, metteur en page,… : il se reconnaîtra.

Je remercie Eric Aeschimann, Dalila Benchikh, Catherine Bourgain, Gilles Carasso, Françis Chateauraynaud, Vladislav Davidzon, Fabienne Deconche, Elise Demeulenaere, Vincent Deplaigne, Isabelle Dro, Guillaume Esteva, Stéphane Eustache, Julie Florent, le *Forest Gump*, Hélène Gestern, Aliona Gorelova, David Arne Gösta H., Rémi Gouasdoué, Lionel Guerrini, Nicole Henchoz-Jolliet, Philippe et Marie-Claire Humbert, Nicolas Lefebvre, Anne-Louise Leutenegger, Marie-Christine Maury, Régina Maryanovska-Davidson, Jérôme Musseau, Fabien Neyrat, Laurence Poupon, Emmanuel Ratouis, Carole Rayon, Patrick Revel, Aldo Romano, Léo Scheer, Pierre-Emmanuel Simon, Frédéric Stelhin, Alessandro Trevini-Bellini, Gabriel-Gaëtan Valentin et Denis Vignolet, pour leur amitié, leurs précieux conseils et leurs soutiens divers et variés.

Je remercie ma famille pour son amour et son soutien inconditionnels.

J'ai enfin une pensée pour mes anciens maîtres, Philippe Lacoue-Labarthe et Jean-Luc Nancy, ainsi que pour Dominique Galopin, ancien président de la première chambre du tribunal administratif de Versailles, qui m'a formée à l'exercice de ce droit.

« *- D'aucuns disent en effet que cette histoire ne donne à personne le droit de porter un jugement sur le gardien. Quelles que soient les apparences, il est tout de même un serviteur de la Loi, il participe donc de la Loi, il échappe donc au jugement humain. Il ne faut pas croire, alors, que le gardien soit subordonné à l'homme. Être lié par sa fonction, comme il l'est, ne serait-ce qu'à l'entrée de la Loi, c'est incomparablement plus que de vivre libre dans le monde. L'homme ne fait qu'arriver vers la Loi, le gardien y est déjà. C'est la Loi qui lui assigne son service, et douter de sa dignité reviendrait à douter de la Loi.*

— Je ne souscris pas à cette opinion, dit K. en secouant la tête, car si l'on s'y rangeait, il faudrait tenir pour vrai tout ce que dit le gardien. Or cela n'est pas possible, tu l'as toi-même démontré tout au long.

— Non, dit le prêtre, on n'a pas à tenir tout pour vrai, on a seulement à le tenir pour nécessaire.

— Triste opinion, dit K. ; c'est le mensonge érigé en loi de l'univers. »

Franz Kafka

INTRODUCTION

« *Il n'existe aucune éthique au monde qui puisse négliger ceci : pour atteindre des fins " bonnes ", nous sommes la plupart du temps obligés de compter avec, d'une part des moyens moralement malhonnêtes ou pour le moins dangereux, et d'autre part la possibilité ou encore l'éventualité de conséquences fâcheuses. Aucune éthique au monde ne peut nous dire non plus à quel moment et dans quelle mesure une fin moralement bonne justifie les moyens et les conséquences moralement dangereuses.* »

Max Weber
1919

Aujourd'hui, le totalitarisme s'impose à la fois comme un concept « essentiellement contesté »[1] et une référence incontournable[2]. C'est d'ailleurs un point commun de la plupart des critiques adressées au concept de totalitarisme depuis les années 1960 que de le décrire comme indéfini, ou inopérant, et de constater en parallèle sa vitalité en dépit de toutes ses insuffisances. Une survivance qui s'explique en partie parce que la dispute autour du totalitarisme, qui est aussi une « crise conceptuelle », ne peut remettre en cause un fait : l'apparition simultanée d'un nouveau terme (« total », suivi de « totalitaire », puis de « totalitarisme »[3]) et d'une nouvelle forme d'organisation sociale et politique. Passé ce fait, on peut, il est vrai, débattre à peu près sur tout. Par exemple, sur le caractère « véritablement » simultané de ces deux événements, l'un conceptuel, l'autre réel : 1923, la date historiquement établie d'apparition du terme, est en effet postérieure à la Révolution russe[4] de 1917, ou à la marche sur Rome. De même,

1 Pour la définition de « concept essentiellement contesté », voir GALLIE, Walter Bryce « Les Concepts essentiellement contestés », Philosophie, n°122, Les Éditions de Minuit, Paris, 2014. Sur le caractère incontournable, mais critiquable, de totalitarisme, voire l'excellente synthèse de TRAVERSO, Enzo, « Le Totalitarisme. Histoire et apories d'un concept », in L'Homme et la société, n° 129, 1998, Regards sur l'humanitaire, pp 97-111. Pour le totalitarisme comme concept contesté et contestable, voir CAPDEVILA, Nestor, « Totalitarisme, idéologie et démocratie » et ZIZEC, Slavoj, Vous avez dit totalitarisme ? – Cinq interventions sur les mes(usages) d'une notion, trad. D. Moreau et J. Vidal, Éditions Amsterdam, Paris, 2013

2 « On constate, malgré tout, un attachement au concept », CAPDEVILA, Nestor, « Totalitarisme, idéologie et démocratie », *Actuel Marx*, 2003/1 (n°33), p. 181

3 Selon Enzo Traverso, l'adjectif « total » surgit avec la Première Guerre mondiale, qualifiée de guerre totale. L'adjectif « totalitaire », quant à lui, voit le jour en 1923, sous la plume de Giovanni Amendola (voir *infra*, Chapitre VI, 1.1. Une terminologie et une chronologie vacillantes). Puis l'adjectif est transformé en substantif à partir de 1925 par Mussolini, suivi en 1928 par Giovanni Gentile (TRAVERSO, Enzo, *Le totalitarisme – Le XX^e^ siècle en débat*, Seuil, Paris, 2001, p. 9 et 19-20). À vrai dire, contrairement à Enzo Traverso, nous ne voyons pas en quoi « la féroce volonté totalitaire » de Mussolini de juin 1925, ni son « aphorisme célèbre » : « Tout dans l'État, rien en dehors de l'État, rien contre l'État », qu'il cite en exemple, transforme l'adjectif en substantif. La « substantification » du terme totalitaire n'est pas une question de fait (ou de terminologie) mais une question de concept (et donc de théorie, pour reprendre la distinction d'Enzo Traverso entre le *fait*, le *concept* et la *théorie* totalitaire : « Ce terme indique à la fois un fait (les régimes totalitaires en tant que réalité historique), un concept (l'État totalitaire comme forme de pouvoir nouvelle et inclassable à l'intérieur des typologies élaborées par la pensée politique classique) et une théorie (un modèle de domination établi par l'analyse comparative des régimes totalitaires). » Ibid., « Avant-propos », p. 5)

4 Nous privilégions révolution « russe » à révolution « soviétique » en application de la traduction française

les débats sont infinis pour déterminer les périodes authentiquement totalitaires de l'Allemagne nazie et de l'Union soviétique, sans parler de la question de la nature totalitaire, ou seulement dictatoriale, de l'Italie fasciste, et plus largement des régimes d'Europe centrale et orientale[5]. Les moyens d'entrer dans la dispute à propos du totalitarisme sont d'ailleurs si nombreux qu'ils ont fini par avoir un nom : Mike Godwin, inventeur de la célèbre loi selon laquelle plus une discussion dure, plus la probabilité d'y trouver une comparaison impliquant les nazis ou Hitler approche de 1. Quand la discussion atteint le « point de Godwin », c'est le signe de son échec, la fin de tout débat fructueux.

Le présent travail de recherche n'entrera pas dans ces débats, en dépit de leur intérêt et de l'indéniable renouvellement qu'ils apportent aux analyses sur le totalitarisme. Il ne portera que sur les analyses du totalitarisme antérieures aux années 1960, c'est-à-dire sur la période qui va de l'émergence de la notion de totalitarisme à sa consécration comme concept par Hannah Arendt dans *Les Origines du totalitarisme*. Par conséquent, le terme « totalitarisme » sera employé comme il l'était par les auteurs de cette époque : comme un terme, et un concept, permettant de désigner et de définir les structures et les pratiques politiques du XX^{e} siècle considérées comme radicalement inédites aussi bien par leurs acteurs que par leurs observateurs.

Dans cette période de plus d'un demi-siècle où le concept de totalitarisme en tant que tel ne fait pas encore l'objet d'une critique, nous nous intéresserons par ailleurs aux seules analyses juridiques, et non politiques, historiques, sociologiques,

---

publiée en 1950, choisie parce qu'elle est contemporaine de la parution des *Origines du totalitarisme* (TROTSKY, Léon, *Histoire de la Révolution russe*, trad. M. Parijanine, Seuil, Paris)

5 Hannah Arendt cite la Roumanie, la Pologne, les États baltes, la Hongrie, le Portugal et l'Espagne, ARENDT, Hannah, *Les Origines du totalitarisme, Eichmann à Jérusalem*, dir. Pierre Bouretz, Gallimard, Paris, 2002, p. 615

philosophiques, psychanalytiques[6]… Un choix qui se justifie autant du point de vue de la théorie du droit (1), que du point de vue de l'analyse des régimes totalitaires (2).

1- Le droit totalitaire est-il un monstre ?

Du point de vue de la théorie du droit, il apparaît que le totalitarisme est le lieu par excellence d'un questionnement sur la nature du droit. Nul régime n'est en effet autant confronté à la question de savoir « si une société donnée est dotée [ou non] d'un système de droit »[7] que les systèmes totalitaires. À tel point que l'on peut se demander si une « philosophie du droit », au sens que Michel Troper donne à ce terme, est aujourd'hui possible sans une réflexion sur les rapports entre droit et totalitarisme.

C'est en tout cas sur l'Allemagne nazie que Michel Troper s'appuie, dans *La philosophie du droit*, pour définir l'objet d'une théorie générale du droit[8], à savoir la définition du droit, et pour montrer sa nécessité pour les juristes. Pour ce faire, il reprend[9] l'exemple de H.L.A. Hart lors de sa célèbre controverse avec Lon Fuller. Il s'agit du cas d'une Allemande qui, voulant se débarrasser de son mari, l'avait dénoncé à la Gestapo pour des propos hostiles au régime. Le mari avait été reconnu coupable et envoyé au front où il avait été tué. À la fin de la guerre, la femme, traduite devant les tribunaux, s'était défendue en affirmant qu'elle n'avait fait que se conformer à ce qui était, au moment des faits, une obligation juridique. En effet, dans le régime nazi, les

6 Cette liste ne prétend pas à l'exhaustivité, tant les régimes totalitaires questionnent l'ensemble des disciplines scientifiques.

7 TROPER, Michel, *La Philosophie du droit*, PUF, Paris, 2e édition, 2006, p.4

8 Comme Michel Troper dans la suite de son texte, les expressions « philosophie du droit » et « théorie générale du droit » sont ici considérées comme synonymes. Nous privilégierons toutefois par la suite l'expression « théorie du droit » en tant qu'elle vise « exclusivement à décrire et analyser le droit tel qu'il est » et non tel qu'il devrait être. (*La Philosophie du droit*, op. cit. p. 10 et suiv.).

9 Dans *La Philosophie du droit*, Michel Troper reprend l'exemple de Lon Fuller sans le citer. Il ne fait explicitement référence à la controverse entre Hart et Fuller que dans le chapitre XI de *Pour une théorie juridique de l'État*, intitulé « Y a-t-il eu un État nazi ? » (p.177-178)

propos hostiles au régime étaient tenus pour criminels en vertu d'une loi, et tous ceux qui les entendaient, y compris les proches, étaient tenus de les dénoncer[10]. Pour Lon Fuller, si l'on admet que le droit nazi est un droit, il faut acquitter cette femme. Pour éviter cette solution, il faut donc considérer que la règle nazie, qui impose la dénonciation, ne présente aucun caractère juridique. Ce qui est possible si l'on défend une position jus naturaliste qui considère que, faute de respecter certaines valeurs fondamentales, le droit nazi n'est pas un droit et n'est donc pas obligatoire. On peut alors punir la femme selon le droit antérieur. Pour Hart, au contraire, le droit nazi est un droit, certes abominable, mais un droit. Il défend ce faisant la position positiviste. En effet, comme ne manque pas de le souligner Carlos-Miguel Herrera, selon Kelsen, « l'État n'a pas de limite quant à son contenu. (…) Même l'introduction de l'esclavage comme institution juridique dans un ordre juridique existe comme possibilité. »[11] Par conséquent, pour Hart, la règle prescrivant la dénonciation est bien obligatoire. Si l'on entend malgré tout condamner la femme, il faut donc le faire en application d'une règle rétroactive[12]. La déduction de Michel Troper est logique :

> « Le juge va se prononcer dans un sens ou dans l'autre, selon sa conception de la nature du droit. Il peut appeler droit toutes les règles édictées par le pouvoir politique ou seulement celles qui ne violent pas un idéal de justice. La première définition le conduira à acquitter ; la seconde, à condamner. Or, la définition ne se trouve pas dans le droit en vigueur, mais dépend de choix philosophiques. »[13]

10 FULLER, Lon L., "Positivism and the Fidelity to Law, a Reply to professor Hart", *Harvard Law Review*, 1958, p. 632 et s.

11 HERRERA, Carlos-Miguel, *Théorie juridique et politique de Hans Kelsen*, Kime, Paris, 1997, p. 117. De même, p. 223, cette citation de Kelsen : « Même un État où la puissance étatique sur l'individu recevrait une extension illimitée, c'est-à-dire où la "liberté" individuelle serait totalement anéantie et l'idéal libéral intégralement nié, pourrait encore constituer une démocratie, pourvu que l'ordre étatique fût créé par les individus qui y sont soumis. »

12 HART, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 1958, p.618 et suiv.

13 *La Philosophie du droit*, op. cit. p. 5

Contrairement à H.L.A. Hart et à Lon Fuller, Michel Troper ne tranche pas. Il lui suffit que cet exemple montre la nécessité d'une définition du droit, et donc d'une philosophie du droit, pour les juristes. Et l'on peut comprendre la prudence dont il fait preuve quand on prend la mesure des difficultés presque insurmontables auxquelles le nazisme confronte les juristes. À commencer par ce paradoxe qui veut que les juristes nazis ont fondé leur nouvelle « science allemande du droit » sur une croisade contre le positivisme, alors qu'il apparaît par l'exemple de Fuller que seule une conception positiviste du droit permet de reconnaître le droit nazi comme un droit. Quand le positivisme vient à la rescousse de son ennemi le plus dangereux, quel parti choisir ?

Le problème se complique encore si l'on prend en considération la thèse de G. Radbruch[14] selon laquelle le positivisme, en identifiant le droit à l'État et en préconisant la soumission à la volonté étatique, quel que soit son contenu, explique que les juristes se soient abstenus de protester contre la pratique juridique nazie. On se trouve alors face à un autre paradoxe, où un droit fondé sur l'anti-positivisme n'est possible qu'à la condition que les juristes soient positivistes. Par bonheur, ce paradoxe est plus facile à dénouer. Comme nous le verrons, la thèse de G. Radbruch est en effet problématique, pour ne pas dire erronée. Comme l'a montré Bernd Rüthers[15], mais déjà avant lui Ernst Fraenkel, sous le Troisième Reich les juristes n'appliquaient pas la loi, mais la transformaient[16]. Surtout, comme le montrent la doctrine juridique nazie, Carl Schmitt, Ernst Fraenkel et Hannah Arendt, la conception nazie du droit est à l'opposé de

14 RADBRUCH, Gustav, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, trad fr. par M. Walz : « Injustice légale et droit supralégal », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, 1995

15 Sur Bernd Rüthers *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 6e édition, Tübingen, Mohr/Siebeck, 2005) voir ROQUES, Christian, « *Interprétation de la loi et perversion du droit* », Astérion, n°4, 2006, (p. 179 pour la critique de G. Radbruch)

16 *Ibid.*, p. 182

l'idée d'une soumission aux lois positives, y compris celles promulguées par le régime lui-même.

Par contre, si l'on considère que le droit nazi se fondait sur une conception spécifique du droit naturel, à savoir le droit vital du peuple allemand, alors la controverse entre Hart et Fuller est presque insoluble. Comment prouver la supériorité d'un idéal de justice sur un autre ? Si chaque conception du droit naturel entend démontrer sa supériorité par rapport aux autres conceptions jus naturalistes, seul un droit naturel supérieur et nouveau, ou une autorité morale supérieure peut justifier de choisir une conception jus naturaliste contre une autre.

De même, la position de Hart est particulièrement délicate. Comment considérer que le nazisme possède un droit au sens positiviste, c'est-à-dire une hiérarchie des normes contraignantes issues de l'État, quand l'État n'est considéré que comme un instrument, un appareil d'État, et quand toutes les normes en vigueur et publiées ne sont plus respectées ?

Quoi qu'il en soit, le mérite de la controverse entre Hart et Fuller est non seulement d'avoir posé un cadre au débat, mais aussi d'avoir montré l'enjeu du totalitarisme pour toute théorie du droit, à savoir être une sorte de cas limite, ou d'expérience cruciale, où se joue la définition de sa nature. C'est pourquoi la première chose qui surprend quand l'on s'intéresse aux rapports entre droit et totalitarisme, c'est le petit nombre de travaux sur le sujet. Alors que les recherches des historiens, des spécialistes en sciences politiques et des philosophes du politique sont légion, les juristes, en revanche, ne s'intéressent que très rarement au totalitarisme. Comme s'ils avaient définitivement tranché la question, ou postulaient, d'emblée, que le totalitarisme était la critique la plus radicale, voire la négation de tout droit. Ou comme si étudier juridiquement les systèmes totalitaires revenait à les justifier. Quel juriste oserait plaider

en faveur d'un acquittement de la femme accusée ? Cet acquittement est-il juridiquement, ou moralement, impossible ?

Olivier Jouanjan, l'un des rares juristes français à travailler sur le sujet, propose, dans ses *Remarques sur les doctrines nationales-socialistes de l'État,* de résoudre ce problème, ou cette énigme, en définissant le droit totalitaire comme un monstre[17] : « Le juriste (…) peut, comme le biologiste à la fin du XVIII^{e} siècle, trouver intérêt à considérer le grotesque, le monstrueux, le discours pathologique ou normal. (…) La "tératologie" a aussi sa place dans une réflexion sur la pensée juridique. »[18]

Olivier Jouanjan s'inscrit ainsi d'une certaine façon dans la tradition initiée par Franz Neumann qui, en 1942, proposait déjà d'assimiler le national-socialisme au monstre Béhémoth mentionné dans le livre de Job. Même si ce n'est pas la dimension mythique, ni le gigantesque, qui justifie selon Olivier Jouanjan d'ouvrir ce chapitre de tératologie juridique. Comme le montre sa référence à Georges Canguilhem qui, dans *La connaissance de la vie*, écrivait que « l'existence des monstres met en question la vie quant au pouvoir qu'elle a de nous enseigner l'ordre. »[19], c'est surtout l'intérêt d'une étude des systèmes anormaux pour la définition de la normalité qui est en jeu.

Quand on connaît l'importance des analogies vitalistes dans les conceptions totalitaires du droit et de l'État, la référence à la biologie en général, et à Georges Canguilhem en particulier, n'est pas innocente. La philosophie des sciences de Georges Canguilhem offre en effet un axe de lecture particulièrement fécond concernant l'étude

17 Olivier Jouanjan n'est pas le seul à lier le totalitarisme au monstrueux. C'est au contraire, comme le montre Dominique Gros, un leitmotiv de la doctrine juridique sur le sujet. Olivier Jouanjan est le seul, en revanche, à faire le lien entre le thème du monstre et la philosophie des sciences de Georges Canguilhem, même s'il ne s'intéresse pas à la distinction entre « anomal » et « anormal » (voir GROS, Dominique, « Un droit monstrueux ? », in *Le droit antisémite de Vichy*, Le Genre Humain, Seuil, Paris, 1996)

18 JOUANJAN, Olivier, « Remarques sur les doctrines nationales-socialistes de l'État », Politix, Volume 8, n° 32, Paris, 1995, p. 97-98

19 *Ibid.*, p. 98 (cité par Olivier Jouanjan)

juridique des systèmes totalitaires. Notamment sa distinction conceptuelle centrale entre l'anomal et l'anormal.

Dans *Le normal et le pathologique* (1943), l'anomalie est définie comme « une erreur » de la vie qui ne rend pas nécessairement malade (par exemple le bec de lièvre), alors que l'anormalité correspond à la maladie *stricto sensu*. L'anomalie est hors norme, alors que « l'état pathologique ou anormal n'est pas fait de l'absence de toute norme. La maladie est encore une norme de vie mais c'est une norme inférieure en ce sens qu'elle ne tolère aucun écart des conditions dans lesquelles elle vaut »[20]. Si l'on reprend cette distinction médicale en la transposant dans la sphère juridique, cela revient à distinguer entre un régime exceptionnel, qui ne repose sur aucune normativité intrinsèque, et un régime régi par un système de normes différent de celui considéré comme normal (en l'espèce celui de l'État de droit). Ce qui conduit, relativement au totalitarisme, à la problématique suivante : le système totalitaire est-il une monstruosité (anomalie) ou une maladie (anormalité) de l'État et du droit ?

Comme nous le verrons, le caractère monstrueux du totalitarisme au sens scientifique et non moral d'anomal, est loin d'aller de soi, et les juristes oscillent en réalité constamment entre une lecture tératologique et pathologique du totalitarisme. Considérer le droit, dans un système totalitaire, comme une façade, un faux-semblant de droit, ou comme l'expression de l'arbitraire, du non-droit, c'est le ranger du côté de l'anomalie. Les systèmes totalitaires font alors partie de la tératologie juridique. Penser, en revanche, que le totalitarisme est une autre forme de droit, un système normatif de

20 CANGUILHEM Georges, *Le normal et la pathologique*, PUF, Paris, 1966, p. 119-120. Sur Canguilhem et les normes, voir également LE BLANC, Guillaume, *Canguilhem et les normes*, PUF, Paris, 1998 ; DAGOGNET, François, *Georges Canguilhem – Philosophe de la Vie*, Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, Le Plessis-Robinson, 1997 ; MACHEREY, Pierre, « Normes sociales et normes vitales dans *Essai sur quelques problèmes concernant le normal et le pathologique* », in *Actualité de Georges Canguilhem*, Institut Synthélabo, PUF, Paris, 1998. La biographie de Canguihlem par Elisabeth Roudinesco est également instructive : ROUDINESCO, Élisabeth, « Georges Canguilhem, de la médecine à la Résistance », in *Actualité de Georges Canguilhem*, Institut Synthélabo, PUF, Paris, 1998

nature et de structure différentes, et opposé à l'État de droit, c'est le considérer plutôt comme un phénomène anormal, comme un droit pathologique. C'est le cas par exemple d'Ernst Fraenkel quand il écrit, dans *L'État Dual* : « une nation de 80 millions de personnes [comme l'Allemagne nazie] ne peut être contrôlée selon un plan seulement si des règles définies existent et sont appliquées, selon lesquelles les relations entre l'État et ses membres, et les relations des citoyens entre eux, sont régulées »[21]. C'est aussi le cas d'Hannah Arendt qui, comme nous le verrons, n'a eu de cesse de chercher « la pensée légale » propre aux systèmes totalitaires.

Reste à savoir si poser la question de l'existence d'un droit des systèmes totalitaires est une façon de les « légitimer », de les « justifier » ou de les « légaliser » ? Contrairement aux apparences, cette question n'est pas proprement juridique. La loi étant par nature rationnelle, et la légalisation étant interprétée comme une autorisation, ce problème est la formulation juridique d'une question plus générale : comprendre, est-ce pardonner ? Comme le faisait remarquer Hannah Arendt[22] avec l'ironie qui la caractérise, si le pardon est dépendant de la compréhension, alors nous en sommes loin, tant le totalitarisme défie nos critères de jugements moraux et nos catégories de pensée. Le présent travail de recherche part en tout cas du principe que comprendre n'est pas pardonner. Comprendre résulte d'un besoin scientifique indépendant de la morale.

C'est d'ailleurs Hannah Arendt qui a exprimé le plus clairement et le plus profondément ce besoin de compréhension qui hante les générations qui ont reçu le totalitarisme en héritage. Dans la dernière préface[23] au *Système totalitaire*, il prend la forme de trois questions : « Que s'est-il passé ? Pourquoi cela s'est-il passé ? Comment

21 FRAENKEL, Ernst, *The Dual State, a contribution to the theory of dictatorship*, trad. E.A. Shils, Oxford University Press, New York – London-Toronto, 2010, p. XV (nous traduisons, ainsi que tous les autres extraits cités)

22 Voir « La nature du totalitarisme – Essai sur la compréhension », in *La nature du totalitarisme*, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990

23 Préface datée par Hannah Arendt en juin 1966 – novembre 1971

cela a-t-il été possible ? »[24]. Si la première question a une dimension surtout historique, la deuxième un caractère général, la troisième question, par son caractère technique, implique notamment le droit. Il appartient en effet aux juristes, en tant qu'ils s'intéressent aux règles dirigeant et organisant les sociétés, d'expliquer comment cela a été possible.

Et, de fait, les régimes totalitaires ont été dès leur apparition un objet d'étonnement, et, partant, d'étude pour les juristes. Depuis la Révolution russe de 1917, mais surtout à partir du fascisme, jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, les théoriciens du droit ont pris une part active et centrale dans l'ensemble des travaux scientifiques visant à comprendre ce qui se passait. Ce qui conduit à un autre paradoxe : alors que le totalitarisme est absent de la plupart des travaux juridiques actuels, et semble même être considéré comme un objet d'étude douteux, proprement « monstrueux », nous verrons que ce sont pourtant les juristes qui ont apporté les contributions les plus décisives à la modélisation de ce régime.

2 - La dette d'Hannah Arendt à l'égard des juristes

Il convient donc d'examiner dans quelle(s) mesure(s) les théoriciens du droit ont contribué à l'élaboration du modèle totalitaire de l'après-guerre. Si l'on prend pour modèle de référence celui des *Origines du totalitarisme* de Hannah Arendt, cela revient à déterminer l'influence des juristes sur la théorie arendtienne, ou à évaluer la nouveauté de cet ouvrage à l'aune des théories juridiques antérieures. Et si Hannah Arendt n'avait rien appris aux théoriciens du droit ?

24 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 196

Il n'est pas à démontrer que les textes d'Arendt sont une référence incontournable pour toute étude sur le totalitarisme. Mais ils sont aussi considérés comme relevant des seuls domaines de la science et de la philosophie politiques. Pourtant, si l'on s'intéresse autant à l'appareil critique qu'au texte, force est de constater qu'Hannah Arendt s'appuie sur les travaux de nombreux juristes pour élaborer sa propre théorie, et que la question du rapport au droit des systèmes totalitaires y occupe une place importante, parfois même tout aussi centrale que les questions relatives à la science et à la philosophie politiques.

À titre introductif, nous nous contenterons d'indiquer les principaux juristes cités et utilisés par Arendt.

Comme le révèle la bibliographie qu'Hannah Arendt a indexée aux *Origines du totalitarisme* ainsi que le volumineux appareil de notes, cet ouvrage s'appuie sur un vaste matériau qui comprend aussi bien des documents d'archives, des récits, des biographies, des études historiques que des œuvres théoriques. À tel point que *Les Origines du totalitarisme* sont d'abord le résultat d'un important travail de synthèse.

Parmi ces éléments, les travaux des juristes se trouvent d'abord dans le matériel historique, en l'espèce les documents et les archives du *Nazi Conspiracy and Aggression (NCA)*. Publié entre 1946 et 1948, le NCA est un rapport juridique de plus de huit volumes qui comprend les preuves écrites et les lignes directrices de l'accusation préparées par l'équipe américaine et britannique pour le Tribunal militaire international de Nuremberg. Les documents officiels tirés des archives du gouvernement allemand et du parti nazi, les journaux intimes, les lettres des dignitaires nazis et les rapports d'arrestation en font partie. Parmi l'ensemble de ces pièces collectées et utilisées lors du procès de Nuremberg figure le discours inaugural du juge Robert H. Jackson, procureur

en chef pour les États-Unis lors du procès, discours qui a exercé une influence directe sur les analyses de Hannah Arendt.

Sinon, concernant non pas le matériel historique, mais les ouvrages théoriques, Hannah Arendt est loin d'avoir réduit ses lectures aux seuls spécialistes en sciences politiques. Il est au contraire indéniable qu'une grande partie de ses analyses sont d'abord redevables aux travaux des juristes allemands ayant immigrés aux États-Unis, notamment Franz Neumann et Ernst Fraenkel, ainsi qu'à ceux des juristes nazis, Carl Schmitt et Theodor Maunz en première ligne.

2.1. La théorie juridique de l'autorité duale

2.1.1. Robert H. Jackson

Hannah Arendt reprend souvent à son compte la théorie juridique selon laquelle l'État totalitaire se caractérise par une autorité duale, répartie entre le parti et l'État : l'État est un pouvoir apparent alors que le parti est le pouvoir réel. Dans *Les Origines du totalitarisme* elle cite, comme représentant de cette théorie, le juge Robert H. Jackson qui, lors du procès de Nuremberg,

> « (…) a fondé sa description de la structure politique de l'Allemagne nazie sur la coexistence de deux gouvernements en Allemagne – le réel et l'apparent. Les formes de la République allemande furent maintenues un temps, et c'était là le gouvernement que l'on voyait de l'extérieur. Mais l'autorité réelle dans l'État se trouvait en dehors et dessus de la loi : elle résidait dans les instances dirigeantes du parti nazi. »[25]

Si, dans la suite du texte, Arendt prend ses distances à l'égard de cette théorie de l'autorité duale, et préfère, comme nous le verrons, un autre modèle de l'organisation du

25 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 727. (La citation de Robert H. Jackson est extraite par Arendt de *Nazi Conspiracy and Agression*, 1946, vol. I, p. 125)

pouvoir, il n'en demeure pas moins que la distinction entre un pouvoir apparent et un pouvoir réel l'a fortement influencée. Elle a laissé, en tout cas, de nombreuses traces dans *Les Origines du totalitarisme*, en particulier quand Arendt examine la fonction de la constitution et des lois dans les régimes totalitaires. À l'instar du juge Robert H. Jackson, elle considère que les lois et la Constitution ne sont qu'une façade, une apparence de légalité, qui dissimule la réalité, à savoir que les règles en vigueur ou réellement appliquées ne sont pas publiées, ni même toujours écrites. Elle reprend aussi l'idée selon laquelle le mouvement totalitaire, une fois qu'il s'est emparé de l'appareil d'État, le transforme en un pouvoir simplement décoratif. Autrement dit, Arendt nuance, plutôt qu'elle ne la critique, la théorie de la coexistence d'un pouvoir apparent et d'un pouvoir réel. Elle ignore en revanche que cette théorie de l'autorité duale a été articulée très tôt par les théoriciens du droit. Comme nous le verrons, la théorie du droit comme façade est en effet apparue dès les années 20 chez les juristes. Dans le corpus que nous avons étudié, elle est bien antérieure au procès de Nuremberg et à l'Allemagne nazie puisqu'elle figure déjà dans le texte de Gerhard Leibholz de 1928, *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*.

2.1.2. Ernst Fraenkel

Arendt associe le juriste Ernst Fraenkel au courant théorique de l'autorité duale, même si elle présente *The Dual State* comme une exception :

> « Ceux qui ont étudié l'Allemagne nazie semblent s'accorder pour dire que l'État ne possédait qu'une autorité fictive. Pour l'unique exception, voir Ernst Fraenkel, *The Dual State*, 1941 : celui-ci prétend qu'il y avait coexistence d'un "État normatif et d'un État à prérogative», vivant en perpétuelle friction en tant qu'"éléments rivaux et non complémentaires du Reich allemand". Selon Fraenkel,

> l'État normatif fut maintenu par les nazis afin de protéger l'ordre capitaliste et la propriété privée ; son autorité s'étendait à toutes les questions économiques, tandis que l'État à prérogative formé par le parti détenait l'autorité suprême sur toutes les affaires politiques. »[26]

Arendt a raison. : Ernst Fraenkel est bien une exception. C'est en tout cas ainsi que lui-même présente sa théorie :

> « Il doit être clairement compris que quand nous parlons de l'État dual, nous ne faisons pas référence à la coexistence entre l'État bureaucratique et le parti bureaucratique. Nous n'accordons pas une grande importance à cette nouvelle fonction de la loi constitutionnelle allemande. Bien que la littérature nationale-socialiste discute souvent ce problème, et bien que ce livre s'y référera occasionnellement, essayer de trouver la distinction juridique exacte entre les deux serait inutile. L'État et le parti sont irrémédiablement en train de fusionner, et la forme d'organisation duale ne se maintient essentiellement que pour des raisons historiques et politiques. »[27]

Contrairement à ce qu'affirme Arendt, l'État dual d'Ernst Fraenkel n'est donc pas une « forme d'organisation duale » entre l'État et le parti, forme défendue par les partisans de l'autorité duale. Nous verrons dans la première partie en quoi elle consiste exactement. Pour l'instant, remarquons seulement qu'il est également discutable de considérer, comme le fait Hannah Arendt, que Fraenkel soit la seule exception. Un an après Ernst Fraenkel, Franz Neumann considérera lui aussi que plusieurs pouvoirs coexistent et rivalisent au sein de l'Allemagne nationale-socialiste. Pour Neumann, l'appareil d'État national-socialiste continue à faire autorité, même si, contrairement à Ernst Fraenkel, il considère que son autorité s'exerce non pas sur la propriété privée, mais sur l'armée, le travail et les services publics. En parallèle, le parti

26 *Ibid.*, p.727. C'est le seul passage, à notre connaissance, où Ernst Fraenkel est cité dans *Les Origines du totalitarisme.* Nous disons « à notre connaissance » car le nom d'Ernst Fraenkel ne figure pas dans l'index des personnes de cette édition.

27 *The Dual State*, op. cit. p. XV

a, de son côté, acquis des prérogatives similaires à celle d'un État souverain dans les domaines de la police ou des organisations de la jeunesse. Franz Neumann parle en conséquence de la coexistence de plusieurs souverainetés au sein du régime national-socialiste, à l'instar de l'État dual d'Ernest Fraenkel.

Hannah Arendt, quant à elle, est radicalement opposée à l'idée selon laquelle le parti forme un second État. Pour elle, l'État n'est que la façade de ce qu'elle nomme le « Mouvement »[28]. Le parti est l'organe exécutif du Mouvement, et non pas de l'État. Toute transformation du parti en un État ne peut qu'engendrer la fin du Mouvement, c'est-à-dire la transformation du totalitarisme en une dictature de parti unique. Le maintien de la référence étatique par Ernst Fraenkel est donc à l'opposé des conceptions de Hannah Arendt. En conséquence, elle présente la théorie de l'État dual d'Ernest Fraenkel comme une curiosité scientifique.

Ce faisant, Arendt passe à côté d'un débat juridique majeur. La distinction entre un pouvoir réel et un pouvoir apparent qu'Hannah Arendt défend à la suite de Robert H. Jackson a en effet pour conséquence de ne pas remettre en cause la définition classique de la souveraineté comme une et indivisible. Dire, comme le fait Robert H. Jackson, que la souveraineté est transférée de l'État au parti, ou dire, comme le fait Hannah Arendt, que la souveraineté est transférée de l'État au Mouvement, revient à ne pas diviser la souveraineté. Seul le lien traditionnel entre souveraineté et État est brisé, mais non la souveraineté elle-même. Alors qu'Ernest Fraenkel et Franz Neumann considèrent au contraire que la coexistence de plusieurs souverainetés au sein d'un même corps politique est la principale nouveauté des régimes totalitaires. À leurs yeux, refuser de voir le régime totalitaire comme un régime polycratique, c'est rester dépendant d'une tradition juridique devenue obsolète. Ainsi, même si tous les

28 Pour la définition de ce terme, voir infra, Chapitre II, « 1.1. Le Mouvement »

théoriciens, Hannah Arendt inclus, considèrent que le totalitarisme oblige à repenser les catégories traditionnelles de la pensée politique, il n'y a en revanche pas d'accord entre eux sur la nature exacte de la nouveauté à penser.

Le fait qu'Hannah Arendt ne fasse qu'une seule fois référence à Ernst Fraenkel ne signifie pas que ce dernier n'a exercé aucune influence sur *Les Origines du totalitarisme*, bien au contraire[29]. Le lien le plus apparent entre ces deux auteurs se trouve dans la définition du totalitarisme comme un système où « tout est politique ». C'est Ernst Fraenkel qui, le premier, a souligné cette caractéristique en en faisant le fondement de l'État à prérogative. Ce qui le conduit à affirmer, comme le fera Hannah Arendt dix ans plus tard, qu' « actuellement, en Allemagne, il n'y a rien qui ne puisse être considéré comme politique »[30]. C'est également chez Ernst Fraenkel que l'on trouve la première analyse de ce qu'Hannah Arendt nommera « l'ennemi objectif », comme nous le développerons dans la première partie. C'est enfin Ernst Fraenkel qui, le premier, parlera de la législation secrète, qui placera également la police secrète au centre du pouvoir et qui montrera le caractère illimité du pouvoir totalitaire qui recherche « le pouvoir pour le pouvoir »[31]. Bref, la lecture de *L'État Dual* conduit à relativiser la nouveauté de plusieurs aspects de la théorie arendtienne, en dépit de l'absence de références directes et explicites à *L'État Dual*.

29 Puisque l'étude informatique des textes est une méthode dorénavant utilisée par la recherche, il pourrait être intéressant de remplacer, dans *L'État Dual* d'Ernst Fraenkel, le terme d'« État dual » par celui de « régime totalitaire ». La même opération pourrait être réalisée avec les termes d'« État à prérogative » et d' « État normatif », qui seraient remplacés, respectivement, par ceux de « Mouvement » et d'État de droit ». Une comparaison entre le texte virtuel ainsi créé, et celui d'Hannah Arendt, pourrait être instructive.

30 *The Dual State*, op. cit. p. 57

31 *Ibid.*, p. 202

2.2. Franz Neumann

Il n'a échappé à personne (en tout cas pas à Ernst Fraenkel ni à Waldemar Gurian) que *Béhémoth* était une référence non seulement au *Léviathan* de Hobbes[32], mais aussi au *Léviathan dans la doctrine de l'État* de Carl Schmitt[33]. Le *Béhémoth* de Franz Neumann s'impose ainsi d'emblée comme un texte militant. Par rapport à *L'État dual*, la question du droit y est toutefois plus abstraite et générale. Il manque au *Béhémoth* le vécu des tribunaux, celui des juristes en exercice. Neumann est du côté de la seule doctrine juridique, quand Ernst Fraenkel fait d'abord appel à la jurisprudence. La première partie de *L'État Dual* s'appuie sur les revirements de jurisprudence et les relations entre les différents tribunaux (Qui juge en premier ressort ? Sur quel fondement ? Qui tranche les conflits de compétence ?), quand Franz Neumann privilégie l'analyse structurelle du national-socialisme. Une différence qui explique peut-être pourquoi la dette de Hannah Arendt à l'égard de Franz Neumann semble plus forte qu'envers le technicien Ernst Fraenkel.

Alors qu'Ernst Fraenkel n'est cité qu'une seule fois, Franz Neumann apparaît trois fois dans *Les Origines du totalitarisme*. Cette présence pour le moins discrète de Franz Neumann n'est toutefois pas proportionnelle à la dette réelle, mais non reconnue, d'Arendt à son égard. Comme le souligne à juste titre Alfons Söllner, « on peut s'étonner des points communs notoires qui existent entre eux, en dépit de leurs rares citations mutuelles. »[34] Nombre d'analyses arendtiennes se trouvent en effet déjà dans *Béhémoth*. Parmi les plus saillantes, citons la distinction entre l'État et le

32 Sur le Léviathan, Hobbes et le nazisme, lire également CAPITANT, René, "Thomas Hobbes et le III^{e} Reich", in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004

33 SCHMITT, Carl, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes*, trad. D. Trierweiler, Seuil, Paris, 2002

34 SÖLLNER, Alfons, « Hannah Arendt's The Origins of Totalitarianism in its original context », *European Journal of Political Theory*, avril 2004, vol. 3, n° 2, p. 221 (c'est nous qui traduisons). Voir également la préface de Pierre Bouretz aux *Origines du totalitarisme* (cf. *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p.40)

mouvement[35], les concepts et le lien entre l'idéologie et la terreur[36], l'analyse juridico-politique de la démocratie de Weimar[37], le lien entre totalitarisme et impérialisme, la méthode comparative, la théorie du droit de façade ou décoratif[38], la question du rapport entre l'État et le parti, la reprise des textes des acteurs et des intellectuels les plus éminents du national-socialisme, la distinction entre autorité et domination[39], la fonction du chef suprême[40].

Cette liste, bien que conséquente, ne prétend pas à l'exhaustivité et doit être évaluée à l'aune d'une autre liste, elle aussi impressionnante : celle des différences entre les analyses d'Arendt et de Franz Neumann que presque dix années séparent. Contrairement à Franz Neumann, Arendt ne considère pas que le fascisme soit un système totalitaire, de même qu'elle écarte la théorie du chef charismatique de Max Weber, qu'elle élargit l'analyse du totalitarisme à l'Union soviétique, étudie et intègre les systèmes de domination totale, privilégie toujours la politique à l'économie ou à la structure capitalistique des régimes totalitaires[41], accorde une moindre importance à la

35 Voir NEUMANN, Franz, *Béhémoth – Structure et pratique du national-socialisme*, trad. G. Dauvé et J.L. Boireau, Payot, Paris, 1987, chapitre II « la révolte du parti et l'État du mouvement », p. 73 et suiv.

36 « L'idéologie totalitaire ne se distingue pas seulement des idéologies démocratiques par son caractère unique et exclusif, mais par sa fusion avec la terreur. » *Ibid.*, p.52, ainsi que le chapitre « Propagande et violence », p. 410 et suiv.

37 *Ibid.*, Introduction « l'effondrement de la République de Weimar », p. 19 et suiv.

38 « Bien que le pouvoir législatif du Reichstag ne fût pas expressément aboli, son pouvoir tomba en fait en désuétude, et ne servit plus que dans des cas exceptionnels, et dans un but exclusivement décoratif.(…) Le Reichstag, composé de fonctionnaires du parti, n'est plus qu'une potiche » *Ibid.*, p. 64-65

39 « On postule que le principe d'autorité est radicalement différent de la domination : selon l'idéologie allemande, la nature de l'autorité suprême est précisément ce qui distingue le régime d'une direction absolutiste. » *Ibid.*, p.92

40 *Ibid.*, Chapitre III « Le chef charismatique dans l'État-conducteur du peuple », p.92 et suiv.

41 La question économique, qui excède le cadre de notre recherche, mériterait toutefois un examen détaillé. Ernst Fraenkel et Franz Neumann accordent une importance centrale à cette question. La moitié du *Béhémoth* est consacrée à l'organisation économique du national-socialisme, quand Ernst Fraenkel considère que le maintien de la propriété privée et du capitalisme est l'une des caractéristiques principale de l'État dual. La question économique est en revanche absente chez Arendt en vertu du principe que les régimes totalitaires sont des régimes désintéressés, système concentrationnaire inclus (voir « Les techniques de la science sociale et l'étude des camps de concentration », in *Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, Paris, 2002, pp. 845-859). Elle reviendra toutefois sur cette position, en reconnaissant que les camps avaient aussi un intérêt économique (voir par exemple « Projet de recherche sur les camps de concentration », in *La nature du totalitarisme*,, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990, pp. 171-178) Il n'en demeure pas moins qu'Hannah Arendt ne s'est jamais véritablement intéressée, ni à la politique économique, ni à la structure économique, ni au pouvoir des

dimension irrationnelle et magique du national-socialisme et met le Mouvement, et non l'État, au centre de sa théorie. Pour ne citer que les différences les plus saillantes, là encore.

Concernant les références explicites d'Hannah Arendt à Franz Neumann, elles apparaissent principalement au sujet de la forme du gouvernement totalitaire et de la répartition du pouvoir. Selon Hannah Arendt, les analyses de Franz Neumann sont, sur ce point, distinctes et concurrentes de celles des théoriciens de l'autorité duale. Selon elle, Franz Neumann défendrait la thèse selon laquelle le gouvernement totalitaire est, non pas un système dual, mais un gouvernement sans forme définie. Nous verrons dans la première partie que cette interprétation n'est pas conforme aux théories défendues par Franz Neumann dans *Béhémoth*, auquel Hannah Arendt ne rend décidément pas justice.

2.3. Carl Schmitt

Nous ignorons quelle connaissance exacte Hannah Arendt avait de l'œuvre de Carl Schmitt. Nous savons seulement qu'en 1932 elle rencontra et devint proche d'un disciple de Carl Schmitt, Waldemar Gurian. Même si cela excède le cadre de notre recherche, Waldemar Gurian est intéressant à suivre pour entrer dans la vie intellectuelle juridique d'Hannah Arendt. Car outre le fait que Waldemar Gurian soit, en 1932, un

dirigeants des secteurs clefs de l'économie allemande ou soviétique. Ce qui est une grave erreur pour Ernst Fraenkel et Franz Neumann. Pour Fraenkel, l'État normatif, qui est la spécificité de l'État dual allemand, a au contraire pour fonction de s'assurer que les activités économiques continuent à être régies par des normes rationnelles, c'est-à-dire prédictives. La liberté des échanges et un marché équitable sont des valeurs que le national-socialisme reconnaît. Son pouvoir n'est donc pas désintéressé. C'est un pouvoir qui s'exerce au contraire en pleine reconnaissance de l'intérêt économique au sens libéral du terme. De même, Franz Neumann examine en détail la structure monopolistique nationale-socialiste et voit dans les cartels une sorte d'État dans l'État, au sens d'un groupe souverain à côté de ces autres groupes souverains que sont le parti, l'armée et la bureaucratie.

disciple[42] de Carl Schmitt, il fait également partie, en juin 1940, des lecteurs et des conseillers auxquels Ernst Fraenkel adresse ses remerciements[43] pour la publication de *L'État Dual*. On le retrouve également en mars 1953 au colloque sur le totalitarisme, organisé par l'American Academy of Arts and Sciences de Boston, présidé par Carl J. Friedrich[44], auquel Hannah Arendt a elle aussi participé[45]. *Last but not least*, Arendt en dresse un portait à la Périclès dans l'une de ses dernières œuvres, *Vies politiques*, où Waldemar Gurian côtoie Berthold Brecht, Walter Benjamin, Rosa Luxembourg, Lessing, Martin Heidegger[46]… Nul doute que les travaux de Waldemar Gurian ont exercé une influence sur Hannah Arendt, en particulier sur sa définition de l'idéologie[47].

En dehors de Waldemar Gurian qu'Hannah Arendt connaissait personnellement, Ernst Fraenkel et Franz Neumann, qu'Hannah Arendt a lus, sont également deux anciens auditeurs de Carl Schmitt à Berlin. Même si l'un et l'autre n'ont pas exactement la même lecture de l'œuvre de Carl Schmitt, ce dernier est très présent aussi bien dans *L'État Dual* que dans *Béhémoth*, suffisamment pour être certain qu'Hannah Arendt avait au moins une connaissance indirecte du juriste allemand. Il semble toutefois que ce soit surtout Franz Neumann qui ait influencé Hannah Arendt à propos de Carl Schmitt. Du moins, ce sont dans les mêmes pages où Franz Neumann est cité que Carl Schmitt apparaît.

---

42 C'est ainsi qu'Hannah Arendt le présente dans l'éloge funèbre qu'elle lui consacre : « Il [Waldemar Gurian] était déjà bien connu comme journaliste et écrivain catholique allemand, disciple de Max Scheler, le philosophe, et de Carl Schmitt, le juriste, le célèbre professeur de droit constitutionnel et international qui devint plus tard un nazi », *Vie politique*, op. cit. p.110

43 *The Dual State*, op. cit. préface

44 FRIEDRICH, Carl J., (dir.), *Totalitarianism. Proceeding of a conference held at the American academy of arts and sciences, march 1953*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1954

45 Parmi la liste des participants, outre Carl J. Friedrich et Waldemar Gurian, figure également Boris Mirkine-Guetzevitch, pour citer tous les noms qui figurent dans cette recherche.

46 « Waldemar Gurian, 1903 – 1954 », in *Vies politiques*, TEL, Gallimard, Paris, 1974, pp. 109-122,

47 Dans le compte rendu qu'elle rédige sur l'ouvrage de Waldemar Gurian, *Bolshevism*, intitulé « Comprendre le communisme », (in *Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, Paris, 2002, pp. 875 – 879), ainsi que dans « Religion et politique » (in *La nature du totalitarisme*,, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990, pp. 139 – 168), c'est surtout la thèse du communisme comme religion séculière défendue par Waldemar Gurian qu'Hannah Arendt discute. Pour s'y opposer. Selon elle, la notion de religion séculière ne peut être retenue, car une religion sans Dieu est un non-sens. Cette critique s'inscrit dans une critique plus générale du fonctionnalisme dans les sciences sociales.

À défaut de savoir ce qu'Hannah Arendt a effectivement lu de Carl Schmitt, et avant d'analyser en détails, dans la première partie, la lecture de Carl Schmitt proposée par Ernst Fraenkel et Franz Neumann, contentons-nous pour l'instant de présenter les références à Carl Schmitt dans *Les Origines du totalitarisme*.

Carl Schmitt est cité à quatre reprises dans *Les Origines du totalitarisme*. L'exemple de Franz Neumann, et dans une moindre mesure d'Ernst Fraenkel, prouve que ces maigres références ne sont pas nécessairement révélatrices de l'influence théorique réelle exercée. De fait, Hannah Arendt prend très au sérieux les premiers écrits nazis de Carl Schmitt, surtout son texte de 1933, *État, Mouvement, Peuple* (*Staat, Bewegung, Volk*).

La première fois qu'elle renvoie à *Staat, Bewegung, Volk*, c'est pour lui emprunter l'expression de « monopole » de l'État : « Carl Schmitt (…) parle du « monopole de la politique » qu'avait acquis l'État au cours des XVIIe et XVIIIe siècles. »[48]. Il s'agit d'un emprunt terminologique et non de la reprise d'une analyse. Arendt utilise en effet l'expression de monopole de l'État à propos de l'impérialisme continental de la fin du XIX^{e} siècle, et non, comme Carl Schmitt, l'expression de « monopole de la politique » pour caractériser l'État absolutiste d'avant la Révolution française.

La deuxième référence à Carl Schmitt est plus intéressante. Arendt reprend cette fois, non pas une expression de Carl Schmitt, mais l'une de ses analyses. La citation de Carl Schmitt apparaît à la fin d'un paragraphe consacré aux rapports entre l'armée et l'État-nation dans l'entre-deux guerres : « la neutralité de l'armée, prête à servir n'importe quel maître, laissait finalement l'État dans une situation de "médiation

48 *Ibid.*, p. 539

entre les intérêts de partis organisés. Ils n'étaient plus au-dessus des classes de la société, mais entre elles."[49]. »[50]

Cette citation de Carl Schmitt est extraite de la troisième partie de *Staat, Bewegung, Volk*, intitulée « La construction bipartite de l'État démocrate-libéral et l'État allemand de fonctionnaires ». Voici le passage d'où elle est tirée :

> « Après l'effondrement de l'État monarchique reposant sur le corps des fonctionnaires, le fonctionnariat allemand, dans l'État multipartite de la Constitution de Weimar de 1919-1932, ne trouva plus sa justification que dans un équilibre conciliant et une sorte de position neutre et arbitrale entre les intérêts organisés de parti. Il n'était plus au-dessus de la société, mais entre les classes de la société. De cette façon, il tomba lui-même dans le jeu du système pluraliste ; à la longue, il devait se transformer, pour se maintenir, en partenaire et complice politique du marché des compromis, perdre ainsi sa spécificité et accroître le système pluraliste d'une nouvelle grandeur. »[51]

Ce rappel montre qu'Arendt sort la citation de son contexte. Ce que Carl Schmitt dit du seul fonctionnariat, Arendt l'applique à l'État dans son ensemble. Mais ce passage prouve aussi qu'Arendt ne s'est pas contentée de reprendre les analyses de Franz Neumann et qu'elle a lu par elle-même et *in extenso* ce texte. Neumann ne cite en effet dans le *Béhémoth* que la première partie de *Staat, Bewegung, Volk* consacrée à la structure du nouveau régime. La citation ne se trouve pas non plus dans *L'État Dual* d'Ernst Fraenkel. Enfin, et c'est le plus important, on réalise par cette référence que les analyses du multipartisme faites par Arendt dans *L'Impérialisme* reprennent les analyses antérieures de Carl Schmitt. L'un et l'autre considèrent en effet que le système des partis est responsable de la chute de la République de Weimar et de l'ascension de mouvement national-socialiste, Arendt pour le déplorer, Carl Schmitt pour s'en réjouir. Elle l'a

49 Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk* (cité par Arendt)
50 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 554
51 SCHMITT, Carl, *État, Mouvement, Peuple, l'organisation triadique de l'unité politique*, trad. A. Pilleul, Kimé, Paris, 1997, p. 45 (c'est nous qui soulignons)

d'ailleurs elle-même reconnu en écrivant que « les ingénieuses théories [de Carl Schmitt] sur la mort de la démocratie et du régime légal se lisent encore avec profit »[52]. Il est néanmoins difficile de savoir si c'est Carl Schmitt ou Franz Neumann qui a sur ce point le plus influencé Hannah Arendt, tant Franz Neumann est lui-même redevable des travaux de Carl Schmitt.

La dernière référence d'Hannah Arendt à Carl Schmitt, enfin, est centrale. Elle se trouve dans la conclusion du chapitre précédemment cité, quand Arendt, après avoir comparé la politique impérialiste, les mouvements annexionnistes, le fascisme et le totalitarisme, en vient à définir la spécificité des mouvements totalitaires :

> « L'État totalitaire n'a d'un État que l'apparence, et le mouvement totalitaire ne s'identifie même plus véritablement aux besoins du peuple, prêt à sacrifier l'un et l'autre au nom de son idéologie : "le Mouvement (…) est l'État autant que le peuple, et ni l'État actuel (…) ni le présent peuple allemand ne sauraient se concevoir sans le Mouvement"[53]. »[54]

Il s'agit de l'une des thèses centrales de Carl Schmitt dans *Staat, Bewegung, Volk*, également rappelée par Franz Neumann (et non par Ernst Fraenkel). Mais si Neumann reconnaît que des trois éléments, l'État, le Mouvement et le peuple, le Mouvement est le plus important :

> « À l'intérieur de la tradition nationale-socialiste ou fasciste, le "dynamique" (quel que soit le sens qu'on lui accorde) est d'un rang supérieur au "statique", tout comme le non-politique est inférieur au politique. L'ouvrage de Schmitt refuse en fait toute tentative d'identifier l'État à sa bureaucratie et sa magistrature : le "mouvement" soutient l'appareil d'État ainsi que l'ordre économique et social. »[55]

52 Voir *infra* pour la citation complète.
53 Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk* (cité par Arendt)
54 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 559
55 *Béhémoth*, op. cit. p. 76

Neumann n'en approuve pas pour autant cette théorie schmittienne de l'État tripartite, parce qu'il n'accepte ni ne comprend ce nouveau concept de Mouvement. La notion de Mouvement est toujours citée par Franz Neumann entre guillemets, comme un concept vague, ou une création schmittienne de circonstance, sans intérêt théorique réel. Le Mouvement est en réalité synonyme pour Franz Neumann de parti, comme l'illustre sa critique de la théorie de l'État tripartite :

> « la relation exacte entre l'État et le mouvement reste dans le vague. Bien qu'il soit lié à l'État, le parti ne se confond pas avec lui. Il donne des directives à l'État mais n'agit que par son chef. Inversement, l'autorité suprême ne saurait être confondue avec le contrôle, le commandement, la dictature, ou le règne de la bureaucratie »[56]

Hannah Arendt donne au contraire raison à Carl Schmitt contre Franz Neumann. Quand elle cite Carl Schmitt et son analyse des relations entre l'État, le peuple et le Mouvement, c'est pour lui rendre hommage et reprendre à son compte son concept de Mouvement. Tout comme Carl Schmitt, Hannah Arendt considère que le Mouvement est l'élément le plus important des régimes totalitaires, la réalité qui l'emporte sur l'État et le peuple. Autrement dit, en faisant du Mouvement le concept central du totalitarisme, Hannah Arendt s'inscrit consciemment et délibérément dans la lignée de Carl Schmitt.

Si l'on se place du point de vue de l'histoire des idées juridiques, il apparaît donc que le besoin de créer de nouveaux concepts afin de rendre compte de la nouveauté des régimes totalitaires aboutit d'abord à la création de la notion de totalitarisme en Italie au début des années 20, puis à celle de Mouvement par Carl Schmitt en 1933. Mais alors que ni Ernst Fraenkel, ni Franz Neumann ne reprennent la notion schmittienne de Mouvement, Hannah Arendt, en revanche, lui accorde la première place. Avec Arendt, le Mouvement n'est plus une caractéristique du seul

56 *Ibid.*, p. 76

national-socialisme, mais des régimes totalitaires en général, ce qui fait du Mouvement un concept. Comme nous le verrons dans la première section, Arendt va même plus loin. Elle ne reprend pas seulement le concept de Mouvement, mais aussi la plupart des analyses de Carl Schmitt concernant la conception national-socialiste du droit. Sans toutefois, cette fois, le reconnaître. Ainsi, l'opposition politique entre Carl Schmitt et Hannah Arendt dissimule les points communs réels entre leurs théories. Ce ne sont donc pas seulement les termes de totalitarisme et d'État total qui ont été utilisés aussi bien par les opposants que par les défenseurs de ce régime, mais aussi le concept tout aussi décisif de Mouvement.

En dehors de ces pages, Carl Schmitt n'apparaît qu'une seule autre fois, à notre connaissance, dans *Les Origines du totalitarisme*. Il s'agit d'une note dans les premières pages du *Totalitarisme* qui porte sur la carrière des intellectuels allemands (peu nombreux, précise Arendt) qui allèrent au-delà de la simple coopération avec le régime et devinrent des nazis convaincus :

> « Un cas extrêmement intéressant est celui du juriste Carl Schmitt, dont les ingénieuses théories sur la mort de la démocratie et du régime légal se lisent encore avec profit ; dès le milieu des années 30[57], il fut remplacé par la variété purement nazie de théoriciens politiques et juridiques, comme Hans Frank, le futur gouverneur de la Pologne, Gottfried Neesse et Reinhard Hoehn. »[58]

Ces lignes montrent qu'Hannah Arendt a une lecture différente de Franz Neumann et d'Ernst Fraenkel de l'œuvre de Carl Schmitt. Les « ingénieuses théories sur la mort de la démocratie et le régime libéral », qui sont une référence à *État historique et spirituel du parlementarisme aujourd'hui (Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlementarismus)* de 1923 sont distinguées des théories schmittiennes nazies

57 La précédente édition traduisait *« dès les années 35 »*

58 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 655 (cette référence ne figure pas non plus dans l'index des personnes).

ultérieures. Arendt n'adhère donc pas à la lecture « continuiste » de Franz Neumann et d'Ernst Fraenkel. De même, Arendt ne prend pas non plus en considération les écrits de Carl Schmitt des années 1939 et 1940. Il est vrai qu'Hannah Arendt, si elle insiste sur la nécessaire dimension internationaliste de la politique totalitaire, n'étudie pas toutefois la doctrine juridique nazie du droit international qui occupe Carl Schmitt ces années-là. Quoi qu'il en soit, Arendt est plus nuancée que les juristes dans son interprétation de la carrière théorique et politique de Carl Schmitt, dont elle nie toute influence théorique ou politique réelle à partir de 1934 – 1935, au même titre que les autres intellectuels allemands éminents du régime. Selon Hannah Arendt, l'alliance entre l'élite intellectuelle et le régime national-socialiste fut de courte de durée. Si les nazis prirent appui sur les intellectuels au début de leur prise de pouvoir, ils ont été lâchés par le régime dès 1934. La liberté de pensée des intellectuels n'est en effet pas conciliable avec les nécessités d'un Mouvement totalitaire[59].

59 « Il faut être juste envers les membres de l'élite qui, à un moment ou à un autre, se sont laissés séduire par les mouvements totalitaires, et qui, à cause de leurs capacités intellectuelles, sont même accusés quelquefois d'avoir inspiré le totalitarisme : ce que ces désespérés du XX^{e} siècle ont fait ou non n'eut absolument aucune influence sur le totalitarisme. Ils ne jouèrent de rôle qu'au début, lorsque les mouvements contraignirent le monde extérieur à prendre leurs doctrines au sérieux. Partout où les mouvements totalitaires s'emparèrent du pouvoir, tout ce groupe de sympathisants fut balayé avant même que les régimes passent à leurs crimes les plus monstrueux. L'initiative intellectuelle, spirituelle et artistique est aussi dangereuse pour le totalitarisme que l'initiative criminelle de la populace, et l'une et l'autre sont plus dangereuses que la simple opposition politique. »*(Ibid.*, p. 654). Il est toutefois surprenant qu'Hannah Arendt mette un juriste dans le même panier que Martin Heidegger. Dans l'un de ses derniers textes sur Martin Heidegger, elle considère en effet que l'engagement nazi du philosophe s'explique par la spécificité de la pensée métaphysique qui repose sur l'isolement, et qui, à ce titre, a toujours été attirée par les tyrans, comme ce fut le cas pour Platon (cf. ARENDT, Hannah, « Martin Heidegger a quatre-vingts ans », in *Vies politiques*, TEL, Gallimard, Paris, 1974, pp. 307-320). On aurait donc pu s'attendre à ce qu'elle examine, de même, les liens entre les juristes, fussent-ils théoriciens, et le pouvoir.

La thèse de Hannah Arendt selon laquelle l'engagement de Heidegger fut de courte durée a été récemment démentie. Avant la publication des *Carnets noirs*, en 2004, Philippe Lacoue-Labarthe, en traduisant une conférence intitulée *La Pauvreté* (*Die Armut*) démontrait que le philosophe allemand était encore national-socialiste en 1945 (cf. LACOUE-LABARTHE, Philippe, « Présentation » in Martin Heidegger, *La pauvreté (Die Armut)*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004). Sur Hannah Arendt et Martin Heidegger, voir TAMINIAUX, Jacques, *La fille de Thrace et le penseur professionnel. Arendt et Heidegger*, Paris, Payot, 1992.

Sur l'engagement nazi de Heidegger et son interprétation également conciliante par les philosophes français, lire Jean Beaufret, *De l'existentialisme à Heidegger* : « Toutefois, c'est certainement par le biais d'une telle méditation et non comme l'affirme légèrement Sartre, par manque de caractère, que Heidegger a pu adhérer à un certain moment au national-socialisme. Peut-être à travers je ne sais quelle imagerie

Quoi qu'il en soit, la découverte qu'Hannah Arendt, en écrivant *Les Origines du Totalitarisme*, lisait et s'appuyait sur un opuscule de Carl Schmitt officiellement paru en juillet 1933 et intitulé *État, Mouvement, Peuple*, fait un peu le même effet que la découverte par Jacob Taubes que le gouvernement israélien, pendant qu'il travaillait sur un projet de constitution écrite pour l'État d'Israël, lisait *La Théorie de la constitution* de 1921 du même Carl Schmitt. La sérendipité de cette révélation (Jacob Taubes travaillait sur la loi chez Descartes) a suffisamment traumatisé le professeur d'études judaïques et d'herméneutique pour qu'il la raconte à plusieurs reprises.[60] Ce qui explique peut-être aussi pourquoi cette filiation entre Hannah Arendt et Carl Schmitt n'est ni soulignée, ni étudiée.

2.4. Les juristes nazis

D'ailleurs, Hannah Arendt ne s'appuie pas seulement sur Carl Schmitt, mais cite également d'autres juristes nazis[61]. Elle fait notamment référence au

---

d'origine rilkéenne – celle que nous propose, par exemple, la Sixième Élégie à Duino où même le mot de Dasein est prononcé par Rilke – avait-il cru naïvement trouver dans le fascisme une authentique philosophie de la résolution face à la mort. Nous ne ferons d'ailleurs nullement de cette naïveté le trait d'un intellectuel exposé à la distraction, mais plutôt un trait d'inconscience foncièrement petit-bourgeois. Heidegger choisissant le nazisme ne manque pas nécessairement de caractère. Tout au plus omet-il d'être attentif à l'infrastructure. Mais peut-être l'existentialisme heideggerien est-il tout aussi bien capable de marxisme. Je n'y verrais pour ma part aucune contradiction, pour peu que le marxisme consente à se défaire enfin d'une métaphysique sommaire, et dont on se demande vraiment en quoi elle peut bien consolider la positivité que par ailleurs il revendique à juste titre. », BEAUFRET, Jean, "À propos de l'existentialisme (1945)", dans *De l'existentialisme à Heidegger – Introduction aux philosophies de l'existence*, Vrin, Paris, 1986, p. 25) Comparer Jean Beaufret avec l'analyse de Gérard Granel en 1990, après « l'affaire Farias » : « La guerre de Sécession ou Tout ce que Farias ne vous a pas dit et que vous auriez préféré ne pas savoir. », in *Écrits logiques et politiques*, Éditions Galilée, Paris, 1990, pp. 341-383

60 « Quel ne fut pas mon étonnement lorsque trois semaines plus tard déjà (…) je fus convoqué à la bibliothèque et pus prendre réception de la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt. Pour que je n'en aie pas la crête trop enflée, le bibliothécaire en chef m'expliqua ce qui suit : un jour après que j'eus demandé la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt, il reçut un appel direct du ministère de la Justice lui disant que le ministre de la Justice, Pinchas Rosen (antérieurement Rosenblüt) avait besoin de la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt, afin de mettre au point quelques problèmes difficiles touchant aux projets de Constitution de l'État d'Israël. » (TAUBES, Jacob, *En divergent accord – À propos de Carl Schmitt*, trad. Philippe Ivernel, Payot & Rivages, Paris, 2003, p. 41. Voir de même p. 57 et 103).

61 Sur la doctrine juridique, sous tous ces aspects (théorique, institutionnel et historique), voir JOUANJAN,

constitutionnaliste Theodor Maunz, et à son ouvrage *Gestalt und Recht der Polizei* (1943). Theodor Maunz est cité et utilisé par Hannah Arendt à de nombreuses reprises. Alors qu'elle n'est pas, généralement, d'un tempérament généreux avec ses sources, Arendt voit en Theodor Maunz l'un des juristes les plus clairvoyants du Troisième Reich :

> « Maunz appartient au très petit nombre des experts juridiques du III[e] Reich qui ont pleinement réussi à se purger du "préjugé" selon lequel la notion de loi entretient certains rapports avec le concept de justice. On trouve chez lui la meilleure conceptualisation de la pratique "légale" nazie. »[62]

Theodor Maunz n'intéresse pas Hannah Arendt seulement pour cette clairvoyance, mais aussi pour les spécificités de sa carrière. Comme elle ne manque pas de le souligner dans *Eichmann à Jérusalem*[63], Maunz fait en effet partie de ces juristes nazis qui, après 1945, ont continué à faire carrière en Allemagne. Et pas des moindres, puisqu'il sera, de 1957 à 1964, ministre de l'Éducation et de la Culture en Bavière.

En dehors de Theodor Maunz, l'autre juriste nazi auquel Hannah Arendt fait référence à de nombreuses reprises est Hans Frank. Tel qu'Hannah Arendt le présente, Hans Frank est le contre modèle de Theodor Maunz. Alors que ce dernier parvient à conceptualiser la nouvelle pratique légale nazie, Hans Frank est, lui, incapable de « sauter par-dessus son ombre » et de quitter les anciennes conceptions du droit pour se placer sur le nouveau terrain de la « rénovation allemande du droit ». Une incapacité qui

---

Olivier, *Justifier l'injustifiable*, PUF, Paris, 2017

62 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 885 Hannah Arendt, généralement neutre à l'égard de ses références, ne l'est pas à l'égard de Theodor Maunz. Elle ne cesse de le distinguer, dans tous les sens du terme. Dans la même veine, « Parmi les nombreuses juristes qui se mirent avec enthousiasme au service de l'idée nationale-socialiste », bien peu comprirent de quoi il retournait vraiment. De ceux-là fait partie, au premier chef, Theodor Maunz » *(p. 721) ;* de même, à propos de l'importance de la législation secrète, « à ma connaissance, Maunz est le seul parmi les auteurs nazis à avoir mentionné ce fait et à l'avoir souligné suffisamment. » (p. 725). Il n'est donc pas étonnant que ce soit à Theodor Maunz qu'Arendt renvoie encore dans *Eichmann à Jérusalem*, quand elle présente la doctrine juridique nazie (voir également p.721 et 725).

63 *Eichmann à Jérusalem*, in ARENDT, Hannah, *Les Origines du totalitarisme, Eichmann à Jérusalem*, dir. Pierre Bouretz, Gallimard, Paris, 2002, p. 1042

se solde par une absence de pouvoir réel, en dépit du caractère apparemment prestigieux de son statut de responsable du Gouvernement général de Pologne[64]. Aux yeux d'Hannah Arendt, Hans Frank est doublement infirme. Politiquement, son pouvoir est seulement protocolaire. Et théoriquement, il est dépassé, au sens où il appartient au passé. Car le titre, là encore prestigieux, de « Führer des gardiens nationaux-socialistes du droit » qu'Olivier Jouanjan rappelle[65] à son propos n'est que le signe de son absence de pouvoir théorique réel.

En conclusion, il est incontestable qu'Hannah Arendt fait un large usage de la littérature juridique nazie, Carl Schmitt, Theodor Maunz et Hans Frank n'étant que les noms les plus saillants. Ce qui serait plus à mettre à son crédit qu'à charge, nous semble-t-il. C'est en effet la preuve de son impartialité et de son exigence scientifique d'examiner l'ensemble des pièces du dossier, sans préjugé ni jugement moral.

3 - Corpus et plan

Notre étude détaillée des analyses juridiques de Hannah Arendt et de la participation active et déterminante des théoriciens du droit à la construction du modèle totalitaire arendtien, s'appuiera autant sur les juristes cités et utilisés par Hannah Arendt (Franz Neumann, Ernst Fraenkel, Carl Schmitt, pour ne citer que les principaux) que sur des pères fondateurs de la théorie juridique du totalitarisme, dont Hannah Arendt ignorait, sinon l'existence, du moins l'essentiel des écrits publiés.

Concernant les juristes apparemment inconnus d'Hannah Arendt mais bien connus des juristes français, notre choix s'est porté sur Boris Mirkine-Guetzevitch,

64 Voir par exemple à ce propos les remarques d'Hannah Arendt sur Hans Frank dans *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 728 et 731

65 « Remarques sur les doctrines nationales-socialistes de l'État », op. cit. p. 105

Marcel Prélot, René Capitant et Roger Bonnard, dont les principaux textes sont publiés dans l'entre-deux-guerres. Ces textes, comme nous le verrons, permettent d'interroger la véritable nouveauté des théories de Carl Schmitt, puis d'Ernst Fraenkel et Franz Neumann, et enfin de Hannah Arendt. Ils sont également intéressants parce l'engagement politique de ces auteurs n'est pas identique : Boris Mirkine-Guetzevitch, René Capitant et Marcel Prélot sont des militants anti-totalitaires, alors que Roger Bonnard choisira, quelques années après la publication de ses écrits sur le droit national-socialiste, de collaborer avec le régime de Vichy.

Pour l'essentiel nous avons privilégié les travaux de langue française, à deux exceptions notables. La première concerne un texte de 1928 de Gerhard Leibholz, *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel du fascisme* (*Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*), dont nous proposons la première traduction française intégrale. Nous avons choisi de traduire ce texte pour plusieurs raisons. D'abord, parce qu'il s'agit de l'un des premiers textes juridiques sur le fascisme. Ensuite parce qu'il s'agit d'un ouvrage d'un juriste allemand, ce qui permet de connaître l'avancée des réflexions juridiques allemandes sur la question totalitaire avant l'arrivée de Hitler au pouvoir et le développement des théories de Carl Schmitt et de son école. Par ailleurs, ce texte permet de mettre en perspective les travaux français de Marcel Prélot sur le fascisme publiés à peu près à la même période, et de confronter ainsi leurs théories avec la thèse de Hannah Arendt selon laquelle le fascisme n'est pas un gouvernement totalitaire. Enfin, l'un des intérêts de ce texte de Gerhard Leibholz est de porter, non pas sur la théorie de l'État, mais sur le droit constitutionnel, ce qui est rare à l'époque.

La deuxième exception est *The Dual State* d'Ernst Fraenkel. L'importance de ce texte, unanimement loué, n'est pas à démontrer. C'est pourquoi il est étonnant, pour ne pas dire troublant, de constater qu'aucune traduction française n'existe à ce

jour. Une traduction intégrale et un commentaire détaillé de cet ouvrage fondamental justifieraient à eux seuls tout un travail de recherche. À défaut, nous avons dû nous contenter de la traduction de la seconde partie, consacrée à la théorie du droit national-socialiste, et notamment à la question du droit naturel.

Quant au choix d'intégrer des traductions dans un travail de recherche, il repose sur deux raisons. La première est que la traduction est un enjeu politique et scientifique important relativement à notre sujet. Si Arendt n'avait pas parlé couramment l'allemand, l'anglais, le français et l'hébreu, aurait-elle pu écrire *Les Origines du totalitarisme* ? Nous en doutons. De même, l'insuffisance des traductions des sources russes est aujourd'hui encore un vrai handicap quand on aborde la question du totalitarisme. Traduire fait donc partie des obligations de tout chercheur sur le totalitarisme, qui doit non seulement synthétiser, mais aussi transmettre les « pièces du dossier ». Chacun, quelle que soit sa langue, doit pouvoir juger par lui-même. Nous nous inscrivons ainsi dans le courant d'Enzo Traverso[66] et de Bernard Bruneteau[67], dont les anthologies sur les totalitarismes sont composées de très nombreux extraits traduits.

À ces motifs bibliographique et scientifique d'inclure des traductions dans un doctorat de théorie du droit, s'ajoute des motifs théoriques. Nous ne considérons pas en effet la traduction comme une activité subalterne, mais au contraire comme un travail théorique tout aussi exigeant que l'activité de pensée. Pensons à ces philosophes qui, comme Gérard Granel, ont milité pour que la traduction soit reconnue comme un exercice de pensée à part entière et qui, partant, y ont consacré une partie de leurs travaux. Concernant la difficulté et les enjeux non pas techniques, mais philosophiques,

66 Voir *Le totalitarisme – Le XX^e siècle en débat*, Seuil, Paris, 2001

67 Voir *Le totalitarisme – Origines d'un concept, genèse d'un débat 1930 – 1942*, Éditions du Cerf, Paris, 2010

posée par toute traduction, voici par exemple ce que Gérard Granel disait à propos de la traduction de Heidegger :

> « Le terme "*Dasein*" est l'exemple-phare de la difficulté, paraît-il, à traduire Heidegger. Peut-être cependant n'y a-t-il là, justement, aucune difficulté concernant la traduction dans son possible, aucune question, seulement un problème, résiduel parce que simplement réel. La différence entre un problème de traduction et une question de traduction est qu'un problème se résout toujours, et tout aussi bien, comme ici, par la reconnaissance circonstanciée de son insolubilité, qui conduit à laisser "*Dasein*" intraduit ; tandis qu'une question doit être posée, et que la façon de la poser doit elle-même être recherchée, là seulement où elle peut l'être : dans les possibles singuliers d'une langue. Ce n'est pas que l'on manque de tous moyens pour s'orienter dans la configuration de ces possibles : il existe par exemple des grammaires, et des dictionnaires, surtout les dictionnaires même langue/même langue. »[68]

La reconnaissance de la traduction comme source de questionnement philosophique, par distinction avec les simples problèmes techniques de traduction, ici souligné à propos de la traduction de Heidegger, est valable pour tout texte, aussi bien théorique que littéraire. Gérard Granel ne milite pas d'ailleurs seulement pour la reconnaissance des enjeux philosophiques de la traduction, mais a également en vue l'importance que l'on pourrait qualifier de politique de certaines traductions sensibles, comme l'atteste sa traduction du *Discours de rectorat* du Heidegger[69], qui fut à l'origine d'une querelle qui marqua l'histoire de la philosophie française heideggerienne contemporaine. Ce qui prouve que la traduction n'est pas un exercice anodin, mais un véritable engagement. Bien que nous ne soyons pas à la hauteur des traductions

68 GRANEL, Gérard, « Les langues sont des terminaux logiques », in *Écrits logiques et politiques*, Éditions Galilée, Paris, 1990, p. 207.

69 *L'auto-affirmation de l'université allemande. Discours tenu pour la prise en charge solennelle de rectorat de l'université Fribourg-en-Brisgau le 27.5.1933*, bilingue (avec le texte de la 1ère éd.), tr. G. Granel, TER, Mauvezin, 1987

exemplaires et nombreuses de Gérard Granel[70], c'est malgré tout à cette école de pensée et de philosophie que nous avons pensé en faisant le choix de consacrer une partie de nos travaux à cet exercice délicat de traduire.

Concernant, enfin, le corpus de Hannah Arendt, les principaux textes qu'Hannah Arendt consacre au totalitarisme s'échelonnent de 1951 à 1963[71]. La première édition des *Origines du totalitarisme*, en 1951, ne comprend pas la conclusion, « Idéologie et terreur – Un nouveau type de régime », qui ne sera publiée qu'en 1958, lors de la seconde édition. Nous utiliserons pour notre part la dernière traduction française des *Origines du totalitarisme*, publiée par Gallimard en 2002. Cette édition a modifié le titre du troisième tome, auparavant traduit par « Le système totalitaire », dorénavant intitulé « Le Totalitarisme ». Nous utiliserons, par convention, cette dernière traduction. Entre les deux éditions de 1951 et 1958 des *Origines du totalitarisme*, Arendt écrit en 1956 un important article intitulé « Autorité, tyrannie et totalitarisme », qui sera repris et augmenté en 1961 dans *La Crise de la culture* sous le titre « Le concept d'autorité », où se trouvent déjà certains développements de la conclusion de 1958. Enfin *Eichmann à Jérusalem*, publié en 1963, reprend une série d'articles publiés dans *The New Yorker* la même année. Concernant *Eichmann à Jérusalem*, nous ne nous intéresserons qu'aux remarques qui concernent la structure normative et la conception du droit nationale-socialiste. La question du jugement des crimes nazis, bien qu'éminemment juridique, ne sera pas abordée. Elle excède le champ de notre

70 En sein de notre corpus, figure sa dernière traduction, de 1995, en collaboration avec André Tosel, *La philosophie de la praxis* de Giovanni Gentile (voir infra, Chapitre VI, « 3. La philosophie actualiste »), qui se rapproche à plus d'un titre de la traduction du *Discours du rectorat* de Heidegger. En ce qui concerne en particulier la traduction de Heidegger, lire GRANEL, Gérard, « Les craquelures du texte (Sur la traduction française de *Sein und Zeit*), in *Écrits logiques et politiques*, Éditions Galilée, Paris, 1990, pp. 237-260

71 Sur les différentes phases de la théorie de Hannah Arendt sur le totalitarisme, voir TSAO, R.T., « The Three Phases of Arendt's Theory of Totalitarianism », *Social Research*, 69/2, 2002, p. 579-619

recherche, qui se limite à l'étude des principales caractéristiques théoriques et juridiques du totalitarisme.

Si l'on se place du point de vue de l'histoire des idées juridiques, quatre phases peuvent être distinguées au sein de notre période et de ce corpus.

La première phase va des premières analyses juridiques jusqu'à Carl Schmitt. Dans le corpus que nous avons étudié, elle comprend les travaux de Boris Mirkine-Guetzevitch sur l'Union soviétique (1925-1928), de Gerhard Leibholz (1928) et de Marcel Prélot (1933 et 1936) sur l'Italie fasciste et ceux de René Capitant (1933-1938) et de Roger Bonnard (1936) sur l'Allemagne nationale-socialiste. Cette phase est fondamentale, car de nombreux principes communs à ces régimes y sont pour la première fois articulés, principes qui ne seront pas remis en cause mais au contraire repris et approfondis par les travaux ultérieurs (comme le dualisme entre l'État et le parti, le droit normatif comme façade, la rétroactivité de la législation, la suppression des droits subjectifs, ou le principe du chef). Si la théorie de l'État est au centre de ces analyses, elles ne s'y réduisent pas cependant. Le droit constitutionnel, le droit administratif et le droit international sont également examinés. Par ailleurs, si tous ces auteurs montrent comment les nouveaux régimes ignorent – ou détruisent – l'État de droit, ils n'en déduisent pas pour autant qu'aucune analyse juridique n'est possible. L'idée dominante est au contraire qu'une nouvelle conception du pouvoir et du droit émerge, qu'il convient aux juristes d'étudier et de définir. L'importance et la nouveauté des faits motivent ces premiers textes, qui se passent presque de toute justification préalable et initient le nouveau chantier juridique du totalitarisme avec une évidence, pour ne pas dire une innocence, qui disparaîtra par la suite.

La deuxième phase est constituée par les travaux de Carl Schmitt et des juristes nazis à partir de 1933. L'Allemagne nationale-socialiste a en effet pour

caractéristique d'avoir voulu fonder une nouvelle théorie du droit, l'école de « la rénovation allemande du droit », selon l'expression de Karl Lorenz, dont Carl Schmitt est le principal artisan. Le fait que nous ayons affaire à des « juristes engagés », pour reprendre la célèbre expression d'Olivier Beaud[72], ne doit pas conduire à négliger ces analyses. Car elles ne sont pas seulement des théories de circonstances, de la propagande pour intellectuels juristes, ou des entreprises de justification et de soutien au régime. Elles émanent aussi d'une volonté scientifique, neutre politiquement, de trouver la théorie du droit et la pratique juridique en adéquation avec un pouvoir politique nouveau et en exercice. Une volonté qui aboutit à l'émergence de nouveaux concepts, comme ceux de Mouvement, d'État tripartite ou d'ordre concret. L'opposition de principe au positivisme juridique, au nom de la « pensée juridique institutionnelle » s'y développe également, ainsi que les nouveaux principes du droit international, que Franz Neumann appellera « la doctrine Monroe germanique ».

La troisième phase, enfin, est constituée par les travaux des juristes pendant la guerre, quand les régimes totalitaires se radicalisent et révèlent un nouveau visage. *L'État Dual* d'Ernst Fraenkel, publié en 1941, et *Béhémoth – Structure et pratique du national-socialisme* de Franz Neumann, publié en 1942, réédité et complété en 1944, en sont les pièces maîtresses. Il s'agit, là aussi, d'analyses juridiques « engagées », mais de l'autre camp. Ces deux ouvrages marquent une nouvelle étape dans les théories juridiques sur le totalitarisme. D'abord, parce qu'ils font la synthèse entre les analyses de l'entre-deux-guerres et l'école de Carl Schmitt. Ensuite parce qu'ils sont les premières modélisations juridiques du totalitarisme. Certes, le terme « totalitarisme » est rejeté aussi bien par Ernst Fraenkel que par Franz Neumann. Mais les termes d'« État dual » et de « Béhémoth » sont considérés par leurs auteurs autant comme des notions

72 BEAUD, Olivier, "Carl Schmitt ou le juriste engagé", in *Théorie de la constitution*, Carl Schmitt, trad. L. Deroche, PUF, 2013 (1993 1er éd.), pp. 5 à 113

que comme des concepts. Selon Ernst Fraenkel et Franz Neumann, ils définissent la nature et la structure du régime nouveau.

La dernière phase, enfin, est celle des *Origines du totalitarisme* de Hannah Arendt. Cet ouvrage s'inscrit, plus que la philosophe ne serait prête à le reconnaître, dans le prolongement d'Ernst Fraenkel et Franz Neumann. Hannah Arendt y poursuit en effet le travail de conceptualisation et de modélisation initié par ces juristes. Ce qui justifie d'en faire une nouvelle étape théorique, voire un changement de paradigme, est que la théorie arendtienne repose, par rapport aux précédentes, sur deux nouveautés, l'une factuelle, l'autre théorique. Théoriquement, la nouveauté est l'introduction de la méthode comparatiste, à savoir le fait d'élargir à l'Union soviétique, et seulement à l'Union soviétique (c'est-à-dire à l'exclusion du fascisme) l'analyse du totalitarisme. Si, comme nous le verrons dans la seconde partie, cette théorie « dualiste » selon laquelle il n'y eut que deux gouvernements « authentiquement » totalitaires, l'Allemagne nazie et l'Union soviétique, est contestable, elle a néanmoins renouvelé complètement l'approche de ces régimes par la comparaison qu'elle nécessite et les nouveaux concepts qui en ont découlé. La nouveauté factuelle concerne l'intégration des systèmes de domination totale (à savoir les camps de concentration et d'extermination allemands et les purges, les goulags et les grands procès soviétiques), dont Ernst Fraenkel et Franz Neumann ignoraient l'existence au moment de la publication de leurs ouvrages respectifs.

Concrètement, nous verrons dans une première partie la façon dont le système juridique des régimes totalitaires est présenté et analysé par l'ensemble de ces auteurs. Il s'agira alors de montrer que le concept de totalitarisme de Hannah Arendt n'a pas pu se passer de la réflexion juridique. Ces sources juridiques seront examinées soit du point de vue des principes fondamentaux, c'est-à-dire à partir de la définition des

conceptions totalitaires du droit et de l'État (Chapitre I), soit du point de vue de la structure normative et du rapport à la loi (Chapitre II), soit enfin du point de vue de l'organisation du pouvoir (Chapitre III).

Dans une seconde partie, nous nous intéresserons au « modèle totalitaire » proprement dit, c'est-à-dire à ce qu'Hannah Arendt appelle la « nature » du totalitarisme. Nous nous demanderons pour commencer dans quelle mesure la nouvelle typologie des formes de gouvernements, et la définition du totalitarisme comme un régime *sui generis* par Arendt, est une théorie véritablement nouvelle (Chapitre IV). Puis, après avoir montré dans la première partie comment la théorie du droit est l'une des sources des analyses arendtienne, nous utiliserons ensuite la théorie du droit pour procéder à un examen critique de ce modèle arendtien, notamment la théorie dualiste d'Hannah Arendt selon laquelle seules l'Allemagne nazie et l'Union soviétique de Staline ont été des régimes totalitaires conformes à ce modèle. Nous commencerons par l'analyse de l'Union soviétique, en comparant la théorie de Hannah Arendt avec la doctrine soviétique et les analyses juridiques critiques de Boris Mirkine-Guetzevitch et Hans Kelsen sur le droit et l'État de l'URSS (Chapitre V). Nous examinerons enfin les raisons qui ont poussé Hannah Arendt à exclure le fascisme du modèle totalitaire qu'elle a élaboré, une exclusion qui sera remise en cause aussi bien par la théorie du droit que par la philosophie (Chapitre VI).

Pour conclure, précisons qu'une partie de nos analyses portent sur de simples notes de bas de page. Mais des milliers de pages ayant été écrites sur des silences, comme celui de Socrate face à Calliclès dans *Gorgias*, ou plus récemment et plus proche de notre sujet, celui de Heidegger à partir de mai 1945, que l'on nous excusera d'utiliser encore des notes écrites et publiées par un auteur, surtout quand ces notes sont aussi volumineuses et éclairantes.

PREMIÈRE PARTIE

Les théories totalitaires du droit et de l'État

ou

L'émergence du concept de totalitarisme chez les juristes

« *Il est d'ailleurs clair*
que personne ne peut être rendu juste aux yeux de Dieu
au moyen de la loi, car il est écrit :
"Celui qui est juste par la foi, vivra."… »

Paul, Galates, 3, 6-11

En introduction, nous avons vu qu'Hannah Arendt s'appuyait sur de très nombreux juristes pour sa description et son analyse du système totalitaire. Qu'il s'agisse de la doctrine juridique nazie (Carl Schmitt) ou des juristes allemands en exil (Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Waldemar Gurian), la dette de Hannah Arendt à l'égard de la théorie du droit allemande nazie ou anti-nazie ne fait aucun doute. En revanche, aucun juriste russe n'est cité. Quand Hannah Arendt étudie l'Union soviétique, elle s'appuie plutôt sur les écrits politiques des acteurs, à savoir Lénine, Trotsky et Staline ou sur les écrivains et les poètes russes. À tel point que l'on peut se demander dans quelle mesure Hannah Arendt n'aurait pas élargi à l'URSS une conception du droit et de l'État purement allemande.

Pour le savoir, ou au moins tenter d'y voir plus clair, il est nécessaire de connaître d'abord les grandes lignes de la doctrine juridique nazie, telle qu'elle a été reconstruite par la science du droit, et en particulier celle de Carl Schmitt à partir de son adhésion au parti national-socialiste (Chapitre I). De même, concernant les théories non plus dogmatiques, mais critiques des juristes allemands en exil après la guerre, en particulier celles d'Ernst Fraenkel et de Franz Neumann, il est nécessaire de savoir quelles influences elles ont exercé sur la théorie ultérieure d'Hannah Arendt. Nous verrons qu'elles sont complémentaires concernant la loi, la hiérarchie des normes, la Constitution et l'anti-positivisme des nazis. Elles divergent en revanche grandement concernant l'interprétation du principe nazi de « l'identité entre la loi et l'éthique » (Chapitre II). Il apparaîtra enfin que c'est surtout par son analyse de l'organisation totalitaire du pouvoir qu'Hannah Arendt se distingue de ses prédécesseurs et innove le plus. Son modèle d'organisation par cercles concentriques est entièrement original et rompt définitivement avec la représentation hiérarchisée et verticale du pouvoir. Par ailleurs c'est relativement à l'organisation du pouvoir que le

rapprochement entre l'Allemagne nazie et l'Union soviétique, propre à Hannah Arendt, semble le plus fondé (Chapitre III).

Chapitre I – Les conceptions nationales-socialistes du droit et de l'État d'un point de vue dogmatique

L'un des leitmotivs des juristes qui ont étudié les régimes totalitaires est l'impossibilité, pour comprendre ces régimes, d'utiliser les conceptions traditionnelles du droit. Afin de saisir la nature et la structure de l'État totalitaire, il est donc nécessaire de quitter le terrain bien connu et rassurant des catégories juridiques issues de l'État de droit. Si la créativité conceptuelle du totalitarisme est relativement faible, il n'en demeure pas moins que des notions comme celles d'État, de loi, de droit, de souveraineté, ne sont plus du tout employées dans leur sens classique, mais ont au contraire un sens entièrement remanié.

Avant d'entrer dans le détail des rapports du totalitarisme avec la légalité, il convient donc au préalable d'identifier ces nouvelles conceptions de l'État et du droit. Comme les juristes nazis, et non soviétiques, sont les seuls juristes auxquels Hannah Arendt fasse référence, nous commencerons par présenter la doctrine juridique nazie, et ce d'un point de vue externe, en nous appuyant principalement sur les travaux de René Capitant et Roger Bonnard (1). Nous examinerons ensuite la théorie de Carl Schmitt et son influence sur les juristes en exil (Ernst Fraenkel et Franz Neumann), ainsi que sa conception du Mouvement dans *État, Mouvement, Peuple*, l'ouvrage qui a le plus influencé Hannah Arendt (2).

1 - La doctrine juridique nationale-socialiste d'un point de vue externe

Pour connaître les principes fondamentaux du droit et de l'État national-socialiste, il est nécessaire de se placer sur le terrain de la doctrine juridique nazie. Or, comme l'a montré Olivier Jouanjan, celle-ci est loin d'être unifiée. Elle se présente au contraire comme « un vaste champ de "batailles sémantiques" et lexicales », où « l'accord unanime ou largement dominant de la doctrine (…) n'est en réalité que rarement trouvé. »[73] Le même constat est fait par l'ancien directeur du *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, Michael Stolleis, qui souligne lui aussi que l'on n'a pas pu

> « assister à l'émergence d'une « science du droit constitutionnel national-socialiste » unique et cohérente. Étant donné la structure mouvante du droit constitutionnel national-socialiste, (si l'on veut absolument parler d'un tel droit), la superstructure intellectuelle lui correspondant était tout aussi instable. »[74]

Michael Stolleis essaie néanmoins de distinguer des groupes et des courants au sein de cette nébuleuse doctrinale. Parmi les juristes nationaux-socialistes, il distingue les anciens auteurs renommés qui se convertissent au nazisme (Carl Schmitt et Otto Koellreutter étant les plus importants) et « le noyau dur de la nouvelle science du droit constitutionnel et du droit administratif (…) formé par le groupe de professeurs d'université, qui, en 1933, accédèrent quasi en même temps aux chaires qui se libéraient », à savoir Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff, Gustav Adolf Walz, Herbert Krüger, Theodor Maunz et le « modéré » Ulrich Scheuner. Paul Ritterbusch et Reinhard Höhn, quant à eux, « se profilèrent rapidement comme des nationaux-socialistes

73 *Remarques sur les doctrines nationales-socialistes de l'État*, op. cit. p. 101

74 STOLLEIS, Michael, « Dans le ventre du Léviathan. La science du droit constitutionnel sous le national-socialisme », *Astérion*, n°4, avril 2006, p. 117

particulièrement radicaux »[75], Reinhard Höhn ayant la particularité de venir de l'ordre jeune allemand et de passer ensuite à la SS[76].

Si l'on se place d'un point de vue théorique, Michael Stolleis distingue trois principaux courants :

> « Alors que les uns reprenaient et développaient les impulsions données par Schmitt sur la base d'un hégélianisme de droite, que d'autres étaient influencés par la "théorie de l'intégration" de Smend, un troisième groupe, enfin, alliait un positivisme juridique naïf aux slogans de propagande usuels à propos de la "communauté populaire" et de "l'autorité du Führer sur son peuple" (*Fürhertum*) »[77]

Notre recherche ne portant pas sur les juristes nazis comme tels, et notre propos étant avant tout de déterminer l'état de la connaissance de la science juridique sur le droit nazi avant Hannah Arendt, nous ne chercherons pas à examiner la pertinence de ces distinctions. Ces informations sont toutefois utiles pour apprécier la connaissance qu'Hannah Arendt et les juristes français ont du champ doctrinal nazi. Concernant Hannah Arendt, il apparaît que Theodor Maunz, le plus clairvoyant, selon elle, des juristes nazis, fait en effet partie de ce que Michael Stolleis appelle « le noyau dur de la nouvelle science du droit », de même que Hans Frank, qui est considéré par Hannah Arendt comme un juriste de parade, dépassé par la nouvelle doctrine, n'est pas cité. Hannah Arendt a donc une bonne connaissance de la doctrine juridique nazie et ne se trompe pas dans ses choix.

---

75 *Ibid.*, p. 116

76 À vrai dire, cette liste n'est ni complète (il manque par exemple Karl Larenz), ni tout à fait cohérente avec le début de l'article de Michael Stolleis. Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff et Reinhard Höhn sont en effet initialement cités (*Ibid*., p 108) comme appartenant au groupe de professeurs de droit constitutionnel qui se forma dans les dernières années de la République de Weimar et qui se présentait lui-même comme le groupe de la « jeune droite ». Karl Larenz est alors cité aux cotés de Friedrich Brunstäd et Gerhard Dulckeit parmi les représentants des « hégéliens de droite ».

77 *Ibid.*, p. 117

Pour avoir un point de vue externe, nous privilégierons l'analyse des juristes français qui ont écrit sur le national-socialisme avant Hannah Arendt. Deux retiendront notre attention : Roger Bonnard et René Capitant[78].

René Capitant, dans les articles qu'il consacre entre 1933 et 1938 au Troisième Reich, cite très peu de juristes nationaux-socialistes, à l'exception d'Otto Koellreutter et de Carl Schmitt qu'il a d'ailleurs personnellement rencontrés lors de son séjour en Allemagne en 1933-1934 et qu'il considérait comme « le plus grand publiciste de son temps. »[79] Son analyse se fonde, non pas sur la doctrine juridique, mais sur les discours officiels de Hitler et des principaux dignitaires nazis. Ce choix s'explique par le fait que, selon René Capitant, l'idéologie est au centre de la révolution nationale-socialiste : « Le III e Reich est dominé par sa propre idéologie. (…) Son organisation autant que sa politique en découlent. »[80]. C'est donc par l'analyse de l'idéologie, et non de la doctrine juridique, qu'il saisit les principes premiers du nouvel État. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de ses analyses critiques de montrer que la lecture de *Mein Kampf* et des discours publics permet à elle seule de saisir la réalité et les principes sur lesquels ce régime se fonde. Une lecture qui consiste à prendre les discours nazis au pied de la lettre, et non comme des déclarations d'intention métaphoriques :« Nous n'avons pas le droit d'adresser au chancelier allemand le reproche d'hypocrisie. Admirons, au contraire, la brutale franchise de son langage. (…) Car Hitler est sincère,

78 Dans sa préface aux *Écrits sur le nazisme* de René Capitant, Olivier Beaud cite également Charles Eisenmann qui a publié, dans le *Bulletin mensuel jaune* de l'Office d'informations allemandes du Centre d'études germaniques de l'Université de Strasbourg, deux articles sur le III[e] Reich : « L'organisation constitutionnelle du Reich » (1934) et « Le Gouvernement de l'État national-socialiste » (1935) ; Olivier Beaud cite enfin William Gueydan de Roussel, qui, contrairement à René Capitant, « éprouve de la sympathie » à l'égard du nouveau régime hitlérien. De Roussel est l'auteur d'une série d'études dans la *Revue de droit public* sur « l'évolution du pouvoir exécutif en Allemagne (1919-1934) »(cf. BEAUD, Olivier, "Les premières années du régime national-socialiste (1933-1938) vues par un observateur perspicace, René Capitant", in René Capitant, *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 9 et 22). De Roussel fut également traducteur de Carl Schmitt.

79 Voir la *Préface* d'Olivier Beaud, op. cit. p. 21

80 « L'idéologie national-socialiste », in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 109

comme un prophète. »[81] La lecture de René Capitant de l'idéologie nazie anticipe même par moment les analyses d'Hannah Arendt, notamment celles où elle montre que l'idéologie devient le substitut de la réalité :

> « Hitler ne peut plus renier une idéologie qui s'est emparée de lui à tel point qu'il ne peut plus penser que par elle et qu'elle est devenue sa vraie substance mentale. Sans doute, la réalité résiste parfois, la «"dure réalité" dont parlait un jour son lieutenant Rudolph Hess, devant les membres impatients du parti. Mais c'est l'idéologie qui l'inspire. Et le drame de l'Allemagne, c'est ce combat d'une mystique avec la réalité. »[82]

C'est donc dans l'idéologie, et non dans la doctrine juridique, que René Capitant cherche les principes fondamentaux du nouveau régime.

Contrairement à René Capitant, Roger Bonnard fait état, dans *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*[83], d'une très bonne connaissance des controverses doctrinales des juristes nazis. Une familiarité également attestée par son compte rendu des ouvrages de E.R. Huber et de Theodor Maunz sur le droit constitutionnel de 1937, un compte rendu lui aussi daté de 1937, et publié dans la *Revue de droit public* sous le titre « Constitution et administration du III^{e} Reich. À propos de deux ouvrages récents ». L'ouvrage de Roger Bonnard, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, illustre parfaitement la thèse soutenue par Michael Stolleis et Olivier Jouanjan selon laquelle la doctrine juridique nazie n'est pas unifiée. De longues notes présentent les querelles doctrinales entre les différents auteurs nazis. Roger Bonnard lui-même, dans son introduction, signale la difficulté « à dire ce qui doit

81 *Ibid.*, p. 133
82 *Ibid.*, p. 133
83 La première édition de *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste* de Roger Bonnard date de 1936, la seconde édition de 1939. C'est cette dernière que nous utilisons (BONNARD, Roger, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, 2^{e} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1939)

être tenu comme étant vraiment de la doctrine nationale-socialiste »[84]. Selon Roger Bonnard, cette difficulté a une double origine. La première est que la documentation (pour l'essentiel des articles et des études disséminés dans de nombreuses publications) est « fragmentaire, éparpillée, parfois contradictoire et assez difficile à rassembler, à regrouper et à ajuster ». La seconde tient au fait que la doctrine nationale-socialiste « n'est pas encore définitivement formée et systématisée ». Parce qu'elle est encore en cours d'élaboration, il est difficile de « démêler, au milieu des diverses opinions soutenues, ce qui est un acquis définitif, ce qui n'est encore qu'un provisoire, ou bien une opinion isolée qui n'est pas suivie. »[85]

Cette absence d'unité doctrinale conduit Roger Bonnard à prendre parti en faveur de Reinhard Höhn, que Michael Stolleis présente comme l'un des juristes les plus radicaux. Un radicalisme que Roger Bonnard n'est d'ailleurs pas sans connaître, puisque lui-même écrit que « Höhn professe un radicalisme doctrinal qui tend à remplacer l'ancienne dogmatique par une dogmatique entièrement nouvelle. » Il rappelle même que Höhn fut auparavant tenu pour un juriste d'avant-garde dont les opinions n'ont été officiellement reconnues qu'à partir de 1937, c'est-à-dire à partir de la publication du *Droit administratif allemand* (*Deutsches Verwaltungsrecht*, München, 1937) de Hans Frank qui, dans sa préface, adhère officiellement à la dogmatique de Höhn.

C'est pourquoi Olivier Beaud ne manque pas de souligner, à bon droit nous semble-t-il, que ce patronage ne plaide pas en faveur de l'analyse de Roger Bonnard. À la décharge de ce dernier, il convient toutefois de souligner que Roger Bonnard ne semble pas se placer sous la bannière de Reinhard Höhn en raison de son extrémisme, mais plutôt en raison de l'officialisation de sa doctrine. Sans parler du fait, très

84 *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, op. cit. p. 15
85 *Ibid.*, p. 14

important aux yeux de Bonnard, que Reinhard Höhn a consacré un compte rendu critique à la première édition, en 1936, de *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, un commentaire critique que Roger Bonnard intègre dans la seconde édition de 1939. Par ailleurs, Höhn n'est pas le seul juriste nazi à s'être intéressé aux travaux de Bonnard. Ulrich Scheuner a lui aussi publié un compte rendu critique de la première édition[86], et ses remarques, elles aussi intégrées à la seconde édition, sont loin d'être secondaires puisqu'elles portent notamment sur le lien entre la doctrine juridique nazie et les théories du droit de Léon Duguit et Maurice Hauriou[87]. Or Ulrich Scheuner, à l'inverse de Reinhard Höhn, est considéré par Michael Stolleis comme le plus modéré des juristes nazis. Ce qui tend à prouver que ce n'est pas la radicalité de Höhn qui attire Bonnard, mais plutôt le fait qu'il soit « un interprète autorisé de la doctrine nationale-socialiste » et le principal récepteur de ses travaux en Allemagne.

Ces précisions ne changent rien au fait que la biographie politique de Roger Bonnard n'est pas celle de René Capitant. Alors que ce dernier fera partie de la Résistance, le premier finira par collaborer avec le régime de Vichy. Par conséquent, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste* est un texte à lire avec précaution, ou plutôt en connaissance de cause. Une cause que Roger Bonnard ne défend pas encore dans son texte, qui se présente, et est pour l'essentiel, un travail scientifique objectif[88]. Toutefois, l'on sent par moment que l'intérêt juridique pour un phénomène politique nouveau n'est pas loin de l'attrait. Ce qui rend ces pages particulièrement intéressantes

86 *Ibid.*, Avertissement, p. 2
87 *Ibid.*, note 1, p. 11
88 Nous ne partageons pas entièrement la critique que Olivier Beaud adresse à Roger Bonnard de verser dans la « fétichisation » du droit, et sa conclusion que les écrits de René Capitant sont plus profonds. (préface, op. cit. p. 26) Selon nous, les écrits de Bonnard et de Capitant ne sont pas de même nature, le premier se plaçant sur le seul terrain de la théorie du droit, quand les articles du second appartiennent au champ de la science politique, voire du journalisme scientifique. Capitant n'est pas plus profond, il est plus clairvoyant et déjà militant. C'est d'abord l'histoire, et non la science qui lui donne raison. Quant à l'irréalisme de Bonnard, il est la conséquence non seulement de son choix méthodologique, mais aussi de son objet qui, comme le titre de son ouvrage l'indique, est celui de la doctrine juridique nazie, et non « les réalités politiques et sociales » que le droit positif a pour contenu.

pour notre propos. Elles ont en effet un double avantage : premièrement, parce que son auteur se situe à la frontière de l'objectivité scientifique et de l'engagement politique, sa présentation de la doctrine juridique nazie n'est pas encore véritablement empreinte de propagande idéologique. Deuxièmement, parce qu'il cherche les points d'accord et les acquis d'une doctrine juridique en évolution et éclatée, il va droit au but et se concentre sur les principes fondamentaux et indiscutés.

Selon Roger Bonnard, les traits essentiels de la doctrine juridique du droit et de l'État se résument à deux principes : « L'organisation politique nationale-socialiste a pour éléments constitutifs de base la *Volksgemeinschaft* et le Führer. »[89] La communauté raciale et le principe du Chef sont donc les deux éléments constitutifs de la structure du nouvel État, les piliers unanimement reconnus de ce régime que nous allons à présent examiner.

1.1. Le principe de communauté raciale (*Volksgemeinschaft*)

Pour Bonnard, « la *Volksgemeinschaft* se situe au centre de l'organisation politique »[90]. Elle comprend deux idées, « qui sont distinctes l'une de l'autre, quoique conditionnées l'une par l'autre »[91], le peuple (*Volk*) et la communauté (*Gemeinschaft*).

1.1.1. La définition raciale du peuple

I – Selon Roger Bonnard, le peuple, au sens national-socialiste, n'a pas le sens juridique qu'il possède dans l'État de droit. Dans ce dernier, le peuple est

89 *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, op. cit. p. 24
90 *Ibid.*, p. 23
91 *Ibid.*, p. 24

déterminé par le droit positif, au sens où la loi détermine les conditions de la nationalité, tout comme il est le support de l'État au sens où il est la personne juridique titulaire de la souveraineté. Selon la conception libérale, le peuple possède des droits subjectifs, que l'État est chargé de protéger et de garantir. Ainsi, « c'est le droit fait par l'État qui désigne quant à la nationalité et aux droits politiques les individus qui constitueront le peuple. La notion de peuple reste étroitement associée à la notion d'État. »[92]

Il n'en est pas de même dans le régime national-socialiste, qui rompt radicalement avec cette définition du peuple. Dans ce régime, le peuple n'est pas une notion juridique, mais « une notion ethnique basée sur l'idée de race »[93]. Le national-socialisme ne définit pas le peuple de façon subjective, à savoir comme une volonté commune, mais de façon objective, à savoir comme une identité raciale. Quant à la notion de race, elle est à son tour définie en un sens purement biologique, et non anthropologique par des types physiques et des aptitudes mentales, ni par des caractéristiques sociologiques comme la langue, la culture ou les mœurs.

II – Selon Roger Bonnard, cette conception raciste du peuple a subi une évolution de *Mein Kampf* aux lois de Nuremberg de 1935. Dans *Mein Kampf*, la conception raciste repose sur l'idée de l'unité de race. Le peuple allemand est conçu comme ayant une communauté d'origine, la race aryenne nordique qui, en vertu du principe de l'inégalité des races, est supérieure aux autres races, notamment à la « race sémite », la plus inférieure. Le « devoir sacré » du Reich allemand, selon Hitler, est donc de préserver la pureté de la race aryenne, « car ce n'est pas l'État et ses interventions, mais la race du peuple et ses aptitudes civilisatrices qui produisent le

92 *Ibid.*, p. 27
93 *Ibid.*, p. 25

progrès et la civilisation. »[94] Ces idées racistes sont reprises par les premières lois de 1933[95] visant à « épurer du point de vue raciste les fonctions publiques et certaines professions privées »[96]. La différenciation ethnique du peuple allemand est alors fondée sur la seule opposition entre les aryens et les juifs. Ces lois contiennent le fameux « *Arierparagraph* », qui précise pour la première fois les conditions d'après lesquelles il y a origine aryenne : « le principe était que l'origine aryenne s'établissait en remontant dans l'ascendance de l'individu non pas *in infinitum*, mais seulement jusqu'à un certain degré de parenté, ordinairement jusqu'aux grands-parents. »[97]

Selon Bonnard, cette conception raciste est abandonnée par les lois de Nuremberg de 1935[98], qui déterminent législativement la structure ethnique du peuple allemand sur la base raciste. L'*Arierparagraph* est supprimé. Ces lois ne font plus référence à l'origine et à la race aryenne, mais au « sang allemand et apparenté ». Il n'y a donc plus unité, mais reconnaissance d'une pluralité de races, ou de sang, au sein même du peuple allemand. Selon Roger Bonnard, ce changement s'explique pour deux raisons : la première, c'est « la difficulté à déterminer les caractères distinctifs de la race aryenne »[99] ; la seconde, c'est le constat du très faible nombre d'allemands de race

94 *Ibid.*, p. 37

95 Il s'agit de la loi du 7 avril 1933 sur la réorganisation de la fonction publique, la loi du 4 octobre 1933 pour la profession de journaliste, la loi du 7 août 1933 pour la profession d'avocat et des ordonnances du 22 avril, 19 mai et 23 juin 1933 pour certains emplois dans les assurances sociales.

96 *Ibid.*, p. 38

97 *Ibid.*, p. 39.

98 Sur les lois de Nuremberg et la doctrine juridique et Carl Schmitt, voir ZARKA, Yves-Charles, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt – La justification des lois de Nuremberg du 15 septembre 1935*, PUF, Paris, 2005, en particulier la conférence de Carl Schmitt qui présente ces lois comme un tournant : „La constitution de la liberté"(conf. 1er octobre 1935)

99 La difficulté est bien entendu identique concernant la race sémite, qui est soumise à des conditions juridiques analogues (à savoir le nombre de grands-parents juifs. Sur la définition légale du juif, voir René Capitant, « Les lois de Nuremberg », in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p.144 et s. Voir également les travaux sur la définition du statut de juif par les tribunaux civils et administratif sous Vichy : Jean Marcou, « La « qualité de Juif » – l'antisémitisme d'État, de la propagande au droit positif », in *Le droit antisémite de Vichy*, D. Gros (dir.), *Le genre humain*, n°30-31, Paris, 1996, p. 153-171). Il est également intéressant de noter que ce parallélisme des formes concernant la définition juridique de « l'aryen » et du « juif », sera encore dénoncé par Hannah Arendt lors du procès Eichmann à propos de l'État d'Israël (cf. *Eichmann à Jérusalem*, op. cit. p. 1025 : « En Israël, les lois rabbiniques régissent le statut personnel des citoyens juifs de telles manière qu'un juif

aryenne nordique à l'état pur. C'est pourquoi l'unité de race a été éliminée au profit de l'idée du mélange de races. « À l'idée qui tend à l'identification du peuple avec une race unique est substituée celle du pluralisme racial comme substratum raciste du peuple. »[100] Selon Roger Bonnard, ce changement est un modification de fond, par laquelle le racisme nazi rompt avec celui de H.S. Chamberlain, fondé sur l'unité de race de chaque peuple. À partir de 1935, l'unité de race est acquise quand le mélange ne comprend que des races apparentées entre elles. L'enjeu politique n'est donc plus de préserver la pureté de la race, mais de « faire un choix entre les races pour composer le mélange racial qui convient au peuple. »[101] Or, comme l'illustre la loi sur la protection du sang et de l'honneur allemand du 15 septembre 1935, « le seul sang étranger qui, pratiquement, constitue une menace effective pour le sang allemand est le sang juif. »[102] Selon les termes de René Capitant, la race juive « est un ferment de destruction, elle est *Kulturzerstörer*. Son destin est de combattre l'action des Aryens, et de ruiner les civilisations qu'ils ont édifiées. »[103] Roger Bonnard en conclut de même que « le racisme allemand n'est, en fait, qu'un simple antisémitisme. (…) La théorie raciste du peuple allemand ne contient vraiment qu'une règle positive : l'exclusion de la race juive. »[104]

---

ne peut épouser une non-Juive. (…) et si quelqu'un se trouve avoir une mère non juive il ne peut ni se marier ni se faire enterrer. (…) Qu'il soit religieux ou non, les citoyens d'Israël semblent être d'accord pour souhaiter qu'une loi interdise les mariages mixtes.(…) Il est certain qu'il y avait quelque chose de stupéfiant dans la naïveté avec laquelle le procureur dénonça les lois infâmes de Nuremberg qui, en 1935, avaient interdit le mariage mixte et les rapports sexuels entre Juifs et Allemands. Les mieux informés parmi les correspondants étaient bien conscients de cette ironie, mais ils n'en parlèrent pas dans leurs reportages. Ce n'étaient pas le moment, pensaient-ils, de dire aux Juifs ce que les lois et les institutions de leur propre pays pouvaient avoir d'injuste. » Dans une lettre du 26 avril 1961 à Heinrich Blücher, elle parle des lois d'Israël comme de « lois de Nuremberg ». cf. « Correspondances et dossier critique », (dir.) Pierre Bouretz, in *Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, Paris, 2002, p. 1337)

100 *Ibid.*, p. 44
101 *Ibid.*, p. 45
102 *Ibid.*, p. 50
103 *L'idéologie national-socialiste*, op. cit. p. 125
104 *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, op. cit. p. 59.

III – L'examen critique du racisme allemand qui conclut cet exposé de Roger Bonnard est assez déconcertant, pour ne pas dire problématique. Roger Bonnard adresse aux nazis trois principaux reproches : premièrement, ce racisme prétend défendre une conception biologique de la race, alors qu'en réalité la race est définie sociologiquement ; deuxièmement, l'inégalité des races n'est pas, contrairement à ce que prétendent les allemands, une réalité objective, mais seulement le reflet de leurs valeurs subjectives ; enfin, il y a contradiction entre le principe du mélange des races et celui de l'impossible assimilation des juifs :

> « en effet, des individus, ayant cependant une certaine ascendance juive, sont admis à la qualité d'Allemands de race, lorsque cette ascendance au degré de grands-parents ne comporte qu'une minorité de sang juif. On présume qu'à cette troisième génération, le juif est assimilé. C'est donc qu'on considère l'assimilation comme possible. Alors, pourquoi ne pas admettre des assimilations futures alors qu'on admet des assimilations passées : là est la contradiction. »[105]

À la lecture de ces lignes, il apparaît qu'Olivier Beaud a raison de reprocher à Roger Bonnard de rester dans l'abstraction théorique quand René Capitant comprend, et anticipe les faits réels, concrets et tragiques[106]. Il est dommage en revanche de ne pas souligner en parallèle les similitudes qui existent aussi entre René Capitant et Roger Bonnard. La critique de l'antisémitisme nazi fait partie de ces points communs. Certes, le style de Roger Bonnard est plus froid, sec et synthétique que celui du résistant. René Capitant est plus littéraire, et déjà engagé contre le nazisme. Il n'en demeure pas moins que les analyses des deux juristes français sont identiques. Pour les deux hommes, l'antisémitisme nazi n'est pas le même que celui de H.S. Chambertain. Selon eux, le nazisme est impossible si la race peut être définie. Pour que « le système fonctionne », il faut une catégorie vide, ou multiple, une idée de la race sans fondement, sans critère

105 *Ibid.*, p. 58
106 Préface, op. cit. p. 26

fixe possible, peu importe qu'il s'agisse de définir les critères de la race ennemie, dominée, ou ceux de la race amie, dominante[107]. D'une certaine manière, pour les nazis, l'existence de la race doit toujours l'emporter sur son essence. La différence entre les deux juristes français portent seulement sur les conséquences : moins la race sera définie, plus le mouvement avancera, se radicalisera, et durera (Roger Bonnard), ou se détruira (René Capitant).

De même, et Roger Bonnard, et René Capitant comprennent d'emblée les enjeux politiques réels de la définition raciste du peuple allemand, à savoir d'être le fondement d'une politique aristocratique et expansionniste. Aristocratique, car dans le « conglomérat de races » qu'est l'Allemagne, « demeure enfoui en elle un noyau de race nordique »[108]. En raison de la supériorité de cette race nordique, c'est à elle qu'il revient de gouverner le reste du peuple allemand composé, lui, d'un mélange de races. Cette élite raciale forme le parti national-socialiste, qui s'impose ainsi comme l'aristocratie du régime : « le parti est une élite, non seulement par ses œuvres, non seulement par sa victoire, mais parce qu'il représente au sein de l'Allemagne une race supérieure, le noyau nordique qui a su résister à l'afflux de sang étranger. »[109]

En parallèle, René Capitant montre que « le racisme conduit à un impérialisme sans mesure »[110]. Il impose en effet que les frontières du Reich coïncident avec celle du peuple racial, qui ne se trouve pas seulement sur le territoire de l'État allemand. En lisant en ce sens *Mein Kampf*, René Capitant dresse la carte des annexions

107 Comme nous le verrons, aux yeux d'Arendt, la distinction schmittienne entre l'ami et l'ennemi est tout aussi dépassée que cette controverse sur la définition de la race (voir infra, Chapitre II, « 1.2. L'Ennemi objectif »)

108 René Capitant, « l'État national-socialiste : fondements institutionnels et légitimité », in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 63

109 *Ibid.*, p. 61

110 *L'idéologie national-socialiste*, op. cit. p. 127. Cette expansion fondée sur l'unification du peuple sera suivie, selon Capitant, par une conquête de territoires qui permettront au peuple allemand unifié d'avoir ensuite un espace suffisant pour sa vie et son accroissement. Refusant les expéditions coloniales, c'est un Empire continental et les territoires de l'Est qui seront visés par Hitler (voir *Ibid.*, p. 131 et suiv.)

à venir, avec une lucidité anticipative remarquable. Dès 1935, il montre que l'expansion allemande sera fondée sur la volonté de faire coïncider les frontières du Reich avec les frontières du peuple allemand qui se trouve non seulement en Allemagne, mais également en Alsace-Lorraine, en Suisse alémanique, en Autriche, dans le Tyrol italien, chez les Sudètes de Tchécoslovaquie, dans la ville de Dantzig, sur le territoire de Memel, sans parler des minorités allemandes disséminées en Hongrie, en Roumanie, en Pologne et sur les rives de la Volga.[111] Finalement, comme le peuple allemand n'est pas, par principe, racialement homogène, il suffit qu'un peuple soit considéré comme de « sang apparenté » pour que son annexion soit justifiée.

S'il n'entre pas dans le descriptif des annexions territoriales qui dérivent du racisme allemand, s'il reste au niveau du principe, Roger Bonnard n'en a pas moins également saisi, comme René Capitant, l'enjeu politique expansionniste de la définition raciale du peuple. À savoir que

> « la conséquence que le pouvoir politique a pour objet direct la *Volksgemeinschaft*, sera que ce pouvoir devra étendre son action à toute la communauté, y compris à ceux de ses éléments qui sont fixés en dehors des frontières. Il s'ensuivra que, pour ces fractions détachées de la *Volksgemeinschaft* allemande, il faudra non seulement assurer leur protection dans l'État étranger, mais encore les rattacher au Reich par annexion du territoire qu'ils occupent, dans la mesure où cela est pratiquement possible. Dans ce cas l'annexion est fondée juridiquement. »[112]

Contrairement à Roger Bonnard, René Capitant refuse de considérer qu'une telle annexion est fondée juridiquement. Car Capitant fonde son analyse du nazisme sur l'idéologie et non sur la doctrine juridique, qu'il considère comme un discours

111 *Ibid.*, p. 127 et s.

112 *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, op. cit. p. 75 (À noter l'emploi du futur, comme chez René Capitant.) Sur les lois de Nuremberg et le droit international, voir également Carl Schmitt, « La législation nationale-socialiste et la réserve de l'"ordre public" dans le droit privé international" (conf. 28 novembre 1935), in *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt – La justification des lois de Nuremberg du 15 septembre 1935*, PUF, Paris, 2005

idéologique au même titre que les discours d'Hitler. Une annexion territoriale justifiée doctrinalement n'est pas pour autant, selon lui, une annexion territoriale légitime. Sa légalité dépendra de sa conformité au droit de la guerre. Capitant, contrairement à Roger Bonnard, refuse donc l'équivalence entre le fait, ou la force, et le droit. Les rapports de force ne produisent pas du droit, ils n'ont aucun droit qui leur soit inhérent.

IV – Quoi qu'il en soit, Roger Bonnard a raison de considérer que le passage d'une définition du peuple allemand fondée sur l'unité de race à une définition fondée sur la pluralité des races est un changement d'une importance cruciale, même s'il n'en saisit pas les vraies raisons. Ce changement correspond en effet au passage d'une définition statique de l'ami (et partant de l'ennemi, pour reprendre la distinction de Carl Schmitt), à une définition dynamique, ou évolutive. La désignation des peuples de « sang apparenté » peut en effet varier et s'adapter à chaque changement de circonstances et en fonction des besoins du mouvement, sans remettre en cause le principe raciste initial. Or cette adaptabilité est précisément, comme le montrera Hannah Arendt, ce dont un mouvement totalitaire a besoin, et que l'idée de l'unité de race empêchait.

1.1.2. Le principe de communauté

D'après Roger Bonnard, le peuple défini sur un fondement raciste est formé et organisé en communauté (*Gemeinschaft*).

I – Comme de nombreux auteurs l'ont souligné, cette notion de communauté a pour origine la distinction du sociologue allemand Ferdinand Tönnies

entre la société (*Gesellschaft*), qui « est artificielle, voulue et discrétionnaire » et la communauté (*Gemeinschaft*), qui est « instinctive, naturelle et spontanée »[113]. Parce que le peuple au sens national-socialiste est fondé sur l'identité raciale, par principe naturelle, il forme par conséquent une communauté et non une société. À l'inverse, dans une collectivité définie juridiquement (*Rechtsgemeinschaft)*, les individus sont seulement juxtaposés et constitués en collectivité par la loi. Ils forment donc non pas une communauté, mais une société. Roger Bonnard reprend cette distinction pour en en conclure que la communauté est « une réalité concrète et vivante », alors que la collectivité juridique est une « entité abstraite »[114].

II – Selon Bonnard, cette communauté naturelle, fondée sur la définition raciale du peuple, est au centre de la conception nationale-socialiste du droit, et ce à plusieurs titres.

Le premier concerne la suppression des droits subjectifs :

> « L'homme, dans sa vie sociale, ne peut plus être envisagé comme un individu, mais seulement comme membre de la *Gemeinschaft*. Il n'est pas une personnalité individuelle, mais "une personnalité de communauté" »[115]

Aux droits subjectifs que l'individu peut faire valoir contre la communauté et l'État se substitue une situation juridique objective de membre de la communauté qui doit en satisfaire les intérêts[116]. « Il n'est accordé aux individus des situations juridiques, des

113 Roger Bonnard fait également référence à Durkheim : « Cette idée de *Gemeinschaft* avait été dégagée par la sociologie dans ses efforts pour établir qu'à côté des phénomènes sociaux individuels, il y a aussi des phénomènes sociaux proprement collectifs, qu'il y a, à côté de l'individuel, un social aussi réel que l'individuel. En France, Durkheim et son école ont beaucoup fait dans ce sens. », *Ibid.*, p. 61

114 *Ibid.*, p. 65

115 *Ibid.*, p. 67

116 Le lien entre droit et communauté conduit Roger Bonnard à faire un parallèle entre la doctrine nationale-socialiste et Duguit, dont Bonnard était l'élève. Il rappelle en effet que selon Duguit le droit est l'ensemble des règles qui existent dans tout groupement social pour fixer son organisation et son fonctionnement : « de même que tout organisme est ordonné suivant un ensemble de lois qui prévoient sa formation et son développement en fixant le jeu respectif de ses organes, de même, dans cet organisme

recours juridictionnels que dans la mesure où cela profite à la communauté. »[117] Il en dérive, outre une suppression des droits subjectifs, également une suppression de la distinction entre droit privé et droit public, ce dualisme juridique n'étant possible que quand l'individu existe indépendamment de l'État.

Deuxièmement, « dans le régime communautaire, c'est le peuple qui, en tant que groupement ethnique raciste et formé en *Gemeinschaft*, constitue le fondement et la source première du pouvoir politique. »[118] Par conséquent, l'État, parce qu'il ne joue aucun rôle dans la formation de cette communauté, n'est plus considéré comme le fondement du pouvoir. Il n'est plus qu'un instrument, un simple appareil, qui doit servir les intérêts de la communauté.

Enfin, la communauté étant le fondement du droit, le droit n'est plus un système de normes rationnelles et contraignantes, mais

> « l'ordonnancement vital du peuple. Le droit est essentiellement le système de règles suivant lesquelles se forme la vie du peuple en communauté. (…) Il contient tout ce qui est de nature à profiter au peuple, à favoriser sa vie et son développement. »[119]

Cette idée est résumée dans la formule devenue célèbre : « le droit est ce qui bon pour le peuple allemand ». Selon Roger Bonnard, cette nouvelle définition du droit signifie qu' « il ne peut y avoir d'opposition entre le droit et la justice, puisque la justice

---

qui constitue un groupement social, il existe un ordonnancement qui constitue les formes de sa vie, qui lui est immanent, résultant du groupement lui-même et des nécessités qui lui sont inhérentes et qui consiste dans une certaine détermination de l'attitude active et passive des membres du groupement. », *Ibid.*, p. 78. Dans une autre note, Roger Bonnard fera à nouveau un parallèle entre le national-socialisme et Duguit à propos de leur rejet similaire du droit subjectif, qui rejoint la note que nous venons de citer (*Ibid.*, p. 272). Olivier Beaud, quand il souligne ce trait, considère que si la comparaison « s'explique par la commune tendance des deux doctrines à rejeter l'individualisme et à adopter une conception "holiste" de la société », elle efface en revanche la différence de fond, Duguit étant un défenseur de l'État de droit et des droits de l'individu, contrairement à la violence nationale-socialiste (*Introduction*, op. cit. p. 24 et 25). À vrai dire, Roger Bonnard souligne lui aussi cette différence, puisque dans une autre note, consacrée au droit international, il montre que les conceptions de Duguit sont fondées sur une conception juridique (*Rechtsgemeinschaft*), et non raciale, de la communauté. (*Ibid.*, p. 82)

117 *Ibid.*, p. 74

118 *Ibid.*, p. 72

119 *Ibid.*, p. 77

n'est pas prise en considération : c'est seulement l'utilité qui entre en compte. »[120] C'est pourquoi le droit n'a plus qu'une dimension objective. Il ne procède ni « d'un acte purement volontaire, ni d'un jugement de valeur »[121]. Il n'est plus que l'expression de « l'état social du peuple », qu'il accompagne au lieu de le déterminer. « Ce n'est pas le droit qui, ayant la primauté, vient modeler une certaine vie sociale en s'imposant à elle. C'est, au contraire, le droit qui se modèle sur les formes de la vie sociale réelle. »[122]

III – Ainsi, pour Roger Bonnard, « le droit national-socialiste n'a rien de transcendant puisqu'il émane ni de la raison humaine, ni d'une autorité supérieure. Il est immanent à son objet même, soit à la communauté populaire puisqu'il en est la forme de vie. »[123] Cette idée de l'immanence du droit est centrale. C'est l'un des principaux nerfs de la conception nationale-socialiste du droit. C'est par exemple elle qui explique pourquoi les deux juristes français Roger Bonnard et René Capitant font référence, dans leurs propos respectifs, à l' « *Erlebniss* » (c'est-à-dire à la connaissance instinctive, à « l'expérience intime » pour reprendre les termes de René Capitant) du droit nazi qu'ils sont en train d'étudier[124]. Tel que l'entend Roger Bonnard, cette immanence du droit signifie que chaque individu pense en tant que membre de la communauté. Mais nous verrons[125] que cette immanence du droit a aussi d'autres significations et fonctions.

120 *Ibid.*, p. 77
121 *Ibid.*, p. 79
122 *Ibid.*, p. 78
123 *Ibid.*, p. 77
124 À vrai dire, c'est Capitant qui se demande le premier si les travaux scientifiques sur le nazisme ne sont pas limités par une insuffisante « connaissance intime du droit » allemand. Le passage est le suivant : « Mais, cette idéologie [nationale-socialiste], est-il possible de l'analyser ? Est-il possible de la comprendre du dehors, sans la partager soi-même, sans s'être laissé saisir par elle, sans l'avoir éprouvé comme une expérience intime, comme un *Erlebniss* direct ? » (*L'Idéologie national-socialiste*, op. cit. 109) Roger Bonnard lui rétorque non sans ironie qu' « il ne semble pas qu'il faille en arriver à une telle extrémité pour saisir le national-socialisme » (*Le droit et l'État dans la doctrine nationale socialiste*, op. cit, p. 12)
125 Voir infra, Chapitre II, « 2.3. Le droit comme "conscience intime"» et Chapitre VI, « 3.3. La loi « *in interiore homine* »

IV – Pour conclure, ce rapport au droit du peuple racial organisé en communauté, développé par Roger Bonnard à la suite de Reinhard Höhn, ne représente qu'une interprétation parmi d'autres. Comme l'a montré Olivier Jouanjan, la doctrine juridique allemande n'est en réalité pas unifiée concernant le lien entre le peuple racial, la communauté et le droit. Il distingue à ce propos quatre principaux courants : le premier est fondé sur « l'identification immédiate de la race, de la morale et du droit », et est synthétisé par la formule d'Albert Rosenberg de 1934 : « le droit et l'injustice ne vont pas çà et là pour dire : nous voilà !; non, le droit est ce que les hommes aryens déclarent être du droit, l'injustice, ce qu'ils réprouvent »[126] . Appartiennent à ce courant Helmuth Nicolaï et Reinhard Höhn, et c'est cette interprétation que suivra Roger Bonnard. Le second courant, défendu par Hans-Helmut Dietze, est fondé sur la théorie d'un « droit naturel allemand ». Le concept de nature est alors entendu en un sens biologique et racial. Selon la formule de Dietze, « la loi fondamentale de l'ordre populaire naturel dispose : la préservation de l'essence du peuple à n'importe quel prix »[127]. Le troisième courant, représenté par Julius Binder et Karl Larenz[128], est celui d'un néo-hégélianisme raciste. Il consiste à considérer que « l'Idée hégélienne, dont l'État est "l'effectivité", est conditionnée, dans sa concrétude en tant que puissance spirituelle effective, par l'élément *völkisch* et l'élément du sang »[129]. La quatrième voie, enfin, est celle défendue par Carl Schmitt et Ernst Rudolf Huber et consiste dans une conception politique du droit, au sens où

> « le droit n'est pas l'expression d'une politique, mais le politique une expression du droit. (…) Le droit est identifié à l'unité politique incarnée par le Führer. Cette

126 JOUANJAN, Olivier, « La doctrine juridique allemande. Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine du III[e] Reich », in *Le droit antisémite de Vichy*, D. Gros (dir.), *Le genre humain*, n°30-31, Paris, 1996, p. 469-470

127 *Ibid.*, p. 470

128 Sur Karl Larenz, voir Olivier Jouanjan, « Communauté, race et « rénovation allemande du droit » : sur Karl Lorenz », in *De la société à la sociologie*, F. Kervégan (dir.), ENS Éditions, Paris, 2002

129 *Ibid.*, p. 471. Sur la doctrine juridique nazie et Hegel, voir JOUANJAN, Olivier, « Les fossoyeurs de Hegel. Rénovation allemande du droit et néo-hégélianisme sous le IIIe Reich », *Droits*, n°25, 1997

> unité n'est cependant possible que si le peuple forme la véritable "troupe" (*Gefolgschaft)* du Führer, une troupe qui suppose l'identité de race (*Artgleichheit*). »[130]

Mais quoi qu'il en soit de ces différences, tous s'accordent, concernant le droit nazi, sur le caractère premier de la communauté et sa définition biologique et raciale.

1.2. Le principe du Chef (*Führerprinzip*)

1.2.1. Les caractéristiques de la *Führung*

Cette conception nouvelle du peuple et du droit se prolonge par une conception originale de la nature, de l'organisation et de l'exercice du pouvoir politique. L'idée fondamentale concernant ce pouvoir est qu'il s'exerce sous forme de *Führung*. Selon Roger Bonnard, la *Führung* se distingue de la *Regierung*, c'est-à-dire du fait de gouverner, et de la *Leitung*, c'est-à-dire le fait de diriger en donnant des ordres. La *Führung* désigne la conduite et signifie que le peuple est guidé, conduit par le Führer. « Comme guide et conducteur du peuple, le Führer marche devant le peuple et lui montre le chemin. »[131] Contrairement aux modèles classiques qui reposent sur la distinction entre les gouvernants et les gouvernés, Bonnard y voit une liaison étroite entre le Führer et le peuple qui le suit en formant sa *Gefolgschaft* (suite). Selon les termes du juriste français, « il existe entre eux un lien de camaraderie qui est fait d'une confiance réciproque. Le peuple a confiance dans la conduite de son Führer et le Führer a confiance dans la fidélité de sa *Gefolgschaft*. »[132] Cette union entre le Führer et le peuple donne ce qui est appelé le *Führerstaat*.

130 *Ibid.*, p. 472-473
131 *Le Droit et L'État dans la doctrine nationale-socialiste*, op. cit. p. 87
132 *Ibid.*, p. 88

La caractéristique première du pouvoir du Führer est d'être un pouvoir personnel, désigné par le terme de *Führerprinzip*. Ce caractère personnel est fondé sur le fait que seul le Führer, par distinction avec les autres membres du peuple, possède une parfaite conscience de l'ordonnancement vital du peuple. La personnalité de son pouvoir n'est donc pas une personnalité individuelle, mais une personnalité communautaire. C'est cette personnalité communautaire qui le rend capable, plus que tout autre, d'exprimer, de formuler et maintenir l'ordonnancement vital du peuple et de ses normes.

Cette personnalité communautaire distingue le Führer d'un dictateur qui imposerait sa volonté individuelle au peuple. Le Führer n'est pas un dictateur car les fondements du pouvoir sont différents entre la *Führung* et la dictature. Le dictateur est extérieur au peuple, sans contact avec lui et n'a de pouvoir que par la force qu'il exerce à l'encontre du peuple. Alors que le Führer est en union intime avec le peuple dans lequel son pouvoir prend racine.

De même, le caractère personnel du pouvoir du Führer interdit que celui-ci soit considéré comme un organe de l'État. L'organe ne possède en effet aucune personnalité. « L'organe étatique s'incorpore dans l'État. Sa personnalité propre disparaît pour constituer celle de la personne-État. »[133] Dans la reconstruction de Bonnard, le *Führerprinzip* repose au contraire sur le pouvoir personnel du Führer, et non sur le pouvoir de l'État, qui n'est qu'un instrument au service de la *Führung*.

Pour Bonnard, l'État n'est pas, en effet, l'élément premier et essentiel du système politique national-socialiste. L'État est en réalité supplanté par le peuple et son Führer. Le peuple est le titulaire originaire du pouvoir politique et son Führer est en dehors et au-dessus de l'État. Si L'État demeure, c'est seulement comme un instrument

133 *Ibid.*, p. 116

permettant de réaliser les décisions de la *Führung*. Il en découle que l'État ne peut plus être considéré comme constituant une personne juridique. L'État n'est plus conçu que sans sa réalité concrète, à savoir comme un ensemble d'autorités et d'agents. Il n'a plus la forme abstraite d'une institution personnalisée. Ce qui constitue une rupture majeure avec la tradition juridique allemande.

Juridiquement, ce pouvoir personnel du Führer a, selon Roger Bonnard, trois caractéristiques : il s'agit d'un pouvoir originaire, autonome et autoritaire.

Son pouvoir est originaire en ce sens que l'état de conscience qui fonde le pouvoir personnel du Führer ne peut lui être conféré par personne. Il s'agit d'une aptitude qu'il possède par lui-même, spontanément. Les qualités morales et intellectuelles du Führer, qui le distingue des autres, sont constatées et reconnues par le peuple. Elles ne peuvent lui être attribuées ou transférées. Par conséquent, le Führer n'est pas le représentant du peuple. Car un représentant veut et agit à la place du peuple représenté. La volonté du représentant du peuple n'est pas sa propre volonté, mais celle du peuple. Or il ne peut en être ainsi dans le *Führerstaat*, où le Führer tire de lui-même, de sa conscience et de sa volonté propre, son pouvoir.

Ce pouvoir est également autonome en ce sens que le Führer n'est soumis à aucune autre autorité. Comme le remarque Roger Bonnard, le Führer possède l'exclusivité du pouvoir de *Führung*. « Il n'est subordonné ni à l'initiative, ni à l'approbation, ni au contrôle, ni à la concurrence d'aucune autre autorité ».[134] Cette autonomie du pouvoir du Führer a pour conséquence l'exclusion des lois constitutionnelles. Le législateur constituant ne peut en effet venir limiter le pouvoir du Führer. C'est pourquoi on assiste à une « déconstitutionnalisation » de la Constitution de Weimar qui, selon la loi d'habilitation du 24 mars 1933, peut être modifiée par voie

134 *Ibid.*, p. 102

de législation ordinaire. Selon Roger Bonnard, cela ne signifie pas toutefois qu'il n'y a plus du tout de Constitution en vigueur sous le Troisième Reich. Il n'y a plus de Constitution en un sens organique et formel. En revanche, la Constitution en un sens matériel demeure, même si l'objet et le contenu de la Constitution est modifié. Elle ne se réduit plus en effet aux seules règles d'organisation de l'État, mais inclut dorénavant également la vie économique et la vie culturelle en tant qu'elles contribuent elles aussi à l'organisation de la vie du peuple en communauté[135]. Il n'en demeure pas moins que le *Führerstaat* implique la négation de l'État légal libéral, où la loi domine l'organisation politique. La volonté personnelle du Führer, parce qu'elle exprime l'ordonnancement vital du peuple, prime sur la loi générale et impersonnelle. L'autonomie du pouvoir personnel du Führer exige enfin la suppression ou la subordination de tous les organes qui peuvent limiter ou concurrencer le pouvoir Führer. Le Parlement est ainsi privé de tout droit de contrôle sur le gouvernement et de toute responsabilité politique. De même le dualisme gouvernemental constitué par la coexistence du chef de l'État et du chef de gouvernement est supprimé, la fonction de chef de l'État cessant avec la loi du 1er août 1934.

Enfin, selon Roger Bonnard, le pouvoir personnel du Führer est un pouvoir autoritaire : ses décisions ne sont susceptibles d'aucune opposition de la part des particuliers. « Est irrecevable toute opposition de fait ou de droit contre les décisions du Führer »[136]. Une irrecevabilité qui s'explique par le fait que le Führer est le plus qualifié pour savoir ce qui est conforme à l'ordonnancement communautaire. Autrement dit, seul un nouveau Führer peut prendre acte de la défaillance du Führer en exercice. Ce pouvoir autoritaire ne signifie pas toutefois que le Führer soit souverain. La notion de souveraineté est effet inadéquat en tant que le Führer n'exerce pas un pouvoir de

135 *Ibid.*, p. 103
136 *Ibid*., p. 106

commandement, mais un pouvoir de direction et de conduite du peuple. La souveraineté est comprise par la doctrine comme un concept individualiste qui contredit la nature communautaire de la personnalité du Führer. « Le Führer n'a pas besoin d'une souveraineté ; car, dans cette union intime avec la communauté, il puise la force et l'autorité nécessaire pour la conduire. »[137]

Comme le remarquent Roger Bonnard, mais aussi René Capitant[138], ce principe du Chef se décline par ailleurs aux échelons subalternes. « Le *Führerprinzip* est un principe de déconcentration »[139]. Il existe, en dessous du Führer, des *Unter-Führer*, c'est-à-dire des agents ayant la qualité de Führer, qui conduisent non la *Volksgemeinschaft*, mais des communautés secondaires, et ce sous la surveillance et le contrôle du Führer suprême. Le *Führerprinzip* draine ainsi la totalité de l'organisation politique.

Roger Bonnard souligne que ce pouvoir de *Führung* est original en ce qu'il rompt avec l'alternative entre dictature et démocratie :

> « Le national-socialisme a établi un moyen terme avec la *Führung*. D'un côté, la dictature comporte une séparation radicale entre le gouvernant et les gouvernés. De l'autre côté, la démocratie identifie le gouvernant et le gouverné. Entre les deux, la *Führung* se présente comme comportant un contact étroit entre le Führer et le peuple, au point que le Führer est dans le peuple puisqu'il est celui des *Volksgenossen* qui participe le plus à l'esprit du peuple. Mais, par ailleurs, le pouvoir de Führer étant personnel et autoritaire, il y a séparation nette entre le conducteur et ceux qui sont conduits. »[140]

Nous avons donc bel et bien affaire à un principe de pouvoir inédit, qui rend les analogies avec les formes de gouvernements classiques (comme la dictature, la

137 *Ibid.*, p. 108

138 Les analyses de René Capitant concernant l'organisation du pouvoir du *Führerstaat* sont à vrai dire moins fines que celles de Roger Bonnard. Selon René Capitant, il s'agit simplement d'une forme de monarchie, ou de dictature (voir *L'État National-socialiste : L'État du Führer*, op. cit. p. 84 et p. 87).

139 *L'État National-socialiste : L'État du Führer*, op. cit. p. 89

140 *Le Droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, op. cit. p. 114

monarchie absolue ou la démocratie) impropres. Hannah Arendt est ainsi loin d'être la première à avoir mis en avant le caractère sans précédent du national-socialisme, qui en réalité a été revendiqué par les acteurs même du national-socialisme, et qui a aussi été constaté par les juristes observant la construction du Troisième Reich.

1.2.2. L'organisation du pouvoir

Concernant l'organisation du pouvoir, telle qu'elle apparaît dans l'analyse de Roger Bonnard, le pouvoir de *Führung* est unitaire et monopolistique, aussi bien d'un point de vue politique que d'un point de vue fonctionnel.

D'un point de vue politique, le pluralisme est supprimé. Il n'y a aucun partage du pouvoir politique. Ce monopole concerne aussi bien les partis politiques, que les institutions et les groupements extérieurs à l'appareil étatique (tels que les associations, les corporations ou les organisations religieuses). Le pluralisme des partis politiques a été supprimé par la loi du 14 juillet 1933. Seul le parti national-socialiste subsiste, comme force de soutien du Führer.

De même, le Reich fédéral est transformé en un Reich unitaire. La loi du 31 mars 1933 sur la « synchronisation » des Pays[141] et du Reich et la loi du 30 janvier 1934 sur la reconstruction du Reich ont dépouillé les Pays de leur droit de souveraineté et de leur caractère étatique pour en faire des circonscriptions administratives. Il n'y a plus de droit local des Pays. Seul existe la loi du Reich. Remarquons que cette unification a été étendue aux tribunaux judiciaires qui dépendaient des Pays et qui sont dorénavant rattachés au Reich (loi du 16 février 1934).

141 Nous reprenons le terme « Pays » utilisé par Roger Bonnard en 1939 pour « Länder », terme usuel en français juridique.

D'un point de vue fonctionnel, il n'y a plus de séparation des pouvoirs. Les fonctions législatives, administratives et juridictionnelles sont réunies organiquement au profit du seul Führer. Pour René Capitant, cette unification des pouvoirs signifie que « le droit public hitlérien est "la technique de la puissance" »[142], puisque la séparation des pouvoirs dans l'État libéral a pour fonction de limiter le pouvoir étatique.

Concernant l'exercice de la fonction administrative par le Führer, elle ne conduit pas, selon Roger Bonnard, à des changements aussi profonds que pour la fonction législative et judiciaire. Après la mort de Hindenburg, la loi du 1er août 1934 a transféré au Führer les pouvoirs du chef de l'État. De même, les fonctions diplomatiques exercées par le Reichstag et les pouvoirs exécutifs des Pays ont été transférées au Führer. Enfin, les fonctionnaires prêtent serment et jurent obéissance et fidélité non plus à l'État ou à la Constitution mais au Führer personnellement.

Le Führer est également titulaire de la fonction juridictionnelle, même s'il ne l'exerce qu'à titre exceptionnel, quand les besoins de la communauté l'exigent. L'exemple célèbre est celui de la répression contre les membres de SA exécutés comme ennemi du régime, suite à la nuit des longs couteaux du 30 juin 1934. À cette occasion, Hitler s'est institué comme chef suprême de la justice. Selon les termes de Carl Schmitt,

> « Le véritable Führer est toujours également juge (…) L'action du Führer […] n'est donc pas soumise à l'organisation judiciaire, mais elle est elle-même la justice suprême. Il ne s'agit pas de l'action d'un dictateur républicain qui accomplit des faits dans un espace vide de droit (R*echtsleer*), pendant que la loi ferme provisoirement les yeux, afin qu'ensuite les fictions de la légalité sans lacune puissent de nouveau s'installer sur le sol des nouveaux faits, ainsi accomplis. La qualification du Führer en tant que juge découle de la même source de droit que celle dont découle l'ensemble du droit de chaque peuple. […] Tout droit trouve son origine dans le droit d'un peuple à la vie. Toute loi étatique, tout

142 *L'État National-socialiste : L'État du Führer*, op. cit. p. 81

> jugement prononcé par un juge ne contient de droit que ce que cette source fait affluer vers eux. Le reste, loin d'être du droit, n'est qu'un « réseau de normes positives contraignantes » dont se moque un criminel habile. »[143]

Autrement dit, la fonction juridictionnelle est exercée par le Führer en tant qu'il s'agit d'un acte de *Führung*, un acte nécessaire à l'ordonnancement de la communauté. En dehors des cas exceptionnels où la vie du peuple est menacée, les tribunaux exercent la fonction juridictionnelle, même si, comme le dit Carl Schmitt, ils doivent le faire selon « le droit du peuple allemand à la vie », et non par une application mécanique des normes positives en vigueur.

Cette idée est reprise par Roger Bonnard qui montre, à partir de la distinction entre la loi et le droit propre au national-socialisme, que le juge est dorénavant tenu par le principe de juridicité (à savoir la conformité au droit du peuple) et non plus par le seul principe de légalité. Si, dans l'État libéral, le juge a pour rôle essentiel de protéger les individus entre eux et contre l'État sur la base exclusive de la loi, le juge dans le régime national-socialiste est au service de la communauté et a pour rôle de défendre, de sauvegarder et de maintenir le droit populaire constitué par les règles de vie du peuple. Le principe de juridicité prime sur le principe de légalité parce que « le juge doit veiller au droit, non seulement en tant qu'il est formulé par le Führer dans la loi écrite, mais aussi en tant qu'il est en dehors de cette expression, à l'état de règles non écrites. »[144] Ainsi, contrairement à ce qu'affirme G. Radbruch, les juges sous le Troisième Reich n'ont pas une pratique exclusivement positiviste du droit. Ils interprètent aussi la loi, c'est-dire font œuvre de recherche et de découverte du droit. Selon Roger Bonnard, cette interprétation de la loi s'impose dans le silence de la loi, ou quand une disposition législative est imprécise. Quand la loi est claire, précise et

143 SCHMITT, Carl, « Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 », *Cités. Philosophie, politique, histoire*, n°14, 2/2003 (1ère éd. 1934), pp. 165-171

144 *Le Droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, op. cit. p. 257

postérieure à la prise de pouvoir d'Hitler, c'est au contraire le principe de légalité qui prime. Concernant les lois antérieures à l'avènement du national-socialisme, et contradictoires avec les principes du national-socialisme, le juge ne peut les modifier lui-même (il n'a pas de compétence législative), mais il est tenu en revanche de les interpréter en harmonie avec la nouvelle doctrine juridique. Nous verrons dans le chapitre suivant qu'Ernst Fraenkel a montré dans le détail de la jurisprudence comment cette interprétation de la loi « en un sens *Völkisch* » était concrètement pratiquée par les tribunaux administratifs civils et pénaux.

Concernant enfin la fonction législative, selon la loi d'habilitation du 24 mars 1933, le gouvernement, c'est-à-dire le Führer, exerce l'autorité législative. Selon Roger Bonnard, il a le pouvoir de faire des « lois du Reich », c'est-à-dire des lois formelles. Si les procédures législatives établies par la Constitution de Weimar sont officiellement encore en vigueur, dans la réalité le Führer élabore presque toute la législation formelle. Par ailleurs, « les lois, en plus de leur caractère organique d'être l'œuvre du Führer, ont pour caractère matériel d'être un acte de *Führung* »[145]. Ce qui signifie que la loi formule et exprime le droit issu du peuple, c'est-à-dire les règles implicites et nécessaires à l'ordonnancement vital de la communauté, au sens des besoins du peuple. Ce droit, qui est issu du peuple, se manifeste à l'extérieur par la volonté du Führer s'exprimant, « se posant » dans la loi. Selon un vocabulaire plus théologique que juridique, le droit est révélé et connu grâce à l'expression législative du Führer.

Ce caractère matériel de la loi d'être un acte de *Führung* entraîne selon Bonnard deux conséquences. La première est que la loi est exclusivement un acte de la volonté du Führer, et non un acte de volonté de l'État. La loi est un acte personnel du

145 *Ibid.*, p. 130

Führer, un acte de sa volonté propre. Le lien entre la loi et l'État est donc rompu. La seconde conséquence est que « la loi peut être non seulement par voie générale et impersonnelle, mais aussi par voie individuelle, sinon couramment, au moins par exception. »[146] Le fait qu'il puisse y avoir des lois individuelles constitue une rupture majeure avec l'État libéral, qui considère la généralité comme une qualité essentielle et nécessaire de la loi. Il n'en est pas de même dans le *Führerstaat*, où l'objet de la loi n'est pas le compromis entre les intérêts individuels, ni la détermination des sphères de liberté, mais la communauté et les règles suivant lesquelles la vie du peuple s'établit et se développe. Or cet ordonnancement communautaire peut nécessiter aussi bien des règles générales que des mesures individuelles. Ce qui revient à dire que la distinction entre un arrêté (mesure individuelle) et une loi (règle générale) est rompu. Il n'y a plus de hiérarchie entre la loi et l'arrêté. Ce sont des normes considérées comme équivalentes. Et ce, non pas parce que la loi est rétrogradée à un l'échelon normatif inférieur de l'arrêté, mais au contraire parce qu'un arrêté peut avoir force et forme de loi.

C'est pourquoi Roger Bonnard souligne que si le Führer a une fonction législative, celle-ci exclut le positivisme juridique. L'idée essentielle du positivisme juridique est en effet que le droit a pour source originaire l'État et sa volonté. Le droit est une création du législateur étatique. Le droit est tout entier dans la loi. La *Führung* exclut ce positivisme juridique parce qu'elle considère au contraire que le droit est extérieur, et antérieur à la loi. Le droit est l'ordonnancement vital du peuple en communauté. Il est inhérent à l'existence de la communauté. Il est la condition d'existence du peuple. Cette antériorité du droit implique la postériorité de la loi. La loi

146 *Ibid.*, p. 132

vient après le droit. Elle ne fait que révéler à l'extérieur, que formuler le droit originaire du peuple.

Très étonnamment, selon Roger Bonnard, cette exclusion du positivisme juridique ne doit pas être interprétée comme un retour au droit naturel. Car dans un système de droit naturel, on considère que le droit existe à l'état de règles objectives et déjà formulées que le législateur ne ferait que constater.

> « Or, la doctrine nationale-socialiste n'admet pas que le droit se trouve en dehors du droit positif à l'état de droit tout fait, et que le rôle du législateur soit de pure constatation. Elle affirme, au contraire, que l'œuvre législative du Führer comporte une certaine création. Le droit (…) est reconnu par le Führer (…) qui aura à formuler le droit issu du peuple. Il aura à l'exprimer pour l'extérioriser. C'est de cette façon qu'en légiférant il fait, dans une certaine mesure, œuvre créatrice. Le droit n'est pas créé complètement et arbitrairement par lui, comme on l'admet dans le positivisme juridique. Il le crée seulement en prenant conscience de l'ordonnancement vital du peuple en communauté et en le formulant dans des règles qui l'extériorisent et en font des normes pour les *Volksgenossen*. »[147]

Ainsi, contrairement à la doctrine du droit naturel, le Führer législateur crée dans une certaine mesure les règles de droit. Mais, à l'encontre du positivisme juridique, il ne les crée par arbitrairement, mais selon l'ordonnancement de la communauté. La source originaire du droit n'est pas la volonté arbitraire et discrétionnaire du Führer, mais la communauté raciale. L'œuvre créatrice du Führer consiste seulement à dégager et à formuler les règles de son ordonnancement.

Cette exclusion du positivisme juridique conduit Roger Bonnard à s'interroger sur les liens entre la *Führung* et l'État de droit. Par une argumentation un peu alambiquée, il cherche à démontrer que non seulement la *Führung* peut être

147 *Ibid.*, p. 147-148

considérée comme un État de droit, mais même comme le seul État de droit authentique. Son argumentation est la suivante : selon le positivisme juridique, un État de droit ne peut être qu'un État légal puisqu'il n'y a pas de droit qu'en dehors de la loi. Dans ce système, la limitation juridique concerne alors seulement les fonctions administrative et juridictionnelle. Le législateur, en revanche, n'est pas limité, puisqu'en faisant la loi, il crée le droit. Il n'en est pas de même dans un État de droit comme le Troisième Reich, c'est-à-dire dans un État où le droit est extérieur et antérieur à la loi. Dans un tel régime, non seulement l'État est limité par le droit en dehors de la limitation par la loi, mais la limitation par le droit s'étend également au législateur, puisque le droit lui est antérieur et extérieur. Roger Bonnard en conclut que « la doctrine nationale-socialiste (…) donne au mot État de droit son vrai sens, soit État soumis au droit et non État soumis à la loi. Au principe de la légalité est substitué le principe de la juridicité »[148]. Ainsi, le Führer est soumis au principe de l'État de droit, au sens où il y a pour lui une obligation juridique de s'en tenir à la formulation du droit issus du peuple.

Cette argumentation rejoint les analyses de Roger Bonnard sur la limitation du pouvoir de *Führung*, qu'il définit comme un pouvoir ni absolu, ni arbitraire. La *Führung* est limitée selon lui d'un point de vue interne et subjectif. Si aucune volonté extérieure ne peut s'opposer à celle du Führer, si son pouvoir n'est soumis à aucune limite objective et extérieure ni à aucun contrôle juridictionnel, en revanche l'ordre communautaire dont le Führer est issu et dont il est à la fois l'incarnation et la conscience pleine et achevée constitue la limite de son pouvoir. Le Führer est intérieurement contraint de décider en conformité avec l'ordonnancement populaire.

Ce raisonnement, symptomatique de la volonté de Roger Bonnard de démontrer que le Troisième Reich est un État de droit fondé et organisé selon des

148 *Ibid*., p. 254

principes originaux, est toutefois spécieux et rhétorique et ne résiste pas à l'examen. La limitation prétendue du pouvoir du Führer n'existe pas dans les faits. Si le Führer est le seul à avoir une conscience claire et entière de l'ordonnancement du peuple, par conséquent personne n'est capable de contrôler son pouvoir. Son pouvoir est ainsi, contrairement à ce que prétend Roger Bonnard, absolu. Quant à l'idée qu'il ne peut s'agir d'un pouvoir arbitraire parce qu'il est la formulation de « ce qui est bon pour le peuple allemand », et non l'expression d'un désir individuel, elle explique, certes, la réussite des votes plébiscitaires, mais elle n'est toutefois fondée sur aucune définition stable et objective des règles de cet ordonnancement, dont pourtant une conscience claire et entière devrait être en premier lieu capable. Un pouvoir peut-il être non arbitraire quand il dépend entièrement d'une seule et unique subjectivité, fut-elle communautaire ?

On touche ainsi aux limites des analyses de Roger Bonnard, dont l'objectivité se transforme en justification théorique et doctrinale. Une rhétorique qui explique la conclusion très problématique de Roger Bonnard selon laquelle, dans le gouvernement autoritaire du Führer,

> « […] l'individu reste « aussi libre qu'avant ». En suivant le Führer, les individus n'obéissent qu'à eux-mêmes, parce que l'activité du Führer est commandé par cet esprit du peuple auquel participent tous les individus. Ainsi, le système national-socialiste pourrait être considéré comme comportant une conciliation entre le principe d'autorité et le principe de liberté. »[149]

Ce qui est troublant, c'est que Roger Bonnard est parfaitement conscient que cette construction théorique repose sur des mythes, qu'il s'agisse du mythe de l'esprit du peuple (*Volksgeist*) et de la communauté raciale, ou le mythe du Führer comme individu communautaire ayant une parfaite conscience de cet esprit du peuple et des règles de

149 *Ibid.*, p. 160

son ordonnancement, mythe sur lequel reposent la plupart des développements théoriques que nous venons de présenter.

Mais Roger Bonnard défend cet enracinement mythique de la politique nationale-socialiste en rappelant les idées de Georges Sorel sur la force pratique des constructions mythiques :

> « Les vrais facteurs des ordonnancements humains ont toujours été des mythes auxquels les hommes croyaient. […] Les hommes ont donc besoin de mythes pour déterminer leur conduite. Très peu sont capables de régler leur action sur des vérités scientifiquement établies. »[150]

Il rapproche ce faisant les mythes nazis du mythe de la souveraineté de droit divin des monarchies et du mythe de la souveraineté nationale des démocraties[151], mythes qui ont permis à ces régimes de se développer et de se maintenir.

Le problème est que s'il admet la nature mythique et idéologique des représentations politiques sur lesquelles se fonde le Troisième Reich, Roger Bonnard ne reconnaît pas en revanche la contradiction entre cette nature mythique et les développements présentés comme rationnels et objectifs de la doctrine juridique nazie. Quand il déclare que « la crise actuelle de la démocratie vient de ce qu'on ne croit plus au dogme de la souveraineté nationale. D'une idée mythique, on a voulu en faire une idée rationnelle et on a détruit par là le meilleur appui de la démocratie »[152], il devrait en conclure de même que la transformation des mythes nazis en théorie juridique rationnelle est tout autant contradictoire et problématique. Comment peut-il à la fois démontrer que le national-socialisme est un État de droit et affirmer que le lien entre le

150 *Ibid.*, p. 163
151 Sur ce point, Bonnard renvoie à Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, et à Jèze, *Le dogme de la souveraineté nationale et la technique politique*. (*Ibid.*, p. 163)
152 *Ibid.*, p. 163

Führer et son peuple repose sur le mythe de leur identité et de la conscience supérieure du Führer ?

Cette contradiction est somme toute assez symptomatique de l'ensemble de l'ouvrage de Roger Bonnard, qui oscille sans cesse entre l'analyse scientifique et la reprise, sous une forme d'apparence théorique, de l'idéologie du régime. Ce qui permet peut-être de comprendre plus aisément l'évolution politique ultérieure de l'auteur.

Quoi qu'il en soit, il ressort de cet examen de la doctrine juridique nazie, sous le prisme des analyses de René Capitant et surtout de Roger Bonnard, que la doctrine juridique nazie se caractérise par une volonté farouche de démontrer que le régime national-socialiste est structuré par des principes juridiques dont la nouveauté ne rime pas avec la négation du droit, mais avec un total renouvellement des conceptions traditionnelles, voire avec la fondation d'un droit enfin authentique. À ses yeux, un nouveau droit, une nouvelle conception de la justice et une nouvelle organisation du pouvoir est non seulement possible, mais enfin advenu. Néanmoins, il est difficile de ne pas lire les résultats de cette doctrine juridique sans avoir le sentiment d'avoir affaire à une œuvre plus idéologique que scientifique. Comment démêler, dans ces constructions doctrinales, ce qui est de l'ordre de la justification a posteriori d'un état de fait, et ce qui relève d'un authentique renouvellement des catégories juridiques ? Le fait est en tout cas que le juriste national-socialiste dont les théories furent le plus prises au sérieux est Carl Schmitt, dont la réputation est antérieure à 1933, et qui exerça sans conteste une influence considérable sur la doctrine juridique nazie dans son ensemble.

2 - Point de vue interne : la construction de Carl Schmitt

Si Carl Schmitt fait partie des juristes qui ont contribué à la formation de la doctrine juridique nationale-socialiste, sa renommée et surtout son influence sur les juristes qui ont émigré aux États-Unis requièrent un examen particulier de sa théorie, qui est présentée comme un cas à part aussi bien par Michael Stolleis que par Olivier Jouanjan. L'examen détaillé de l'ensemble des textes de la période nazie de Carl Schmitt excédant le cadre de notre recherche, nous n'aborderons cette théorie juridique uniquement sous l'angle de sa réception par Hannah Arendt.

Comme nous l'avons vu en introduction, Hannah Arendt fait quelques références directes, dans *Les Origines du totalitarisme*, au juriste allemand. Et c'est à chaque fois *État, Mouvement, Peuple* qui est cité. C'est pourquoi, dans l'ensemble du corpus schmittien entre 1933 et 1945, nous privilégions la lecture de ce texte (2.2). Mais Hannah Arendt avait également une connaissance indirecte de Carl Schmitt, par l'intermédiaire de sa lecture d'Ernst Fraenkel et Franz Neumann, tous les deux anciens auditeurs de Carl Schmitt. La question est alors de savoir quel Carl Schmitt a-t-elle lu à travers *L'État Dual* et *Béhémoth* (2.1) ?

2.1. La prégnance de Carl Schmitt sur les juristes en exil

La lecture des textes nous conduit à penser que c'est surtout Franz Neumann, et non Ernst Fraenkel, qui est la principale courroie de transmission entre Carl Schmitt et Hannah Arendt. Déjà, parce que dans *Les Origines du totalitarisme*, Carl Schmitt est toujours cité en même temps que Franz Neumann. Ensuite parce

qu'Ernst Fraenkel ne fait pas référence une seule fois à *État, Mouvement, Peuple*[153]. Pour cause. Ernst Fraenkel, contrairement à Franz Neumann, considère que *Les trois types de pensée juridique*, et non *État, Mouvement, Peuple*, est « l'étude la plus influente de ces dernières années »[154].

2.1.1. Carl Schmitt selon Ernst Fraenkel

Fraenkel considère en effet que « la doctrine de la communauté est le pivot de tout le système national-socialiste »[155], ce qui est tout à fait conforme à la doctrine juridique nazie, comme nous l'avons vu. Or, *Les Trois types de pensée juridique* de Carl Schmitt a justement pour objet de faire le lien entre la communauté concrète du groupe ethnique et le droit. Selon la pensée concrète de l'ordre, par distinction avec la pensée normativiste et le décisionnisme, le droit « ne consiste pas primairement en des règles individuelles, ni en un système total de règles. Les règles sont plutôt les composants de l'ordre et le moyen de le maintenir. »[156] L'ordre, ou l'unité juridique dont il est ici question pour Schmitt, est la communauté du groupe ethnique. En conséquence, pour la pensée concrète de l'ordre, « le droit en vigueur dans une situation donnée ne doit pas être cherché dans la législation, mais dans les coutumes juridiques pratiquées par les

153 Par ordre d'apparition dans *L'État Dual*, Fraenkel cite *La Dictature* (München, 1925 et 2nd ed. München, 1928), *Légalité et légitimité* (München, 1932), *Théologie politique* (München, 1922 et 2nd ed. München, 1934), un commentaire de Carl Schmitt d'une décision du 22 mars 1935 du Kammergericht (D. Jstz. 1935, p. 686, in DJZ 1935), *La dictature du président du Reich selon l'article 48 de la constitution de Weimar (*appendice à *La dictature*, et conférence lue lors de la réunion du Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 1924), *Le gardien de la constitution* (Tübingen, 1931), *Nationalsozialismus und Völkerrecht (*Berlin, 1934*), La théorie de la constitution (*München, 1928*), Staatsethik und pluralistischer Staat* (Kant-Studien, Band XXXV, 1930), *Nationalsozialistisches Rechtsdenken* (Dtsch. Recht, 1934), *Les trois types de pensée juridique* (Hambourg, 1934), *Totaler Feind, totaler Krieq, totaler Staat* (Völkerrecht und Völkerbund, Band IV, 1937), *La notion de politique* (1932) et *Römischer Katholizismus und politische Form* (Hellerau, 1923, livre qui fut ensuite retiré de la circulation par Schmitt lui-même).

154 *The Dual State*, op. cit. p. 142, Tome II, Traduction 1

155 Ibid.

156 Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Schriften der Akademie für Deutsches Recht ; Hamburg, 1934), p. 13, cité par Ernst Fraenkel, *L'État Dual*, Tome II, Traduction 1

membres de l'unité juridique en question »[157]. On retrouve donc bien le principe central de la doctrine juridique selon laquelle il n'y pas de droit en dehors de la communauté, que le droit « est ce qui est bon pour le peuple allemand. ». Fraenkel souligne au passage que cette doctrine a pour origine la sociologie du droit d'Eugen Ehrlich, en particulier l'idée selon laquelle « le droit en vigueur dans une situation donnée ne doit pas être cherché dans la législation, mais dans les coutumes juridiques pratiquées par les membres de l'unité juridique en question. »[158]

Ce fondement communautaire, et non individuel, distingue la pensée concrète du décisionnisme et du normativisme. Néanmoins, Ernst Fraenkel ne manque pas de souligner que la distinction tranchée entre ces trois types de pensée n'est pas aussi absolue que Carl Schmitt la présente. La pensée juridique institutionnelle contient en réalité un élément décisionniste[159]. Car ce ne sont pas toutes les communautés, mais seulement la communauté désignée par le national-socialisme, qui est porteuse d'ordre. Si tel n'était pas le cas, n'importe quel groupe pourrait être reconnu comme autonome et porteur d'ordre, ce qui reviendrait à une conception libérale.

Quoi qu'il en soit, Ernst Fraenkel retient surtout de la pensée concrète de l'ordre, non pas le « droit en situation », c'est-à-dire l'adaptation aux circonstances sans cesse changeantes, qui intéresse au premier chef Franz Neumann et Hannah Arendt, mais surtout le lien entre la pensée de l'ordre concret et la communauté qui, lui, est entièrement passé sous silence par Arendt, en tant qu'elle y voit un élément doctrinal de nature purement idéologique.

En dehors des *Trois types de pensée juridique*, les autres textes de Carl Schmitt qui intéressent particulièrement Ernst Fraenkel sont *La dictature* de 1921 et la

157 *Ibid*.
158 *Ibid*.
159 Des commentateurs contemporains soulignent aussi cet aspect. Voir Olivier Jouanjan « Pensée de l'ordre concret et ordre du discours juridique nazi : sur Carl Schmitt », in *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Y.-C. Zarka (dir.), PUF, Paris, 2009

Théologie politique de 1922. Concernant *La dictature*, après avoir rappelé la distinction effectuée par Carl Schmitt entre la dictature de commissaire et la dictature souveraine, Ernst Fraenkel en conclut que « le maintien et l'extension de cette dictature souveraine est la finalité de l'État à prérogative »[160]. Selon Fraenkel, c'est en étudiant la dictature souveraine que Carl Schmitt a pris conscience de la souveraineté absolue de l'État quand l'état d'urgence, ou la loi martiale, sont proclamés. En effet, selon Carl Schmitt,

> « la loi martiale se caractérise par son autorité illimitée en pratique, c'est-à-dire par la suspension de la totalité de l'ordre légal en vigueur jusque-là. Elle se caractérise par le fait que l'État continue à exister tandis que l'ordre légal est inopérant. Cette situation ne peut être définie comme une anarchie ou un chaos. Un ordre, au sens juridique du terme, continue à exister, même si ce n'est pas un ordre légal. (…) Les décisions de l'État sont libérées des restrictions normatives. L'État devient absolu au sens littéral du terme. Dans une situation d'urgence, l'État suspend le système légal existant au nom de la soi-disant "loi supérieure de l'auto-préservation". »[161]

Or, selon Ernst Fraenkel, cette théorie est précisément celle qui a été reprise et appliquée par le national-socialisme, qui utilise tous les moyens possibles sans avoir à se soucier de leur conformité avec les lois.

En conséquence, Ernst Fraenkel présente invariablement Carl Schmitt, non seulement comme un juriste engagé dans le nazisme, mais aussi comme un théoricien actif et particulièrement influent. Selon Fraenkel, une grande partie de la doctrine juridique nationale-socialiste a été élaborée par Carl Schmitt, et ce même avant 1933. Autrement dit, pour Fraenkel, l'engagement nazi de Carl Schmitt est en continuité, et non en rupture avec ses théories antérieures. Par exemple, « l'expression d'État totalitaire a été employée pour la première fois en Allemagne » par Carl Schmitt dans *Le gardien de la constitution* de 1931. De même, Fraenkel fait référence à une conférence

160 *The Dual State*, op. cit. p. 5
161 Carl Schmitt, *Théologie politique* (Munich, 1922), p. 13, cité par Ernst Fraenkel, *Ibid.*, p. 25

de Carl Schmitt de novembre 1932 intitulée « Autorité et majorité », où le juriste fait la distinction entre l'État total qualitatif et quantitatif. Rappelons que pour Carl Schmitt, l'État total quantitatif « est l'État de la socialisation et de la dépolitisation totales. Les intérêts sociaux s'emparent de l'État et le soumettent à leurs dynamiques et leurs conflictualités propres »[162]. La totalisation à l'œuvre est donc celle d'une socialisation complète du politique. Les intérêts privés l'emportant sur les intérêts publics, l'État est l'instance de compromis entre tous ces intérêts divergents. C'est pourquoi cet État total quantitatif est initialement appelé par Carl Schmitt « État total par faiblesse »[163]. Historiquement, il correspond pour Carl Schmitt à la République de Weimar. À l'inverse, l'État total qualitatif « rétablit la logique du politique »[164]. La sphère privée n'a plus d'autonomie face au politique et il y a un enrôlement total de l'individu pour la nation. Le fascisme est un exemple de cet État total quantitatif, où toutes les forces et les énergies individuelles et communautaires sont mises au service du politique et de l'État. Mais, eu égard au caractère central de la communauté, et à la suppression concomitante des droits subjectifs sous le nazisme, Ernst Fraenkel a raison de voir dans cet État total qualitatif l'une des formes du nazisme. C'est pourquoi il est surprenant que cette distinction schmittienne entre l'État total quantitatif et qualitatif ne soit pas du tout reprise par Hannah Arendt.

Ernst Fraenkel en conclut que « à la lecture de cette conférence, il ne peut être dit que l'engagement de Carl Schmitt pour le national-socialisme quelques semaines plus tard est incohérent. »[165]. C'est donc l'ensemble des théories de Carl

162 JOUANJAN, Olivier, « Justifier l'injustifiable », *Astérion*, 4/2006, § 18 (version en ligne). Voir également, sur l'État total de Carl Schmitt, KERVEGAN Jean-François, *Que faire de Carl Schmitt ?*, chapitre 3 et FAYE, Jean-Pierre, *L'État total selon Carl Schmitt ou comment la narration engendre des monstres*, Éditions Germina, Paris, 2013

163 KERVEGAN, Jean-François, « Carl Schmitt et "l'unité du monde" », *Les Études philosophiques*, 1/2004 (n° 68), p. 3-23

164 « Justifier l'injustifiable », *Ibid.*, § 19

165 *Ibid.*, p. 60-61

Schmitt, et non les seuls écrits de la période nazie qui, selon Ernst Fraenkel, s'impose quand l'on cherche à cerner les principes juridiques et la philosophie politique du régime national-socialiste. Cette importance qu'il accorde aux écrits schmittiens des années 20, ainsi qu'aux *Trois types de pensée juridique*, prouve en tout cas qu'Hannah Arendt n'a pas été influencée par Ernst Fraenkel sur ce point, puisqu'elle ne suit aucune de ses analyses ni de ses références.

2.1.2. Carl Schmitt selon Franz Neumann

The Dual State publié pour la première fois en 1941 aux États-Unis, qu'en est-il de Carl Schmitt un an plus tard, sous la plume de Franz Neumann dans *Béhémoth*[166] ?

I – Franz Neumann présente invariablement Carl Schmitt comme le théoricien le plus important du nouveau système juridico-politique national-socialiste, qu'il s'agisse du droit interne ou du droit international. Selon Neumann, la première contribution théorique de Carl Schmitt au national-socialisme date de 1932. Voici ce qu'il écrit à son propos :

> « La déformation originale apportée à la doctrine totalitaire par Carl Schmitt, le plus perspicace de tous les constitutionnalistes nationaux-socialistes, en qui le

166 Concernant le corpus, de Carl Schmitt Franz Neumann cite trois textes antérieurs à 1933 : *État historique et spirituel du parlementarisme aujourd'hui* (*Die geistesgeschichtliche Lage des modernen Parlamentarismus*, Munich et Leipzig, 1923), *Le gardien de la constitution* et *La notion de politique*. Mais c'est surtout sur les livres et les articles publiés par Carl Schmitt entre 1933 et 1940 que le *Béhémoth* s'appuie. À savoir, par ordre d'apparition dans le texte de Neumann: « *Starker Staat und gesunde Wirtschaft* », *Volk und Reich* (1933) ; *Das Reichstatthaltergesetz* (Berlin 1933) ; *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der Politischen Einheit* (1933) ; *Nationalsozialismus und Völkerrecht* (Berlin, 1934) ; « *Sowjet-Union und Gender Völkerbund* », Völkerbund und Völkerrecht (1934-1935) ; « *Das neue Vae Neutris* », Völkerbund und Völkerrecht (1937-1938) ; *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, (Munich, 1938) ; « *Raum und Grossraum im Völkerrecht* » Zeitsgrift für Völkerecht (1940) ; *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raulfremde Mächte* (Berlin et Vienne, 1939) ; « *Das Reichsbegriff im Völkerrecht », Deutsches Recht* (1939) ; « *Neutralität und Neutralisierung. Zu Christopher Steding…* », Deutsche Rechtswissenschaft (1939) ; *Fünf Leitzätze für die Rechtspraxis* (Berlin, 1933) ; « *Der Führer schützt das Recht* », Deutsche Juristenzeitung (1934).

parti avait une entière confiance, a été d'un grand secours. Ainsi qu'il s'y était appliqué depuis 1932, il a même su la rendre séduisante pour le grand capital. Dans une allocation au titre révélateur : "État fort et économie saine", prononcée devant la *Langnam-Verein* (littéralement l'"Association au nom le plus long", c'est-à-dire celle des industriels du nord-ouest du pays), il établit une distinction entre deux types de totalités, l'une romaine, l'autre germanique. La totalité romaine est quantitative ; la totalité germanique est qualitative. La première régente toutes les sphères de la vie et intervient dans toutes les activités humaines. Bien au contraire, la totalité germanique se contente d'un État fort et puissant exigeant un contrôle politique total, mais laissant pleine liberté aux activités économiques. Il est évident que la théorie de Schmitt n'est pas plus germanique que l'autre n'est romaine. Elle avait été formulée en fait de façon bien plus claire et réaliste par un Italien, Vilfredo Pareto, qui adoptait à la fois l'autoritarisme politique et le libéralisme économique, et qui influença les premières phases de la politique économique de Mussolini. »[167].

Neumann précise ensuite que cette vision des rapports entre l'État et l'industrie au sein de la totalité germanique formulée par Carl Schmitt en 1932 sera reprise « dans le dernier discours prononcé par Hitler devant un Reichstag issu d'élections (relativement) libres, le 23 mars 1933 »[168]. Autrement dit, Franz Neumann est en accord avec Ernst Fraenkel pour considérer que la distinction entre l'État total quantitatif et qualitatif, entre l'État par faiblesse et par force, bien qu'antérieure à la prise de pouvoir d'Hitler, est néanmoins décisive et préfigure l'engagement nazi ultérieur de Carl Schmitt, ainsi que son influence au sein de la doctrine allemande. Et pour Ernst Fraenkel, et pour Franz Neumann, le soutien apporté par Carl Schmitt à la doctrine nationale-socialiste s'inscrit en continuité, et non en rupture avec les théories schmittiennes antérieures.

167 *Béhémoth*, op. cit. p. 62-63
168 *Ibid.* p. 63

À la différence toutefois d'Ernst Fraenkel, Franz Neumann considère que c'est dès 1923, dans *État historique et spirituel du parlementarisme aujourd'hui,* que Carl Schmitt aurait commencé à remettre en question les principes de l'État de droit, et à parler du droit parlementaire de la République de Weimar comme d'« une mascarade ». Selon Carl Schmitt si, en théorie, le parlementarisme assure le débat public, la séparation des pouvoirs et l'universalité du droit, en réalité les intérêts particuliers des partis l'ont emporté sur le principe démocratique d'une souveraineté populaire unique. L'unicité de cette souveraineté démocratique, dépourvue d'expression politique en raison des faiblesses de la constitution de Weimar va, selon Neumann, conduire Carl Schmitt, dans *Le gardien de la constitution*, à considérer le président comme la seule véritable institution démocratique qui devrait, par conséquent, « concentrer entre ses mains les pouvoirs exécutif et législatif »[169]. Cette exigence d'un gouvernement fort aboutit finalement à la thèse du décisionnisme développée dans *La notion de politique,* dont Franz Neumann souligne surtout la violence :

> « Le politique, disait Schmitt, est une relation d'ami à ennemi. En dernière analyse, l'ennemi est quiconque doit être exterminé physiquement. En ce sens, tout rapport humain peut devenir politique, car tout adversaire peut se transformer en ennemi susceptible d'élimination physique (…) C'est là une doctrine de la force brutale sous sa forme tranchée, qui se dresse contre tout élément et toute action de la démocratie libérale, et contre toute notre conception traditionnelle du règne du droit. »[170]

Après l'allocution « *État fort et économie saine* » de 1932, la seconde contribution théorique majeure de Carl Schmitt à la théorie nationale-socialiste, selon

169 *Ibid.* p. 58. Sur *Le gardien de la constitution* de Carl Schmitt, voir HERRERA Carlos-Miguel, *Théorie juridique et politique de Hans Kelsen*, op.cit., et LE DIVELLEC, Armel, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse », in *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, dir. Olivier Beaud et Pasquale Pasquino, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2007

170 *Ibid.* p. 59 (nous avons remplacé dans cette citation « la politique » par « le politique », cette traduction nous semblant plus conforme)

Franz Neumann, est la définition tripartite du nouveau régime de *Staat, Bewegung, Volk* en 1933. Après la prise de pouvoir, quand l'État totalitaire de type fasciste se transforme en mouvement anti-étatique et oblige par conséquent à réviser la théorie et la doctrine juridique et politique,

> « … c'est une fois encore Carl Schmitt qui fournit la contribution la plus décisive. La structure politique de l'Allemagne repose à ses yeux sur le triple fondement de l'État, du mouvement et du peuple. L'État est la « partie politique statique », le mouvement « l'élément politique dynamique », et le peuple « la sphère non politique vivant à l'ombre protectrice des décisions politiques ». Bien que Schmitt rejette toute tentative d' « opposer un élément contre les autres à la manière des sophistes », le modèle qu'il élabore implique une structure hiérarchisée. À l'intérieur de la tradition nationale-socialiste ou fasciste, le « dynamique » (quel que soit le sens qu'on lui accorde) est d'un rang supérieur au « statique », tout comme le non-politique est inférieur au politique. L'ouvrage de Schmitt refuse en fait toute tentative d'identifier l'État à sa bureaucratie et sa magistrature : le « mouvement » soutient l'appareil d'État ainsi que l'ordre économique et social. Carl Schmitt distingue nettement sa théorie de la structure tripartite de l'État, de la thèse libérale dualiste, où l'État et la société s'opposent l'un à l'autre comme deux entités séparées. Selon la nouvelle théorie, l'État n'a pas le monopole des décisions politiques. Schmitt en conclut que l'État ne détermine pas l'élément politique, mais est déterminé par lui, c'est-à-dire par le parti. »[171]

II – Franz Neumann se montre critique à l'égard de cette théorie, dont il reconnaît pourtant l'influence déterminante au sein du régime national-socialiste. Il lui reproche notamment de ne pas préciser la nature des relations entre l'État et le Mouvement, qui demeurent « dans le vague », une critique qui donnera naissance à la thèse de Franz

171 *Ibid.* p. 76

Neumann d'une souveraineté éclatée, également appelée la théorie polycratique. Concernant le troisième élément du modèle schmittien, le peuple (*Volk*), Neumann rappelle de même que

> « en laissant ouvertement entendre que le peuple n'existe que pour être dirigé, il a soulevé une tempête de protestations. On a fait valoir contre Schmitt que le peuple n'est pas non politique mais politique, qu'il est l'*Urkraft*, ou force première, dont tous les individus tiennent leurs droits (…) La thèse tripartite de Carl Schmitt a été adoptée avec cette correction importante : on a bien souligné que le peuple faisait partie intégrante de la structure politique. On n'a pas expliqué en quoi le peuple pouvait agir politiquement : on ne reconnaît que la direction du mouvement. »[172]

III – Enfin, toujours selon Franz Neumann, la dernière contribution centrale de Carl Schmitt au national-socialisme concerne le droit international. Ou plutôt devrions-nous dire les contributions de Carl Schmitt et de son école (Neumann cite notamment Werner Best, Ulrich Scheuner, Steding, Hasselblatt, H. Rogge, Helmuth Nicolai, Nobert Gürke) au droit international. Car la conception nazie de ce droit, au nom notamment du principe schmittien de l'« analyse en termes concrets », ne cesse en réalité de s'adapter aux nombreuses et rapides évolutions du régime. Ainsi, après la prise de pouvoir, la doctrine juridique commence par attaquer le traité de Versailles : « C'est Carl Schmitt qui tint le premier rôle dans le concert national-socialiste pour la révision du traité. »[173]. Puis, avant la guerre, « le même Carl Schmitt (…) consacre de nombreux articles à réfuter la nouvelle théorie de la guerre et de la neutralité »[174]. Pour finir, l'entrée en guerre se fait sous l'égide d'« une conception totalement nouvelle du droit international : la doctrine Monroe germanique »[175], que Franz Neumann considère

172 *Ibid.* p. 76-77
173 *Ibid.* p. 153 (Neumann cite Viktor Bruns)
174 *Ibid.* p. 155
175 *Ibid.* p. 156

comme « caractéristique de toute la structure conceptuelle et intellectuelle du national-socialisme »[176]. Or le rapport au droit de cette doctrine Monroe germanique n'est ni une destruction du droit, ni une reconnaissance de façade du droit. La doctrine juridique nationale-socialiste aurait pu, en effet, se contenter de ne pas reconnaître le droit international, ou aurait pu l'utiliser à ses fins en faisant valoir la *clausula rebus sic standibus* selon laquelle un changement fondamental de circonstances autorise un pays à revenir sur toutes les obligations internationales existantes. À l'inverse, les nazis dépensent beaucoup d'énergie à élaborer une doctrine juridique internationaliste nouvelle et spécifique. Ils ne se contentent pas de mépriser l'État de droit ou le droit de l'État. Ils défendent surtout une autre conception du droit international.

Cette doctrine Monroe germanique, qui doit tant à Carl Schmitt, résulte d'une « fusion du géopolitique et du droit international »[177]. À la géopolitique, elle emprunte la notion d'espace vital (*Lebensraum*), qu'elle unit à celle de droit naturel du peuple, le peuple étant lui-même défini par la notion de communauté raciale. Cette doctrine nie que « les États sont les sujets du droit international, elle soutient que seuls les peuples en constituent les sujets (…) la souveraineté ne réside plus dans l'État mais dans la race ou la communauté populaire »[178]. Le groupe racial allemand est donc désormais reconnu comme une communauté régie par le droit public. De même, à l'égalité formelle entre les États, elle oppose les différences réelles entre les communautés et « le droit de chaque État à un espace vital adéquat »[179]. Enfin, si le droit international classique est universaliste, la nouvelle doctrine juridique défend au contraire une conception régionaliste du droit international. En conséquence, « il n'y a plus désormais de droit international unique. Il y a autant de droits que d'empires, c'est-

176 *Ibid.* p. 162
177 *Ibid.* p. 156
178 *Ibid.* p. 166 et 167
179 *Ibid.* p. 153

à-dire de grands espaces. Le *Grossdeutsches Reich* crée son propre droit pour son propre espace. Les interventionnistes doivent rester à l'écart. »[180] Quant aux relations entre empires rivaux, elles ne relèvent plus de la compétence du droit international issu de l'ancien État-nation, mais des seuls rapports de force.

Franz Neumann ne manque pas de souligner que cette nouvelle conception du droit international est surtout un instrument au service de la politique de domination nationale-socialiste :

> « Le but idéologique de cette position est de donner à la solution allemande au problème des minorités raciales la caution du droit international. Sa principale conséquence politique est l'abandon du principe de protection des minorités (…) À l'intervention de la communauté internationale basée sur des normes et des procédures rationnelles, les nationaux-socialistes substituent l'intervention arbitraire de l'État responsable de ses minorités, en d'autres termes, de l'impérialisme racial. Les liens dits raciaux seront plus forts que le respect des obligations juridiques et politiques. L'ascendance prime la citoyenneté »[181].

Dans les pays conquis par l'Allemagne, la souveraineté de la race germanique et la hiérarchie des races permet ainsi de transformer logiquement la minorité allemande résidante en majorité dominante.

IV – Pour conclure, remarquons que l'ensemble de la doctrine juridique nationale-socialiste a ceci de particulier, selon Franz Neumann, qu'elle ne sépare pas le droit interne du droit international. À ses yeux, ces deux branches du droit sont également abstraites et empêchent la vie du peuple, ou de la communauté raciale, de se développer conformément à ses besoins et ses principes intrinsèques. La vie potentiellement illimitée du peuple prime sur l'État et les normes juridiques, qu'elles relèvent du droit

180 *Ibid.* 158
181 *Ibid.* 160 et 163

interne ou international. Peuple et Mouvement sont ainsi liés. L'un est le principe matériel, l'autre le principe formel, d'une même idéologie raciale expansionniste, qui se développe indifféremment et identiquement à l'intérieur, comme à l'extérieur, du régime.

L'absence de distinction entre le droit interne et le droit international sera également souligné par Arendt, quand elle écrit que les nazis « ne considèrent aucun pays comme définitivement étranger mais, bien au contraire, tous les pays comme leur territoire potentiel. »[182] Selon elle, cet impérialisme radical a pour conséquence de transformer la notion d'étranger. L'étranger ne désigne plus ce qui est au-delà des frontières, mais ce qui en dehors du peuple racial. L'étranger peut donc se trouver à l'intérieur des frontières du pays : « Si le conquérant totalitaire se conduit partout comme s'il était chez lui, il doit en outre traiter son propre peuple aussi durement que s'il était un conquérant étranger. »[183] En conclusion, le droit international est autant remis en question que le droit interne classique.

V – Il résulte de cette synthèse qu'Hannah Arendt connaissait, ne serait-ce qu'indirectement, l'essentiel des travaux de Carl Schmitt publiés entre 1926 et 1940. Et qu'elle n'ignorait pas l'importance théorique de ces textes. Carl Schmitt est néanmoins aussi peu cité par Hannah Arendt que Franz Neumann. Ce qui n'est pas une preuve de son peu d'influence, comme nous l'avons montré en introduction. Or ce qu'elle retient surtout de l'œuvre de Carl Schmitt est sa distinction entre l'ami et l'ennemi et surtout son ouvrage de 1933, *État, Mouvement, Peuple*, que Franz Neumann considère lui aussi que central. C'est pourquoi nous allons l'examiner à présent plus en détail.

182 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 752
183 *Ibid.*, p. 754

2.2. Le Mouvement (*Bewegung*) selon Carl Schmitt

Dans *État, Mouvement, Peuple*, Carl Schmitt utilise les expressions d' « État tripartite » ou d' « État en charge du mouvement national-socialiste », plutôt que l'expression d'État totalitaire. Cette terminologie est le reflet de sa théorie juridique. Selon lui, la nouvelle structure étatique se caractérise en effet par une unité entre trois ordres distincts, l'État, le Mouvement et le peuple.

Le caractère tripartite de cet État l'oppose radicalement à l' « État démocrate-libéral traditionnel du 19e siècle », également dénommé « État de droit », fondé quant à lui sur une série d'oppositions qui dérivent de son caractère bipartite : opposition entre l'État et l'individu, l'État et la société civile, le droit privé et le droit public, les droits fondamentaux de l'individu et la répartition des pouvoirs de l'État, le pouvoir exécutif et législatif, l'individu et la communauté et, de manière plus générale, la distinction entre le droit et la politique.

La critique de Carl Schmitt de cet « État démocrate-libéral » est triple. Premièrement, il considère que la distinction entre l'individu et l'État détruit l'unité entre le peuple et l'État, qui est remplacée par une lutte et une opposition entre ces deux instances. Les droits fondamentaux de l'individu, inclus dans la Constitution à côté de l'organisation des pouvoirs étatiques, implique une limitation de l'État par la reconnaissance d'une sphère non-politique où l'État ne doit pas intervenir : « tout était tracé pour réguler et contrôler la puissance politique de l'État et protéger la sphère de liberté de la société des « interventions » de l'État »[184]. Deuxièmement, si l'individu isolé est dépourvu de tout pouvoir politique, l'ensemble de la sphère privée, en

184 *État, mouvement, peuple*, op. cit. p. 37

revanche, a une dimension véritablement politique. Elle est en effet « dominée par des organisations non-étatiques ou super-étatiques et puissantes politiquement. »[185]. Leur puissance politique s'exerce par l'intermédiaire des partis, au sein du parlement doté du pouvoir législatif. Il en dérive que « des associations non-étatiques (…), mais tout à fait politiques, dominent la volonté de l'État (par la voie de la législation) aussi bien que de l'individu isolé »[186]. Les associations, qui sont les véritables acteurs politiques bien qu'elles ne soient pas reconnues comme telles par la Constitution, exercent donc leur pouvoir sans endosser les responsabilités politiques correspondantes. Troisièmement, ces associations étant nombreuses, l'État démocrate-libéral se transforme inévitablement en un système pluraliste, qui a le défaut rédhibitoire de neutraliser l'État, qui n'est plus qu'une instance de compromis entre ces différents intérêts partisans. L'unité de l'État et du peuple laisse ainsi la place à une fragmentation des intérêts, où le seul intérêt qui ne soit pas représenté est celui du peuple.

À la différence de cet ancien État de droit, l'« État tripartite » réalise une véritable unité entre le peuple et l'État, et ce grâce au nouvel ordre du Mouvement. La création de ce concept de Mouvement par Carl Schmitt est tout à fait remarquable. Depuis l'apparition de l'Union soviétique et du fascisme en Italie, la théorie juridique n'a en effet jamais cessé de constater l'inefficacité des catégories traditionnelles de la théorie juridique et de réclamer des concepts nouveaux. En réponse à ce vide théorique, le premier crée fut celui de totalitarisme, au début des années 20 en Italie. Le Mouvement (*Bewegung*) est la deuxième innovation conceptuelle majeure dans cette histoire des idées juridiques. Et c'est à Carl Schmitt qu'il revient d'avoir créé ce nouveau concept de Mouvement, qui sera définitivement consacré par Hannah Arendt, au point d'en faire presque un synonyme à celui de totalitarisme.

185 *Ibid.*, p. 40
186 *Ibid.*, p. 38

Pour Carl Schmitt, la création et la reconnaissance du Mouvement comme nouvel ordre juridique et politique implique tout d'abord que les notions d'État et de peuple sont modifiées par rapport à leur définition antérieure. L'État ne désigne plus « le tout de l'unité politique d'un peuple ». Il n'a plus que le sens restreint d' « organisation de commandement, d'administration et de justice ». Autrement dit, l'État n'est plus l'unique représentant de la souveraineté populaire, mais seulement un ordre parmi d'autres, un ordre composé de « l'armée de terre » et du « corps de l'Administration et de la Fonction publique. »[187] Le peuple, de même, n'est plus l'ensemble des individus, mais une sphère unie et autonome, qui « comprend l'ordre économique et social socio-professionnel ainsi que l'autonomie administrative communal (reposant sur un voisinage local). »[188]

Le Mouvement, quant à lui, est l'élément dynamique de la triade, qui prend forme dans un parti. Le parti, organe, ou corps du Mouvement, est recruté « dans toutes les couches de la société, mais renfermé sur lui-même et conduit de façon hiérarchique, car il nécessite une structure particulièrement solide et une guidance (*Führung*) rigide. »[189] Cette solidité et cette rigidité ne s'oppose pas au dynamisme du Mouvement. La rigidité de la guidance s'explique seulement pas le fait qu'elle s'incarne dans une unique personne, le Führer. Mais la guidance est en elle-même volonté, c'est-à-dire décision et action renouvelées à chaque changement de la situation concrète. Par là même, le Mouvement est bel et bien un principe dynamique.

Concernant les relations entre ces trois ordres, elles sont à la fois horizontales et verticales.

> « Ces trois ordres évoluent côté à côte, de façon organisée, se rencontrent en certains points décisifs, surtout au sommet, ont des contacts clairement apparentés

187 *Ibid.*, p. 25
188 *Ibid.*, p. 25
189 *Ibid.*, p. 25

(*geartete*) et réciproques et des liaisons transversales, qui ne peuvent cependant pas lever la distinction. Ils forment dans leur totalité – opérée par l'ordre porteur – la constitution de l'unité politique. »[190]

Horizontalement, les points de rencontre entre les trois ordres sont fondées « pour l'essentiel sur des unions personnelles lesquelles relient les têtes des différentes séries d'organisations entre elles »[191], unions personnelles institutionnalisées par la reconnaissance du Führer du Mouvement national-socialiste comme chancelier du Reich allemand. Parce que ces trois ordres forment une unité, leur distinction ne doit surtout pas s'entendre comme une nouvelle forme de répartition des pouvoirs. La théorie et la pratique de la séparation des pouvoirs est au contraire caractéristique selon Carl Schmitt de l'ancien État de droit libéral. Dans l'État tripartite, à l'inverse, les trois ordres sont à la fois une partie du tout et le tout lui-même : « Chacun en particulier des trois mots État, Mouvement, Peuple, peut être utilisé pour le tout de l'unité politique. Mais il désigne tout à la fois un aspect particulier et un élément spécifique de ce tout. »[192] C'est pourquoi Carl Schmitt conclue sa théorie de l'État tripartite et des relations entre les trois ordres par une formule qui mêle distinction et union : « État, Mouvement, Peuple sont distincts, mais non séparés, unis, mais non fusionnés »[193].

Verticalement, le Mouvement l'emporte sur les deux autres ordres : « Les trois séries ne se situent pas de front, sur le même rang, mais l'une d'elles, à savoir le Mouvement qui est en charge de l'État et du Peuple, pénètre et conduit les deux autres. »[194] Il en découle que l'État « perd le monopole du politique (…) Aujourd'hui, l'État ne peut plus déterminer le politique ; c'est le politique qui détermine l'État. »[195].

190 *Ibid.*, p. 24
191 *Ibid.*, p. 34
192 *Ibid.*, p. 24-25
193 *Ibid.*, p. 34
194 *Ibid.*, p. 24
195 *Ibid.*, p. 28

L'État n'est donc « qu'une partie dépendante de l'organisation qui porte l'État »[196], à savoir le parti. L'État est réduit à l'appareil d'État, un corps de fonctionnaires, qui sont aussi des camarades du peuple et également, pour certains d'entre eux, des membres du parti.

Le peuple, quant à lui, est entièrement dépolitisé. Cette dépolitisation, qui signifie concrètement la soumission totale du peuple au principe de guidance, est toutefois le résultat d'une décision politique, et non plus une dépossession derrière le dos du peuple comme dans l'ancien État démocrate-libéral. C'est le chef qui décide politiquement d'accorder au peuple « les avantages et les sécurités du non-politique », en se portant garant politiquement de « l'autonomie administrative socioprofessionnelle ou communale »[197]. Cette dépolitisation volontaire est rendue possible par le fait que le peuple, principe statique non-politique, est uni au Führer par leur identité raciale commune, et parce que la guidance politique, « la loi fondamentale du droit public »[198] national-socialiste, s'appuie sur un Mouvement, et non plus sur le peuple ni sur l'État.

L'unité des trois ordres est *in fine* assurée par deux nouveaux principes fondamentaux du droit national-socialiste, « le principe de guidance » et « le principe d'identité raciale ». Ces principes ne sont pas des ordres, c'est-à-dire des ensembles, des groupes, mais des idées juridiques et politiques qui garantissent l'unité et donnent à l'ensemble la forme et le contenu d'un État total. Le principe de guidance est appliqué « de haut en bas »[199]. Les trois ordres et « tous les membres » de la communauté « dans leur hétérogénéité »[200] s'y soumettent, mais seul le Mouvement en a spécifiquement l'exécution. Tous sont guidés par le Führer. Selon ce principe de guidance, le Führer est

196 *Ibid.*, p. 27
197 *Ibid.*, p. 30
198 *Ibid.*, p. 22
199 *Ibid.*, p. 49
200 *Ibid.*, p. 49

celui qui porte seul la responsabilité des décisions présentes et à venir. Son autorité est indivisible et non délégable. Enfin, il est le seul à unir en sa personne les trois ordres.

Ce principe de guidance se distingue des formes classiques de domination par le fait qu'il a pour fondement et pour contenu l'identité raciale, qui est « le plus indispensable des présupposés et des fondements »[201]. Grâce à cette identité raciale, le principe de guidance s'oppose en effet, selon Carl Schmitt, à la tradition des sciences juridiques, qui a toujours postulé une différence de nature entre le dominant et le dominé. Il prend pour exemple *Le politique* de Platon et sa célèbre métaphore du berger et du troupeau comme modèle de la domination politique, pour montrer « qu'il est essentiel à cette image que le berger demeure absolument transcendant au troupeau »[202] C'est cette transcendance absolue que le nouveau principe de l'identité raciale entre le peuple et le Führer bat en brèche : « Sur l'identité raciale reposent aussi bien le contact continuel et infaillible entre le Führer et les partisans que leur fidélité réciproque. » Le mot central est ici le mot « réciproque » : la domination du Führer n'est pas la domination d'un tyran qui impose de l'extérieur sa volonté en ne songeant qu'à son intérêt particulier, par définition non réciproque. C'est une domination qui s'exerce en vertu, et au nom d'une identité de nature, et donc aussi d'intérêt, entre le gouvernant et le gouverné. C'est pourquoi le Führer, à la différence d'un dictateur, guide mais ne commande pas. Le Führer conduit le peuple vers la réalisation de son destin racial en tant qu'ils ont ce destin commun. D'où le caractère infaillible et réciproque de la fidélité. Carl Schmitt en conclut que « sans l'identité raciale, l'État national-socialiste ne pourrait pas exister, et l'on ne pourrait pas penser sa vie juridique. »[203] L'immanence du principe de l'identité raciale irradie ainsi l'ensemble du système et empêche le principe

201 *Ibid.*, p. 59
202 *Ibid.*, p. 57 (c'est nous qui soulignons)
203 *Ibid.*, p. 59

de guidance de prendre la forme d'une domination transcendante absolue, c'est-à-dire une forme dictatoriale où le droit cède la place à l'arbitraire.

Si l'on reprend la distinction kantienne entre transcendantal et transcendant[204], il conviendrait alors de dire que le principe de guidance est un principe transcendantal de l'État tripartite, quand la domination politique classique s'effectue au contraire de façon transcendante. Est en effet transcendantal pour Kant ce qui dépasse en un sens l'expérience possible, tout en étant la condition par laquelle l'expérience peut avoir lieu. Ainsi, l'espace, le temps ou la causalité ne sont pas des objets d'expérience parmi d'autres, mais des conditions ou des règles qui structurent notre expérience du réel. Ils ont, à ce titre, une réalité transcendantale. Alors qu'est dit transcendant ce qui est au-delà, ce qui dépasse radicalement un ordre de réalité donné, autrement dit ce qui au-delà du pouvoir de connaissance de l'homme (comme les idées d'âme, de Dieu ou de monde). Toute chose égale par ailleurs, on peut donc dire que la domination politique du berger sur son troupeau est une domination transcendante, en tant que la réalité du berger est insaisissable, entièrement étrangère à celle du troupeau ; alors que le principe de guidance est au contraire un principe transcendantal, car le chef rend la communauté possible en l'incarnant.

Quoi qu'il en soit, il dérive de ces définitions que le nouveau droit constitutionnel national-socialiste se présente comme une structure complexe : au sommet, le Führer est le point de rencontre de l'État, du peuple et du Mouvement ; en dessous de lui, mais lié à lui par des liens privilégiés, le Mouvement, par l'intermédiaire du parti, a la charge de l'État et du peuple ; l'État, à son tour, met à la disposition du mouvement son appareil administratif ; le peuple, enfin, se soumet intérieurement au Führer en vertu de l'identité raciale qui les lie et que le Führer est chargé de maintenir

204 EISLER, Rudolf, *Kant-Lexikon*, Gallimard, Paris, 1994, p. 1038 et suiv.

face aux ennemis qui la menacent. L'identité raciale entre le Führer et le peuple boucle ainsi le cercle en donnant un fondement immanent au principe de guidance.

Cette théorie originale, avant d'influencer Hannah Arendt, va d'abord laisser des traces chez Ernst Fraenkel et Franz Neumann. Plusieurs remarques dans *État, Mouvement, Peuple*, conduisent en effet à voir dans le schéma schmittien de l'État tripartite la source de la théorie polycratique ultérieure selon laquelle l'État totalitaire se caractérise par la coexistence de plusieurs souverainetés au sein d'une même unité politique. Il est remarquable par exemple que Carl Schmitt parle des trois ordres comme de « sous-constitutions »[205], par opposition à la Constitution, qui désigne l'unité entre eux. De même, Carl Schmitt souligne que le statut juridique du parti est « un tout nouveau problème de droit constitutionnel. Le parti National-socialiste n'est ni un État, au sens de l'ancien État, ni privé et non étatique, au sens de l'ancienne opposition de la sphère étatique et de la sphère autonome par rapport à l'État »[206] C'est une corporation de droit public, en dehors, voire supérieure à l'État. Supérieure à l'État, car le parti n'exerce aucune responsabilité civile et les tribunaux ne peuvent juger ses actes et ses décisions :

> « L'organisation intérieure et la discipline du Parti en charge de l'État et du Peuple est son affaire propre. C'en est la plus sévère auto-responsabilisation qu'il doit développer de lui-même ses propres normes (…) tâche en laquelle s'amoncelle tout le péril du politique. Ici, il est complètement autonome, seul dressé sur lui-même. »[207]

Les mêmes remarques à propos du parti se retrouveront presque mot pour mot dans le *Béhémoth* de Franz Neumann[208]. Enfin, Carl Schmitt continue à considérer que « les

205 *Ibid.*, p. 26
206 *Ibid.*, p. 35
207 *Ibid.*, p. 35
208 Voir *Béhémoth*, p. 78-79 : « Le fondement constitutionnel du rapport parti-État repose sur la loi d' "unité du parti et de l'État" du 1er décembre 1933, complétée par l'ordonnance du Führer du 29 mars 1935.

modes possibles de légiférer tirés de la Constitution de Weimar restent ouverts »[209]. Certes, il ne s'agit plus de la voie normale pour légiférer, mais la législation de l'État continue néanmoins à être considérée par Carl Schmitt comme un mode de « normation »[210] possible. La légalité demeure en effet « le mode de fonctionnement de la Fonction publique et de l'appareil administratif d'État »[211], autrement dit un outil administratif, bien qu'elle ne soit plus l'expression d'un droit de portée générale, c'est-à-dire politique. Or Ernst Fraenkel parlera plus tard, de la même manière, du maintien d'un État normatif à côté d'un État à prérogative, de même que Franz Neumann, après lui, considérera que l'État continue à avoir autorité sur l'armée et les services publics. En conclusion, l'utilisation par Carl Schmitt du terme « sous-constitution » à propos des trois ordres, de même que la reconnaissance de l'autonomie normative du parti et du maintien d'une législation étatique aboutiront, dans *The dual State* et le *Béhémoth* à l'énonciation d'un problème juridique nouveau : comment plusieurs souverainetés peuvent-elles coexister au sein d'un même et unique système juridique ?

*

Pour conclure, concernant l'influence de la doctrine juridique nazie en général, et de Carl Schmitt en particulier, sur la théorie d'Hannah Arendt, elle consiste d'une certaine manière à séparer le bon grain de l'ivraie. Comme nous l'avons vu en introduction, Hannah Arendt connaît, cite et utilise les principes fondamentaux de la doctrine. Mais elle se garde bien, contrairement à Roger Bonnard, d'entrer dans les débats techniques des juristes nazis, qu'elle ramène à une visée apologétique et

---

Selon cette loi, le parti est " le porteur de l'idée germanique de l'État et s'unit indissolublement à l'État". On en faisait ainsi une société régie par le droit public, dont la charte devait être publiée par le Führer. (…) Mais ces considérations semblent contredire la doctrine du « mouvement » représentant et dirigeant l'État. Par conséquent, la théorie et la pratique constitutionnelles et juridiques ont écarté la formulation de la loi d'unité de 1933, et l'ont rédigée à nouveau en faisant en sorte que le parti devienne pleinement indépendant de l'État et occupe même une position supérieure à la sienne. »

209 *Ibid.*, p. 22

210 Pour reprendre la traduction utilisée dans l'édition française du terme allemand « *Normierung* »

211 *Ibid.*, p. 20

idéologique, et non scientifique. Ce qui l'intéresse dans cette doctrine, ce sont seulement les points de rupture avec les théories traditionnelles de l'État de droit ou de l'État-nation, à savoir l'exclusion du positivisme juridique, la suppression des droits subjectifs et le mépris pour l'État réduit à un simple appareil. En revanche, les efforts de cette doctrine pour montrer le caractère positif de cette nouveauté, son apport pour une nouvelle définition du droit et du pouvoir sont entièrement laissés de côté par la philosophe. Ce n'est pas dans la doctrine juridique nazie qu'elle cherche la définition de la nouveauté intrinsèque de ce régime. Tout ce qui est du ressort de la justification de cette destruction, ou de la légitimation du régime national-socialiste est, assez logiquement, passé sous silence.

La seule exception concerne l'œuvre de Carl Schmitt, *État, Mouvement peuple*. La description d'un nouvel ordre politique, le Mouvement, offre pour la première fois une définition dynamique, et non statique, d'un corps politique. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, Hannah Arendt est la seule à avoir pris au sérieux cette nouvelle catégorie de Mouvement, contrairement à Ernst Fraenkel et Franz Neumann. Car selon elle, la caractéristique première du totalitarisme est précisément de renoncer à la stabilité de l'État et de ses lois, pour y substituer un processus dynamique généralisé. Si Arendt n'entre pas toutefois dans le détail de cette théorie schmittienne, si elle n'en retient que la priorité du Mouvement par rapport à l'État, c'est parce qu'elle isole là encore les idées et les concepts nouveaux de la justification idéologique et doctrinale. Le principe de guidance et le principe d'identité raciale entre le Führer et son peuple, défendus par Carl Schmitt dans cet ouvrage, sont devenus en effet les lieux communs de la doctrine juridique nazie, comme nous avons pu le voir à travers les commentaires de Roger Bonnard et de René Capitant. Pour Hannah Arendt, seul le Mouvement, et sa lutte concomitante contre le positivisme juridique ne relèvent pas de la justification et

de l'idéologie, mais de la compréhension de la nouveauté et de la spécificité du régime nazi. C'est pourquoi elle n'hésitera pas, non seulement à reprendre cette idée, mais à en faire le pivot du *Totalitarisme*.

Chapitre II – Droit et nazisme d'un point de vue critique

La doctrine juridique nazie apparaît aujourd'hui comme une curiosité théorique, ou comme des considérations de circonstance sans véritable fondement scientifique. Néanmoins, au-delà de ses élucubrations et de ses contradictions manifestes, force est de constater qu'elle s'est maintenue, plus que nous sommes peut-être prêts à le reconnaître, dans les réflexions des juristes anti-totalitaires et de Hannah Arendt.

Les deux principes qu'Hannah Arendt considère comme les fondements des régimes totalitaires, aussi bien nazi que soviétique, à savoir le Mouvement et la notion d'ennemi objectif, sont en effet une reprise modifiée et critique de cette doctrine (1). Concernant sinon le rapport entre le totalitarisme et la loi, on observe une véritable complémentarité entre Hannah Arendt et les juristes qui l'ont précédée, Ernst Fraenkel et Franz Neumann. Tous soulignent le mépris pour la loi du nazisme, qu'Hannah Arendt étend à l'Union soviétique. Or ce mépris pour la loi est une reprise, bien que sous un mode critique, de la lutte contre le positivisme juridique défendu par la doctrine juridique nazie (2). En revanche, concernant l'interprétation du principe central du nazisme de l'identité entre la loi et l'éthique, les positions sont divergentes. Quand Ernst Fraenkel défend une position positiviste, et Franz Neumann une position jus naturaliste, Hannah Arendt soutient une interprétation originale, fondée sur une redéfinition de la loi (3).

1- Les principes fondamentaux des systèmes totalitaires selon Hannah Arendt

Contrairement à Ernst Fraenkel et à Franz Neumann, Hannah Arendt ne s'intéresse pas au seul nazisme. Ce qu'elle vise, ce sont les principes communs aux régimes nazis et soviétiques, ceux qui définissent la spécificité du totalitarisme en général. Cette recherche aboutit à la reconnaissance de deux nouveaux concepts, qu'elle considère comme les principes fondamentaux des régimes totalitaires : le totalitarisme se caractérise par le fait d'être un Mouvement, et non un État (1), et par le fait d'avoir pour principe l'élimination de l'ennemi objectif (2). L'analyse de ses principes fondamentaux montre toutefois que le nazisme est l'expérience dominante, au sens où ses pratiques et ses théories sont à l'origine des réflexions d'Hannah Arendt. Avant d'examiner, dans la seconde partie, le cas de l'Union soviétique, la présentation des principes fondamentaux du totalitarisme révèle en tout cas l'influence déterminante des juristes nazis et anti-nazis sur *Le Totalitarisme.*

1.1. Le Mouvement

Le Mouvement (*Bewegung*) est le concept central des *Origines du totalitarisme* en tant qu'il est le pilier, la raison d'être de ce régime. Arendt s'inscrit ainsi explicitement[212] dans la lignée de Carl Schmitt qui est, comme nous venons de le voir, le créateur du concept de Mouvement. Hannah Arendt se distingue ainsi radicalement de Franz Neumann et d'Ernst Fraenkel. En effet, Franz Neumann ne reprend pas le concept schmittien de Mouvement, qu'il juge obscur et inopérant. Selon Neumann, le Mouvement n'a aucun sens ni aucune réalité en dehors du parti. Le

212 Voir *supra*, Introduction

Mouvement est le parti. Ernst Fraenkel, de même, s'il utilise à l'occasion le terme de Mouvement, n'en fait pas lui non plus le concept central de son analyse, qui est fondée sur le seul concept de l'État dual. Par l'importance centrale qu'elle accorde au Mouvement, qui remplace l'ancien l'État, et par l'opposition qui en dérive entre la loi et le Mouvement, Hannah Arendt peut donc être considérée comme plus « schmittienne » que Franz Neumann et Ernst Fraenkel, quelle que soit par ailleurs la dette réelle de chacun à l'égard de Carl Schmitt.

Si Hannah Arendt, tout comme Carl Schmitt, fait du Mouvement, et non de l'État, le pivot de ses analyses du totalitarisme, sa définition en est en revanche différente.

Du point de vue de la théorie juridique, Hannah Arendt, contrairement à Carl Schmitt, fait en effet une distinction radicale entre le parti et le Mouvement. Certes, pour Carl Schmitt, le Mouvement et le parti ne coïncident pas. Mais ils n'en demeurent pas moins indissociables. Le parti est l'organe du Mouvement. L'un n'existe pas sans l'autre. Alors que pour Arendt, le Mouvement excède et se distingue radicalement du parti. Cette distinction, qu'elle juge vitale, entre le parti et le Mouvement, aura des conséquences importantes, notamment sur son analyse du fascisme et sa définition du totalitarisme comme régime *sui generis*, comme nous le verrons dans la seconde partie. D'un point de vue général, contrairement à Carl Schmitt, Hannah Arendt propose une définition abstraite du Mouvement, qui déplace l'analyse de la théorie juridique vers la philosophie politique. Pour Arendt, le Mouvement totalitaire n'est pas un ordre, ni une sous-constitution, ni un État ou un parti, mais seulement un processus continu, ou plutôt exponentiel, au sens où il ne cesse de se radicaliser. De même que la notion schmittienne d'ennemi est statique, sa définition du Mouvement comme ordre relativise le dynamisme qu'il est cessé incarner. Pour rendre compte du dynamisme du

Mouvement, celui-ci ne doit donc pas être assimilé à un ordre, mais à un processus permanent. Le terme de Mouvement est ainsi pris par Hannah Arendt au pied de la lettre.

Concrètement, le Mouvement, selon Arendt, est une médaille à deux faces, composée de la terreur et de l'idéologie. L'idéologie définit le contenu et la direction du Mouvement. Elle est « un instrument d'explication », qui « traite l'enchaînement des événements comme s'il obéissait à la même « loi » que l'exposition logique de son « idée » »[213]. Cette loi est la lutte des classes en Union soviétique et la sélection naturelle chez les nazis. Cette loi guide la conduite de tous les sujets, aussi bien les victimes que les bourreaux, le peuple que le chef, et correspond à la loi de l'histoire ou de la nature que le Mouvement est chargé de réaliser.

La terreur, quant à elle, est la « réalisation de la loi du Mouvement »[214]. En tant qu'instrument du Mouvement, la terreur suit sa dynamique. Cette terreur s'apparente à ce que Clausewitz nomme « la poussée extrême des forces », à savoir « un acte de violence à l'emploi de laquelle il n'existe pas de limites »[215], y compris l'absence d'ennemis. Toutefois, la terreur totalitaire, à la différence de la guerre absolue de Clausewitz[216], ne s'achève pas une fois l'adversaire éliminé. Au lieu, comme chez Clausewitz, de mettre un terme à la tension, à la poussée extrême des forces, l'élimination d'un ennemi révèle au contraire un nouvel ennemi, ce qui engendre la poursuite, et même l'intensification du mouvement :

> « C'est à cette logique interne qu'est lié cet emploi apparemment insensé de la terreur dans les régimes totalitaires, qui les distingue le plus nettement des dictatures modernes et de celles du passé. La terreur n'est plus un moyen

213 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 825
214 *Ibid.*, p. 819
215 CLAUSEWITZ (Von), Carl, *De la guerre, Livre 1*, trad. Jean-Baptiste Neuens, Flammarion, Paris, 2014, chapitre 3 et 5.
216 Pour rappel, la guerre absolue, pour Clausewitz, n'est ni la guerre totale, ni les guerres réelles mais uniquement la guerre selon son concept.

> d'intimider et de supprimer les adversaires ; elle augmente au contraire avec la décroissance de l'opposition, atteint son point culminant quand l'opposition n'existe plus et dirige toute sa fureur bien moins encore contre ses ennemis que contre des compagnons de route et des auxiliaires, qui demeurent « innocents » même du point de vue du persécuteur. »[217]

La loi du mouvement est donc celle

> d'« un accroissement de la terreur inversement proportionnel à l'existence d'une opposition politique intérieure, si bien que celle-ci ne semble pas avoir été le prétexte de la terreur (…) mais le dernier obstacle à son déchaînement total. »[218]

Plusieurs conséquences dérivent de ces définitions. La première est le caractère anti-utilitaire des systèmes totalitaires, sur lequel Hannah Arendt insiste à plusieurs reprises. Les intérêts du Mouvement, à savoir la poursuite de sa course, ou plutôt de sa logique, priment sur toute autre considération, y compris l'intérêt général de la société ou les intérêts particuliers des dirigeants. Le chef d'un régime totalitaire, à la différence d'un tyran, ne gouverne pas pour son propre intérêt, mais uniquement pour celui du Mouvement. Et comme le Mouvement est potentiellement infini, les intérêts présents de la société ne sont pas non plus pris en considération. Ils s'effacent devant les intérêts de la société future. Ce désintérêt concerne premièrement les biens matériels :

> « toute association, jadis présente à l'esprit de l'homme occidental, entre pouvoir et biens terrestres, opulence, trésors, et richesses, a été dissoute en une sorte de mécanisme dématérialisé, dont chaque mouvement génère du pouvoir comme le frottement ou les courants galvaniques génèrent de l'électricité. »[219]

Mais cela vaut aussi pour les biens non matériels, comme le bien être de la société, les objectifs militaires, sans parler de l'intérêt de l'humanité en général :

217 « Autorité, tyrannie et totalitarisme », *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p.885
218 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 724
219 *Ibid*., p. 756-757

> « Le caractère incroyable des horreurs est étroitement lié à leur inutilité sur le plan économique. Les nazis poussèrent carrément l'inutile jusqu'au nuisible quand, en pleine guerre, et malgré la pénurie de matériaux de construction et de matériel roulant, ils bâtirent d'énormes et coûteuses usines d'extermination et organisèrent le transport de millions de gens. »[220]

Ainsi, la politique totalitaire, par sa soumission aux seuls intérêts d'un Mouvement abstrait, est avant tout une politique idéaliste.

La deuxième conséquence, qui dérive de la précédente, est que la logique du Mouvement l'emporte toujours sur les faits. Hannah Arendt ne cesse d'insister sur la « rupture avec la réalité » propre au système totalitaire. En tant que ces régimes préfèrent la cohérence d'une idée et d'un Mouvement à l'incohérence du réel, qu'ils « prétendent que l'impossible est possible, que l'incroyable est vrai, qu'une cohérence insane régit le monde »[221], ils sont « en confrontation directe avec la réalité »[222]. Ce « mépris pour le fait »[223] conduit à l'instauration d'une fiction collective qui hante l'ensemble du régime. « Les règles d'un monde fictif »[224] remplacent dorénavant les lois de la nature et de la société.

1.2. L'Ennemi objectif

Selon Hannah Arendt, la terreur totalitaire, en tant que réalisation de la loi du Mouvement, est rendue possible par la création d'une nouvelle catégorie juridique, celle d' « ennemi objectif ». Après le Mouvement, l'ennemi objectif est la seconde notion, et théorie centrale du *Système totalitaire*. C'est l'une des principales nouveautés

220 *Ibid.*, p. 792
221 *Ibid.*, p. 722
222 *Ibid*
223 *Ibid.*
224 *Ibid.*

introduites par Arendt dans l'analyse juridique du totalitarisme, par laquelle elle se distingue des théories antérieures, notamment celle de Carl Schmitt.

Selon Arendt, les régimes totalitaires révèlent et réalisent leur essence propre à partir du moment où ils substituent la notion d'ennemi objectif à celle d'opposant politique : « Une fois l'extermination des ennemis réels achevée et la chasse aux « ennemis objectifs » ouverte, alors seulement la terreur devient la substance réelle des régimes totalitaires. »[225] Comme l'illustre le passage suivant, plusieurs catégories d'ennemis doivent ainsi être distinguées, à savoir les ennemis réels, les ennemis idéologiques et les ennemis objectifs :

> « L'introduction de la notion d' « ennemi objectif » est bien plus décisive pour les régimes totalitaires que la définition idéologique des catégories qui lui correspondent. Si ce n'était que la haine des juifs ou des bourgeois, les régimes totalitaires, après la perpétuation d'un unique et gigantesque crime, pourraient en revenir, comme avant, à des règles de vie et de gouvernement normales. Comme on le sait, c'est l'inverse qui est vrai. La classe des ennemis objectifs survit aux premiers adversaires, idéologiquement définis, du Mouvement. De nouveaux ennemis objectifs sont découverts au gré des changements de conjoncture. Ainsi les nazis, devant l'achèvement prochain de l'extermination des juifs, avaient-ils pris les premières dispositions nécessaires pour la liquidation du peuple polonais, tandis qu'Hitler allait jusqu'à projeter de décimer certaines catégories d'Allemands. »[226]

L'ennemi réel est celui qui s'oppose réellement au régime. C'est le premier à être éliminé. Il correspond, historiquement, aux véritables opposants politiques au Mouvement (les Russes blancs en Union soviétique, ou les communistes en Allemagne) qui sont généralement éliminés lors de la prise de pouvoir. Après la prise de pouvoir, l'ennemi réel continue néanmoins à exister. Mais il relève dorénavant du droit

225 *Ibid.*, p 762
226 *Ibid.*, p. 765

international et militaire, et non plus du droit interne ou du droit de la police. Ainsi, à partir de 1939, la catégorie de l'ennemi réel désigne en Allemagne, non plus les opposants au régime des années 1933-1934, qui ont effectivement été éliminés, mais les États et les puissances internationales étrangères.

L'ennemi idéologique est l'ennemi reconnu comme tel par l'idéologie. Contrairement à l'opposant réel, il « se définit en fonction de la ligne politique du gouvernement et non par le désir qu'il a de le renverser[227] ». L'ennemi idéologique est donc défini non en vertu de ses actes, mais en vertu de l'interprétation de la loi du Mouvement que l'idéologie rend publique. Juridiquement, l'introduction de la notion d'ennemi idéologique consiste à substituer « le crime possible à la faute suspectée »[228]. Quand l'ennemi est, non pas réel mais idéologique, le crime possible remplace donc le crime établi. Concrètement, cela vient du fait que « le totalitarisme a défini idéologiquement ses ennemis avant de s'emparer du pouvoir, de sorte que les catégories de « suspects » n'étaient pas établies en fonction des informations de la police. »[229] Historiquement, les ennemis idéologiques sont les juifs en Allemagne, la classe bourgeoise en Union soviétique.

L'ennemi objectif, enfin, est une catégorie générale, formelle, capable de recevoir au fur et à mesure des circonstances différents contenus (par exemple les communistes, puis les juifs, puis les polonais dans l'Allemagne nazie). Elle s'adapte ainsi à tous les changements de politique. Grâce à son caractère formel, et par le fait qu'elle englobe et dépasse les différentes catégories d'ennemi idéologique, l'ennemi objectif est une catégorie dynamique, évolutive. Il revient à l'idéologie de définir, à

227 *Ibid*., p. 764
228 *Ibid.*, p. 768
229 *Ibid.*, p. 764

chaque changement de circonstances, quel groupe d'individus est devenu, du fait de ce changement, le nouvel ennemi objectif du mouvement.

Cette distinction de Hannah Arendt entre trois catégories de l'ennemi – réel, idéologique et objectif – correspond, selon nous, aux trois dimension du temps : l'ennemi réel est l'ennemi passé, celui qui a déjà été éliminé ; l'ennemi idéologique est l'ennemi présent, celui qui est en train d'être éliminé ; l'ennemi objectif est l'ennemi futur, celui vers lequel le Mouvement tend, et qu'il va bientôt éliminer. C'est pourquoi, d'ailleurs, l'ennemi objectif est la catégorie la plus importante. Selon la logique du Mouvement, qui est une course en avant perpétuelle, le futur l'emporte en effet sur le présent, qui l'emporte à son tour sur le passé[230]. De même, la catégorie d'ennemi objectif l'emporte sur celle de l'ennemi idéologique, qui l'emporte à son tour sur celle d'ennemi réel.

Cette distinction d'Hannah Arendt entre différentes catégories d'ennemis la conduit à affirmer que l'élimination de l'ennemi objectif est la loi fondamentale, au sens kelsénien du terme, des mouvements totalitaires : « dans la mesure où l'on peut vraiment parler d'une pensée légale à l'intérieur du système totalitaire, l' « opposant objectif » en constitue l'idée centrale »[231]. En effet, puisque « dans les conditions totalitaires, la catégorie de suspect [= ennemi objectif] englobe la population entière »[232], l'ennemi objectif est susceptible de s'appliquer à n'importe quels cas, ou plutôt exactement à n'importe quels individus. Il s'agit donc bien, en ce sens, d'une catégorie de portée générale. Par ailleurs, comme toute norme fondamentale, la catégorie d'ennemi objectif oriente l'action de l'ensemble des services. S'agissant des services de l'État ou du parti, tous sont chargés, en tant qu'organe exécutif, de la

230 De même, dans le système normatif, les objectifs futurs l'emportent sur les ordres présents, qui l'emportent à leur tour sur la légalité passée

231 *Ibid*. p. 766

232 *Ibid.*, p. 773

recherche, de la poursuite et/ou de l'élimination des individus considérés comme des ennemis objectifs du régime. C'est en tout cas ce que montre Hannah Arendt quand, dans *Eichmann à Jérusalem*, elle écrit :

> « si le seul bureau qui eût pour tâche officielle et exclusive l'élimination de l'"adversaire, les Juifs" [c'est-à-dire l'élimination de l'ennemi objectif] était encore celui d'Eichmann, il avait en fait perdu son monopole parce qu'à ce moment-là [1943] tous les bureaux et les appareils, l'État et le parti, l'armée et la SS s'occupaient de la "résolution" de ce problème. »[233]

Enfin, comme toute norme fondamentale, l'ennemi objectif fait l'objet d'une interprétation. C'est à l'idéologie que cette tâche revient. Comme un juge, les services idéologiques définissent, en fonction des circonstances, les groupes d'individus qui correspondent à chaque fois à la catégorie générale, et abstraite, de l'ennemi objectif.

Il est impossible de ne pas lire cette distinction entre différentes catégories d'ennemis comme une réplique d'Hannah Arendt à l'auteur de *La notion de politique*. Tout se passe comme si, en créant la notion d'ennemi objectif, Hannah Arendt critiquait Carl Schmitt pour avoir réduit la notion d'ennemi à la seule dimension, classique, de l'ennemi réel. Du point de vue d'Arendt, le concept schmittien d'ennemi a un caractère beaucoup trop substantiel, ou définitif, pour structurer ou guider un Mouvement permanent. L'on ne peut pas, selon elle, mettre le Mouvement au cœur de l'État total tripartite, et considérer en même temps que le politique se fonde sur la désignation souveraine, mais statique, de l'ennemi. Pour que le Mouvement soit possible, il faut que la décision qui désigne l'ennemi puisse être elle aussi en mouvement, c'est-à-dire qu'elle puisse être susceptible de modification, sans que sa souveraineté ne soit pour autant remise en question. À l'ennemi politique désigné une fois pour toutes par le Souverain, comme le veut Carl Schmitt, les systèmes totalitaires substituent donc, en

233 *Ibid,* p. 1087

réalité, une définition mobile de l'ennemi, fondée sur la distinction entre l'ennemi formel (l'ennemi objectif) et des ennemis matériels ou concrets (les catégories d'individus idéologiquement déterminés et les ennemis réels). Cette dualité de la catégorie d'ennemi objectif, qui a une dimension à la fois matérielle et formelle, permet de désigner de nouveaux ennemis quand les précédents ont été éliminés, en maintenant ainsi un état de terreur permanent. Alors que la définition schmittienne de l'ennemi, qui est seulement matérielle, conduit nécessairement à un moment ou à un autre à la fin de la terreur, qui se produit quand l'ennemi défini par le souverain est effectivement, et définitivement, supprimé.

Hannah Arendt ne s'arrête pas là. Elle adresse, incidemment, une autre critique à Carl Schmitt, concernant cette fois non pas la définition de l'ennemi proprement dite, mais la distinction ami-ennemi. Pour Carl Schmitt en effet, il n'y a pas d'ennemi sans ami. Alors que pour Hannah Arendt, les systèmes totalitaires n'ont pas d'amis. Ils n'ont que des ennemis, intérieurs et extérieurs, et réels ou potentiels. C'est pourquoi, selon elle, les Mouvements totalitaires doivent être considérés, non pas comme des régimes simplement destructeurs, mais plutôt comme des régimes fondamentalement autodestructeurs. C'est d'ailleurs l'une des spécificités des analyses arendtiennes que d'insister sur la nature autodestructrice du totalitarisme. À plusieurs reprises, au détour d'un développement ou d'une note, Hannah Arendt rappelle, dans *Les Origines du totalitarisme*, que les plans des nazis, s'ils avaient gagné la guerre, auraient visé, après l'épuration des juifs, l'épuration des polonais catholiques, puis d'une partie de la population allemande.[234] Des plans nazis qui sont conformes non pas

234 Voir par exemple : « Un décret du Führer, daté du 19 mai 1943, ordonnait que tous les hommes liés à des étrangers par la famille, le mariage ou l'amitié, soient éliminés de l'État, du parti, de la Wehrmacht, et de l'économie : cette mesure affecta 1200 chefs SS (voir les archives de la Hoover Library, dossier Himmler, liasse 330) » *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 721 ; voir également la citation précédemment citée, op. cit. p. 765 : « Ainsi les nazis, devant l'achèvement prochain de l'extermination des juifs, avaient-ils pris les premières dispositions nécessaires pour la liquidation du peuple polonais, tandis

aux plans, mais à la réalité effective de l'Union soviétique. Les purges récurrentes de l'appareil du parti, la transformation des bourreaux en victimes lors des procès de Moscou, sont des preuves irréfutables, selon Hannah Arendt, du caractère autodestructeur du régime soviétique. Il en découle que la définition du politique comme désignation souveraine de l'ennemi chez Carl Schmitt est inopérante dans le cas des régimes totalitaires. Il n'y a pas, dans ces régimes, un camp ami face à un camp d'ennemi(s). Le totalitarisme commence au contraire seulement quand tout ami devient un ennemi virtuel ou réel.

L'importance de la notion d'ennemi objectif forgée par Hannah a été maintes fois soulignée par les commentateurs[235]. Mais, contrairement à ce qui est généralement affirmé, cette idée, pour importante qu'elle soit, n'en est pas pour autant entièrement nouvelle. Ernst Fraenkel, dans *L'État Dual*, a en réalité précédé Hannah Arendt sur ce terrain. Lors de son analyse de la jurisprudence des tribunaux administratifs, civils et pénaux, Ernst Fraenkel montre en effet comment le décret du 28 février 1933, qui instaura la loi martiale en raison du danger communiste qu'encourait l'État, n'a pas seulement été appliqué à l'encontre des communistes, mais a été étendu à d'autres catégories d'ennemis, soit par une définition extensive de la notion de danger communiste, soit au moyen de la création jurisprudentielle d'une nouvelle catégorie juridique, celle de « danger communiste indirect », qui permet de « justifier son application [du décret du 28 février 1933] aux églises, aux sectes, aux militants anti-vaccins et aux boy-scouts »[236]. Par exemple, dans une décision du 8 décembre 1935, la section criminelle de la Cour suprême de Prusse, qui avait à juger des membres de

qu'Hitler allait jusqu'à projeter de décimer certaines catégories d'Allemands. ». Arendt maintient cette position en 1953, lors de ses cours sur *La nature du totalitarisme* en 1953 et, pour finir, dans *Eichmann à Jérusalem.*

235 Voir notamment ENEGREN, A. *La pensée politique de Hannah Arendt*, PUF, Paris, 1984 ; AMIEL, Anne, *Hannah Arendt, Politique et événement*, PUF, Paris, 1996 ; DAGENAIS, D (dir), *Hannah Arendt, le totalitarisme et le monde contemporain*, Presses de l'Université Laval, 2003

236 *The Dual State*, op. cit. p. 17

l'organisation de la jeunesse catholique qui avaient participé à un concours sportif, a fait valoir dans ses motifs que « le but du national-socialisme était la réalisation de la « communauté ethnique » (*Volksgemeinschaft*) idéale et l'élimination de tous les conflits et de toutes les tensions. Pour cette raison, les manifestations des différences religieuses, en dehors des activités de l'église dans le sens étroit du terme, étaient désapprouvées par le national-socialisme ou, selon les termes du tribunal : « cette sorte d'accentuation des clivages existants porte en elle-même le germe de la désintégration du peuple allemand. Une telle perturbation ne fera qu'aider la propagation des objectifs communistes ». »[237] Ainsi, le fait que les membres de la jeunesse catholique soient en réalité directement opposés au communisme athée ne les empêchent pas d'exercer aux yeux du tribunal et de la loi des « activités communistes indirectes ».

De même, dans une décision du 5 mars 1935, la même Cour suprême de Prusse a condamné un pasteur de l'Église confessante (à savoir la branche de l'Église protestante opposée au régime) pour avoir distribué aux parents de ses élèves une lettre critiquant les chrétiens allemands (à savoir la section de l'Église protestante officielle en accord avec le régime) au motif qu'« il suffit pour l'application du décret [du 28 février 1933] qu'un danger indirect contre l'État soit créé par une expression de mécontentement à l'égard de l'ordre nouveau. Une telle désaffection procure un sol fertile à la réémergence des activités communistes. »[238]

Ces exemples prouvent que tout opposant au national-national peut être potentiellement considéré comme communiste. La notion d' « ennemi communiste indirect » joue donc ici le même rôle que ce qu'Hannah Arendt appellera plus tard la catégorie de l'ennemi objectif, à savoir d'englober tout groupe jugé indésirable.

237 *Ibid*., p. 18
238 *Ibid*., p. 19

Ernst Fraenkel en conclut, comme Hannah Arendt le fera dix ans plus tard, que la notion d'ennemi est au centre de la définition nationale-socialiste du politique : « Dans la pensée nationale-socialiste, le concept de politique est défini par référence à « l'ennemi » »[239]. Fraenkel renvoie alors directement à Carl Schmitt, qu'il présente comme le véritable théoricien de cette conception nationale-socialiste du politique. Mais la notion d'ennemi est, selon Ernst Fraenkel, désincarnée. Sans parler, comme le fera Hannah Arendt, d'ennemi objectif, il considère lui aussi que la simple existence, réelle ou virtuelle, d'une hostilité permanente compte, et non la définition substantielle d'un ennemi précis et unique :

> « Si les comportements orientés communautairement sont intensifiés par l'existence d'un ennemi réel ou imaginaire, alors la préservation de la communauté ethnique est favorisée par l'existence d'un ennemi dont l'hostilité se conserve aussi longtemps que la communauté elle-même. Cela n'a pas d'importance que l'ennemi soit réel ou imaginaire. Qui est l'ennemi n'est pas non plus important. Le simple fait qu'un ennemi existe est le point important. L'existence permanente d'un ennemi est un substitut au but rationnel. »[240]

Fraenkel cite alors Carl Schmitt et sa notion d'ennemi total : « La guerre est la source de toute chose. La forme de l'État en tant que tout est déterminé par la nature de la guerre totale… La guerre totale, toutefois, n'a de sens que vis-à-vis d'un ennemi total. »[241] Il est dommage qu'Ernst Fraenkel – et Carl Schmitt – ne détaillent pas cette notion d' « ennemi total ». Ainsi présentée, elle reste assez indéterminée. Mais tel n'est-il précisément pas sa fonction, à l'instar de la notion d' « ennemi communiste indirect » d'Ernst Fraenkel, ou d' « ennemi objectif » d'Hannah Arendt ? Pour Carl Schmitt, l'ennemi total est en effet un ennemi indéterminé, au sens où n'importe qui doit pouvoir

239 *Ibid.*, p. 201
240 *Ibid.*, p. 198
241 Carl Schmitt, « Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat », *Völkerrecht und Völkerbund*, Band IV, 1937, pp. 139-145, cité par Ernst Fraenkel, *The Dual State*, op. cit. p. 198

être combattu et anéanti par l'État, un État qui se nomme lui-même « total ». En ce sens, la notion « d'ennemi total » anticipe la notion d' « ennemi objectif » d'Hannah Arendt, qui désigne elle aussi toute personne réelle possible. Quant à la notion d' « ennemi communiste indirect », forgée par les juges en exercice sous le régime nazi, elle dérive directement, selon Ernst Fraenkel, de celle d' « ennemi total » forgée par Carl Schmitt en 1937.

En conclusion, les deux principes fondamentaux du totalitarisme, qu'il soit nazi ou soviétique, à savoir le Mouvement et la catégorie d'ennemi objectif, ont pour origine la doctrine schmittienne, sous une forme critique et remaniée. Ce qui conduit à s'interroger sur la pertinence de la comparaison entre l'Allemagne nazie et l'Union soviétique : et si Hannah Arendt avait étendu à l'Union soviétique des principes issus du seul nazisme, sans tenir compte des spécificités de l'Union soviétique ?

2- Le rapport du nazisme à la loi selon les juristes et Hannah Arendt

Les principes fondamentaux des régimes totalitaires selon Hannah Arendt étant à présent connus, qu'en est-il de la conception totalitaire du droit et de la loi ?

Au premier abord, Hannah Arendt semble considérer qu'il est impossible de parler d'un droit totalitaire. Le totalitarisme se présente au contraire selon elle, soit comme une entreprise délibérée de destruction des normes et de l'État de droit, soit comme une utilisation du droit comme simple façade. Toutefois, derrière cette position de principe, Hannah Arendt découvre et reconnaît au fur et à mesure des éléments d'une conception nouvelle du droit, proprement totalitaire. La remise en question de l'État de droit cacherait ainsi un autre droit, qui défie les catégories juridiques classiques. Ce

faisant, Hannah Arendt reprend, bien plus qu'elle ne serait prête à le reconnaître, les théories du droit national-socialiste élaborées par la doctrine juridique nazie, ainsi que les reconstructions d'Ernst Fraenkel et Franz Neumann. Pour le montrer, nous commencerons par présenter les raisons pour lesquelles elle oppose droit et totalitarisme, pour dégager ensuite les caractères spécifiques de « la pensée légale » et de sa pratique à l'intérieur du système totalitaire.

2.1. Le Mouvement contre la loi

Nous avons vu que la définition arendtienne du Mouvement impliquait que les régimes totalitaires soient anti-utilitaires et en rupture avec la réalité. Mais la caractéristique principale du Mouvement est d'abord d'être en opposition complète avec la loi. Le Mouvement s'oppose à loi et, de manière générale, à la conception traditionnelle du droit. Selon Hannah Arendt, la stabilité des normes est en effet par nature contradictoire avec la nécessaire instabilité permanente du Mouvement :

> « le dirigeant totalitaire (…) doit prévenir la résurgence d'une stabilité nouvelle dans ce monde nouveau, car la stabilisation de ses lois et institutions aboutirait, sans nul doute, à la liquidation du mouvement lui-même et, avec lui, de son espoir de conquérir un jour le monde. »[242]

Cette thèse n'est pas nouvelle. Elle se trouve déjà dans la doctrine juridique nationale-socialiste, qui entreprend une véritable croisade contre les lois et le positivisme juridique. En effet, Carl Schmitt déclare, dans *État, Mouvement, Peuple*, que « plus la légalité se formalise et se mécanise, plus elle entre en opposition de façon notoire avec le droit correct dans son contenu. »[243] Le caractère mécanique de la légalité (entendu ici

242 *Ibid.*, p. 722
243 *État, mouvement, peuple*, op. cit. p. 28

au sens large de l'ensemble des normes) est synonyme de stabilité. La loi se mécanise quand elle est prévisible. Elle s'oppose alors aux « décisions politiques incontestées »[244], qui, elles, décident en fonction des circonstances et à chaque changement de circonstances. Les décisions sont donc aussi imprévisibles et particulières que la légalité, par sa généralité et sa stabilité, est prévisible. Le mouvement national-socialiste est fondé, selon Carl Schmitt, sur les décisions du Führer, et non pas sur des lois. Ces décisions ne sont pas les volontés arbitraires d'un tyran, mais l'expression du nouveau droit national-socialiste. Elles ont pour contenu le droit du peuple et l'unité politique, alors que la légalité formelle de l'État démo-libéral avait pour seul contenu « le lien calculable de l'appareil étatique de contraintes »[245]. L'opposition entre le Mouvement et la légalité se traduit donc chez Carl Schmitt par une opposition entre un droit concret et substantiel (« le droit correct dans son contenu ») et une légalité simplement formelle.

Carl Schmitt voit dans cette opposition entre le Mouvement et la loi une conséquence des contradictions du « normativisme libéral ». C'est Kelsen qui est ici visé par Carl Schmitt qui reproche à l'auteur de la *Théorie pure du droit* d'avoir identifié le droit à la loi et de l'avoir ainsi privé de toute substance[246]. Pour Carl Schmitt, le vrai droit positif est le droit « substantiel objectif »[247] et non le droit positiviste. Ce dernier, en proclamant « l'autorité d'une norme juridique » sans fonder cette autorité sur une substance, un contenu concret, a pour conséquence que « des puissances non-étatiques et politiquement irresponsables [dominent] sur l'appareil d'État ».

244 *Ibid.*
245 *Ibid.*, p. 29
246 Pour une analyse plus détaillée de la critique schmittienne du positivisme juridique, voir Olivier Jouanjan, « Pensée de l'ordre concret et ordre du discours juridique nazi : sur Carl Schmitt », in Y.C. Zarka (dir.) *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, PUF, 2009
247 *État, Mouvement, Peuple*, op. cit.., p. 29

L'autre critique adressée à la « pensée positiviste et « fonctionnaliste » »[248] est d'identifier le droit à l'État. Il en découle que « tout droit revêt ainsi le sens particulier de « droit public », et, vice-versa, toute activité de l'État devient « droit », c'est-à-dire exécution des normes de l'appareil administratif d'État, qui est lié aux normes. »[249]. Par conséquent, « deux représentations du droit et de la loi, hétérogènes et incohérentes »[250] coexistent dans l'État démo-libéral : une conception où la loi est une décision politique prise par le parlement en tant que représentant le peuple, et une conception où le droit est l'ensemble des règles rationnelles de l'appareil étatique de contraintes. En réponse à ces contradictions, le nouveau droit national-socialiste a le mérite, selon Carl Schmitt, d'être un système juridique univoque, en tant qu'il se fonde sur les seules décisions politiques. Il n'y a donc plus de séparation entre un pouvoir exécutif et un pouvoir législatif : le gouvernement national-socialiste a « un droit de légiférer véritable et formel »[251]. Sa législation a par ailleurs un contenu « substantiel objectif », à savoir l'unité politique du peuple. Autant dire qu'il s'agit de l'application de la théorie schmittienne du décisionnisme et de la pensée en ordres concrets.

La conséquence juridique de l'opposition indépassable entre le Mouvement et la loi est que les normes en vigueur ne sont plus qu'une façade de normativité. C'est d'abord le cas pour la Constitution et les lois du régime précédent qui n'ont pas été abrogées. En écho à Carl Schmitt, qui déclare que « La Constitution de Weimar ne fait plus autorité »[252], Hannah Arendt remarque à son tour que « durant leurs premières années d'exercice du pouvoir, les nazis firent pleuvoir une avalanche de lois et de

248 *Ibid.*
249 *Ibid.*
250 *Ibid.*
251 *Ibid.*, p. 23
252 *État, mouvement, peuple*, op. cit. p. 17

décrets, mais ne se soucièrent jamais d'abolir officiellement la Constitution de Weimar. »[253], alors qu'elle n'était plus appliquée.

Cette transformation des normes en façade décorative ne concerne pas seulement les normes non abrogées du régime précédent. Elle concerne également les lois et les décrets publiés par le régime totalitaire lui-même, auxquels le Mouvement ne sent pas non plus lié :

> « [Après] la promulgation des lois de Nuremberg (…), il apparut que les nazis eux-mêmes ne se sentaient nullement concernés par leur propre législation. Bien plutôt, seule comptait pour eux la constante marche en avant vers des objectifs sans cesse nouveaux. ; si bien que, finalement, "le but et le champ d'action de la police secrète d'État" comme de toutes les autres institutions de l'État et du parti créées par les nazis ne pouvaient "en aucune manière rentrer dans le cadre des lois et des règlements édictés pour elles"»[254]

Le même phénomène est selon elle à l'œuvre en Union Soviétique qui

> « ne négligea pas de promulguer en 1936 une Constitution très élaborée, entièrement nouvelle […], événement qui fut salué, en Russie et à l'étranger, comme la conclusion de la phase révolutionnaire. Pourtant, la promulgation de la Constitution fut le signal de la gigantesque purge qui, en presque deux ans, liquida l'administration en place […]. À compter de ce moment, la Constitution de 1936 joua exactement le même rôle que la Constitution de Weimar sous le régime nazi : on n'en tint aucun compte, mais on ne l'abolit jamais. La seule exception fut que Staline peut se permettre une absurdité de plus : à l'exception de Vychinski, tous ceux qui avaient rédigé la Constitution toujours en vigueur furent exécutés comme traîtres. »[255]

253 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 727
254 *Ibid.*, p. 725 (Arendt cite Théodor Maunz, *Gestalt und Recht der Polizei*, 1943)
255 *Ibid.*, p. 726-727. Vincent Lefebve fait à ce propos une distinction entre l'attitude de *mépris* du III e Reich à l'égard du « cadre légal et spécialement constitutionnel », et le cas soviétique, qui aurait une attitude d'*occultation*. (LEFEBVE, Vincent, *Politique des limites, limites de la politique – La place du droit dans la pensée de Hannah Arendt*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2016, p. 105 – 106)

Or, là encore, Carl Schmitt précède ces lignes d'Hannah Arendt, quand il remarque que

> « les clauses de la Constitution provisoire du 24 mars 1933 (droits du président du Reich, Reichstag et Reichsrat comme institutions) ne font pas autorité face à la loi sur la consultation populaire (*Volksabstimmung*) du 14 juillet 1933. C'est pourquoi l'on peut, à l'aide de cette loi, réaliser des lois qui dépassent le cadre de ces clauses de la Constitution provisoire du 24 mars 1933. »[256]

Ainsi, la loi postérieure invalide, sans l'abroger, la loi antérieure, qui a pourtant une autorité supérieure, puisqu'il s'agit d'une loi de portée constitutionnelle. Il ne faudrait pas en conclure pour autant que, selon Carl Schmitt, la loi la plus récente exprime seule le droit en vigueur. Car cela reviendrait à maintenir une légalité « à l'ancienne », c'est-à-dire à tenir pour équivalent loi et droit. Carl Schmitt est bien plus radical et considère, comme Arendt le répétera en 1951, que le droit national-socialiste est par essence opposé à la légalité. Car pour Carl Schmitt, comme nous l'avons vu, le nouveau droit national-socialiste est un droit substantiel opposé au droit positiviste formel. Les décisions prises en fonction des opportunités et des situations concrètes, par définition sans cesse changeantes, priment dorénavant sur les normes stables, générales et prévisibles.

De même Franz Neumann, à la suite de Carl Schmitt et avant Hannah Arendt, constatera que

> « les commissaires à l'économie et à l'administration, ainsi que le délégué au plan quadriennal, en l'occurrence de Göring, ont la possibilité, chacun dans son domaine (…) de publier des décrets d'application susceptibles – et là réside la nouveauté – d'aller même à l'encontre de la législation existante. »[257]

256 *État, mouvement, peuple*, op. cit. p. 18
257 *Béhémoth*, op. cit. p. 70

Autant dire que la législation, y compris celle du nouveau régime, ne fait plus autorité et qu'elle laisse la place aux décisions imposées par le Mouvement. Ainsi, l'idée d'une opposition fondamentale entre le Mouvement et la loi, qu'Hannah Arendt développe amplement, n'est qu'une reprise des théories juridiques nazies, mais aussi anti-nazies, antérieures.

Il y a toutefois des différences entre ces différents auteurs, au-delà de leur accord général concernant l'opposition entre le régime totalitaire et la loi. La première concerne les lois promulguées par le régime hitlérien, et en particulier sa « Constitution », qui fait l'objet d'une différence de lecture entre Carl Schmitt et Ernst Fraenkel. Ce dernier considère que c'est la loi d'urgence « pour la défense contre le communisme » du 28 février 1933, qu'il qualifie de loi martiale, qui est la véritable Constitution du Troisième Reich, et non la loi du 24 mars 1933 sur les pleins pouvoirs qui n'en est que le complément, ou plutôt la première application. Fraenkel accorde une telle importance à cette loi d'urgence du 28 février 1933 que c'est le seul texte de loi qu'il produit en annexe de *L'État Dual*. Cette loi d'urgence a pour caractéristique de remettre entre les mains d'Hitler l'ensemble du pouvoir exécutif, quand la loi sur les pleins pouvoirs poursuit ce mouvement concernant le pouvoir législatif. Selon Fraenkel, ce qui se joue avec la loi du 28 février 1933, c'est le passage d'une dictature de commissaire à une dictature souveraine :

> « la Constitution de Weimar conférait au président le pouvoir de décider si "les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre et de la sécurité publique" devait être assurées par les autorités civiles ou militaires. (…) la décision de savoir si les ministres nationaux-socialistes ou les généraux conservateurs de la *Reichswehr* devaient porter la responsabilité de restaurer l'ordre public avait la plus extrême importance. L'incapacité de von Papen, Hugenberg et Blomberg de percevoir l'importance critique de cette question décida de leurs destins politiques. (…) Le 28 février 1933, la force de frappe des sections d'assaut (*Storm Troopers*)

> nationales-socialistes était négligeable en comparaison avec le pouvoir de la police et de la *Reichswehr*. Mais quand Hitler put ajouter à la force des sections d'assaut le pouvoir de la loi martiale, l'incendie du Reichstag devint un bon investissement politique »[258]

En conséquence, considérer, comme le fait Carl Schmitt, que la loi du 24 mars 1933 est la Constitution du Troisième Reich revient à continuer à accorder un primat au Pouvoir législatif sur le Pouvoir exécutif, ou à accorder encore de l'importance aux lois édictées. Alors que pour Ernst Fraenkel, c'est à partir du moment où Hitler détient l'ensemble du pouvoir exécutif que l'État à prérogative, pilier de l'État dual, se créé. Or, cet État a pour caractéristique d'être

> « un vide en ce qui concerne la loi. (…) La sphère politique dans le Troisième Reich n'est gouvernée ni par des lois objectives, ni par des droits subjectifs, ni par des garanties légales ou des réserves juridictionnelles. Il n'y a pas de règles légales concernant le pouvoir politique. Il est régulé par des mesures arbitraires (*Massnahmen*), par lesquelles les dignitaires officiels exercent leurs prérogatives discrétionnaires. D'où l'expression d'"État à prérogative" (*Massnahmenstaa*t). »[259]

Ainsi, Ernst Fraenkel est plus radical que Carl Schmitt et Hannah Arendt, et plutôt que d'une opposition du Mouvement à la loi, il préfère parler d'une absence totale de loi, du moins en ce qui concerne le seul État à prérogative.

Il y a également une différence concernant la question de savoir pourquoi les anciennes lois ne sont pas abrogées, ni les lois nouvelles appliquées. Sur le premier point, Hannah Arendt se distingue de Carl Schmitt. Pour ce dernier, l'abrogation des lois qui ne font plus autorité n'est pas une nécessité juridique. Le changement radical de régime a *de facto* et *de jure* rendu les anciennes normes inopérantes. Se prévaloir, par exemple, de la Constitution de Weimar contre la Constitution provisoire du 24 mars

258 *The Dual State*, op. cit. p. 5
259 *Ibid.*, p. 3

1933 reviendrait à se prévaloir de la Constitution de l'État monarchique contre celle de l'État démocrate-libéral qui a historiquement pris sa place. L'État national-socialiste dépasse en réalité « le cadre de toute réglementation concevable d'après la Constitution de Weimar. (…) et repose (…) sur son fondement propre »[260]. En conséquence, si l'abrogation des normes de l'ancien État peut être utile « pour des raisons psychologiques »[261], afin de clarifier les esprits dans une période de transition, elle ne relève en aucun cas d'une obligation juridique, comme si le nouveau droit national-socialiste dépendait de cette abrogation pour sa propre validité. Quant à l'autorité défaillante des nouvelles lois prises par le gouvernement national-socialiste, elle s'explique par le caractère transitoire de la législation en cours et par le primat d'un droit concret et substantiel sur les normes formelles et abstraites.

Pour Hannah Arendt en revanche, la transformation des normes publiées en simple façade (qu'il s'agisse des normes anciennes ou nouvelles) n'est pas le résultat d'une négligence, ni le symptôme de l'indifférence des nazis et de l'Union soviétique à l'égard du système légal de l'ancien État de droit, ni, comme pour Carl Schmitt, une façon implicite de les abroger en faisant valoir dorénavant les décisions concrètes sur les normes abstraites, mais une pratique juridique totalitaire à part entière. Cette façade normative a en effet une fonction : elle donne une apparence de normalité à l'attention de ceux qui ne sont pas membres du nouvel État et qui restent par conséquent dépendants des anciennes conceptions juridiques. À savoir les ennemis extérieurs, autrement dit les pays étrangers, et les ennemis intérieurs, c'est-à-dire les étrangers à la race (Allemagne nazie) ou les ennemis de classe (Union soviétique).

Selon Hannah Arendt, pour les ennemis extérieurs, le maintien d'une partie des anciennes normes et la publication de nouvelles lois permet de dissimuler la

260 *État, mouvement, peuple,* op. cit. p. 18 et 19
261 *Ibid.*, note p. 22

radicalité de la politique réellement mise en œuvre. Les pays totalitaires sont ainsi maintenus dans le concert des nations et sont assurés de se voir appliquer les règles classiques du droit international, ce qui leur permet d'anticiper les actions et réactions de leurs adversaires. Et pour les ennemis intérieurs du régime, le maintien d'une pratique légale apparemment normale est un instrument au service de la domination totale. Elle permet de contrôler, voire de manipuler les populations considérées comme indésirables, en laissant croire que la législation publiée correspond au droit appliqué :

> « Parmi les raisons qui expliquent que les juifs allemands ont cru à cette fiction[262], il y avait le programme du NSDAP, publié en 1920, qui partagea avec la Constitution de Weimar le même curieux destin de n'avoir jamais été abrogé ; ses Vingt-Cinq Points avaient même été qualifiés d' « inaltérables » par Hitler. (…) Les responsables nazis ne prirent jamais au sérieux le programme du parti ; ils s'enorgueillissaient d'appartenir à un mouvement et non à un parti ; et un mouvement ne pouvait être lié par un programme. (…) Les Juifs, par contre, étaient assez vieux jeu pour connaître par cœur les Vingt-Cinq-Points et pour croire en eux : ils avaient tendance à attribuer tout ce qui contredisait les applications légales du programme du parti à des "excès révolutionnaires" et temporaires dus à des individus ou à des groupes indisciplinés. »[263]

Cette pratique de la fiction juridique a enfin l'avantage de légitimer la décision qui a désigné les individus étrangers à la race ou à la classe : si ces personnes ne savent pas que les normes publiées ou officiellement proclamées ne sont pas les normes en vigueur, c'est parce qu'elles ne font justement pas partie de la race ou de la classe dominante qui, elle, connaît la différence et sait que les lois ne sont qu'une façade trompeuse.

Que ce clivage entre norme publiée ou publiquement affirmée, et droit effectivement en vigueur soit une pratique juridique totalitaire à part entière est prouvé par le fait qu'en absence de normes publiques, celles-ci sont créées de toute pièce. C'est

262 À savoir qu'en 1938, en Autriche, « les juifs désirant quitter le pays pouvait le faire mais n'y étaient pas forcés » (*Eichmann à Jérusalem*, op. cit. p. 1059)

263 *Eichmann à Jérusalem*, op. cit. p. 1059-1060

le cas notamment dans les camps de concentration, qui sont à la fois des lieux où aucune forme traditionnelle de légalité ne peut avoir cours et un système régi par de multiples règles[264]. À leur propos, Hannah Arendt remarque que si « la destruction des droits de l'homme, l'assassinat de la personne juridique en lui sont un préalable nécessaire à la complète domination de celui-ci »[265], dans les faits, cette domination totale a été facilitée par la création de différentes catégories de détenus (les juifs, les homosexuels, les asociaux, les politiques…). Car « les détenus eux-mêmes s'identifiaient à ces catégories, comme si elles représentaient un dernier vestige authentique de leur personne juridique »[266]. Elles se soumettaient en conséquence aux règles du camp comme s'il s'agissait d'un système de domination ayant encore une part de légalité.

Selon Hannah Arendt, cette fiction de la loi publiée comme droit effectif et en vigueur a également une fonction à l'égard des membres de la communauté. Le besoin de stabilité, inhérent à la nature humaine, est par là même en partie satisfait. « L'auréole sacrée de la loi écrite » procure aux régimes totalitaires « un arrière-plan de stabilité pour sa propre anarchie. »[267] De plus, la façon dont chacun interprète les lois permet de savoir quel est son véritable degré d'engagement. La définition du droit varie en effet selon la connaissance et la soumission de chaque individu au nouveau système. Elle n'est pas la même pour le simple sympathisant, le membre du parti et l'élite dirigeante, de sorte que plusieurs définitions des nouveaux principes juridiques cohabitent. Par exemple, « la fameuse phase « le droit est ce qui est bon pour le peuple

264 Sur le droit et le système concentrationnaire, voir LOCHAK, Danièle, « Droit et non droit dans les institutions totalitaires », in *L'institution*, CURAPP, PUF, Paris, 1981 et LEIBOVICI, Martine. « Biopolitique et compréhension du totalitarisme. Foucault, Agamben, Arendt », *Tumultes*, vol. 25, no. 2, 2005, pp. 23-45.

265 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 800

266 *Ibid*., p. 799

267 *Ibid.*, p. 730

allemand » n'était employée qu'à des fins de propagande de masse ; aux nazis, on disait que le « droit est ce qui est bon pour le Mouvement »[268].

Selon Hannah Arendt, les dirigeants les plus radicaux avaient parfaitement assimilé que les exigences du Mouvement étaient inconciliables avec celles d'un système légal. Pour ces derniers, la législation officielle représente seulement le passé, au sens de ce que le Mouvement a dé-passé, mais en aucun cas le droit présent ni à venir. Les lois, au sens large, « représente[nt] la totalité du chemin déjà parcouru, la totalité de l'œuvre déjà accomplie »[269], pour reprendre les mots de Staline à propos de la Constitution de 1936. « En d'autres termes, la Constitution datait déjà au moment où elle était proclamée, et son intérêt était purement historique.»[270] Le droit véritable, quant à lui, celui que les actions présentes appliquent et qui dirige celles à venir, ne se trouve pas dans la législation écrite et publiée.

Si Hannah Arendt modifie la théorie du droit comme façade (une théorie héritée du fascisme comme nous le verrons dans la seconde partie) en accordant à cette façade un rôle, une fonction, Ernst Fraenkel est plus radical. Le juriste considère en effet que l'État de droit est encore en partie en vigueur sous le troisième Reich.

Contrairement à Hannah Arendt, mais aussi à Franz Neumann, Ernst Fraenkel ne pense pas qu'il y n'ait plus de droit sous le Troisième Reich, ni que le droit ne soit qu'une façade. Le droit n'est ni supprimé, ni rendu impossible. Le droit est seulement réduit. Il se limite à la protection de la vie économique, à la régulation des échanges et au contrôle des contrats. Cet « État de droit »[271] économique, Ernst Fraenkel l'appelle l'État normatif, par distinction avec l'État politique à prérogative.

268 *Ibid.*, p. 748
269 *Ibid*., p. 726
270 *Ibid*.
271 En réalité, Ernst Fraenkel considère que l'État normatif n'est pas un État de droit au sens propre, en tant que sa juridiction dépend de celle d'un autre État, l'État à prérogative. L'État normatif n'existe qu'au sein d'un État dual (*The Dual State*, op. cit. p.71)

En effet, comme le montre la jurisprudence des tribunaux civils citée par Ernst Fraenkel, « les forces productives » du pays[272], contrairement aux affaires politiques, continuent à être contrôlées par les juges selon le principe de légalité :

> « Les tribunaux sont chargés de montrer que les principes de l'ordre capitaliste sont maintenus – même si l'État à prérogative exerce occasionnellement son droit de traiter des cas individuels par opportunisme et en raison de la nature particulière des cas en cause. Les décisions montrent que les tribunaux ont maintenu avec succès le système légal nécessaire au fonctionnement du capitalisme privé. Les principes juridiques essentiels au capitalisme privé, comme la liberté d'entreprise, le caractère sacré des contrats, la propriété privée, le droit de l'entrepreneur de contrôler le travail, la régulation de la compétition inégale, la réglementation des brevets, les droits des marques déposées, etc., la protection juridique des accords, de la propriété et du transfert pour des raisons de sécurité, continuent à exister en Allemagne. »[273]

Ce maintien du principe de légalité dans le domaine économique remet partiellement en cause la théorie d'Arendt du droit comme simple façade. Pour Ernst Fraenkel, le droit n'est pas une façade, au sens d'un vêtement, d'un masque de légalité, mais une réalité. La légalité se maintient, même si elle ne s'exerce plus qu'à l'égard des relations économiques privées.

Quoi qu'il en soit, malgré les spécificités de chacun, force est de constater que et la doctrine juridique nazie, et les auteurs critiques (Ernst Fraenkel, Franz

272 Il serait intéressant de comparer les analyses économiques d'Ernst Fraenkel et de Franz Neumann. Alors que pour Franz Neumann, la régulation juridique des échanges et le contrôle des contrats n'est qu'une superstructure qui dissimule les véritables rapports de force économiques du III[e] Reich, à savoir des rapports économiques de nature monopolistique, Ernst Fraenkel considère au contraire qu'une approche purement juridique prouve que l'économie nazie reste fondamentalement une économie capitaliste fondée sur la propriété privée. Le cadre de notre recherche nous empêchant d'aborder sérieusement la dimension économique du Totalitarisme, signalons seulement que l'État normatif et les analyses sociales d'Ernst Fraenkel (*L'État Dual*, partie I B et III) et les analyses de la structure économique de Franz Neumann (*Béhémoth*, Partie II), devraient être mises en rapport avec les articles de René Capitant sur la même question (*Écrits sur le Nazisme*, partie III et IV).

273 *The Dual State*, op. cit. p. 73

Neumann et Hannah Arendt) ont considéré que les systèmes totalitaires reposaient sur le principe d'une opposition entre le Mouvement et le Pouvoir législatif.

2.2. L'abdication du Pouvoir judiciaire

Comment cette opposition entre le Mouvement et la loi se traduit-elle dans l'exercice du Pouvoir judiciaire ? Pour le savoir, Hannah Arendt ne nous est d'aucun secours. En dehors de sa distinction entre le crime accompli et la faute suspectée, et des références plus politiques que juridiques aux procès de Moscou, Hannah Arendt n'aborde pas cette question.

Elle est en revanche au cœur de l'ouvrage d'Ernst Fraenkel, dont la lecture complète ainsi le *Totalitarisme*. *The Dual State* d'Ernst Fraenkel est décidément un refuge sûr et un bon poste frontière au sein de tous ces débats théoriques. Arendt a raison : *The Dual State* est un texte unique en son genre. Il s'agit d'un ouvrage à la fois jurisprudentiel et théorique. Rarement le droit jurisprudentiel et la théorie du droit cohabitent à ce point-là.

L'État Dual, ou *The Dual State*, est composée de trois parties : le système, la théorie et la réalité juridique (*legal*) de l'État dual. Le système repose sur le dualisme entre l'État à prérogative et l'État normatif ; la théorie examine le droit naturel sous ses formes séculières, rationnelles et communautaires ; la réalité juridique, enfin, ouvre les champs de l'histoire, des fondements économiques et de la sociologie de l'État dual.

La première partie de *L'État Dual,* consacrée justement à l'examen du pouvoir judiciaire, est une parfaite illustration de la thèse soutenue par Bernd Rüthers[274] selon laquelle sous le III^e^ Reich les juges n'ont pas appliqué la loi, mais l'ont interprétée, voire modifiée dans le sens du régime en place. Une interprétation de la loi qui, selon Ernst Fraenkel, n'a pas augmenté le pouvoir du juge, mais l'a au contraire diminué. Le contentieux qui relève de l'État à prérogative a même supprimé toute application prévisible de la loi. Seul le contentieux qui relève de l'État normatif fait encore l'objet d'une application de la loi sans interprétation, et donc aussi sans surprise.

Un parfait exemple de cette interprétation de la loi dans le sens de la doctrine nationale-socialiste par les juges, qui est donc aussi un brutal démenti à la thèse du positivisme des juges nazis en exercice de G. Radbruch[275], est fourni par l'arrêt suivant de la Cour disciplinaire suprême (*Reichsdienststrafhof*) du 15 juin 1937, cité par Ernst Fraenkel, où la loi est interprétée dans le sens de la doctrine nationale-socialiste au mépris de ses propres termes :

> « la question posée devant la Cour était de savoir si un fonctionnaire qui avait refusé de payer sa cotisation au Fonds d'aide hivernale (*Winterhilfe*) était coupable de délit. L'accusé, qui pendant des décennies avait été un membre du mouvement nationaliste, fit valoir qu'il avait contribué à des œuvres de charité privées pour une part conséquente de ses revenus et que son refus de participer au Fonds d'aide hivernal n'avait pas de portée légale, puisqu'il avait été toujours été officiellement spécifié qu'elle était entièrement "volontaire". Dans un système légal adhérent aux principes formels de la rationalité, il serait impossible de donner un fondement légal à la non observation de clauses "volontaires". L'État national-socialiste ignore cette simple restriction formelle. La Cour disciplinaire suprême interpréta *[dealt with]* la signification du caractère volontaire de la

274 B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 6e édition, Tübingen, Mohr/Siebeck, 2005 et *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2e édition, Munich, Beck, 1989

275 RADBRUCH, Gustav, « Gesetzliches Unrecht und übergesetezliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 105 et s., trad. fr. par M. Walz: « Injustice légale et droit supralégal », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, 1995, p. 307 et s.

contribution par l'argument suivant : "même aujourd'hui, la conception du défendant est d'un caractère extrême (…) Pour lui, la liberté est le droit de négliger tous ses devoirs sauf quand ils sont explicitement requis par la loi. Il s'est abstenu de participer aux entreprises communautaires simplement parce qu'il voulait montrer qu'un homme "libre" ne peut être contraint."»[276].

Ernst Fraenkel en conclut que l'accusé n'est pas puni par manque de charité, mais par abus de liberté. Autrement dit, le national-socialisme est surtout intéressé par l'embrigadement de toute la population dans les organisations de charité, et non par la charité elle-même. Mais au-delà de la signification politique des organisations publiques de charité, cet exemple montre surtout que les juges n'appliquent plus la loi, y compris celle promulguée par le régime, mais qu'ils se chargent au contraire de l'interpréter dans le sens du régime, à tel point que l'expression « contribution volontaire » en vienne à signifier contribution obligatoire, ou devoir.

Le point de départ, selon Ernst Fraenkel, de cette abdication du Pouvoir judiciaire face au Pouvoir exécutif est le décret d'urgence du 28 février 1933 pour la défense contre le communisme :

> « sur le fondement de ce décret, la sphère politique au sein de la vie publique allemande a été retirée de la juridiction de la loi générale. Les tribunaux administratifs et généraux ont aidé à atteindre cet objectif. Le principe directeur de base de l'administration politique n'est pas la justice ; la loi est appliquée en fonction "des circonstances du cas individuels", l'objectif étant d'atteindre le but politique »[277].

Fraenkel en déduit, et montre par la jurisprudence que

> « la sphère politique sous le Troisième Reich n'est gouvernée ni par des lois objectives, ni par des droits subjectifs, ni par des garanties légales ou des restrictions juridictionnelles. Elle est régulée par des mesures arbitraires

276 *Ibid.*, p. 47
277 *The Dual State*, op. cit. p. 3

(*Massnahmenstaat*), par lesquelles les officiels au pouvoir exercent leurs prérogatives discrétionnaires. D'où l'expression d'"État à prérogative" (*Massnahmenstaat*). »[278]

Juridiquement, la police, dans l'application du décret du 28 février 1933, n'est limitée ni par la Constitution, ni par la loi. Quant aux juges, si dans un premier temps ils « ont tenté de préserver au moins théoriquement la suprématie de la loi sous le Troisième Reich »[279], ils ont ensuite en réalité participé à la suppression de toutes barrières légales. Plutôt que d'aller dans le sens d'une interprétation restrictive du décret, les juges ont au contraire participé à son application extensive, comme le montre cet arrêt de la Cour suprême de Prusse (*Kammergericht*) du 31 mai 1935 : « la partie 1 du décret du 28 février 1933 (…) retire toutes restrictions étatiques et fédérales sur l'étendue du pouvoir de police nécessaire à l'exécution des objectifs promulgués par ce décret. La question de la pertinence et de la nécessité n'est pas sujette à un contrôle. »[280] Ce qui revient à accorder un pouvoir de police illimité.

Techniquement, les moyens qui ont été employés par les juges et par le Pouvoir exécutif en vue de la suppression de toutes restrictions légales sont divers, du conflit de compétence (I), à la création de nouvelles clauses générales (II), en passant par la modification de la loi (III).

I – Le conflit de compétence est le moyen le plus expéditif, celui par lequel un acte, un litige ou un délit deviennent immédiatement la prérogative du Pouvoir exécutif. Voici un passage où Ernst Fraenkel montre comment le conflit de compétence est utilisé pour mettre un terme au contrôle juridictionnel :

278 *Ibid.*
279 *Ibid.*, p. 14
280 *Ibid.*, p. 16

> « un changement formel important a été introduit dans le § 147 du droit de la fonction publique qui réintroduit le dénommé *Konflikt* dans le système juridique allemand. Le *Konflikt* autorise l'autorité administrative suprême, lors de poursuites contre des dommages à l'encontre l'État, à s'adresser à la Cour Administrative Suprême au lieu du tribunal civil qui a normalement juridiction. La Cour Administrative Suprême devient alors le dernier degré de juridiction pour le requérant. La conséquence de cette modification apparemment insignifiante est que la règle de la Cour Administrative suprême de ne pas contrôler les activités de la *Gestapo* est étendue aux affaires du droit civil concernant les poursuites pour dommages contre l'État. (…) Dans les poursuites pour dommages contre l'État, l'autorité administrative suprême, en usant de son pouvoir discrétionnaire d'appliquer la procédure du *Konflikt,* décide si les normes légales, ou le refus de tout contrôle juridictionnel, gouvernera les futurs litiges. Le dernier mot revient aux autorités politiques. Le *Konflikt* est l'instrument technique qui trace la frontière entre le gouvernement par la loi (L'État normatif) et le gouvernement par décision individuelle (l'État à prérogative). »[281]

La procédure du conflit est donc employée pour faire basculer des pans entiers du droit de l'État normatif, où la loi est appliquée, vers l'État à prérogative, où aucun contrôle juridictionnel n'est possible. Par exemple, Ernst Fraenkel cite le cas d'un homme d'affaire accusé par un officier national-socialiste de ne pas avoir payé sa contribution à l'Organisation d'aide hivernale. L'homme d'affaire obtint gain de cause en première instance. « Mais avant que l'affaire arrive devant la Cour d'appel de Königsberg, le gouverneur de la province de l'Est de la Prusse appliqua le *Konflikt*, en prétendant que c'était une question politique et par conséquent qu'elle relevait de la juridiction du chef »[282]. Car il suffit qu'une affaire soit considérée comme de nature politique pour être privée de tout contrôle.

281 *Ibid.*, p. 30
282 *Ibid.*, p. 36

Certes, la procédure du *Konflikt* dépend du choix des autorités administratives, et non des juges. Mais ces derniers produisent exactement le même résultat à partir du moment où ils se reconnaissent incompétents pour juger une affaire, ce qui est le cas dès qu'ils considèrent qu'elle est de nature politique et qu'elle relève donc du champ de compétence de la seule Gestapo, par nature insusceptible de tout recours. Or comme tout est politique, seul un effort d'interprétation du juge est nécessaire pour se déclarer incompétent, comme le montre l'arrêt de la Cour d'appel administrative de Prusse du 19 mars 1936 qui, comme nous allons le voir, a prétendu à une erreur d'imprimerie dans un texte de loi pour justifier son incompétence.

II – Les clauses générales[283] sont utilisées quand l'irrecevabilité pour incompétence n'est pas reconnue. L'esprit de la loi prime alors sur sa lettre. D'un point de vue contentieux, les clauses générales ont la même valeur que les objectifs généraux du droit pour le juge administratif en droit français. Il s'agit d'un moyen d'interprétation, et non d'application de la loi. Les notions, ou les catégories juridiques d' « ennemi communiste indirect », de « bien (-être) de la communauté », de « race » sont ni nouvelles qu'elles possèdent nécessairement encore une part d'indétermination que seules la jurisprudence, peut fixer. D'où la responsabilité des juges en exercice. Nous avons vu dans le chapitre précédent comment la notion d'ennemi communiste indirect avait par exemple été interprétée de façon si extensive que des chrétiens ou les opposants à la vaccination avaient été considérés comme communistes par les juges.

III – La modification de la loi, enfin, prend plusieurs formes. Tout d'abord, la loi n'est pas suivie, au sens où l'ancienne hiérarchie entre les normes n'est plus

283 Sur l'utilisation des clauses générales par les juges nazis, voir également Olivier Jouanjan, "Pensée de l'ordre concret et ordre du discours juridique nazi", op. cit. p 11 et s.

respectée. La Constitution de Weimar n'étant pas officielle abrogée, aucun juge n'est positivement tenu d'appliquer une loi postérieure qui lui serait contraire, ce que toutes les cours, administratives, civiles et pénales font pourtant, comme le montre cet arrêt du tribunal de Dresde (*Landgericht*) du 18 mars 1935 qui, ayant à se prononcer si la conformité du décret du 28 février 1933 avec l'article 137 de la Constitution de Weimar sur la liberté de religion et de croyance, fit prévaloir le décret de 1933 au motif que « la Constitution peut être amendée par des règlements administratifs et des mesures similaires »[284].

Mais l'interprétation de la lettre de la loi est aussi à entendre dans tous les sens du terme lettre, y compris les erreurs typographiques. Ernst Fraenkel cite l'exemple d'un arrêt de la Cour d'appel administrative (*Oberverwaltungsgericht*) de Prusse du 19 mars 1936 où la cour s'est déclarée incompétente pour juger un ordre d'expulsion émis par un magistrat (et non un policier), en faisant valoir une erreur de frappe dans le paragraphe 7 de la loi du 10 février 1936 concernant la Gestapo, une loi qui stipule que les ordres et les affaires qui sont sous la juridiction de la Gestapo ne sont pas soumis à un contrôle par les tribunaux administratifs[285]. L'ordre d'expulsion du magistrat, en étant considéré comme un ordre dans les affaires de la Gestapo, s'est vu appliqué les dispositions relatives à cette police spéciale. Autant dire que la différence de nature entre le Pouvoir judiciaire et le Pouvoir exécutif n'est plus reconnue, et ce par les juge

284 *Ibid.*, p. 15

285 *Ibid.*, p. 26-27. Voici l'intégralité du passage : « Le tribunal administratif suprême de Prusse (*Oberverwaltungsgericht*) a refusé de contrôler le cas parce que le magistrat avait agi dans "la sphère d'autorité allouée à la police secrète". Le paragraphe 7 de la loi du 10 février 1936 stipule que les ordres **et** les affaires sous la juridiction de la Gestapo ne sont pas sujets à un contrôle par les tribunaux administratifs. Une "erreur de frappe" a changé le "et" en "dans". Puisque l'ordre du magistrat d'expulser le missionnaire était, dans l'opinion du tribunal administratif suprême, un ordre qui "avait été à l'évidence émis pour contribuer à la sécurité intérieure et extérieure de l'État", il a traité la mesure de police du magistrat comme un ordre "dans" les affaires sous la juridiction de la Gestapo. »

eux-mêmes. Ernst Fraenkel en conclut, à juste titre, que « le dernier vestige d'un État de droit en Allemagne a été aboli en exploitant une erreur de frappe »[286].

À la décharge du Pouvoir judiciaire, on voit par ces exemples que la question centrale est celle de la délimitation entre ce qui relève de la sphère politique, et qui est donc insusceptible de recours, et ce qui n'en fait pas partie. Or non seulement aucune loi ne définit clairement la sphère du politique, mais surtout « l'État national-socialiste a insisté pour que la loi soit éliminée de la sphère politique et que la définition de la frontière entre les deux soit entre les mains des autorités politiques elles-mêmes. »[287] Le Pouvoir judiciaire ne pouvant fixer lui-même cette frontière, il est donc en grande partie impuissant. Ernst Fraenkel en conclut que

> « la différence entre un État de droit (*Rechtsstaat*) et le Troisième Reich peut être résumée de la façon suivante : dans un État de droit les tribunaux contrôlent le pouvoir exécutif du gouvernement dans l'intérêt de la légalité. Dans le Troisième Reich, le pouvoir de police contrôle les tribunaux dans l'intérêt des opportunités politiques. »[288]

Ce qui se revient à une abdication totale du Pouvoir judiciaire au profit du seul Pouvoir exécutif. En parallèle, on assiste à une extension de la sphère politique. Des publications médicales[289], l'homosexualité de deux prêtres[290], et même la régulation du trafic automobile[291] peuvent être considérées comme des questions politiques dans le sens le plus large du terme.

Bref, concernant l'État à prérogative, Ernst Fraenkel va beaucoup plus loin qu'Hannah Arendt dans l'analyse du Pouvoir judiciaire, qu'il s'agisse du juge administratif, du juge civil ou du juge pénal. Quand Arendt parle, en 1951, de la loi

286 *Ibid.*, p. 27
287 *Ibid.*, p. 38
288 *Ibid.*, p. 40
289 *Ibid.*, p. 43
290 *Ibid.*, p.42
291 *Ibid.*, p.44

comme d'une entrave au Mouvement, Fraenkel montre dix ans auparavant comment la loi au sens positiviste, et les juges en exercice, ont en réalité capitulé dès mars 1933[292].

2.3. Le droit comme « conscience intime »

Puisque le Mouvement totalitaire s'oppose à la loi, quelles sont les nouvelles formes par lesquelles s'exercent le pouvoir et l'autorité de ce corps politique non étatique ? Quelles sont les règles qui prescrivent la conduite des sujets dans un régime totalitaire ? Qui est responsable de la formation de ces normes et de leur exécution ?

Selon Hannah Arendt, les nouvelles sources du droit totalitaire se trouvent dans le Mouvement, le Chef, et la conscience intime de chacun.

Concernant le Mouvement, nous verrons dans le paragraphe suivant que s'il oppose aux lois positives de l'État, il réalise en revanche la loi supérieure de la nature ou de l'histoire[293].

Concernant le Chef comme source du droit, c'est un fait établi par la doctrine juridique nazie. Le principe du Chef n'est pas seulement un principe d'organisation du pouvoir, le point de rencontre entre l'État, le parti et le peuple. C'est aussi un pouvoir juridique souverain. L'exemple, célèbre, que nous avons déjà cité, est le texte de Carl Schmitt, *Le Führer protège le droit*, où il déclare, pour justifier les meurtres de Röhm et de son entourage, que le Führer, « grâce à sa qualité de guide en

292 Il serait toutefois intéressant d'étudier également la jurisprudence militaire allemande, tribunal de guerre et contentieux disciplinaire inclus, et la jurisprudence du parti (notamment les exclusions du parti), pour comparer les conclusions rendues entre les ordres juridiques civils et militaires. Il serait en particulier intéressant de savoir si le juge militaire a résisté plus longtemps que les magistrats administratifs et civils. La tentative de coup d'État des généraux de 1944 plaide en tout cas en ce sens.

293 Voir infra, Chapitre II, « 3.3. Hannah Arendt face à la doctrine juridique nazie »

tant que juge suprême, crée immédiatement du droit. »[294] Hannah Arendt reprend cette position de principe quand, dans *Eichmann à Jérusalem*, elle cite à son tour

> « le témoignage d'un des plus célèbres spécialiste de droit constitutionnel du III^e^ Reich, Theodor Maunz, aujourd'hui ministre de l'éducation et de la Culture en Bavière, qui déclarait en 1943, dans *Gestalt und Recht der Polizei* : "le commandement du Führer (…) est le centre absolu de l'ordre juridique actuel" . »[295]

Il importe de noter que c'est la volonté du Chef, et non son savoir, qui constitue ce nouveau centre juridique. Comme l'écrit Franz Neumann, « la loi s'identifie à la volonté du chef et la législation ne procède que de son pouvoir »[296]. Le fait que ce ne soit pas un savoir général et abstrait, mais une volonté qui soit au centre du droit, est interprété par Hannah Arendt comme la preuve du primat du Mouvement sur le Chef. Car une volonté est changeante, contrairement à la loi du Mouvement, qui est aussi intangible qu'une loi scientifique puisse l'être.

La volonté du Chef n'est pas seulement changeante, elle est aussi non écrite. Arendt en veut pour preuve le fait que la volonté du chef prime sur les ordres écrits qui émanent de lui :

> « la loi suprême en Allemagne est la volonté intime du Führer et non l'ordre donné par lui (…) Un nazi digne de confiance était non pas celui qui obéissait aveuglément aux ordres de Hitler, mais celui qui était capable de discerner derrière ces ordres la "volonté" de Hitler. »[297]

Comme le dira Hans Frank, cité par Arendt : « Voici l'impératif catégorique de l'action dans le III^e^ Reich : agir de telle sorte que le Führer approuve ton acte s'il vient à le

294 SCHMITT, Carl, « Le Führer protège le droit », *Cités. Philosophie, politique, histoire*, n°14, 2003 (1^ère^ éd. 1934)
295 *Eichmann à Jérusalem*, op. cit. p. 1042
296 *Béhémoth*, op. cit. p. 93
297 « Autorité, tyrannie, totalitarisme », op. cit. p. 887

connaître. »[298] Un impératif catégorique bien différent de l'impératif catégorique kantien qu'Eichmann invoqua lors de son procès. Mais bien plus proche de la vérité juridique du totalitarisme.

Parce que la volonté du chef est prioritaire sur sa propre législation, il n'y a plus de distinction ni de hiérarchie entre les normes publiées[299]. La Constitution, les lois, les ordres, les décrets et les ordonnances ne sont plus que des expressions imparfaites, et également illégitimes, de la volonté du chef :

> « Ce qui met le Mouvement en marche, en constitue l'élément dynamique, est cette "volonté" sans cesse changeante, dont les manifestations extérieures – ordres, décrets, ordonnances – sont si instables qu'elles ne sont même pas publiées officiellement et portés à la connaissance de ceux dont la vie même dépend de l'obéissance de celles-ci. »[300]

Or il en est ainsi parce que la volonté du Führer n'est pas accessible par un texte normatif, mais par une conscience intime du Mouvement, une conscience si intime que seuls les membres de la communauté raciale peuvent s'en prévaloir.

Le primat de la volonté du Chef sur les ordres qu'il formule se traduit par une sorte de pyramide des normes inversée entre, d'un côté, les objectifs et principes généraux et, de l'autre, les normes. Si l'on prend l'exemple du droit public français actuel, les objectifs à valeur constitutionnelle et les principes généraux du droit ont en effet une autorité inférieure à la norme dont ils dérivent. C'est l'inverse dans les systèmes totalitaires, où les objectifs et les principes généraux l'emportent toujours sur les normes, quelles qu'elles soient. Toute chose égale par ailleurs, les objectifs à valeur constitutionnelle correspondent à la volonté du Führer, qui l'emporte sur les lois

298 Hans Frank, *Technik des States*, 1940 (cité par Arendt, *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. note p. 886)

299 Un bel exemple de suppression de la hiérarchie des normes se trouve dans *The Dual State*. Ernst Fraenkel cite un arrêt du tribunal (*Landgericht*) de Dresde du 18 mars 1935 qui, dans l'un de ses considérants, déclare que « la Constitution est amendable par des décrets administratifs et des mesures similaires » (*The Dual State*, op. cit. p.15)

300 « Autorité, tyrannie, totalitarisme », op. cit. p. 887

constitutionnelles du régime, tout comme les principes généraux du droit correspondent aux ordres des dignitaires nazis, qui eux-mêmes l'emportent sur les lois et les décrets. Cette primauté des objectifs et des principes sur les normes s'expliquent par le fait que la réalisation présente et à venir de la loi du Mouvement remplace l'instauration de normes stables chargées d'encadrer les actions des citoyens. Les objectifs et les principes généraux formulent ce qui doit être accompli, ils sont ce que vise la volonté, ce qui la détermine. Certes, dans un État de droit, les objectifs et les principes généraux permettent d'adapter des normes anciennes aux réalités nouvelles que ces normes ne peuvent anticiper. Mais dans un régime totalitaire, la nouveauté et le changement deviennent la règle. Le futur détermine le présent et dirige l'action concrète, effective du régime. Ainsi les normes véritables sont les objectifs et les principes généraux, et non les normes publiées qui ne valent, elles, que pour le passé.

Il dérive de ces remarques que la rétroactivité des lois n'est pas une anomalie, mais une question de principe. La loi totalitaire est par nature rétroactive. Ce qui ne veut pas dire qu'elle soit devenue inefficace, une simple « chambre d'enregistrement des décisions du pouvoir exécutif », selon l'expression de Gerhard Leibholz. Certes, cette rétroactivité est la preuve, au mieux, de la soumission totale, au pire, de la mort du Pouvoir législatif, au profit du seul et unique Pouvoir exécutif. C'en est même la fonction première. Mais cela ne doit pas faire oublier que la rétroactivité de la loi désigne aussi une direction, celle précisément vers laquelle la loi sera dorénavant employée. En l'espèce, le passé. Dit autrement, si la loi est par nature rétroactive, c'est parce que sa fonction a changé. Sa fonction est dorénavant d'être l'image du passé que le présent souhaite conserver et qu'il transmet. Pour écrire l'histoire, il faut ainsi la réécrire constamment.

Quant aux objectifs et aux principes généraux qui incarnent la volonté du Führer, ils peuvent avoir quatre formes distinctes : ils peuvent être écrits et publiés ; ils peuvent être écrits mais non publiés ; ils peuvent seulement oraux ; et ils peuvent être ni écrits, ni oraux. Hannah Arendt montre en effet qu'en dehors des lois, des décrets et des ordonnances publiés par le régime, il existe une autre législation, qui est une législation secrète, non publiée, connue des seuls agents qui sont chargés de l'appliquer. Elle s'appuie pour ce faire sur le juriste nazi Theodor Maunz[301], qui, selon elle, est le seul à avoir souligné l'existence de cette législation particulière :

> « La seule lecture des cinq volumes des *Verfügungen, Anordnungen, Bekanntgaben*, qui furent rassemblés et imprimés pendant la guerre par la chancellerie du parti selon les instructions de Martin Bormann, permet d'avoir une vision précise de cette législation secrète par laquelle l'Allemagne nazie était, en fait, gouvernée. »[302]

À titre d'exemple de cette législation secrète, Hannah Arendt cite « les brochures publiées par le service d'endoctrinement des SS [où] figuraient des mentions telles que "à l'usage de la police exclusivement", "non destiné à la publication", "exclusivement destiné aux dirigeants et à ceux qui sont chargés de l'éducation idéologique". »[303]

En vertu du principe selon lequel le pouvoir est inversement proportionnel à la publicité dont il bénéficie, cette législation secrète, imprimée mais non publiée, fait autorité sur la législation officielle. C'est à cette législation secrète qu'Eichmann était par exemple soumis :

> « les nazis avaient changé le *Befehlsempfänger*, le "receveur d'ordres" dans le vocabulaire militaire, en *Befehlsträger*, "porteur d'ordres", désignant par là le fardeau de la responsabilité et le poids qui pesaient littéralement sur ceux qui exécutaient les ordres, comme autrefois sur "le porteur de mauvaises nouvelles".

301 *Gestalt und Recht der Polizei*, 1943 (cité par Hannah Arendt)
302 *Ibid.*, p. 725 (note 10)
303 *Ibid.*, p. 751

> En outre, comme tous ceux qui étaient liés à la Solution finale, Eichmann était aussi officiellement un "porteur de secrets", un "*Geheimnisträger"*, ce qui n'était certainement pas négligeable du point de vue de l'importance qu'il s'attribuait lui-même »[304]

Que le « receveur d'ordres » devienne un « porteur d'ordres », s'explique par le fait qu'il participe dorénavant à la réalisation du Mouvement. Mais ce qui importe par l'exemple d'Eichmann est que « le porteur de secrets », celui qui obéit à une législation secrète, est d'un rang plus élevé que le simple « porteur d'ordres ».

Cette législation secrète est, à son tour, d'une valeur normative inférieure aux ordres seulement oraux du Führer : « les paroles du Führer, ses déclarations orales, étaient la loi fondamentale du pays. Dans ce cadre "légal", tout ordre contraire dans l'esprit ou dans la lettre, à une parole prononcée par Hitler était, par définition, illégal. »[305] Ce primat des ordres oraux confère une supériorité hiérarchique aux proches conseillers d'Hitler sur les autres membres du parti. Enfin, « un ordre peut signifier plus que son contenu verbal »[306]. Ainsi, au-dessus des ordres oraux du Führer, ou en l'absence de tels ordres, existe une législation ni publiée, ni écrite, ni orale, qui n'est connue que par une conscience intime du Mouvement.

À partir du moment où les membres de la communauté raciale ou de la classe dominante parviennent à une connaissance intime de la loi du Mouvement auquel ils participent, ils n'agissent plus en application des ordres reçus, mais en vertu de l'impératif catégorique de l'action dans le III^{e} Reich : « agis de telle sorte que le Führer approuve ton acte s'il vient à le connaître ». C'est cette conscience intime du Mouvement qui explique par exemple que « ni le général Böhme ni le *Staatsrat* Turner

304 *Eichmann à Jerusalem*, op. cit. p. 1045
305 *Ibid*., p. 1161
306 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 732

n'attendirent les ordres d'Eichmann pour se mettre à fusiller Juifs et Tziganes par milliers »[307].

Cette conscience intime du droit est le fondement juridique ultime du régime. C'est cette conscience intime du droit qui explique *in fine* la non publication des ordres. À partir du moment où, comme nous allons le voir, légalité et éthique coïncident, où la loi est « *in interiore homine* », il n'est en effet plus nécessaire de publier des décrets ou des lois, ni même de formuler oralement des ordres : « si l'on pose en principe que la loi en vigueur est identique à l'éthique commune, telle qu'elle jaillit de la conscience de tous, il n'est assurément plus nécessaire de rendre publics les décrets. »[308] Ce qui doit être fait est dorénavant connu intimement. Ainsi, pour reprendre une formule ironique d'Hannah Arendt, « Il [l'habitant du IIIe Reich] devait développer une sorte de sixième sens pour savoir, à un moment donné, à qui obéir et de qui se moquer. »[309] Il va de soi qu'une longue préparation idéologique est nécessaire afin de développer en chacun cette conscience intime du droit totalitaire.

Ainsi, la volonté du Chef, qui est la norme fondamentale du Mouvement, s'incarne dans chacun des membres de la communauté par une conscience intime du droit.

Si nous synthétisons l'ensemble des remarques d'Hannah Arendt sur la légalité, il apparaît qu'il existe une classification totalitaire des « normes », une hiérarchie qui serait, par ordre croissant de légitimité à incarner le Mouvement, la suivante : en bas se trouvent les lois écrites et publiées, qui correspondent au droit de façade ; au-dessus, se trouvent les ordres, synonymes d'objectifs, écrits et publiés (qui peuvent prendre la forme de lois, des décrets ou d'ordonnances) ; au-dessus se trouvent

307 *Eichmann à Jérusalem*, op. cit. p. 1041
308 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 726
309 *Ibid.*, p. 732

les ordres écrits mais non publiés, c'est-à-dire tout l'ensemble de la législation secrète qui dirigent l'action des services de l'administration, mais surtout du parti ; au-dessus se trouvent les ordres prononcés oralement par le chef ; enfin, au sommet, se trouve l'ordre qui n'a été ni écrit, ni formulé oralement, à savoir la loi fondamentale du Mouvement, une loi qui est connue par chacun grâce à une conscience intime du Mouvement.

Contrairement à la hiérarchie des normes positiviste, cette classification ne repose pas sur le principe de la conformité à la norme supérieure. La validité d'une norme est indépendante des autres, et la hiérarchie entre elles n'est pas un principe juridique. Elle indique seulement le degré de participation nécessaire, mais non obligatoire, à la réalisation du Mouvement. La validité d'une norme est également temporaire. Une norme est en vigueur seulement tant qu'elle réalise la loi fondamentale du Mouvement, qui est la Loi supérieure. La réalisation de la loi supérieure remplace ainsi le principe positiviste, et statique, de conformité à la norme supérieure.

3 - Des interprétations divergentes de l'identité entre la loi et l'éthique

Comme nous venons de l'indiquer, la reconnaissance de la conscience intime de chaque individu comme d'un principe juridique, repose sur le principe que le Führer adressa aux juristes en 1933, et que Hans Frank formula ainsi : « l'État total doit ignorer toute différence entre la loi et l'éthique »[310]. Or cette maxime, qui est au centre de la conception totalitaire du droit, n'est pas interprétée de la même façon par la doctrine juridique nazie, Ernst Fraenkel, Franz Neumann et Hannah Arendt.

310 *Ibid*., p. 726

Pour la doctrine juridique nazie, la suppression de la différence entre la loi et l'éthique est le résultat de la suppression de la distinction entre la sphère privée et la sphère politique propre à l'État démo-libéral. Pour la « pensée libérale-individualiste du droit », la soumission aux lois est une obligation seulement extérieure, publique. Le citoyen demeure libre de ne pas s'y soumettre intérieurement, et de ne pas appliquer les lois s'il accepte la sanction qui correspond à son délit. La fidélité à l'État est donc une affaire morale privée, sans « noyaux juridiques ».

À l'inverse, dans l'État national-socialiste, « les devoirs de fidélité des partisans (*Gefolgschaft)*, du fonctionnaire, du camarade, par exemple, sont vitaux pour le droit d'un État du Führer, et sont, dans le plein sens du terme, des devoirs juridiques. »[311] La suppression de la différence entre la loi et l'éthique ne signifie donc pas que la loi a dorénavant un contenu éthique, mais que l'éthique est devenue une question juridique. Tout cas de conscience est une affaire d'État. Le lien de l'individu à l'État n'a ainsi plus la forme d'une loi générale et publique, mais celle d'un impératif catégorique moral.

Ce qui revient à dire que la soumission à l'État n'est pas seulement une obligation externe, mais également, et même primairement, intérieure. La loi, en tant qu'elle formule la relation attendue de l'individu à l'État, est « *in interiore homine* », pour reprendre l'expression de Giovanni Gentile. Cette condition étant remplie, alors l'État devient effectivement un État total.

Si l'on aborde cette identité entre la loi et l'éthique sous l'angle de l'opposition entre le droit positif et le droit naturel, cela signifie alors que tout conflit entre eux est impossible. Selon la doctrine juridique nazie, il y a une équivalence, une identité parfaite entre le droit positif et le droit naturel. La distinction entre le droit

311 *État, Mouvement, Peuple*, op. cit. p. 52

naturel et le droit positif serait ainsi l'une des nombreuses distinctions dont les juristes démocratiques et libéraux ont le secret, au même titre que la distinction entre droit privé-droit public, ou que la distinction entre Pouvoir judiciaire, législatif et exécutif.

La réalisation de l'identité absolue entre le droit naturel et le droit positif est rendue possible, selon la doctrine nazie, grâce à la réalisation d'une autre identité : celle entre l'universel et le particulier. C'est parce que le droit naturel est d'emblée, immédiatement, un droit naturel particulier, qu'il contient la totalité du droit positif (au sens de l'ensemble des règles objectives et nécessaires au développement propre et intrinsèque d'un peuple donné). Ces règles objectives deviennent des lois positives par l'action du Führer, qui « pose », rend explicite le droit naturel. Du moins si l'on en croit Roger Bonnard qui, comme l'avons vu[312], considère que le Führer est celui qui transforme, par sa seule volonté propre, le droit naturel en droit positif. L'identité entre le droit naturel et le droit positif est donc réalisée en la personne même du Chef, en tant qu'il est la personnalité communautaire unique qui a la fois connaît, et exprime les besoins, par principe légitimes, de son peuple.

Comme nous l'avons montré, cette « positivisation » du droit naturel par le Chef s'effectue, selon Hannah Arendt, soit de façon orale, soit sous forme écrite. Sous la forme écrite, ce droit positif peut prendre aussi bien la forme d'une loi, que la forme d'un décret, d'une ordonnance, d'un arrêté… peu importe, puisque selon Arendt, mais aussi selon Ernst Fraenkel et Franz Neumann, toutes ces formes du droit positif écrit nazi peuvent avoir une valeur juridique contraignante équivalente, contrairement aux normes hiérarchisées issues du positivisme de l'école keynésienne.

En conclusion, et pour en revenir à l'identité entre la loi et l'éthique exigée par la doctrine juridique nazie, elle signifie donc que tous les membres du Mouvement

312 Voir infra, Chapitre I

ont à répondre de leurs actes devant la communauté, son Chef et ultimement devant sa conscience.

3.1. La lutte d'Ernst Fraenkel contre le droit naturel nazi

Ernst Fraenkel est conscient que les nazis ont rendu caduque la distinction entre le droit positif et le droit naturel. Autrement dit que la bataille juridique contre le nazisme ne passe pas seulement par une analyse de ses rapports à la loi et aux normes, mais également par une analyse de ses valeurs et de ses principaux fondamentaux.

C'est pourquoi Ernst Fraenkel, après avoir détaillé la jurisprudence administrative, civile et pénale, et la soumission du Pouvoir judiciaire au Pouvoir exécutif, puis avoir présenté les caractéristiques de l'État normatif et sa distinction avec l'État à prérogative, cesse ensuite d'aborder le national-socialisme sous l'angle du contentieux et du droit positif. Il se tourne alors vers le droit naturel. Tel est l'objet de deuxième partie de *L'État Dual,* intitulée « La Théorie juridique du national-socialisme », où l'on comprend que par « théorie juridique », Ernst Fraenkel entend la théorie du droit naturel sous le national-socialisme.

C'est dans cette partie, dont la traduction française est produite dans le tome II, qu'Ernst Fraenkel aborde la question de l'identité entre la loi et l'éthique. Voici ce qu'il en dit :

> « En relation avec l'affirmation nationale-socialiste que la loi n'a pas de valeur intrinsèque par elle-même, il est à propos de citer la célèbre déclaration d'Hitler selon laquelle dans le Troisième Reich la loi et l'éthique sont identiques. Cependant, il ne faut pas oublier que ce dogme[313] a une double signification. D'un

313 Hitler proclama ce principe lors de l'assemblée des juristes allemands à Leipzig dans un discours célèbre (octobre 1933). Ce dogme, incidemment, rejette complètement la distinction kantienne entre légalité et moralité. Cf. Georg Rusche et Otto Kirchheimer, *Punishment and Social Structure* (New-York, 1939) p.

> côté, la phrase de Hitler peut signifier que la loi allemande contemporaine ne peut être valable qu'en tant qu'elle correspond à une maxime morale. D'un autre côté, cela peut signifier que, dans l'État national-socialiste, les normes éthiques ne peuvent être valables qu'en tant qu'elles sont en harmonie avec un système juridique qui est fondé sur ses propres valeurs. En réalité l'identification de la loi et de l'éthique dans le Troisième Reich a résulté de l'assimilation de la moralité à la loi nationale-socialiste. Ce point de vue a été exprimé sans ambiguïté dans la littérature nationale-socialiste. Par exemple, Dernedde écrit : "La proclamation actuelle de l'identité indissoluble de la loi et de l'éthique signifie l'intégration de ces deux catégories dans la communauté ethnique. C'est l'opposé d'une reconnaissance d'un droit naturel universel et trans-ethnique qui limite le pouvoir du législateur."[314] »[315]

Fraenkel, suite à ce constat, en conclut que la bataille contre la conception nationale-socialiste du droit passe nécessairement par une clarification de la question du droit naturel. En effet, puisque le fondement de l'identité entre la loi et l'éthique est la communauté ethnique, c'est-à-dire un droit naturel particulier qui irrigue le pouvoir législateur, il est nécessaire de connaître la spécificité du ce droit naturel nazi par rapport aux conceptions qui dominaient auparavant les États. Ce n'est pas en déniant l'existence d'un droit naturel nazi, mais au contraire en le reconnaissant et en le relativisant que l'on peut, selon Ernst Fraenkel, le combattre et en venir à bout. Aussi paradoxal que celui puisse paraître, l'illégalité et l'immoralité du nazisme étaient pour Ernst Fraenkel si certaines, qu'elles imposaient selon lui de s'interroger sur les principes d'action et les valeurs à son fondement.

L'analyse par Ernst Fraenkel des différentes conceptions du droit naturel est étonnante et très intéressante. Et d'une grande finesse. À défaut de pouvoir la soumettre à la longue enquête juridique et philosophique qu'elle mériterait, nous nous

179

314 Carl Dernedde, « Gesetz und Einzelanordnung », Ztschr. f.d. Ges. Staatsw., vol. 97, p. 377

315 *L'État Dual*, op. cit. Tome II, Traduction 1

contenterons de présenter la façon dont le juriste Ernst Fraenkel règle pour sa part ce qu'il appelle lui-même « le problème le plus profond de la théorie politique »[316].

La position de principe de la doctrine nationale-socialiste est la lutte contre le droit naturel, qu'il s'agisse du droit naturel issu de la religion chrétienne (II), ou du droit naturel séculier rationnel (I).

I – *L'opposition entre le national-socialisme et le droit naturel séculier.* Ernst Fraenkel fait remonter la tradition du droit naturel rationnel à Zénon qui

> « en vint à glorifier l'"Empire de la Raison" qui est indépendant des frontières politiques. Après la fondation de l'Empire romain, ce concept attira de nouveaux admirateurs comme Cicéron, Sénèque et Marc Aurèle et reçut son expression la plus importante dans le système juridique du Corpus Juris."[317]

Quant à la sécularisation du droit naturel, elle commença, selon Ernst Fraenkel, quand

> « Les hommes d'étude de la fin du Moyen Âge [examinèrent] la question de savoir si le droit est rationnel parce que c'est la volonté de Dieu ou si Dieu l'a voulu parce qu'il est rationnel. Les hommes d'étude choisirent finalement la dernière alternative et par ce choix ils préparèrent le terrain pour la doctrine de l'existence d'un droit rationnel indépendant de Dieu. »[318]

Ce droit naturel rationnel entra ensuite, avec Grotius, dans l'âge classique du droit naturel séculier, un droit naturel qui sera défendu aussi bien par Pufendorff, Frédéric le Grand, Rousseau, Kant et Fichte.

Selon Fraenkel, cette théorie du droit naturel sera combattue après la Révolution française, quand il devint évident qu'elle « pouvait aussi légitimer les attentes révolutionnaires ». Face au « radicalisme de la Révolution française », « le droit

316 *Ibid.*
317 *Ibid.*
318 *Ibid.*

naturel devint un objet de haine pour tous ceux qui avaient intérêt à la préservation du *statu quo*. »[319], comme Burke, qui influença Savigny et l'école historique du droit, et Hegel.

Si Savigny et Hegel, pour des raisons différentes, minèrent « la grande tradition allemande du droit naturel séculier », ils ne sont pas pour autant les précurseurs de la doctrine nationale-socialiste. Le premier parce que

> « l'idée qu'un droit doit être respecté parce qu'il a été respecté depuis longtemps et qu'il est soutenu par une vieille tradition est aussi étrangère au national-socialisme (qui est dirigé seulement par des considérations d'opportunités politiques) que la croyance au droit naturel rationnel. (…) Peu importe combien les théories rationnelles et traditionnelles de la souveraineté diffèrent, elles sont d'accord avec la reconnaissance du droit comme l'élément décisif de la vie politique et sociale. De ce point de vue, elles sont fermement opposées au national-socialisme, qui déclare que le droit n'a pas de valeur intrinsèque. Ainsi, il y a un abime infranchissable entre le respect traditionaliste du droit irrationnel et le mépris irrationnel du droit traditionnel. »[320]

Quant à Hegel, Ernst Fraenkel souligne que « les philosophes nationaux-socialistes ne sont en aucun cas unanimes dans leur attitude vis-à-vis de Hegel. » D'un côté, il y a un point commun entre la doctrine nationale-socialiste du droit naturel et Hegel :

> « L'idée de Hegel que l'essence de l'État est politiquement déterminée par son antagonisme à l'encontre des autres États était entièrement étrangère à la théorie rationnelle du droit naturel. Ce qui semblait essentiel du point de vue du droit naturel, à savoir la coopération des citoyens pour la promotion de buts pacifiques, n'est pas reconnu par Hegel comme appartenant au domaine de l' « État ». Hegel va même si loin qu'il attaque les théoriciens contemporains de l'État parce qu'ils identifient l' « État » avec la société civile. La thèse de Hegel s'oppose à l'idée de Kant d'une paix sûre et permanente grâce à la construction d'une ligue des

319 *Ibid.*
320 *Ibid.*

nations. Hegel explique que même une ligue des nations est vouée à avoir des ennemis parce que l'antagonisme entre États est une caractéristique essentielle de tout État. Tant que l'État est individuel Hegel croit qu'il peut seulement être conçu comme un ennemi des autres États. Hegel insiste sur le fait que, par définition, un État se crée des ennemis. »

C'est donc le lien établi par Hegel entre le politique et la notion d'ennemi qui explique les relations entre le national-socialisme et l'hégélianisme. En revanche, et d'un autre côté, « dans la mesure où le national-socialisme donne un contenu spécifique à son concept de politique (comme dans sa théorie raciale et dans sa théorie "du sang et du sol"), pas la moindre relation n'existe. »[321] Ainsi, la critique de la tradition classique du droit naturel par Hegel est distincte de la rupture nazie ultérieure avec cette même tradition.

Quoi qu'il en soit, la conclusion de cette histoire de la théorie du droit naturel rationnel et séculier est qu' « en plus du droit naturel social et rationnel, nous pouvons ajouter à la longue liste des variantes historiques un droit naturel communautaire et irrationnel, fondé sur la biologie »[322] , qui correspond à la conception nazie du droit naturel. Cette nouvelle variante, nazie, du droit naturel s'oppose au droit naturel rationnel et séculier, à tel point qu'Ernst Fraenkel parle de deux « idéaux-types ». Les caractéristiques de ces deux conceptions du droit naturel sont ainsi récapitulées[323] :

	Droit naturel séculier classique	**Droit naturel nazi**
Type	Droit naturel social et rationnel	Droit naturel communautaire et irrationnel
La **nature** est conçue comme	le sujet d'un contrôle rationnel	une force aveugle soumettant les hommes et les choses à sa contrainte

321 *Ibid.*
322 *Ibid.*
323 Seules les entrées de ce tableau ne sont pas d'Ernst Fraenkel

La **science de la nature** de référence	Physique newtonienne classique	La biologie évolutionniste
L'**état de nature**	part du principe de l'individu isolé vivant dans une lutte constante avec tous les autres individus isolés sauf quand la guerre d'un contre tous est remplacée par un ordre créé par un acte délibéré de la raison	enseigne qu'il existe un ordre harmonieux parmi les individus, fondé sur des impulsions naturelles. Il a pour origine et prend forme dans l'impulsion spontanée des membres de la communauté (*Wesenswillen*)
Le **droit** est	la source première de la coopération humaine	une manifestation de la communauté, dont la cohésion est fonction d'autres forces que celle du droit. Le droit, au mieux, a une fonction de renforcement.
Le **pouvoir du droit naturel** est	suprême. En tant que manifestation de l'omnipotence de la raison il est illimité. Le droit naturel social représente le triomphe de l'esprit sur le corps ; il méprise les impulsions biologiques parce qu'il n'existe que par leur suppression. En réalité, sa légitimation repose sur la suppression de ces impulsions.	délégué. Son contenu est déterminé par les forces terrestres qui lui ont donné naissance. D'elles, il tire sa domination, qui est limitée aussi bien temporellement que spatialement. Le droit naturel communautaire rejette la raison si la raison questionne la légitimité de ces instincts biologiques sur l'approbation desquels le droit naturel communautaire est fondé.

La **portée** du droit naturel est	universelle. Des limitations du domaine du droit créeraient une ère d'anarchie. La prévention de l'anarchie est l'essence même du droit naturel social. Le droit naturel social est valable pour le monde entier (*jus gentium*).	limitée dans l'espace et le temps et aux personnes concernées. La conscience communautaire à laquelle il doit son existence émerge seulement au cours de la distinction avec d'autres communautés.
La distinction entre **le droit naturel et le droit positif**	Le *jus gentium* comme droit naturel est distinct du *jus civile* comme droit positif.	Puisque le droit naturel communautaire s'applique seulement à un groupe social particulier, c'est le droit particulier qui est le droit naturel, tandis que le droit international est par définition le droit positif.
Relativement aux **individus**, le droit naturel est	égalitaire. Il présuppose l'existence d'individus égaux et rationnels qui ont voulu d'un commun accord la création du droit.	non-égalitaire en analogie avec la famille qui est la forme élémentaire de la communauté et qui est organisée sur le fondement d'une relation inégale entre ses membres.
Droit naturel, peuple et État	la nation apparaît comme une pluralité de citoyens qui forment un groupe unifié en vertu de leur citoyenneté commune. Le peuple (*Volk*) est un concept juridique dérivé de l'État, qui est juridique par nature	l'État est seulement la forme superficielle de l'unité essentielle de tout *Volksgenossen* (camarades ethniques). La communauté ethnique est une entité biologique qui existe même quand elle n'est pas organisée en État. L'État est un phénomène organique dérivé de la communauté ethnique biologique.

On comprend donc qu'il y a non seulement une conception spécifiquement nazie du droit naturel, mais qu'elle est aussi en rupture complète avec la tradition séculière du droit naturel.

II – Concernant *les rapports entre le national-socialisme et la doctrine chrétienne du droit naturel*, Ernst Fraenkel considère que « bien que les nombreuses églises et sectes aient adopté des attitudes différentes à l'égard du droit naturel, aucune ne l'a jamais complètement répudié. »[324], contrairement au nazisme.

Selon le juriste, l'Église catholique, « en tant qu'héritière de l'*Imperium Romanum* »[325], reprit la théorie stoïcienne du droit naturel. Pour en faire l'un de ses principaux dogmes, elle forgea la théorie médiévale du « droit naturel relatif », selon laquelle

> « L'homme fut incapable, après la Chute, d'acquérir à nouveau le droit naturel pur de son état antérieur. C'est pourquoi il dût se contenter du droit naturel « relatif », bien qu'il lui fut encore accordé le privilège de lutter pour s'approcher le plus possible d'un état de droit naturel « absolu »[326].

Cette distinction entre le droit naturel relatif et le droit naturel absolu se traduisit par une scission entre, d'un côté, les sectes chrétiennes « qui croyaient en l'existence d'une communauté régulée par les principes d'un droit naturel absolu »[327] et, de l'autre, l'Église catholique.

Quant au luthérianisme, « considérant que la régulation juridique des relations interhumaines est une affaire mondaine supportant la pression de l'immoralité », il

> « prêchait une obéissance inconditionnelle au régime séculier. Cette "glorification conservatrice extrême de l'autocratie" (Troeltsch) par le luthéranisme était la conséquence d'une attitude qui n'accorde qu'une importance insignifiante aux affaires du monde. Pour le luthéranisme, le vrai christianisme réside dans l'âme intérieure de l'homme (« *Innere Herzenschristlichkeit* »). Elle est indépendante de l'ordre juridique et politique du monde temporel tant que la liberté de conscience religieuse n'est pas violée. Le chrétien doit se soumettre humblement à un régime

324 *Ibid.*
325 *Ibid.*
326 *Ibid.*
327 *Ibid.*

sévère et injuste qu'il doit considérer comme une punition imposée par le Seigneur. Mais toute restriction de la liberté de conscience constitue une attaque des principes fondamentaux du droit naturel chrétien. »[328]

Selon Ernst Fraenkel, les partisans les plus farouches au national-socialisme furent les sectes chrétiennes professant un droit naturel absolu. Il en veut pour preuve le sort réservé aux Témoins de Jéhovah, qu'il présente ainsi :

« Ces sectaires, dont le pacifisme absolu exige d'eux de fuir tout compromis et dont l'adoration exclusive de Jéhovah implique la négation de toute sorte d'autorité séculière, doivent être considérés comme l'incarnation d'un comportement exclusivement en accord avec les normes dérivées d'un droit naturel absolu. Aucun groupe illégal en Allemagne n'est si inflexiblement opposé au national-socialisme que cette secte obstinée. Son développement rapide doit être interprété comme une réaction contre la négation méprisante de tous les principes du droit naturel par le Troisième Reich. Seul cet antagonisme fondamental explique la haine profonde du national-socialisme pour les Témoins de Jéhovah, qui sont devenus de vrais martyrs dans les guerres religieuses de l'Allemagne contemporaine. »[329]

Concernant, ensuite, l'opposition du national-socialisme au droit naturel relatif défendu par l'Église catholique, elle s'explique, selon Ernst Fraenkel, par l'opposition entre un droit naturel rationnel, à l'origine du droit naturel relatif catholique, et un droit naturel irrationnel et revient donc à l'analyse précédente du rapport du national-socialisme avec le droit naturel rationnel séculier.

Concernant, enfin, le rapport du national-socialisme au luthérianisme, Fraenkel considère que le conflit de la doctrine nationale socialiste avec l'Église confessante

« fut plus surprenant, en particulier si l'on tient compte du fait que l'Église luthérienne a non seulement échoué à résister au régime national-socialiste, mais l'a en réalité secondé dans les premières phases du Troisième Reich. L'Église

328 *Ibid.*
329 *Ibid.*

> luthérienne en Allemagne est à présent divisée en deux groupes selon leur comportement à l'égard du national-socialisme : les « chrétiens allemands » ont capitulé devant les exigences du régime national-socialiste, alors que l'Église confessante, peu après l'accès d'Hitler au pouvoir, est entrée en opposition avec les doctrines nazies. Cependant, comparé avec la résistance absolue des Témoins de Jéhovah, l'attitude de l'Église confessante semble assez ambiguë. Sa résistance est limitée à la défense de la liberté chrétienne de la foi religieuse et elle ne fit pas opposition à la dissolution du *Rechtsstaat* et à l'établissement de la tyrannie. Elle s'est abstenue d'agir ainsi quand c'était encore possible. L'Église confessante est une Église luthérienne et pour cette raison il ne pouvait en être autrement. »[330]

Bref, si le conflit entre l'Église confessante et le national-socialisme n'est pas aussi radical que celui qui oppose ce dernier aux partisans du droit naturel absolu, c'est parce que Luther prônait la soumission du chrétien au pouvoir temporel, même tyrannique.

Il n'en demeure pas moins que le conflit entre l'Église confessante et le national-socialisme est central pour comprendre le droit naturel nazi. Selon Ernst Fraenkel, ce conflit s'explique par deux raisons majeures. La première est que la doctrine nationale-socialiste fut élaborée par des catholiques apostats qui, comme

> « le philosophe existentialiste Heidegger, le juriste Carl Schmitt, le propagandiste Goebbels, et beaucoup d'autres intellectuels dirigeants nationaux-socialistes ont essayé de désintégrer la solide structure du catholicisme qui avait formé leur développement spirituel. En tant qu'apostats d'une théorie de l'État fondée principalement sur le droit naturel, ils ont adopté l'idée prussienne de l'État avec l'enthousiasme passionné des convertis. Puisque cette idée prussienne de l'État a été élaborée largement par des penseurs luthériens, ces convertis, en tant qu'anciens catholiques, furent incapables d'apprécier la limite spécifiquement luthérienne au pouvoir de l'État : à savoir, la liberté de conscience. »[331]

La seconde raison, la plus importante, est que le national-socialisme exige de ses membres une fidélité (au sens de foi, *fides*) à l'égard de la communauté et de son

330 *Ibid.*
331 *Ibid.*

Chef qui est en contradiction directe, non seulement avec la liberté de conscience des luthériens, mais avec l'ensemble des doctrines chrétiennes du droit naturel :

> « Le national-socialisme a toujours voulu et veut toujours reconnaître les revendications du christianisme sauf quand elles sont en désaccord avec l'article 24 du programme du parti national-socialiste, qui exige que la religion chrétienne se soumette aux nécessités vitales du peuple allemand. Ainsi, dans le domaine religieux nous trouvons la même réserve que dans le domaine de la loi, la supériorité potentielle des considérations politiques qui incite le national-socialisme à combattre les représentants de toutes les idéologies influencées par les doctrines du droit naturel. (…) Le national-socialisme refuse de considérer les valeurs éthiques ou religieuses (telles qu'elles sont présentes dans le système juridique) comme absolues. La valeur d'une religion n'est pas jugée selon sa vérité intérieure mais selon son efficacité politique. La haine de Ludendorff à l'égard du christianisme repose sur l'hypothèse que dans la prochaine guerre le christianisme serait incapable de pratiquer l'exploitation maximum des ressources psychologiques du soldat. Durant le congrès du parti de Nürnberg en 1937, Hitler indiqua que "tant que nous lui attribuons une existence éternelle, le *Volk* est l'incarnation de la valeur ultime (…) les religions ont de valeur seulement si elles aident à préserver la substance vivante de l'humanité". »[332]

Selon Fraenkel, cette position de la doctrine nationale-socialiste à l'égard des religions, à savoir la substitution « aux valeurs humanistes du droit naturel d'une idée de l'utilité restreinte nationalement », signifie que le national-socialisme est en réalité paganiste, si l'on entend par paganisme « une religion orientée vers les exigences de l'État tribal ». Dit autrement, le refus national-socialiste « du caractère absolu à toutes valeurs, sauf celles qui sont politiques, et de les reconnaître seulement en tant qu'elles servent des buts politiques », justifie la conclusion que « le Troisième Reich

332 *Ibid.*

préfère une divinité locale à un Dieu universel, le Xenothéisme plutôt que le Monothéisme »[333].

Pour conclure, la reconnaissance, par Ernst Fraenkel, d'une doctrine nationale-socialiste du droit naturel, en rupture avec les deux traditions, séculière et chrétienne, du droit naturel, interroge la controverse ultérieure entre H.L.A. Hart et Lon Fuller. Il apparaît en effet que la défense du droit naturel pour lutter contre le système juridique nazi n'est pas suffisante. Une définition de la conception du droit naturel défendu par le droit positif anti-totalitaire est également nécessaire. Par ailleurs, le fait que les nazis aient élaboré une doctrine du droit naturel spécifique remet en cause la théorie d'une absence de droit nazi. Si le droit positif est attaqué par la doctrine juridique nazie, le droit naturel de la communauté est en revanche reconnu et suivi. Ainsi, l'identité entre la loi et l'éthique ne signifie pas la fin du droit au profit de la « morale », mais plutôt la primauté du droit naturel communautaire sur le droit positif.

3.2. La défense du jus naturalisme par Franz Neumann

Pour Franz Neumann, la maxime « l'État total doit ignorer toute différence entre la loi et l'éthique » conduit à remettre en question l'idée d'un droit totalitaire. Le raisonnement de Franz Neumann est toutefois ambivalent. Il distingue en effet « deux conceptions du droit : l'une est politique, l'autre rationnelle. Au sens politique, le droit est toute mesure d'un pouvoir souverain, quel que soit son contenu ou sa forme. (…) Le droit est alors purement et simplement synonyme de volonté. »[334]

333 *Ibid.*
334 *Béhémoth*, op. cit. p. 413

En ce sens, il existe effectivement un droit national-socialiste, puisque la volonté du Führer est reconnue comme le centre du droit. La loi est l'ordre donné par lui, qu'il soit écrit ou oral. En revanche,

> « Le concept rationnel de droit, au contraire, se détermine par sa forme et son contenu, non par son origine. Tout acte du souverain ne relève pas du droit. En ce sens, le droit est une norme intelligible à la raison, ouverte à l'entendement théorique, contenant un postulat éthique, et d'abord celui d'égalité. Le droit est raison et volonté. »[335]

Ce postulat éthique de l'égalité de tous devant la loi ne doit pas être interprété comme une union entre droit et morale. Au contraire, la fonction éthique de la loi, en tant que règle générale identique pour tous, « réside dans la scission totale entre légalité et moralité. »[336] Car les conceptions morales n'étant pas identiques pour tous, seul un droit a-moral peut prendre la forme d'une loi générale. C'est pourquoi la scission entre droit et moralité est au fondement des théories de Rousseau, Hobbes, Pufendorf et Kant (pour reprendre les exemples de Franz Neumann), qui tous ont défendu une conception rationnelle, et non politique, du droit. Or « la négation absolue de la généralité de la loi est la clé de voûte de la doctrine national-socialiste en matière de droit »[337]. Au nom du droit concret, le droit national-socialiste ne porte en effet que sur des cas particuliers, ce qui conduit Franz Neumann à remettre en question le fait qu'il s'agisse d'un droit. Ainsi, la suppression nazie de la distinction entre la loi et l'éthique n'est pas l'expression d'une nouvelle conception du droit, mais en réalité un instrument de terreur.

> Car « l'on ne peut maintenir l'identité du droit et de la moralité que dans une société totalement homogène, dans un groupe religieux par exemple, régi par un système de valeurs universellement admises au sein du groupe. (…) Par contre,

335 *Ibid*., p. 413
336 *Ibid.*, p. 416
337 *Ibid.*, p. 423

> dans une société antagonique, où les convictions morales ne cessent de s'opposer, une identité supposée entre les deux systèmes normatifs n'est qu'un moyen de terroriser les consciences. »[338]

Neumann en conclut que « nous devons nier l'existence du droit dans l'État fasciste »[339] (l'expression « État fasciste » étant ici employée, comme c'est souvent le cas dans *Béhémoth*, comme synonyme d'État total) : « L'édifice juridique national-socialiste n'est qu'une technique de manipulation des masses par la terreur » et un ensemble de règles techniques, mais non juridiques, permettant d'harmoniser la vie en société.

Si on lit ces lignes de Franz Neumann à la lumière de la controverse ultérieure entre H.L.A. Hart et Lon Fuller, nous pourrions dire que Franz Neumann adopterait plutôt la position de Lon Fuller. Car pour l'un comme pour l'autre de ces deux juristes, on ne peut parler de Droit en général, c'est-à-dire aussi de justice, que si le droit positif, ou du moins le droit en vigueur, celui sur lequel les hommes peuvent parler et s'entendre, n'est pas au moins limité, borné, définit par des valeurs morales.

3.3. Hannah Arendt face à la doctrine juridique nazie

Pour Hannah Arendt enfin, la maxime hitlérienne « l'État total doit ignorer toute différence entre la loi et l'éthique » ne doit pas être interprétée comme une intégration de la « morale » au sein du droit. Elle distingue en effet rigoureusement l'éthique de la morale. Alors qu'Ernst Fraenkel distingue le droit naturel séculier et chrétien d'un côté, et le droit naturel communautaire d'un côté, Hannah Arendt parle elle d'États de droit fondés sur la morale d'un côté, et les mouvements totalitaires fondés sur l'éthique de l'autre.

338 *Ibid.*, p. 416
339 *Ibid.*, p. 423

Selon Hannah Arendt, la morale est « la *lumen naturale* ou la voix de la conscience, grâce auxquelles la Nature ou la divinité, en tant que sources d'autorité pour le *jus naturale* ou les commandements historiquement révélés de Dieux, sont censées faire connaître leur autorité en l'homme lui-même. »[340] Cette moralité inspire l'État de droit traditionnel en tant que les lois positives dérivent de cette source supérieure.

En effet, les régimes légaux classiques sont, selon la philosophe, des systèmes à trois étages. Au sommet se trouvent les sources de l'autorité, qu'il s'agisse de la loi divine, du *jus naturale* ou des coutumes et des traditions. Ces sources d'autorité se caractérisent non seulement pas leur transcendance, mais aussi par leur permanence et leur éternité.

Au-dessous, au deuxième rang se trouvent les lois positives qui

> « sont requises pour traduire et réaliser l'immuable *jus naturale* ou les éternels commandements de Dieu à travers les normes de bien et de mal. C'est seulement dans ces normes, dans le corps des lois positives de chaque pays, que le *jus naturale* ou les Commandements de Dieu parviennent à leur réalité politique. »[341]

Ces lois positives ne sont pas aussi permanentes que les sources d'autorité qu'elles traduisent en normes de bien et de mal. Elles sont « changeantes et changeables au gré des circonstances ». Mais elles n'en possèdent pas moins « une relative permanence en comparaison des changements bien plus rapides qui affectent les actions humaines. »[342] Elles ont par ailleurs la caractéristique d'être des lois générales.

Cette généralité les distingue du troisième et dernier niveau, constitué par l'ensemble des cas particuliers et concrets des actions humaines. Les lois positives ne peuvent, par leur généralité, embrasser la totalité de ces cas individuels. Il y en dérive, à ce troisième niveau, un écart entre légalité et justice : l'application de la loi peut être

340 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 816-817
341 *Ibid.*, p. 819
342 *Ibid.*, p. 817

conforme à la légalité sans pour autant être conforme à l'idéal de justice, qui continue à exister indépendamment des lois dans la conscience morale de chaque homme.

Selon Hannah Arendt, dans les régimes totalitaires, l'éthique remplace la morale. L'éthique ne signifie pas ce qui est conforme au *jus naturale* ou aux commandements de Dieu. Est éthique seulement ce qui est conforme à la loi du Mouvement, à savoir la loi de la sélection naturelle chez les nazis (loi de la Nature) et la loi de la lutte des classes (loi de l'Histoire) en Union soviétique. Cette loi supérieure du Mouvement occupe la place des anciennes sources de l'autorité, le *jus naturale* ou la loi divine.

Ainsi, les systèmes totalitaires ne sont pas des systèmes dépourvus de loi. La loi transcendante du Mouvement est au contraire omniprésente. Ils ne substituent pas non plus un ensemble de lois positives à un autre. Ce qu'ils effectuent, c'est une modification de la définition même de loi. La loi n'est plus comprise comme un cadre stable face aux actions humaines sans cesse changeantes. Au contraire, « les lois sont devenues des lois de mouvement. »[343] La loi supérieure, transcendante, est un mouvement infini et linéaire selon lequel seule la race la plus apte, ou la classe la plus progressiste, survit.

Par ailleurs, cette loi du Mouvement est directement appliquée à l'ensemble des hommes, sans passer par l'intermédiaire de lois positives. La loi du Mouvement n'est pas traduite en normes, mais directement réalisée par des décisions et des actions. Ainsi, le niveau des lois positives, qui dans l'État de droit traditionnel était l'intermédiaire entre les sources transcendantes de l'autorité et les actions humaines, est supprimé dans les régimes totalitaires. Il est remplacé, selon Hannah Arendt, par la terreur, qui réalise la loi supérieure du mouvement en éliminant les races ou des classes

343 *Ibid.*, p. 817

que cette loi a jugées inaptes. Car pour les régimes totalitaires, la loi supérieure du mouvement de la Nature ou de l'Histoire ne doit pas être appliquée, mais réalisée.

L'absence de différence entre la loi à l'éthique ne signifie donc pas une réduction de la loi (au sens large de l'ensemble des normes, ou des lois positives) à l'expression des principes éthiques qui gouvernent l'État total. Il n'y a pas réduction, ou redéfinition du domaine de la loi, mais substitution de l'éthique à la loi. La soumission aux nouveaux principes éthiques (la lutte des classes et la sélection naturelle) a dorénavant force de loi. Il en dérive que la légitimité vaut comme légalité. Si l'on définit en effet la légitimité comme la conformité à des principes éthiques, toute action ou toute décision qui est prise conformément à l'éthique nationale-socialiste ou soviétique est non pas légale, mais légitime. Ou plutôt légale, parce que légitime.

Sur ce point Hannah Arendt se rapproche de Franz Neumann, qui remarquait déjà que « le national-socialisme ne cherche d'ailleurs pas à agir légalement et conformément au système constitutionnel dominant. Il se réclame d'une autre notion, la « légitimité » »[344]. Cette définition de la légitimité comme légalité s'exprime dans le slogan : « le droit est ce qui est bon pour le mouvement »[345] . La conception totalitaire du droit selon Hannah Arendt repose donc sur la supra-légalité du Mouvement. La loi supérieure du mouvement exprime l'éthique à laquelle se conforment le Chef et la communauté.

L'identité entre la loi et l'éthique, ou la substitution de l'éthique aux lois positives implique également la suppression de la distinction traditionnelle entre droit naturel et droit positif. Dans les régimes totalitaires, le droit naturel ne se conçoit plus comme un ensemble de valeurs distinctes des lois positives de l'État. Le droit naturel a force de loi, à savoir cette loi supérieure, et dynamique, de la Nature ou de l'Histoire

344 *Béhémoth*, op. cit. p. 66
345 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 748

que les régimes sont chargés de réaliser. Cette fusion du droit naturel et du droit positif donne naissance à un nouveau droit, le droit concret selon la terminologie de Carl Schmitt.

Si l'on compare, pour conclure, ce modèle arendtien du totalitarisme à la vision du droit de la doctrine juridique nazie, il semble s'inscrire plus en continuité qu'en rupture. Quand les nazis parlent d' « ordonnancement vital », Arendt parle de la loi supérieure du Mouvement, avec cette différence qu'Hannah Arendt considère que « l'ordonnancement vital du peuple » est un principe transcendant, et non un principe immanent comme l'affirment les théoriciens du nazisme. Quant à la suppression du niveau des lois positives, il est en accord avec la lutte contre le positivisme juridique lancée par la doctrine allemande. Plutôt qu'un nouveau modèle, Hannah Arendt propose donc une traduction désidéologisée des principes juridiques du Troisième Reich.

*

En conclusion de ces analyses sur la conception du droit et de la loi des systèmes totalitaires, il apparaît qu'Hannah Arendt, comme ses prédécesseurs, considère qu'il existe une conception et une pratique spécifiquement totalitaire du droit. Selon *Les Origines du totalitarisme*, la structure normative totalitaire repose sur la loi fondamentale du Mouvement, qui est exécutée par le Chef. Cette exécution prend la forme de décisions souveraines, qui peuvent être soit de droit oral privé (les décisions orales prises en conseil, « propos de table » inclus), soit de droit écrit secret (les décrets, ordres, ordonnances, commandements, directives, « à l'usage exclusif des services concernés »), soit de droit écrit public (la législation publiée, par de voie de presse, à l'intention de tous les membres du Mouvement), soit, enfin, de droit oral public (les interventions radiophoniques, télévisées, ou filmées du chef). Grâce à cette structure

normative originale, ainsi qu'à l'organisation du pouvoir que nous allons à présent examiner, se développe dans chaque membre de la communauté raciale ou de la classe une conscience intime du droit qui remplace le jugement moral et l'application du droit dans les États classiques.

Ce caractère polymorphe du droit positif totalitaire s'explique quant à lui par le primat du droit naturel sur le droit positif. L'identité proclamée entre la loi et l'éthique signifie que l'ordonnancement vital du peuple, synonyme de droit naturel communautaire, devient la loi supérieure du Mouvement totalitaire dans son ensemble. Une loi supérieure dont la nécessité et l'objectivité fait dorénavant loi. Ce n'est donc pas à une suppression du droit que l'on assiste, mais à un autre système juridique.

Chapitre III – L'organisation du pouvoir

Selon Hannah Arendt, la conception totalitaire du droit, ce n'est pas seulement une nouvelle définition de la loi, ni une nouvelle classification des décisions et des normes. C'est aussi, et même surtout, une nouvelle organisation du pouvoir, qui requiert à ce titre un examen particulier. Car « le pouvoir, tel que le conçoit le totalitarisme, réside exclusivement dans la force produite par l'organisation. »[346] La question de la forme de cette organisation est donc centrale. Ou plus exactement première. Le pouvoir totalitaire réel ne réside pas, en effet, dans l'élaboration, l'application et le contrôle des normes, comme c'est le cas dans l'État de droit. Il réside primairement dans les principes et les règles de l'organisation. L'organisation du pouvoir prime donc sur sa normation. Nous appellerons les principes régissant la mise en forme de cette organisation « le droit de l'organisation ».

Commencer, comme nous l'avons fait, par l'analyse de la structure normative du totalitarisme, serait par conséquent, du point de vue des nazis, un contre-sens hérité d'une conception positiviste de l'État. Nous avons néanmoins maintenu cet ordre d'examen pour montrer comment les systèmes totalitaires s'inscrivent en rupture avec les Etats de droit classiques, sachant que cette rupture avec la tradition est l'une des idées maîtresse de Hannah Arendt. Mais, selon les juristes nazis, l'organisation du pouvoir devrait plutôt être le chapitre premier de tout manuel de droit totalitaire digne de ce nom. Telle est en tout cas la raison pour laquelle Hannah Arendt attribue la palme de « la meilleure conceptualisation de la pratique « légale » nazie » à Theodor Maunz,

346 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 756

et non à Hans Frank, Carl Schmitt, Karl Larenz, Reinhard Höhn[347], ou à Forsthoff, Huber…

L'ouvrage de Theodor Maunz, *Gestalt und Recht der Polizei* (1943), traduit par *Structure et droit de la police*[348], appartient au droit de l'organisation, et au seul droit de l'organisation. C'est dans la structure juridique et organisationnelle d'une politique déterminée, en l'espèce celle de la police, que se trouve, selon Theodor Maunz, le véritable pouvoir du totalitarisme.

Du point de vue de la tradition juridique du droit public, l'organisation du pouvoir concerne à la fois le droit constitutionnel (par le biais de la distinction entre le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire) et le droit administratif (par la définition des prérogatives, des fonctions et des organes des pouvoirs exécutif et judiciaire). Selon la conception totalitaire du droit, du moins telle que nous l'avons dégagée dans les chapitres précédents, la distinction entre droit constitutionnel et droit administratif doit être abandonnée, au profit de la distinction entre la loi fondamentale du Mouvement et les principes de son exécution. Le Pouvoir exécutif n'est pas un pouvoir distinct des autres pouvoirs, législatif et judiciaire. La notion de séparation (du pouvoir) est abandonnée, au profit de celle d'organisation. Le Pouvoir exécutif est le seul pouvoir existant. Légiférer, juger, coordonner, emprisonner, diriger, contrôler, tout relève du Pouvoir exécutif. Le Pouvoir exécutif n'a qu'une limite, le Chef, auquel il est directement subordonné. Ce pouvoir non pas exécutif, mais plutôt d'exécution des objectifs et des ordres du chef s'appelle la « force de l'organisation », ou l' « organisation » en général.

Carl Schmitt, dans *État, Mouvement peuple*, n'entre pas dans le détail du droit de l'organisation. Il se contente d'indiquer que le Pouvoir exécutif a absorbé en lui

347 Sur Reinhard Höhn, voir *Ibid.*, p. 720
348 *Eichmann à Jérusalem,* op. cit. p. 1042

les Pouvoirs exécutif et judiciaire. Mais il ne dit pas comment, concrètement, cette organisation, et ses différents services, fonctionnent. Seuls Ernst Fraenkel et Franz Neumann analysent en détails ce fonctionnement. Du moins, c'est seulement aux théoriciens de l'autorité duale et à Franz Neumann qu'Hannah Arendt fait expressément référence quand elle examine l'organisation du pouvoir.

Selon elle, deux courants juridiques doivent être distingués. D'un côté, les « dualistes » (Robert H. Jackson, Ernst Fraenkel) considèrent que les régimes totalitaires sont organisés selon le principe d'une division claire et stable entre un pouvoir apparent (l'État) et un pouvoir réel (le parti). Deux séries parallèles de services cohabitent. L'administration d'État et les organisations du parti se répartissent matériellement le pouvoir, chaque colonne de services ayant en charge des politiques déterminées et exclusives.

À l'opposé de cette interprétation dualiste de l'organisation totalitaire du pouvoir, les « sceptiques » (comme Franz Neumann) pensent que ces régimes ne possèdent pas de forme d'organisation fixe (*shapelessness*). Ils ne sont qu'un dédale kafkaïen de services multiples et variés, qu'il s'agisse des services de l'État ou du parti. Sans une connaissance historique approfondie ou une « conscience intime » du Mouvement, il est donc impossible de dresser un schéma clair et permanent de l'organisation du pouvoir. Les fonctions, la position hiérarchie et le(s) moyen(s) d'exécution d'un service sont opaques et transitoires.

Hannah Arendt va critiquer autant Franz Neumann (1) qu'Ernst Fraenkel (2) pour défendre une théorie originale, nouvelle, concernant l'organisation totalitaire du pouvoir. Il s'agit de la fameuse « structure en oignon », selon l'expression (et la traduction française consacrée) invariablement utilisée par Hannah Arendt de 1951 à 1963, des *Origines du totalitarisme* à *Eichmann à Jérusalem* (3).

1 - Franz Neumann et la théorie du gouvernement informe

1.1. Un gouvernement informe ?

Parmi tous ceux qui ont souligné « l'étrange « informité » (*shapelessness*) du gouvernement totalitaire », Hannah Arendt cite, à côté du président tchèque Thomas Masaryck qu'elle considère comme l'un des précurseurs de la théorie de « l'absence complète de système »[349], le juriste Franz Neumann. Ce qui est très surprenant pour un lecteur du *Béhémoth*. Pour deux raisons. La première, c'est que, contrairement à ce qu'Hannah Arendt avance, Franz Neumann n'a jamais défini les gouvernements totalitaires comme des régimes dépourvus de forme. Le soin qu'il prend à détailler l'organisation administrative, politique, capitalistique et militaire du national-socialisme le montre déjà. Lui-même, surtout, l'affirme :

> « Notre tâche consistera à montrer (…) qu'il existe une structure politique et constitutionnelle définie, bien que cette structure ne corresponde à aucune catégorie rationnelle de la pensée politique telle que nous la connaissons, qu'elle soit libérale, absolutiste, démocratique ou autocratique. »[350]

La seconde raison, c'est que Franz Neumann s'inscrit beaucoup plus dans la lignée des théoriciens de l'autorité duale qu'il ne s'y oppose, contrairement à ce qu'Hannah Arendt affirme.

Pour mieux le comprendre, rappelons les principales caractéristiques de l'organisation nationale-socialiste du pouvoir selon Franz Neumann.

En 1942, dans la première édition de *Béhémoth*, Franz Neumann considère que les nazis ont pratiqué deux formes d'organisation distinctes. La première est celle qui a prévalu en 1933 et 1934. Pendant ces deux « années qu'Hitler définit comme

349 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 727
350 *Béhémoth*, op. cit. p. 84

période de stabilisation du pouvoir »[351], le national-socialisme est organisé comme un État totalitaire. À l'instar des fascistes, les nazis considèrent que l'État, à la fois ordre absolu de domination et « entité veillant aux intérêts de la totalité »[352], est uni à la volonté de la communauté populaire. Le parti prend alors possession de l'appareil d'État. L'État et le parti coïncident. Mais à partir de la nuit des longs couteaux (30 juin 1934), le national-socialisme entre dans une nouvelle phase, au cours de laquelle il se distingue du fascisme pour acquérir ses caractéristiques propres. « Les exigences du parti et celles de l'État totalitaire » deviennent alors « contradictoires »[353]. La théorie et l'expression d' « État totalitaire » sont critiquées, et abandonnées, au profit de celles du « Mouvement » incarné dans le parti. État et parti cessent alors définitivement de coïncider. Ce qui donne naissance à une nouvelle forme d'organisation, qualifiée par Franz Neumann d'« énigme »[354].

Dans la première partie de *Béhémoth,* Franz Neumann résout cette énigme à la façon des « dualistes ». Tout comme ces derniers, il distingue un pouvoir apparent et un pouvoir réel : en apparence, c'est-à-dire selon la loi[355], le parti et l'État demeurent unis. En réalité, le parti est un pouvoir autonome et souverain à côté de l'État, qui continue à exercer souverainement son pouvoir[356]. Une analyse juridique des compétences du parti révèlent en effet qu'il a la compétence de sa compétence. Il possède un système législatif, judiciaire et administratif propre. Il en découle une situation impensable selon les catégories du droit public classique, où « deux États

351 *Ibid*. 64
352 *Ibid.* 63
353 *Ibid.* p. 73
354 *Ibid*. p. 84
355 La loi d'unité du parti et de l'État de 1933, complétée par l'ordonnance du Führer de 1935, que Franz Neumann compare à la loi de 1932 en Italie : « Si l'on s'en tient aux apparences, cette loi n'est pas tellement différente de la loi italienne de 1932 réglant les rapports entre le parti national Fasciste et l'État italien. » (*Ibid*. p. 78)
356 « En dépit de la dégradation idéologique de l'État, le pouvoir de commandement absolu et exclusif de l'instance exécutive de l'État n'est en rien diminué. », *Ibid.*, p. 84

souverains, chacun exigeant d'être obéi et créant sa propre juridiction »[357] coexistent au sein d'un même corps politique.

Cette souveraineté scindée entre l'État et le parti, que Franz Neumann souligne, est une reprise de la théorie d'Ernst Fraenkel, qui, le premier, considéra que deux souverainetés coexistaient au sein du régime, à savoir « l'État normatif », composée de l'appareil d'État, et « l'État à prérogative », formé des organisations du parti. Ernst Fraenkel et Franz Neumann résolvent d'ailleurs cette énigme de la même manière, à savoir par une répartition matérielle des compétences entre l'État et le parti. Ils ne s'accordent pas toutefois sur la répartition proprement dite. Franz Neumann considère que les jeunesses hitlériennes[358] et la SS sont sous l'autorité du parti alors que l'armée, le travail et les services publics demeurent sous l'autorité de l'État. Tandis qu'Ernst Fraenkel considère que seules les questions économiques sont du ressort de l'État normatif, quand l'État à prérogative (le parti) a compétence, lui, sur les affaires politiques.

Mais dans un second temps, à savoir dans la conclusion éponyme du *Béhémoth*, Franz Neumann prend explicitement ses distances à l'égard d'Ernst Fraenkel et de la théorie de l'autorité duale :

> « On a pu faire valoir que le national-socialisme était un État double où coexisteraient deux systèmes, l'un sous un droit normatif, l'autre sous des mesures individuelles, l'un rationnel, l'autre régi par la prérogative. Je ne partage pas ce point de vue […] »[359]

357 *Ibid.* p. 84
358 À leur propos, et concernant la distinction entre le nazisme et le fascisme, cette remarque intéressante de Franz Neumann : « Le mouvement de la jeunesse n'est pas considéré comme « organisation d'État », comparable par exemple à la Balilla italienne, mais comme « organisation de parti » (*Ibid.* p. 81)
359 *Ibid.*, p. 436

À la différence d'Ernst Fraenkel, auquel il fait bien sûr ici référence, Franz Neumann considère en effet que le pouvoir n'est pas réparti entre deux autorités, l'État et le parti, mais entre quatre « groupes dominants [qui] contrôlent directement le reste de la population, sans la médiation de cet appareil rationnel bien que coercitif connu jusqu'ici sous le nom d'État »[360]. Ces quatre groupes sont des « groupes compacts et centralisés, fonctionnant chacun selon le principe d'autorité et chacun doté de pouvoir législatif, judiciaire et administratif propres »[361]. Il s'agit de l'armée, de la bureaucratie étatique, du parti et de l'industrie de monopole. L'ancienne souveraineté une et indivisible de l'État de droit n'est donc ni dédoublée, ni même scindée. L'État et la souveraineté ont plutôt éclaté. À la place, se trouvent quatre « organes totalitaires »[362], qui se définissent juridiquement comme des autorités politiques intégralement autonomes. Un système qui est nommé la structure polycratique du régime totalitaire.

La coordination entre ces quatre « organes » n'est pas effectuée par l'État sur le fondement de lois prévisibles de portée générale. Les quatre directions ne sont pas coordonnées. Elles se mettent seulement d'accord :

> « les compromis entre les quatre groupes bureaucratiques n'ont pas besoin d'être formulés dans des textes juridiques, ni institutionnalisés (…). Il suffit aux directions des quatre groupes de parvenir à un accord informel sur une politique donnée. »[363]

Quant à l'unité formée par ces quatre organes, elle est seulement personnalisée, mais non institutionnalisée par le Chef, dont les décisions ne sont que « le résultat des compromis entre les quatre directions. »[364]

360 *Ibid.* p. 438
361 *Ibid.* p. 437
362 *Ibid.* p. 437
363 *Ibid.* p. 437
364 *Ibid.* p. 438

Force est de reconnaître qu'un système aussi articulé, qui plus est doté « d'une doctrine constitutionnelle très avancée »[365], ne peut être un « gouvernement informe » (*shapelessness*), contrairement à ce qu'Hannah Arendt avance. Franz Neumann est au contraire si convaincu que le totalitarisme est un régime juridico-politique *sui generis* qu'il déplore, face à son inédite spécificité, les carences des « catégorie(s) rationnelle(s) de la pensée politique » classique. Exactement comme Hannah Arendt le fera dix années plus tard.

Pourquoi Hannah Arendt attribue-t-elle malgré tout la théorie du gouvernement informe à Franz Neumann ? En note, elle justifie son interprétation en citant la phrase suivante du *Béhémoth* : « Par opposition à l'Italie, la vie constitutionnelle allemande est donc caractérisée par une absence totale de forme »[366]. Or il nous semble erroné, comme nous venons de le développer, de considérer que Franz Neumann défend la thèse d'un gouvernement informe, même s'il lui arrive à l'occasion, comme cette phrase le prouve, d'utiliser le terme « informe » ou « absence de forme ». Si Franz Neumann utilise le terme, il n'en défend pas pour autant la théorie.

Il nous faut donc trouver d'autres explications à la mésinterprétation d'Hannah Arendt. Plusieurs peuvent être avancées. Premièrement, comme souvent, la position de Franz Neumann est ambivalente. Il soutient à la fois que le nazisme se fonde sur une souveraineté duale parti-État et qu'il repose sur quatre groupes qui se coordonnent sans règle générale ni prévisible. Deuxièmement, l'accord informel entre quatre organes totalitaires sur une politique donnée peut tout à fait être interprété comme une façon de gouverner dépourvue de forme ou de structure. Enfin, Hannah Arendt s'appuie non seulement sur l'édition de 1942, mais aussi sur celle 1944 du

365 *Ibid.* p. 438

366 *Ibid.* p. 737 (la publication actuelle des œuvres en français de Hannah Arendt et de Franz Neumann n'étant pas coordonnée, il ne nous a malheureusement pas été possible de retrouver cette citation).

Béhémoth. Or, dans la préface de 1944, Franz Neumann caractérise en effet le national-socialisme comme un « mouvement amorphe et informe » :

> « L'Édit d'Hitler du 25 juillet 1944, chargeant Göring d'adapter le front intérieur à la guerre totale, et faisant de Goebbels son adjoint, peut conduire à la disparition du dualisme qui subsisterait encore entre l'État et le parti. Le parti détruirait alors pour de bon les vestiges d'État rationnel et administratif, y substituant le Mouvement amorphe et informe, et transformant ainsi les quelques restes d'État en anarchie plus ou moins organisée. »[367]

Le conditionnel employé par Franz Neumann ne s'explique pas seulement par le contexte historique pendant lequel il écrit ces lignes, à savoir en 1944, quand l'avenir du national-socialisme est encore incertain. Il se comprend également, et c'est ainsi qu'Hannah Arendt l'entend, comme une modification théorique à effectuer au regard de faits nouveaux qui, s'ils se confirmaient, obligeraient Neumann à revoir son modèle théorique. Ce nouveau modèle, dont Franz Neumann esquisse les contours en 1944, serait la troisième période et la troisième forme d'organisation du pouvoir du nazisme : après la phase de l'État totalitaire de type fasciste où le parti et l'État fusionnent (1933-1934), puis celle du dualisme État – parti ou de la coopération entre quatre autorités dirigeantes (1935-1944), la troisième phase serait celle du « gouvernement informe », qu'Hannah Arendt seule retiendra (même si ce nouveau modèle est seulement esquissé par Neumann, alors même que l'édition de 1944 complète de nombreux chapitres de l'édition de 1942).

Mais, en définitive, peu importe qu'Hannah Arendt attribue, à tort, la théorie du gouvernement informe à Franz Neumann. Car ce n'est pas Neumann qui intéresse Hannah Arendt. La question qui intéresse Arendt est : comment le pouvoir est-il organisé dans les régimes totalitaires ? La première réponse, à savoir que le pouvoir

367 *Béhémoth*, op. cit. p. 14-15

n'est pas organisé, mais réparti de façon informelle, imprévisible et secrète par le Chef, est prise au sérieux par Hannah Arendt, qui ne cesse, elle aussi, de se plaindre des difficultés à se repérer dans l'organigramme des différents services de l'État et du parti. Elle considère même que l'informité comme telle est une volonté du gouvernement totalitaire. Mais réduire les États totalitaires à des systèmes d'organisation dépourvus de forme a le défaut de nier l'existence de principes et de règles générales d'organisation. Pour Arendt, les régimes totalitaires, bien qu'informes, ne sont pas pour autant anarchiques, ni issus du miracle d'une organisation spontanée. Leur informité n'est pas synonyme d'absence de forme. C'est une « informité planifiée »[368] qui est créée. Peu importe, donc, que la théorie du gouvernement informe ait été défendue ou non par Franz Neumann. L'essentiel est de comprendre qu'elle est fausse, ou plutôt seulement partiellement vraie.

Quant aux règles générales de l'organisation totalitaire, la première d'entre elles, selon Arendt, est que « le pouvoir réel commence où le secret commence »[369], de telle sorte que « plus les organes de gouvernement sont visibles, moins le pouvoir dont ils sont investis est grand ; que moins est connue l'existence d'une institution, plus celle-ci s'avérera puissante. »[370]. C'est ce principe premier de répartition entre le pouvoir apparent et le pouvoir réel qui rattache le plus Hannah Arendt au courant dualiste du juge Robert H. Jackson. Même si, comme nous le verrons, Hannah Arendt en tire des conséquences entièrement différentes de celles des juristes qui l'ont précédée.

368 *Ibid.*, p. 735 (c'est nous qui soulignons)
369 *Ibid.*, p. 738
370 *Ibid.*, p. 738

1.2. Un gouvernement « mafieux » ?

Avant d'aborder le courant dualiste de Robert H. Jackson et Ernst Fraenkel, ne quittons pas Franz Neumann sans signaler qu'Hannah Arendt ne lui attribue pas seulement la théorie du gouvernement informe. Dans un autre passage des *Origines du totalitarisme*, Franz Neumann est cette fois présenté comme un défenseur de la thèse selon laquelle l'Allemagne nazie serait gouvernée par « une clique ou un gang »[371]. Il est, là encore, très étonnant de voir Neumann rangé du côté des partisans de ce que l'on pourrait qualifier l'interprétation « mafieuse » des systèmes totalitaires. Car rien dans *Béhémoth* ne va dans ce sens. À tel point qu'il est difficile de trouver à quel passage exactement du *Béhémoth* Hannah Arendt fait référence[372]. Peut-être s'agit-il de la troisième partie, intitulée « La société nouvelle »[373], où Franz Neumann explique que la société totalitaire est divisée entre une classe dirigeante et une classe dirigée, la domination de l'une par l'autre s'effectuant par « la propagande et la terreur ».

Quoi qu'il en soit, si « clique » ou « gang » il y a pour Franz Neumann, ce n'est qu'au pluriel. Comme nous l'avons vu, la classe dirigeante est composée selon lui non pas d'un, mais de quatre groupes indépendants (l'armée, le parti, la bureaucratie et les dirigeants de l'économie). Or aucun intérêt commun, ni personnel n'unit les dirigeants de ces groupes, comme c'est le cas dans un gang. Franz Neumann souligne au contraire que la convergence des intérêts entre ces groupes est précaire. Par ailleurs, l'existence d'un intérêt spécifique à la classe dirigeante n'est pas propre au totalitarisme. C'est aussi le cas dans les États classiques. Dans la société nationale-

371 *Ibid.*, p. 742

372 Les éditions Quarto Gallimard renvoient aux pages 521 et suivantes de l'édition de 1987 du *Béhémoth*, mais celles-ci portent sur l'administration des territoires occupés et la question des Sudètes. La phrase de Franz Neumann qui est citée par Hannah Arendt est la suivante : « Franz Neumann se demande "si l'Allemagne peut ou non être appelée un État. C'est bien plus un gang où les chefs sont contraints de se mettre d'accord après des différents". » *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 742.

373 *Béhémoth*, op. cit. p. 343 et suivantes

socialiste, les intérêts de l'armée, de la bureaucratie et de l'industrie sont restés les intérêts traditionnels de ces classes (victoire militaire et indépendance corporatiste pour l'armée, maintien des structures administratives pour la bureaucratie, et création de monopoles en vue de l'enrichissement pour l'industrie). Quant au parti, ses intérêts sont non seulement la détention du pouvoir, mais également le maintien de la suprématie de l'idéologie qu'il représente. Ce qui l'éloigne résolument d'une logique de « clique » ou de « gang ». Avant Hannah Arendt, Franz Neumann avait donc déjà compris que la « classe », ou l' « élite » dirigeante nationale-socialiste, était fondamentalement désintéressée.

Il en résulte que les références de Hannah Arendt à Franz Neumann dans *Les Origines du totalitarisme* sont problématiques. Elles ne rendent pas compte, loin s'en faut, de la véritable analyse de Neumann du national-socialisme. Neumann ne pense pas que le gouvernement nazi soit informe, ni mafieux. Il s'inscrit au contraire dans l'interprétation dualiste. Plus précisément, il oscille entre une approche dualiste et une approche polycratique. Cette dernière approche est, certes, plus souple que la première puisque le pouvoir s'y répartit, non plus entre deux, mais entre quatre autorités souveraines. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit toujours d'une structure d'organisation déterminée, et non d'une « organisation » chaotique.

En conclusion, si Hannah Arendt s'arrête sur la thèse de l'absence de forme des systèmes totalitaire, c'est parce que la question : comment le pouvoir est-il organisé dans les régimes totalitaires ? dissimule en réalité un problème plus important et profond : comment un Mouvement peut-il être organisé d'une façon déterminée, sans pour autant se solidifier en un État et/ou un parti ? Or, c'est à partir d'une critique de la théorie de l'autorité duale qu'à Hannah Arendt va résoudre ce problème délicat.

2 - Ernst Fraenkel et la théorie de l'autorité duale

2.1. L'État Dual d'Ernst Fraenkel

Arendt tient le juge Robert H. Jackson, l'historien Stephen H. Roberts[374] et le juriste Ernst Fraenkel comme les premiers représentants du courant « dualiste », auquel elle rattache également le juriste nazi Hans Frank[375], le haut fonctionnaire soviétique Victor Kravchenko et l'historien allemand Arthur Rosenberg. Elle met toutefois Ernst Fraenkel à part. Il est en effet le seul à parler de deux États (l'État normatif et l'État à prérogative), quand les autres préfèrent parler de deux pouvoirs, le pouvoir apparent (État) et le pouvoir réel (le parti).

Ernst Fraenkel pousse en effet la théorie dualiste jusqu'aux extrêmes. Aux juristes dualistes modérés, il rétorque que s'il n'y a pas une, mais deux autorités souveraines, alors il est incohérent de considérer que le pouvoir se déplace en parallèle de la façade (pouvoir apparent de l'État), vers le centre, ou le « noyau » (pouvoir réel du parti). La scission de l'autorité implique aussi nécessairement celle du pouvoir. Comme l'État détient le monopole de la violence « légitime », il n'y a donc pas un, mais deux États qui l'exercent : l'un une violence légale (l'État normatif, chargé de « protéger l'ordre capitalistique et la propriété privée »[376]), l'autre une violence « éthique », celle

374 *The House that Hitler Built*, 1939 (cité par Hannah Arendt, *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 727)

375 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 731 : « Une telle tentative pour délimiter les responsabilités respectives [de l'État et du parti] et lutter contre « l'anarchie de l'autorité » fut faite par exemple par Hans Frank à deux reprises : dans *Recht und Verwaltung* en 1939 et dans une adresse intitulée *Technik des Staates*, en 1940. Celui-ci exprime l'opinion que les « garanties légales » ne sont pas le « privilège des systèmes libéraux de gouvernement ». L'administration devrait continuer d'être, comme par le passé, gouvernée par les lois du Reich, selon l'inspiration et l'orientation que leur donnait à présent le programme du parti national-socialiste. C'est précisément parce qu'il ne voulait à aucun prix d'un nouvel ordre légal que Hitler ne reconnut jamais le programme du parti nazi. Il parlait habituellement avec mépris des membres du parti qui formulaient de telles propositions : c'étaient pour lui des gens « éternellement liés au passé », des gens qui « étaient incapables de sauter par-dessus leur ombre. »

376 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 727

de la loi *in interiore homine* (l'État à prérogative, qui a autorité sur les questions politiques).

L'interprétation d'Ernest Fraenkel par Hannah Arendt n'en demeure pas moins fausse. Ernst Fraenkel est un opposant officiel et effectif à la théorie de l'autorité duale. Comme nous l'avons signalé en introduction, Ernst Fraenkel s'en distingue dès l'avant-propos de *The Dual State*. Rappelons les grandes lignes de ce passage :

> « Il doit être clairement compris que quand nous parlons de l'État dual, nous ne faisons pas référence à la coexistence entre l'État bureaucratique et le parti bureaucratique. (…) Bien que la littérature nationale-socialiste discute souvent ce problème, et bien que ce livre s'y référera occasionnellement, essayer de trouver la distinction juridique exacte entre les deux serait inutile. L'État et le parti sont irrémédiablement en train de fusionner, et la forme d'organisation duale ne se maintient essentiellement que pour des raisons historiques et politiques. »[377]

Ce passage montre qu'Ernst Fraenkel, non seulement se distingue de la théorie d'une organisation double, État et Parti, ou théorie de l'autorité de duale, mais qu'il le fait parce qu'il la juge dépassée. En 1941, le régime hitlérien offre un autre visage que celui d'une autorité également exercée par l'État et le parti. Ce nouveau visage est celui non pas d'une autorité, mais d'un État, l'État étant renouvelé sous la forme d'un État double.

Ce qui gêne probablement en partie Arendt concernant la position d'Ernst Fraenkel est son maintien du vocabulaire étatique. La fusion de l'État et du parti, pointée du doigt par Fraenkel, a engendré selon Hannah Arendt non pas un État, mais un Mouvement[378]. C'est pourquoi, finalement, elle n'accorde pas beaucoup d'attention à Ernst Fraenkel. À tort, selon nous. À la décharge d'Arendt, Ernst Fraenkel ne consacre pas une ligne à l'organisation du pouvoir totalitaire, qui fascine plus en 1951 qu'en 1941. Néanmoins, Fraenkel montre aussi ce que précisément Arendt cherche à

377 *The Dual State*, op. cit. p. XV (c'est nous qui soulignons)

378 Là aussi, il serait très intéressant de créer un texte virtuel qui remplacerait, dans le texte de Fraenkel, le terme « État à prérogative », par « Mouvement ».

démontrer, à savoir que le droit, dans les régimes totalitaires, n'est pas qu'une façade maintenue par négligence, mais par nécessité. La façade du droit est même une muraille.

2.2. La théorie de l'autorité duale

La théorie de l'autorité duale n'est pas fausse en elle-même. Elle a même, selon Franz Neumann, correspondu exactement aux réalités du régime hitlérien dans les années qui ont suivi la prise de pouvoir. C'est pourquoi elle exige un examen particulier.

Les théoriciens de l'autorité duale s'accordent sur le fait que les services de l'État sont entièrement dédoublés par des organisations similaires du parti. Il y a ainsi deux colonnes de services. En accord avec cette théorie, Arendt souligne à son tour que le dédoublement des services est « une question de principe et non un simple expédient pour fournir des emplois aux membres du parti »[379]. Ainsi, dans l'Allemagne nazie, « à tous les niveaux, la machine administrative du III Reich était sujette à un curieux dédoublement des services. Avec une extraordinaire minutie, les nazis s'assurèrent que chaque fonction de l'administration étatique fut doublée de quelque organe du parti »[380].

Arendt prend pour exemple l'administration territoriale de l'Allemagne, où la division weimarienne en États et en provinces est doublée de la division nazie en Gaue. Un exemple qu'elle met en parallèle avec le dédoublement, en Union soviétique, du Congrès des soviets de toutes les Russies et de son administration bureaucratique par les cellules du parti bolchevique, dirigées par le comité central du parti à Moscou[381].

379 *Ibid.*, p. 729
380 *Ibid.*, p. 728
381 *Ibid.*, p. 729-730

À cette théorie de l'autorité duale des systèmes totalitaires, Hannah Arendt oppose la logique du Mouvement, qui requiert une absence de structure stable, fût-elle monolithique ou double :

> « le dédoublement des services, la division de l'autorité, la coexistence d'un pouvoir réel et d'un pouvoir apparent suffisent à créer la confusion mais non à expliquer l'informité de la structure toute entière. On ne devrait jamais oublier que seul un édifice peut avoir une structure, mais qu'un Mouvement – à prendre le terme aussi sérieusement, aussi littéralement que le faisaient les nazis – ne peut avoir qu'une direction, et que toute espèce de structure légale ou gouvernementale ne peut qu'être un handicap pour un mouvement qui va se propageant à une vitesse croissante dans une direction déterminée. »[382]

2.3. L'informité (*shapelessness*) planifiée

En réalité, cette logique du Mouvement repose, non pas sur le dédoublement des services, mais sur leur multiplication *ad infinitum* :

> « De fait, le dédoublement des services, apparente solution à la question parti-État dans toutes les dictatures à parti unique, n'est que la manifestation la plus visible d'un phénomène plus complexe auquel, mieux que celui de dédoublement, convient le terme de multiplication des services. »[383]

Plus précisément, il n'y a pas une administration étatique et une organisation du parti, mais un système beaucoup plus souple où les fonctions sont distinguées des organes : les services étatiques, les organes du parti et/ou les associations peuvent être tour à tour, et/ou simultanément, chargées de fonctions administratives, policières, militaires et/ou idéologiques. Ces fonctions administratives, policières, militaires et idéologiques sont, certes, soient des fonctions de nature étatique (administration et armée), soient des

382 *Ibid.*, p. 730-731
383 *Ibid.*, p. 731

fonctions nées avec le parti (police secrète et idéologie). Mais cette dualité entre les fonctions étatiques (administration, armée) et les fonctions du parti (police, idéologie) ne doit pas faire oublier la multiplicité des organes et des services chargés de leur exécution. Au principe de la dualité des fonctions et de la dualité des organes défendu par les partisans de l'autorité duale, Hannah Arendt substitue donc celui de la dualité des fonctions et de la multiplicité des organes.

La conséquence de cette multiplication des organes exécutifs est l'inflation bureaucratique, phénomène commun à tous les États totalitaires : quand un habitant du III[e] Reich est confronté en même temps aux services de l'administration, du parti, aux SA, aux SS, et à la *Wehrmacht* (sans parler des associations, qui sont elles-mêmes dédoublées, de sorte que « jusqu'à la fin du régime, il n'y eut pas une, mais deux organisations des étudiants nationaux-socialistes, deux organisations nazies des femmes, deux organisations nazies des professeurs d'Université, des avocats, des médecins, etc. »[384]), les habitants de l'Union soviétique, ils devaient, eux, se repérer entre

> « au moins trois organisations nettement séparées : le soviet ou appareil d'État, l'appareil du parti et l'appareil du NKVD, chacun d'eux possédant son propre département d'économie indépendant, un département politique, un ministère de l'éducation et de la culture, un département militaire. »[385].

Précisons qu'en vertu de la règle selon laquelle le pouvoir est inversement proportionnel à sa publicité, l'appareil du NKVD, c'est-à-dire la police secrète, est le pouvoir réel, le centre du pouvoir, par opposition au pouvoir apparent de la bureaucratie d'État et des organisations du parti.

Cette multiplication des services va de pair avec une destruction des rapports hiérarchiques classiques. Les services sont répartis horizontalement, et non

384 *Ibid.*, p. 735
385 *Ibid.*, p. 736

verticalement, de manière à ce que les agents, y compris les membres de la clique dirigeante, « ne pouvaient jamais savoir avec une absolue certitude quelle était leur propre position dans la hiérarchie secrète du pouvoir. »[386]. À défaut d'exercer une autorité hiérarchique les uns vis-à-vis des autres, les services exercent plutôt des « autorités simultanées – et souvent en conflit »[387]. Par exemple, la police secrète soviétique substitue, à la répartition verticale des pouvoirs,

> « un réseau d'agents extrêmement complexe et tentaculaire, dont un département est toujours chargé de surveiller et d'espionner l'autre. (…) Entre tous ces départements, il n'existe aucune hiérarchie du pouvoir ou de l'autorité qui soit légalement fondée. La seule certitude est qu'en fin de compte, l'un d'entre eux pourra être choisi pour incarner la « volonté de la direction ». »[388]

Dans le même ordre d'idée, « c'était une spécialité d'Himmler que de confier une seule tâche à deux personnes différentes. »[389], une mise en concurrence qui n'était ni directe, ni transparente, mais tenue secrète. Car elle ne visait pas, comme dans la pensée libérale, une efficacité accrue, mais à isoler radicalement les agents. Un isolement qui, par définition, s'oppose à tout rapport, y compris celui de la contrainte hiérarchique.

Le choix du service chargé de l'exécution d'une politique donnée repose *in fine* sur la seule volonté du Chef. Il est donc imprévisible, instable et secret. Il en résulte que non seulement chaque agent, ou chaque membre du parti, mais tout habitant de l'État, doit « développer une sorte de sixième sens pour savoir, à un moment donné, à qui obéir et de qui se moquer. »[390]. Ce même sixième sens sur lequel repose la conscience intime du droit, et que la politique idéologique façonne.

386 *Ibid.*, p. 734
387 *Ibid.*, p. 732
388 *Ibid.*, p. 737
389 *Ibid.*, p. 738
390 *Ibid.*, p. 732

Il en résulte également que le pouvoir ne cesse de se déplacer, en conformité avec la logique du Mouvement et la nécessité de sa réalisation. En Allemagne par exemple, le centre du pouvoir se déplace d'abord de la SA aux SS, puis de la SS aux services de sécurité. Or, comme « la direction ne cesse de déplacer le centre effectif du pouvoir, souvent à d'autres organisations, sans dissoudre, ni même révéler publiquement, les groupes qui ont été ainsi privés de leur pouvoir »[391], autrement dit, comme « aucun service n'est supprimé alors même que son autorité est liquidée »[392], il en résulte une inflation bureaucratique, ainsi qu'une méconnaissance, par chaque service, de son pouvoir réel. Il est à noter que cette inflation bureaucratique n'est pas gérée de la même façon par les nazis et les soviétiques :

> « Une des différences techniques les plus importantes entre les systèmes soviétique et national-socialiste est que, chaque fois qu'à l'intérieur de son propre mouvement Staline déplaçait l'accent du pouvoir d'un appareil à un autre, il avait tendance à liquider le personnel en même temps que l'appareil ; alors que Hitler, malgré ses propos méprisants à l'égard de ces gens qui "sont incapables de sauter par-dessus leur ombre", entendait bel et bien continuer à utiliser ces ombres, même si c'était pour une autre fonction. »[393]

Comme le précise Arendt, la liquidation d'un service par le régime soviétique ne s'effectue pas au moment où son autorité est supprimée, mais après, afin que le motif de la purge demeure inconnu.

Enfin, la destruction des niveaux intermédiaires d'organisation permet que chaque agent de l'État, chaque membre du parti et chaque citoyen soit directement sous l'autorité du Chef. L'informité planifiée de l'organisation totalitaire est en effet

391 *Ibid.*, p. 733
392 *Ibid.*, p. 735
393 *Ibid.*, p. 734

« l'instrument idéal pour la réalisation du soi-disant principe du Chef. »[394]. Du point de vue de l'organisation du pouvoir, le principe du chef consiste donc en ce que

> « l'autorité de haut en bas du corps politique n'est pas filtrée par toute une série de niveaux intermédiaires, comme c'est le cas dans les régimes autoritaires (…) Entre le pouvoir suprême (le Führer) et les gouvernés, il n'existe pas de niveaux intermédiaires responsables (…) La volonté du Führer peut s'incarner en tout lieu et en tout temps, et lui-même n'est assujetti à aucune hiérarchie, pas même à celle qu'il aurait mise en place. »[395]

Autrement dit, « chaque citoyen se sent directement confronté à la volonté du Chef »[396]. Un sentiment qui repose sur « une dépendance directe réelle. La hiérarchie, sans doute importante socialement, n'était qu'un leurre, la contrefaçon d'un État totalitaire. »[397]

En conclusion, si l'on compare le système de l'autorité duale avec celui de l'informité planifiée que nous venons de décrire, ce dernier présente de nombreux avantages. Le premier est de substituer la fiction totalitaire à la réalité. Le chaos apparent favorise en effet l'isolement, et donc, par ricochet, l'efficacité de la politique idéologique. Ainsi, « le corps politique du pays, en raison de son informité, est à l'abri de tout choc »[398] (le choc ici redouté étant celui « du principe de réalité », quasiment au sens psychanalytique de l'expression). Deuxièmement, « la multiplicité des services détruit tout sens des responsabilités et toute compétence »[399], ce qui garantit que les ordres seront exécutés, quels qu'en soit le contenu ou la forme. Troisièmement, c'est une organisation mobile et réactive. « La multiplication des services secrets rend toujours possible les changements de dernière minute. »[400]. Enfin, « la multitude des courroies de transmission, la confusion de la hiérarchie, assurent la complète

394 *Ibid.*, p. 738
395 *Ibid.*, p. 739
396 *Ibid.*, p. 740
397 *Ibid.*, p. 740
398 *Ibid.*, p. 744
399 *Ibid.*, p. 744
400 *Ibid.*, p. 767

indépendance du dictateur à l'égard de ses subordonnés »[401], c'est-à-dire assurent et réalisent le principe du Chef.

Quant aux rapports entre la théorie de l'autorité duale et la théorie d'Arendt, elle peut se résumer à la distinction entre un État total « au sens négatif », et un Mouvement. La notion arendtienne d'État total négatif est spécifique. Il ne s'agit pas de l'État total quantitatif schmittien, ni de la totalité au sens romain ou germanique. Par État total négatif, Arendt entend État de parti unique : « Ce système n'est total qu'en un sens négatif : le parti dirigeant ne tolère l'existence d'aucun autre parti (…). »[402] Concernant les rapports entre le parti et l'État, l'État total négatif se caractérise par la fusion de l'État et du parti. Le parti s'empare de l'appareil de l'État, dont la souveraineté a non seulement été maintenue, mais continue à s'exercer. Concrètement, « le gouvernement et l'armée exercent le même pouvoir que précédemment et la "révolution" consiste uniquement en ce que les postes gouvernementaux sont dorénavant occupés par des membres du parti »[403]. La différence centrale entre cet État total négatif et le Mouvement totalitaire est que dans le premier « le pouvoir du parti repose sur un monopole garanti par l'État et le parti ne possède plus son propre centre de pouvoir. »[404] Alors que les Mouvements totalitaires s'emparent de la machine étatique sans s'amalgamer avec l'appareil d'État. C'est à l'intérieur du Mouvement que les décisions sont prises. l'État n'est plus qu'une façade. Le centre du pouvoir se trouve ailleurs. Or cet ailleurs, contrairement à ce qu'affirment les dualistes, n'est pas le parti érigé en seconde colonne, car les membres du parti dirigent aussi bien les organes et les services de l'État que ceux du Mouvement. Cet ailleurs n'est accessible qu'à partir du plan de cette organisation, apparemment informe, du Mouvement.

401 *Ibid.*, p. 744
402 *Ibid.*, p. 758
403 *Ibid.*, p. 758
404 *Ibid.*, p. 758

3 - La structure en oignon d'Hannah Arendt

Ce schéma d'organisation du mouvement, Hannah Arendt lui donne un nom : la « structure en oignon » des systèmes totalitaires. L'expression, « structure en oignon » est peu engageante. Cela ne ressemble pas à un concept en bonne et due forme. Pourtant, par cette expression, Arendt dessine l'image de l'organisation du pouvoir par cercles concentriques, une image qui ne va cesser de hanter par la suite les consciences et les esprits. En ce qui concerne les seuls travaux philosophiques sur le totalitarisme, on en trouve par exemple la trace chez un auteur aussi inattendu que Jean-Toussain Dessanti, quand il décrit la philosophie actualiste de Giovanni Gentile comme une dialectique « par cercles concentriques »[405].

Pour Arendt, la structure en oignon désigne deux choses distinctes : l'une, que le pouvoir se diffuse du centre vers la périphérie (mouvement centrifuge) ; l'autre, que chaque cercle[406] se maintient par l'équilibre entre deux forces contraires. Car chaque cercle doit représenter « la façade du monde extérieur normal » pour le cercle plus proche du centre que lui ; et pour le cercle plus éloigné du centre que lui, montrer au contraire son degré engagement, peu importe que cet engagement consiste en une action, une connaissance ou une « conscience intime » du Mouvement. L'essentiel est que toutes présupposent une participation plus ou moins forte à la « fiction totalitaire »[407].

La diffusion du pouvoir par cercles concentriques, ou mouvement centrifuge, qui seule nous intéresse ici, repose quant à elle sur un noyau, qui est comme

405 Voir infra, Chapitre VI, « 3. La philosophie actualiste »
406 Hannah Arendt utilise également le terme « enveloppe » et « couche ».
407 La fiction produite par ici par la structure en oignon est l'une des pièces maîtresse de cette sorte de phénoménologie du pouvoir totalitaire dont Hannah Arendt esquisse les contours au fil des *Origines du totalitarisme.* Une phénoménologie dont l'idée centrale est « la rupture avec la réalité » opérée par ces systèmes et qui, selon Arendt, n'est pleinement réalisée que dans le système concentrationnaire.

le centre de gravité de l'ensemble du mouvement. Or ce centre du pouvoir n'est pas le même si l'on se place sur le terrain de la théorie générale de l'État ou de l'organisation du pouvoir.

Du point de vue de la théorie générale de l'État, le centre du pouvoir est le Chef. Comme nous l'avons vu, chaque service, chaque citoyen, est directement placé sous son autorité. Par rapport au Chef, tous les services, y compris les services de la police secrète, ne sont donc que de simples exécutants de ses décisions souveraines.

Mais du point de vue de l'organisation du pouvoir d'exécution, c'est-à-dire de l'ensemble des services actifs, le centre du pouvoir est en revanche la police secrète. La police secrète fait autorité sur tous les autres services :

> « [la police secrète] constitue le véritable organe exécutif du gouvernement par l'intermédiaire duquel tous les ordres sont transmis. Avec le réseau d'agents secrets, le dirigeant totalitaire a créé pour son usage personnel une courroie de transmission directement exécutive qui, par contraste avec la structure en oignon de la hiérarchie apparente, est complètement coupée et isolée de toutes les autres institutions. En ce sens, les agents de la police secrète sont la seule classe ouvertement dirigeante des pays totalitaires. »[408]

Il est à noter qu'Hannah Arendt n'est pas la première à avoir souligné l'importance de la police secrète. Ernst Fraenkel remarquait déjà dans *L'État Dual* que « la police secrète d'État (Gestapo) occupe une place éminente au sein des services exécutifs »[409]. Ainsi, « selon la théorie formulée par l'éminent juriste constitutionnel national-socialiste Reinhard Hoehn, le parti fait allégeance à la Police secrète », de même que « la tâche suprême du Front allemand du travail est d'agir comme un agent de la police secrète à l'égard des entreprises industrielles. »[410] Toutefois, Ernst Fraenkel ne va guère plus loin que ces quelques remarques, notamment parce qu'il n'entre pas dans le détail de

408 *Ibid.*, p. 773 (c'est nous qui soulignons)
409 *The Dual State*, op. cit. p. 9
410 *Ibid.*, p. 7

l'organisation nationale-socialiste du pouvoir. Il n'en demeure pas moins que la nouveauté d'Hannah Arendt ne consiste pas à avoir révélé la fonction centrale de la police secrète, mais plutôt de l'avoir inscrite dans le schéma général de la « structure en oignon ».

Concrètement, l'autorité de la police secrète est autant idéologique et politique, que juridique. Idéologique car « les critères et l'échelle de valeurs » de la police secrète imprègnent dorénavant « toute la texture de la société totalitaire » qui devient ce qu'Hannah Arendt « la société secrète au grand jour »[411]. C'est un fait bien connu, et souvent mis en scène par la littérature et le cinéma, que chaque membre d'une société totalitaire est potentiellement l'espion de son voisin, de telle sorte que « la défiance mutuelle imprègne toutes les relations sociales des pays totalitaires et engendre un climat qui règne partout, même en dehors du domaine réservé de la police secrète. »[412] Grâce à cette suspicion généralisée, dépourvue de fondement réel, la police secrète réalise la fonction idéologique majeure de transformer la réalité en fiction.

L'autorité politique de la police secrète est quant à elle multiple. La police secrète dirige tout d'abord la politique internationale, qu'elle est chargée de convertir en politique interne. C'est en effet grâce au réseau de la police secrète, et non à ceux de l'armée, que les systèmes totalitaires exercent leur pouvoir dans les pays nouvellement conquis : « Les ramifications internationales de la police secrète sont les courroies de transmission qui transforment continuellement la politique étrangère affichée de l'État totalitaire en affaire interne virtuelle du mouvement totalitaire. »[413] Non seulement l'armée, mais même ses services de renseignement sont dégradés. Ainsi, les agents de police secrète « reçoivent plus d'argent et d'autorité que les services de renseignements

411 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 773
412 *Ibid.*, p. 773
413 *Ibid.*, p. 760

réguliers de l'armée et sont souvent les chefs secrets des ambassades et des consulats à l'étranger. »[414] Concernant la politique intérieure, le pouvoir politique de la police secrète consiste surtout à être le seul service à demeurer titulaire du pouvoir d'exécution, quels que soient les changements opérés par la direction, ce qui en fait l'unique organe réel du pouvoir :

> « Au-dessus de l'État et derrière les façades du pouvoir apparent, dans le dédale des multiples services, sous-jacent à tous les déplacements d'autorité et dans le chaos de l'inefficacité, se trouve le noyau du pouvoir dans le pays : les services hyper-efficaces et hyper-compétents de la police secrète. »[415]

Juridiquement, enfin, la police secrète est en charge de l'élimination de l'ennemi objectif. Puisque l'ennemi objectif, comme nous l'avons vu, n'est pas l'opposant réel, mais seulement la catégorie de la population jugée à un moment donné indésirable, « le devoir de la police totalitaire n'est pas de découvrir les crimes, mais de passer à l'action quand le gouvernement décide de faire arrêter une certaine catégorie de la population. »[416] Ce faisant, la police secrète opère un total changement de paradigme en passant du crime établi à la faute simplement suspectée. Ce qui revient à dire qu'en dépit de son caractère d'organe premier et central d'exécution, la police secrète n'en demeure pas moins le simple exécutant des décisions du Chef, qui désigne à son intention, et avant toute enquête, les suspects qu'elle doit arrêter et éliminer : « les services secrets ne savent plus rien que le chef ne sache mieux qu'eux ; en termes de pouvoir, ils sont déchus au rang d'exécutants. »[417] Quant à l'élimination de l'ennemi dont la police secrète a la charge, elle va plus loin que sa simple suppression physique. « la police secrète opère au contraire le miracle de faire en sorte que la victime n'ait

414 *Ibid.*, p. 760
415 *Ibid.*, p. 759 (c'est nous qui soulignons)
416 *Ibid.*, p. 767
417 *Ibid.*, p. 768

jamais existé du tout. »[418], c'est-à-dire fait en sorte que personne n'en garde même le souvenir et ne vienne réclamer des preuves ou un corps.

Parce que la police secrète constitue, selon Hannah Arendt, le centre de l'organisation du pouvoir totalitaire, elle considère qu'un régime ne devient véritablement totalitaire qu'à partir du moyen où l'ensemble des services de la police sont intégrés à la police secrète :

> « Le régime nazi ne devint ouvertement totalitaire et ouvertement criminel qu'à partir du déclenchement de la guerre, le 1er septembre 1939. En termes d'organisation, l'un des pas les plus importants dans cette voie fut un décret, signé Himmler, fusionnant le Service de sécurité de la SS, (…) qui était un organe du parti, et la police régulière de sécurité de l'État, qui comprenait la police secrète d'État, ou Gestapo. (…) Tous les officiers de police, non seulement de la Gestapo, mais aussi de la police criminelle et de la police d'ordre, reçurent des titres SS correspondant à leurs anciens grades, qu'ils fussent ou non membres du parti. Ce qui signifiait qu'en un seul jour la plus grande partie de l'ancienne fonction publique fut incorporée dans la section la plus radicale de la hiérarchie nazie. »[419]

Cette incorporation généralisée dans les services secrets correspond à l'entrée dans la phase la plus totalitaire du régime. C'est à ce moment-là que la société devient à proprement parlé une société secrète au grand jour et que les principes et les méthodes de la police secrète imprègnent l'ensemble de la communauté. C'est aussi le moment où la chasse et l'élimination des ennemis objectifs devient l'objectif de tous les services.

En conclusion, la structure en oignon des régimes totalitaires est la suivante : à l'extérieur, se trouve le premier cercle des simples sympathisants et des compagnons de route du Mouvement. Puis, plus les cercles se rapprochent du centre, en passant des services de l'État à ceux du parti, plus leurs membres sont engagés dans le Mouvement et sont en partie au courant ou impliqués dans les activités tenues secrètes,

418 *Ibid.*, p. 779
419 *Eichmann à Jérusalem*, op. cit. p. 1085

à savoir celles de la police secrète et des camps de concentration. Car « le seul secret strictement gardé dans un pays totalitaire, le seul savoir ésotérique concerne les activités de la police et les conditions qui règnent dans les camps de concentration. »[420] Les camps sont des « laboratoires spécialement conçus pour poursuivre l'expérience de domination totale »[421] et sont, à ce titre, indispensables au régime. « Sans la peur mal définie qu'ils inspirent, sans l'entraînement fort bien défini qu'ils offrent en matière de domination totalitaire,(…) un État totalitaire ne pourrait jamais inspirer le fanatisme des troupes qui en sont le noyau, ni maintenir un peuple tout entier en complète apathie. »[422] Les camps de concentration sont donc non pas le centre dur, mais plutôt le centre vide et invisible, l'ombre de terreur qui imprègne l'ensemble des activités sans les diriger directement ni explicitement. Le centre « dur » est le Chef, le seul à avoir connaissance de l'ensemble du système, à connaître les changements présents et à venir et à savoir quels sont les services chargés d'un pouvoir véritable ou seulement décoratifs.

*

L'organisation totalitaire du pouvoir par cercles concentriques est donc le point où Hannah Arendt se distingue le plus de ses prédécesseurs. Non seulement elle montre que l'organisation du pouvoir est plus déterminante que les questions relatives au droit et à l'État, mais elle propose par ailleurs un modèle tout à fait original de cette organisation, qui rompt avec les interprétations antérieures, notamment le modèle de l'organisation duale qui dominait avant *Les Origines du totalitarisme*.

L'analyse arendtienne de l'organisation totalitaire du pouvoir ne trouve sa source ni dans la doctrine juridique nazie, ni dans les essais des juristes anti-nazis, à la différence des réflexions d'Hannah Arendt sur le droit et la loi totalitaires qui sont au

420 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 779
421 *Ibid.*, p. 723
422 *Ibid*., p. 807

contraire dépendantes de la doctrine juridique nazie et antinazie. Cette remarque conduit à formuler deux hypothèses. La première est qu'Hannah Arendt a étendu, peut-être de façon abusive comme nous le verrons, la théorie et de la pratique nazie du droit à l'Union soviétique. La seconde est qu'à l'inverse, concernant le modèle d'organisation, c'est le modèle d'organisation soviétique qui lui a servi de fil conducteur pour comprendre l'organisation nazie. L'importance de la police secrète et la notion de cercles de pouvoir sont en tout cas au centre des théories et de la pratique soviétiques.

Quoi qu'il en soit, l'idée que certains rapprochements entre l'Allemagne nazie et l'Union soviétique puissent être forcés conduit à s'interroger sur la modélisation du totalitarisme proposé par Hannah Arendt, ainsi que sur le bien-fondé de sa thèse selon laquelle seulement deux régimes authentiquement totalitaires ont existé.

Dans cette première partie, nous avons vu que le concept arentien de totalitarisme reposait en grande partie sur des sources juridiques, notamment concernant la théorie de l'État, la définition du droit et de la loi, et l'organisation du pouvoir. Hannah Arendt reprend, directement ou indirectement, les travaux des juristes qui l'ont précédée. Et ces sources juridiques ne concernent pas seulement les juristes en exil, mais également la doctrine juridique nazie. Ainsi, l'idée qu'il y aurait une analyse critique du totalitarisme distincte de la doctrine juridique nazie est battue en brèche. Ce que les sources juridiques des analyses de Hannah Arendt révèlent, c'est au contraire plus une continuité, et un fond commun, entre les théoriciens nazis et les théoriciens anti-nazis.

Comment expliquer cette dette de Hannah Arendt à l'égard des théoriciens du droit ? Selon nous, cela tient à la volonté affichée par la doctrine juridique nazie de rompre avec l'État de droit. Derrière la lutte contre la positivisme juridique s'exprime le désir d'en finir avec la tradition. Les juristes, qui sont particulièrement sensibles à la stabilité des régimes et dont l'objet d'étude est l'État de droit, sont donc les mieux placés pour comprendre et souligner, soit de façon dogmatique soit d'un point de vue critique, la volonté de rupture et de nouveauté du totalitarisme. Les théoriciens du droit, en tant qu'ils sont à la croisée entre le politique, les institutions étatiques et la loi, ont donc été obligés, dès l'apparition des régimes soviétique, fasciste, puis nazi, de revoir leur propres catégories et leurs schémas de pensée. D'où l'importance de la théorie du droit pour la compréhension du totalitarisme, d'autant plus que la rupture avec la tradition est précisément ce qui intéresse Hannah Arendt, la brèche dans laquelle se situent son questionnement et ses propres analyses.

DEUXIÈME PARTIE

Le totalitarisme comme régime

ou

Le concept arendtien de totalitarisme à l'épreuve de la doctrine juridique

« … *aussi paradoxal que cela puisse paraître,*
la conviction personnelle de l'auteur est que
le peuple allemand est le moins antisémite de tous. »

Franz Neumann
1942

Hannah Arendt ne s'est pas contentée de développer et de préciser les conceptions et les pratiques totalitaires du droit et de l'État. Elle a poursuivi cette première analyse en s'intéressant ensuite à la question du modèle totalitaire. Sa modélisation la plus achevée est celle où elle distingue le totalitarisme du despotisme et de l'autoritarisme (Chapitre IV).

En parallèle à cette recherche scientifique et technique, Arendt procède à une autre classification des régimes, de nature historique. À savoir celle qui la conduit à la thèse « dualiste » selon laquelle seules l'Allemagne de Hitler et l'Union soviétique de Staline ont été des régimes véritablement, « authentiquement » totalitaires. Pour examiner la pertinence de cette thèse, nous utiliserons la théorie du droit. Ainsi, après avoir montré comment *Les Origines du totalitarisme* s'enracinait dans la doctrine juridique antérieure, nous utiliserons dans cette seconde partie la théorie du droit pour faire un examen critique des thèses arendtiennes. Concernant la thèse « dualiste », qui intègre l'URSS et exclu le fascisme du totalitarisme, elle fait l'objet d'une critique récurrente, y compris chez les juristes français contemporains. L'opinion qui l'emporte actuellement dans la doctrine est qu'il n'y a pas eu deux, mais trois régimes totalitaires au XX e siècle, le fascisme, le troisième Reich et l'Union soviétique.

Dans la première partie de cette recherche, nous avons montré que Hannah Arendt s'était nourrie des juristes, plus qu'elle ne leur avait appris. Il existerait donc une continuité théorique entre les analyses antérieures et postérieures à la Seconde Guerre mondiale, de même que des points communs existent entre les théoriciens pro et anti nazis. Dans cette seconde partie, nous examinerons en revanche les différences entre la théorie du droit et la théorie d'Arendt, ou, pour le dire autrement, nous utiliserons la doctrine juridique contre Arendt, pour l'éprouver. Nous commencerons par une critique interne de la classification de la philosophe, qui remettra en cause l'identité de nature

qu'elle a défendue entre le nazisme et le stalinisme. Et la doctrine juridique soviétique officielle, dogmatique (Pasukanis, Vychinsky), et la doctrine critique (Boris Mirkine-Guetzevitch, Hans Kelsen) du droit soviétique contredisent la thèse d'Arendt sur le droit et l'État dans les systèmes totalitaires. Contrairement à ce qu'elle affirme, la théorie et la pratique soviétiques du droit sont différentes de celles de l'Allemagne nazie (Chapitre V).

Concernant enfin la critique non plus interne, mais externe de la « thèse germano-russe » d'Arendt, à savoir l'exclusion du fascisme de Mussolini de la catégorie des Mouvements totalitaires, nous verrons que de ce point de vue également la théorie du droit contredit, et non prouve la théorie arendtienne. Du moins, c'est ce qu'il ressort des études de Marcel Prélot et de Gehrard Leibholz, qui ont la double particularité d'être des analyses critiques (et non dogmatiques), et des publications contemporaines (et non postérieures) au fascisme. La thèse de Hannah Arendt sur le fascisme est également contredite par la doctrine fasciste dogmatique. La lecture des traductions et des commentaires français de l'œuvre de Giovanni Gentile, auteur et rédacteur de la première partie de *La doctrine du fascisme* publiée par Mussolini en 1932, prouve en tout cas que la doctrine fasciste présup-pose la philosophie marxiste autant que la doctrine nazie re-pose et trans-pose la philosophie du fascisme (Chapitre VI).

Chapitre IV – Un nouveau type de régime

La première édition de 1951 du *Système totalitaire* est une description détaillée de son fonctionnement et une analyse de ses principes fondamentaux. La modélisation du régime totalitaire n'intervient que dans un deuxième temps, après la rédaction des *Origines du totalitarisme*. En 1954, tout d'abord, Hannah Arendt prononce une série de conférences à la *New School for Social Research*, publiées sous le titre « La nature du totalitarisme ». Ces réflexions sont suivies d'un article, en 1956, intitulé « Autorité, tyrannie et totalitarisme », qui porte sur la classification des régimes. Elles s'achèvent en 1958 avec « Idéologie et terreur – un nouveau type de régime », la conclusion de la seconde édition des *Origines du totalitarisme*. S'il a ainsi fallu plusieurs années à Hannah Arendt pour articuler la nature, ou l'essence, du régime totalitaire, elle a revanche toujours considéré que le totalitarisme était un régime inédit et *sui generis*, et non une forme moderne de dictature, et ce dès *Les Origines du totalitarisme*. L'inscription qui en a découlé du totalitarisme dans la typologie classique des différentes formes de gouvernement correspond à la consécration du concept de totalitarisme. Elle fonde ce qui sera appelé plus tard « l'École du totalitarisme ».

Les réflexions d'Hannah Arendt sur l'essence du totalitarisme et sa modélisation comme nouveau type de régime sont à l'origine des critiques ultérieures, notamment celles des historiens[423], qui remettent en question la pertinence de son modèle au regard des faits. Arendt aurait forcé les faits. Mais le propre du travail historiographique n'est-il pas de remettre en cause, au nom de la particularité des

423 La plus célèbre est celle de Ian Kershaw, *Qu'est-ce que le nazisme ? Problèmes et perspectives d'interprétation*, Gallimard, Paris, 1992

événements, les théories générales et les synthèses conceptuelles ? Sans compter que ces critiques ne prennent pas en compte l'explication qu'Hannah Arendt a elle-même donnée de la nature de son travail scientifique. Dans un article paru en juillet-août 1953, intitulé « Compréhension et politique »[424], elle définit ses travaux sur le totalitarisme à partir de la distinction entre la connaissance et la compréhension. Alors que la connaissance multiplie les enquêtes et les chiffres, afin d'établir ce qui s'est passé et d'en faire ensuite le récit, la compréhension s'intéresse, quant à elle, au seul sens de l'événement. Or ce sens, à la différence des faits sur lesquels se fonde l'historien, n'est pas donné. Il doit être créé. C'est pourquoi,

> « à la différence de la connaissance scientifique et de l'information exacte, la compréhension est un processus complexe qui n'aboutit jamais à des résultats univoques. C'est une activité sans fin, qui nous permet, grâce à des modifications et à des ajustements continuels, de composer avec la réalité, de nous réconcilier avec elle, et de nous efforcer de nous sentir chez nous dans le monde. »[425]

Ainsi, l'historien est du côté de la connaissance, quand le philosophe ou le spécialiste en science politique se place du côté de la compréhension.

Concernant la compréhension de cet événement particulier qu'est le totalitarisme, elle est confrontée à une difficulté propre, qui ressemble presque à une impasse. D'un côté, la création d'un nouveau terme montre que quelque chose de nouveau, sans précédent, s'est produit[426]. De l'autre, le caractère inédit de l'événement rend du même coup obsolètes les anciennes catégories de pensée, ce qui empêche de le comprendre. Le problème est donc de savoir si

---

424 « Compréhension et politique », in *La nature du totalitarisme*, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990

425 *Ibid.* p. 39

426 Selon Hannah Arendt, « l'usage courant du terme de totalitarisme pour dénoncer un mal politique extrême ne remonte guère à plus de cinq ans[c'est-à-dire à 1948]. Jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale et même dans les premières années d'après-guerre, le mal politique était désigné par le terme passe-partout d'impérialisme. » (*Ibid*. p. 44-45)

> « la tâche de compréhension n'est pas devenue sans espoir, s'il est vrai que nous sommes confrontés à une réalité qui a ruiné nos catégories de pensée et nos critères de jugement. Comment pouvons-nous mesurer sans disposer d'un étalon, comment pourrions-nous dénombrer sans posséder la notion de nombre ? »[427]

Hannah Arendt résout cette difficulté en faisant de la compréhension un « processus sans fin », et en montrant par ailleurs que la compréhension est une forme d'action qui fait appel à l'imagination. La compréhension est une action d'abord parce qu'elle est une forme de lutte contre le totalitarisme[428]. Mais elle est aussi, et plus fondamentalement, action, parce qu'elle est également créatrice de sens et produit ce faisant quelque chose de nouveau[429]. Pour y parvenir, la compréhension implique l'imagination[430], qui n'a rien à voir avec la fantaisie, mais qui désigne plutôt une sorte de « fécondité spirituelle » qui permet de

> « voir les phénomènes selon la perspective qui convient, de mettre à une certaine distance ce qui est trop proche afin de le voir et de le comprendre sans préjugé ni déformation, et de franchir les abîmes de l'éloignement, jusqu'au moment où il devient possible de voir et de comprendre tout ce qui est trop éloigné comme s'il s'agissait d'une affaire familière »[431].

Quand le nouveau est trop proche, son sens spécifique, particulier, n'est en effet pas identifiable, tout comme le sens d'un événement nouveau nous échappe quand sa nouveauté radicale le rend inaccessible, au sens de trop éloigné du connu pour être saisi.

---

427 *Ibid.*, p. 47

428 *Ibid.* p. 42-43

429 « Si l'essence de toute action et, en particulier, de l'action politique est d'instituer un nouveau commencement, la compréhension devient l'autre face de l'action : cette forme de connaissance grâce à laquelle, à la différence de bien d'autres formes, les hommes qui agissent (et non pas ceux qui s'occupent de considérer une certaine évolution historique placée sous le signe du progrès ou de la catastrophe) sont en mesure d'accepter finalement ce qui s'est passé de manière irrémédiable et de se réconcilier avec ce qui existe de façon incontournable » *(Ibid.* p. 58-59*)*

430 Hannah Arendt souligne également ce lien entre compréhension et imagination dans sa lettre à Eric Voegelin. Cf. ARENDT, Hannah, VOEGELIN, Éric, *Correspondance*, trad. E. Tassin, in *Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, Paris, 2002, p. 970

431 « Compréhension et politique », op. cit. p. 60

La compréhension est donc synonyme de recherche de la bonne distance encore le connu et l'inconnu, une recherche que l'imagination rend possible.

Si la connaissance, comme la connaissance historique, établit des faits, quand la compréhension crée du sens, cela ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'activités sans lien entre elles. La création de sens ne s'effectue pas ex-nihilo. La compréhension présuppose la connaissance, même si elle la dépasse. De même, la connaissance repose quant à elle sur une précompréhension du phénomène qu'elle établit : « La connaissance et la compréhension sont deux activités différentes mais liées entre elles. En effet, la compréhension se fonde sur la connaissance, et la seconde ne peut opérer sans une compréhension préliminaire de nature encore implicite »[432].

La compréhension est donc prise dans une sorte de cercle, qui part de la précompréhension (qui correspond au sens commun), qui se nourrit ensuite des faits établis par la connaissance et qui, pour finir, dépasse ces faits à la recherche du sens de l'événement.

Il découle de ces réflexions que reprocher à Hannah Arendt de forcer les faits revient à confondre la connaissance avec la compréhension. La définition de l'essence du totalitarisme n'a pas pour fonction de montrer la cohérence, ni la causalité des événements, mais de proposer un sens, qui ne se veut pas par ailleurs définitif, aux événements centraux du XX^{e} siècle. Les faits ne sont pas forcés, ils sont dépassés par des catégories nouvelles de pensée chargées de donner une signification à ce qui est nouveau, et donc initialement impensable.

Cette création de sens prend deux formes distinctes dans l'œuvre d'Hannah Arendt. Elle se réalise soit par la rénovation des catégories traditionnelles de la pensée politique, soit par la création de nouveaux concepts, comme celui de « structure en

432 *Ibid*. p. 43

oignon », que nous avons déjà signalé, ou ceux de « terreur », d' « idéologie » ou de « désolation » (*loneliness*), que nous allons voir à présent.

1 - L'hommage à Montesquieu

La définition de la nature des régimes totalitaires et leur reconnaissance comme des régimes *sui generis* n'est pas propre à Hannah Arendt. C'est en réalité un lieu commun de l'ensemble des travaux des juristes, qui dès les analyses du fascisme, puis de l'Allemagne nazie et de l'Union soviétique, insistent sur la nouveauté sans précédent des régimes qu'ils analysent. Une nouveauté qui se traduit par une certaine créativité conceptuelle, de « l'État total » de Mussolini, au « Béhémoth » de Franz Neumann, en passant par « l'État tripartite » de Carl Schmitt ou « l'État dual » d'Ernst Fraenkel. Ce qui distingue l'entreprise d'Hannah Arendt de celles de ses prédécesseurs, c'est uniquement la méthode qu'elle emploie et les résultats auxquels elle parvient.

Concernant la méthode, Hannah Arendt fait appel à *De l'esprit des lois* de Montesquieu[433]. La référence à Montesquieu sur ce thème n'est pas, elle non plus, une nouveauté. On la trouve aussi bien chez Carl Schmitt, Ernst Fraenkel et Franz Neumann. Mais ces auteurs renvoient uniquement à la théorie de la séparation des pouvoirs, pour montrer que celle-ci n'a plus lieu d'être sous le national-socialisme. Carl Schmitt considère en effet que la théorie de la séparation des pouvoirs est symptomatique de la pensée juridique abstraite de l'État démo-libéral, qui sépare et isole les pouvoirs au lieu de les unir, c'est pourquoi il substitue le terme d'organisation à

433 Sur les références à Montesquieu dans l'ensemble de l'œuvre d'Hannah Arendt, voir AMIEL, Anne, « Hannah Arendt lectrice de Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n°2, p.119-138

celui de séparation. Quant à Ernst Fraenkel[434] et Franz Neumann, ils déplorent que l'absorption des pouvoirs législatif et judiciaire par le pouvoir exécutif rende la doctrine de la séparation des pouvoirs de Montesquieu obsolète.

On aurait pu également s'attendre à ce qu'Hannah Arendt fasse référence, à propos de la loi supérieure du Mouvement, à la définition de Montesquieu de la loi comme « rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses »[435] Comme le souligne Althusser, cette nouvelle définition de la loi proposée par Montesquieu transpose en effet pour la première fois dans le domaine des affaires humaines une conception non pas religieuse, morale ou politique de la loi, mais une conception scientifique issue des sciences expérimentales modernes. La loi comme « rapport entre les choses » de Montesquieu n'est pas la « loi commandement » de Dieu ou du droit naturel, une loi qui « offre l'équivoque de la contrainte et de l'idéal »[436], mais la loi-rapport de Newton, qui est « un rapport constamment établi entre des termes variables, et tel que chaque diversité est uniformité, chaque changement est constance »[437]. Cette « révolution théorique » opérée par Montesquieu, qui « applique aux matières de la

434 « Montesquieu a modifié la doctrine de Locke de la séparation des pouvoirs de façon décisive en déclarant que le Pouvoir judiciaire était un pouvoir indépendant, alors que Locke l'avait placé sous le Pouvoir exécutif. D'un autre côté, il affirma que le Pouvoir exécutif incluait à la fois le maintien de l'ordre public et le pouvoir fédératif tel que Locke l'avait défini. La doctrine de la séparation des pouvoirs selon la formulation de Montesquieu a exercé une influence profonde sur le développement constitutionnel allemand. » *The Dual State*, op. cit. p. 67. La question que soulève Ernst Fraenkel, quand il cite ici Montesquieu, est de savoir si l'État à prérogative doit être considéré comme un « quatrième pouvoir » relativement aux trois pouvoirs définis par la théorie classique de la séparation des pouvoirs. Sa réponse est la suivante : « La distinction cruciale entre le "quatrième pouvoir" de l'État de droit et le Troisième Reich consiste dans le fait que dans le Troisième Reich le "politique" ne représente pas un simple segment des activités étatiques (délimité rigoureusement par des restrictions juridiques) mais qu'il contient potentiellement toute la vie politique et privée. La sphère "politique" n'est pas une sphère de l'État séparée des autres par la loi ; c'est une sphère omnipotente indépendante de toute régulation juridique. En tant qu'il réclame une juridiction illimitée pour lui-même, il ne peut être considéré comme un "pouvoir" parmi d'autres (comme c'est le cas dans la doctrine de la séparation des pouvoirs). "La séparation et la distinction des pouvoirs présuppose dans son principe la délimitation de toutes les activités de l'État" (Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München, 1928, p. 131). Un pouvoir potentiellement illimité est, cependant, l'antithèse d'un pouvoir limité », *Ibid.*, p.68-69

435 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, p. 123

436 ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, PUF, Paris, 1992, p. 29

437 Montesquieu cité par Althusser, *Ibid.*, p. 30

politique et de l'histoire une catégorie newtonienne de la loi »[438] aurait pu être interprétée par Hannah Arendt comme le premier pas vers l'application totalitaire de la loi du Mouvement à l'ensemble de l'humanité. Car la loi du Mouvement (qu'il s'agisse de la loi de la sélection naturelle de Darwin pour les nazis ou de la loi de la lutte des classes pour les soviétiques) est elle aussi une loi scientifique, et non morale ou politique. Avec cette différence que Montesquieu ne s'intéresse qu'à l'esprit des lois, c'est-à-dire cherche seulement à dégager les lois que les hommes suivent sans en avoir nécessairement conscience, alors que les régimes totalitaires transforment ces lois épistémologiques en des postulats pratiques. L'on pourrait dire, en paraphrasant Marx, que par la loi-rapport, Montesquieu ne fait qu'interpréter le monde passé quand les chefs totalitaires l'utilisent pour réaliser le monde à venir.

Telles ne sont pas les voies empruntées par Hannah Arendt, qui ne cite pas, à propos du totalitarisme, la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu, ni sa définition de la loi comme rapport. C'est seulement la façon dont Montesquieu définit la nature des régimes qui l'intéresse. Un intérêt qui s'explique par le fait que Montesquieu, aux yeux d'Arendt, est le dernier représentant de la théorie politique classique, le dernier à s'être intéressé à la nature du gouvernement, « c'est-à-dire qui se soit demandé ce qui le faisait être ce qu'il est »[439]. Mais s'il s'inscrit encore dans la tradition initiée par Platon, Montesquieu introduit néanmoins une nouveauté. Il ne se contente plus de définir la nature de chaque gouvernement, il introduit également une nouvelle question, celle du principe d'action de chaque gouvernement. Un gouvernement repose en effet, selon lui, non seulement sur une structure (sa nature au sens strict), mais aussi sur un ressort d'action, une passion spécifique qui fait agir les hommes.

438 *Ibid*., p. 32

439 ARENDT, Hannah, « La nature du totalitarisme – Essai sur la compréhension », in *La nature du totalitarisme,*, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990, p. 83

Concernant la structure des gouvernements, Montesquieu reste une disciple de la tradition : une république est un gouvernement constitutionnel où la souveraineté est exercée par le peuple ; une monarchie, un gouvernement selon les lois où la souveraineté appartient à un seul homme ; la tyrannie est un gouvernement sans lois dans lequel le pouvoir est exercé par un seul homme selon sa volonté arbitraire. La structure d'un gouvernement est donc connue, comme chez Platon et Aristote, selon la réponse aux questions : qui détient le pouvoir ? Comment le détenteur du pouvoir l'exerce-t-il ?

À la différence de la structure du gouvernement, le principe d'action concerne non les citoyens, mais les hommes. Il désigne la passion qui les anime et qui donne vie à la structure du gouvernement. Le principe d'action est l'élément dynamique d'un gouvernement dont la structure est statique. Il est, de plus, ce qui fait agir les hommes non seulement dans l'espace public gouverné par la structure gouvernementale, mais aussi dans leur vie privée. Concrètement,

> « le principe de toute action, en république, est la vertu politique, que [Montesquieu] assimile, sur le plan psychologique, à l'amour de l'égalité ; le principe de la monarchie est l'honneur, dont l'expression psychologique est la passion pour les distinctions et, dans une tyrannie, le principe est la crainte. »[440]

Althusser en déduit que « si le principe du gouvernement est son ressort, ce qui le fait agir, c'est qu'il est tout simplement, comme vie du gouvernement, sa condition d'existence. » Par exemple,

> « le principe propre à la république, la vertu, répond à la question : à quelle condition un gouvernement qui donne le pouvoir au peuple et le lui fait exercer par les lois peut-il exister ? À la condition que les citoyens soient vertueux, c'est-

440 *Ibid.*, p. 84

à-dire se sacrifient au bien public, et, en toutes circonstances, préfèrent la patrie à leurs passions propres »[441].

Cette définition du principe d'action comme condition d'existence d'un gouvernement explique pourquoi ce dernier peut rester en place alors que sa structure est défaillante. Tant que la passion qui le soutient demeure vivace, le régime se maintient. C'est la disparition du principe d'action, et non celle de sa structure, qui engendre la fin d'un gouvernement.

Le fait que Montesquieu considère qu'un gouvernement ne soit concevable que comme une « totalité nature-principe », une totalité qui « n'est plus formelle, car elle ne désigne pas une forme juridique pure, mais une forme politique engagée dans sa vie propre, dans ses propres conditions d'existence et de durée »[442] permet de comprendre l'intérêt qu'Hannah Arendt porte à Montesquieu quand il est question de définir la nature des régimes totalitaires. C'est en effet seulement à partir de Montesquieu que l'État est conçu comme « une totalité réelle [dont] tous les détails de sa législation, de ses institutions et de ses coutumes ne sont que l'effet et l'expression nécessaires de son unité interne. »[443] Montesquieu se situe donc à l'intersection de la théorie classique de l'État, qui réduit la définition d'un gouvernement à sa forme juridique, et de la théorie moderne de l'État, qui l'inscrit dans l'histoire et le définit comme une totalité[444]. Comme par ailleurs cette totalité nature-principe d'action correspond à l'union de la vie publique (définie par la nature du gouvernement) et de la vie privée (régie par son principe d'action), elle permet de rendre compte adéquatement

441 *Montesquieu, la politique et l'histoire*, op. cit. p. 46
442 *Ibid.*, p. 47
443 *Ibid.*, p. 48
444 C'est pourquoi Althusser souligne l'intérêt que Hegel porta à Montesquieu : « Hegel, qui a donné à la catégorie de totalité une prodigieuse portée dans sa philosophie de l'histoire, savait bien quel était son maître quand il rendait grâce de cette découverte au génie de Montesquieu. » *Ibid.*, p. 49

des régimes totalitaires, qui reposent tous sur la non distinction entre la sphère publique et la sphère privée.

Appliquée aux régimes totalitaires, la méthode de Montesquieu pour définir l'essence d'un gouvernement donne, selon Arendt, les résultats suivants : la nature d'un gouvernement totalitaire est la terreur, et son principe d'action est l'idéologie. « Si la loi est l'essence du gouvernement constitutionnel ou républicain, la terreur constitue celle du gouvernement totalitaire. »[445] Pourquoi la terreur ? Parce qu'elle est « la réalisation de la loi du Mouvement »[446], c'est-à-dire la réalisation de la loi supérieure de la Nature ou de l'Histoire, qui remplace les lois positives des régimes antérieurs. « La terreur est légalité si la loi est la loi du mouvement d'une force surhumaine, la Nature ou l'Histoire. »[447] Les lois positives des gouvernements républicains, mais aussi monarchiques, laissent place à cette supra-légalité qui n'existe concrètement, de manière immanente, que par la terreur exercée sur l'ensemble des individus. La terreur est chargée de faire en sorte « que la force de la nature ou de l'histoire puisse emporter le genre humain tout entier dans son déchaînement, sans qu'aucune forme d'action humaine spontanée ne vienne y faire obstacle. »[448]

Plusieurs caractéristiques découlent de ces définitions. La première, c'est que la terreur n'est pas la simple réalisation des lois supérieures de la Nature ou de l'Histoire, mais plus exactement leur accélération. Puisque la sélection naturelle (loi de la Nature) ou la lutte des classes (loi de l'Histoire) sont conçues comme des lois exprimant une nécessité objective, leurs résultats (l'élimination des races et des classes considérées comme inaptes) adviendront quoi que les hommes fassent. La terreur n'est

445 *La nature du totalitarisme*, op. cit. p. 101
446 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 819
447 *Ibid.*, p. 820
448 *Ibid.*, p. 819

donc pas tant l'instrument de leur réalisation, que celui de leur réalisation anticipée. D'où le fait que la terreur s'accroît quand l'opposition réelle est éliminée.

Deuxièmement, en tant que la terreur est l'exécution de lois suprahumaines, elle s'applique à l'ensemble du genre humain, et non à des sujets individuels. La terreur « élimine l'individu au profit de l'espèce, sacrifie les « parties » au profit du « tout ». »[449] La pluralité, et l'unicité de chacun, sont donc radicalement éliminées. La terreur y parvient parce qu'

> « aux barrières et aux voies de communication entre les hommes individuels, elle substitue un cercle de fer qui les maintient si étroitement ensemble que leur pluralité s'est comme évanouie en un Homme unique aux dimensions gigantesques. »[450]

Pour être pleinement appréciée, cette citation doit être lue à la lumière des travaux ultérieurs de Hannah Arendt, notamment *La condition de l'homme moderne*. Comme le montrent les travaux récents de la recherche américaine[451], repris par Vincent Lefèbve[452], Hannah Arendt a en effet développé deux conceptions de la loi, la loi au sens grec, *nomos*, et la loi au sens romain, *lex*, qui correspondent à deux modèles juridiques différents. Alors que pour les grecs la loi est pré-politique et a pour fonction de tracer la limite, la barrière entre le politique et le non politique, la loi au sens romain a elle pour fonction de relier, d'unir les hommes entre eux. La loi est donc aussi bien une barrière (*nomos*) entre les hommes, qu'une voie de communication (*lex*) entre eux.

449 *Ibid.*, p. 820
450 *Ibid.*, p. 820
451 Voir Keith Breen, « Law beyond Command ? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law », Michael A. Wilkinson, « Between Freedom and Law : Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of "The Tradition" », Johan van der Walt, « Law and the Space of Appearance in Arendt's Thought », in *Hannah Arendt and the Law*, edited by Marco Goldoni and Christopher MacCorkindale, Oxford and Portland, Oregon, 2012
452 Vincent Lefebve, *Politique des limites, limites de la politique*, chap. I « Les paradigmes de l'Antiquité : le droit entre œuvre et action. »

Il en dérive que la terreur totalitaire supprime aussi bien la loi qui définit un espace de liberté pour les hommes, la loi comme limite (*nomos*), que la loi comme lien et mode de communication (*lex*), pour y substituer, non pas le chaos de l'anarchie ou de l'arbitraire, mais la loi du mouvement transcendant de la nature ou de l'histoire, qui transforme la pluralité des hommes en un unique matériau uniforme.

Comme cette loi supérieure que la terreur réalise est celle d'un processus, d'un mouvement permanent,

> « dans un régime totalitaire parfait (…) où toute action tend à l'accélération du mouvement de la nature ou de l'histoire, où tout acte sans exception est l'exécution d'une sentence de mort que la Nature ou l'Histoire ont déjà prononcée, autrement dit, dans une situation où l'on peut complètement s'en remettre à la terreur pour donner au Mouvement un caractère perpétuel, on n'aurait besoin d'aucun principe d'action séparé de son essence. »[453]

Mais les régimes totalitaires ayant existé n'étant pas des régimes totalitaires « parfaits », notamment parce qu'ils ne sont pas parvenus à dominer l'ensemble du genre humain, un principe d'action leur demeure nécessaire, en dépit du dynamisme inédit de leur nature. Ce principe d'action doit à la fois ne pas faire appel à la liberté d'agir, qui serait contraire à la réalisation objective de la loi du mouvement, et susciter « le besoin insatiable de pénétrer la loi du mouvement selon laquelle opère la terreur et dont, par conséquent, dépendent toutes les destinées particulières. »[454] Or c'est précisément ce que permet l'idéologie.

Arendt définit l'idéologie au sens propre, comme « la logique d'une idée »[455]. Car c'est surtout cette logique, plus que le contenu proprement dit des idéologies totalitaires, qui en font le principe d'action approprié. La logique repose en

453 *Ibid.*, p. 822-823
454 *Ibid.*, p. 824
455 *Ibid.*, p. 825

effet sur la contrainte du raisonnement et s'oppose ainsi à la liberté de pensée. La « camisole de la logique »[456] tient lieu de compréhension. Ce faisant, la logique substitue la cohérence du raisonnement à la réalité des faits, qui sont, eux, dépourvus de cohérence et toujours susceptibles d'être modifiés par les actions imprévisibles des hommes. L'idéologie réalise donc cette émancipation par rapport à la réalité « que nous percevons aux moyens de nos cinq sens » propre aux régimes totalitaires :

> « La pensée idéologique (…) affirme l'existence d'une réalité « plus vraie qui se dissimule derrière toutes les choses que l'on perçoit et règne sur elles depuis cette cachette ; elle requiert pour que nous puissions nous en apercevoir la possession d'un sixième sens. Ce sixième sens est justement fourni par l'idéologie. »[457]

Cette signification secrète dont sont pourvus les événements relie l'idéologie à la loi du mouvement. L'idéologie a en effet pour objet le devenir historique, dont elle propose une explication en tout point infaillible, transformant ainsi l'histoire en un processus unique et cohérent. L'idéologie « promet l'explication totale du passé, la connaissance totale du présent et la prévision certaine de l'avenir »[458], c'est-à-dire la connaissance de la loi du mouvement. C'est pourquoi la soumission des hommes à l'idéologie les rend apte à jouer aussi bien le rôle de victime que de bourreau, puisque ces rôles ne sont pas déterminés par leur volonté ni par leurs actions, mais uniquement par la logique supérieure d'une idée qui décident à leur place.

Une fois en possession de la nature et du principe d'action des gouvernements totalitaires, Hannah Arendt conclut son analyse de l'essence du totalitarisme en définissant l'expérience humaine fondamentale qui le rend possible. Selon elle, la domination totalitaire se fonde *in fine* « sur la désolation (*loneliness*), sur l'expérience d'absolue non-appartenance au monde, qui est l'une des expériences les

456 *Ibid.*, p. 826
457 *Ibid.*, p. 827
458 *Ibid.*, p. 827

plus radicales et les plus désespérées de l'homme. »[459] Hannah Arendt quitte alors les domaines du droit et de la science politique pour une interrogation d'ordre existentiel des systèmes totalitaires, qui excède malheureusement le cadre de notre recherche.

2 - Une nouvelle typologie des formes de gouvernement

La nature du régime totalitaire étant définie, Hannah Arendt poursuit ses réflexions en cherchant à inscrire le totalitarisme au sein de la classification traditionnelle des différentes formes de gouvernements. Cette perspective lui est propre. On ne la trouve ni chez Carl Schmitt, ni chez Ernst Fraenkel ou Franz Neumann. Elle est pourtant conséquente avec la volonté de tous ces auteurs de revoir les catégories traditionnelles de la pensée politique. La modélisation de totalitarisme serait incomplète si la typologie des différentes formes de gouvernement, qui intéresse autant les juristes que les théoriciens du politique, n'était pas elle aussi battue en brèche.

Concernant l'histoire de la classification des régimes, Arendt considère que « les types de régime sous lesquels les hommes vivent sont très peu nombreux ; ils furent tôt découverts et répertoriés par les Grecs et ils se sont avérés d'une extrême longévité »[460] C'est donc à une remise en question de la typologie grecque initiale qu'Arendt nous invite. Comme nous allons le voir, l'article de 1956 reprend la typologie aristotélicienne (1), alors que la conclusion de 1958 est plutôt en rupture avec la typologie platonicienne des formes de gouvernement (2).

459 *Ibid.*, p. 834
460 *Ibid*. p. 814

2.1. La remise en question de la typologie aristotélicienne (autoritarisme, dictature et totalitarisme)

La distinction proposée dans l'article de 1956 entre les régimes autoritaires, les régimes tyranniques ou dictatoriaux et les régimes totalitaires s'effectue principalement sous l'angle du droit et de la théorie juridique. Pour la première fois, Hannah Arendt y propose une typologie schématique, une modélisation très parlante des différences structurelles entre ces trois régimes.

Le trait commun qui justifie que ces régimes soient regroupés et abordés ensemble est leur rapport à la liberté. Ou plutôt le fait que chacun de ces régimes soient fondés sur une négation spécifique de la liberté. Cette négation de la liberté s'entend comme une limitation dans les régimes autoritaires, comme une destruction de la liberté publique dans les dictatures et comme un anéantissement de la faculté d'être libre, ou comme une destruction de la liberté publique et privée dans le totalitarisme :

> « (…) des différences de principe existent entre la restriction de la liberté dans les régimes autoritaires, l'abolition de la liberté politique dans les tyrannies et les dictatures, et l'élimination totale de la spontanéité elle-même, c'est-à-dire de la manifestation la plus générale et la plus élémentaire de la liberté humaine, que seuls visent les régimes totalitaires par diverses méthodes de conditionnement – car la terreur et les camps de concentration sont destinés moins à intimider qu'à conditionner. »[461]

Or cette typologie tripartite s'inscrit plutôt dans la tradition aristotélicienne, et non platonicienne, de classification des régimes politiques.

La classification platonicienne des régimes varie de *La République* au *Politique*. Dans le livre VII de *La République*, Platon dresse une liste ordonnée de cinq

461 « Autorité, tyrannie et totalitarisme », op. cit. p. 882

différents régimes, qui ne sont pas classés en fonction du nombre des dirigeants (un seul, quelques-uns, tous), mais en fonction de leur valeur : au sommet se trouve le régime idéal, celui où règne la sagesse, qui peut être un régime royal ou aristocratique. Peu importe qu'un seul ou plusieurs gouvernent, du moment que leur gouvernement est sage. Viennent ensuite, par ordre de valeur décroissant, la timocratie, l'oligarchie, la démocratie et enfin la tyrannie, le plus mauvais des régimes. Dans *Le Politique*[462], le critère du nombre des gouvernants est en revanche pris en considération par Platon, qui distingue alors deux formes de « monarchie », c'est-à-dire deux formes de gouvernement par un seul homme, selon que l'on y respecte ou non les lois, à savoir la royauté et la tyrannie, et deux formes de gouvernement par un petit nombre, l'oligarchie et l'aristocratie. Il ajoute à ces quatre régimes la démocratie, qui porte le même nom, que les lois soient respectées ou non. De cette classification des régimes, Hannah Arendt retient que pour Platon, la tyrannie est un régime à part. Comme elle le rappelle souvent, le tyran est pour Platon un « loup à figure humaine », qui doit être exclu de l'humanité. Contrairement aux autres formes de gouvernement, la tyrannie, qui abolit radicalement les lois, marque la fin de la vie politique.

Il n'en est pas de même selon la classification aristotélicienne. Dans le livre III de *La politique*, Aristote classe les différents régimes politiques possibles selon deux critères : le critère classique du nombre, à savoir qui gouverne (un seul, quelques-uns, la majorité), auquel il ajoute un critère nouveau, le critère de la finalité, à savoir ce en vue de quoi le pouvoir est exercé. Les constitutions « qui ont pour but l'intérêt commun, sont, en fait, des formes correctes, en accords avec les stricts principes de la justice ; celles, au contraire, qui n'ont en vue que l'intérêt des dirigeants sont défectueuses. »[463] Comme le montre Francis Wolff, ce deuxième critère de classification des régimes

462 Platon, *Le Politique*, trad. L. Robin et M-J. Moreau, Gallimard, 1950, 291 d, p. 395
463 Aristote, *La politique*, trad. J. Tricot, Vrin, Paris, 1989, III, 6, 1279 a 17-20, p. 197

« permet de tracer une ligne de démarcation entre les vrais régimes, c'est-à-dire ceux qui sont vraiment politiques, ceux qui correspondent à l'essence du pouvoir politique et réalisent l'essence de la cité et les faux régimes politiques, ceux qui ne sont pas « politiques » mais « despotiques », puisque le pouvoir y vise d'abord l'intérêt de ceux qui l'exercent (les maîtres). »[464] Le critère de la finalité, combiné à celui du nombre, conduit Aristote à distinguer les régimes politiques normaux, ou justes, qui s'exercent en vue de l'intérêt général, à savoir la royauté, l'aristocratie et l'isonomie ou « régime constitutionnel », et les régimes politiques anormaux, ou injustes, qui s'exercent dans le seul intérêt privé des gouvernants, à savoir la tyrannie, l'oligarchie et la démocratie. La tyrannie n'est donc plus, comme chez Platon, un cas à part, la forme isolée et monstrueuse de la violence sans loi. La tyrannie n'est plus qu'une forme despotique parmi d'autres, un gouvernement despotique au même titre que la démocratie et l'oligarchie.

Dans l'article de 1956, « Autorité, tyrannie et totalitarisme », tout se passe comme si Hannah Arendt reprenait le critère de la finalité (Pour qui, pour quoi gouverne-t-on ?) mais en lui donnant un contenu nouveau. À l'intérêt commun ou au Bien d'Aristote, Arendt substitue la liberté. Il y aurait ainsi les gouvernements établis en vue de l'affirmation, ou de la protection, de la liberté (qu'Arendt ne présente pas) et ceux établis en vue de sa négation, qui font l'objet de son analyse. Le critère du nombre (qui gouverne ?) est quant à lui éliminé, au profit de celui des différents degrés de négation de liberté, à savoir la restriction de la liberté publique (régime autoritaire), la suppression de la liberté publique (la tyrannie) et enfin la suppression de la liberté publique et privée (totalitarisme). Cette typologie arendtienne montre que pour Arendt le totalitarisme n'est pas un régime a-nomal, une monstruosité, mais un régime anormal

464 Wolff, Francis, *Aristote et la politique*, PUF, Paris, 1991, p. 87-88

ou pathologique. L'autre intérêt de cette typologie est de ne pas faire du droit le critère de distinction entre les régimes. Il n'y a pas selon Arendt des États garantissant le droit d'un côté, et des régimes sans droit de l'autre. Au contraire, un État de droit peut parfaitement être un État où la liberté n'est pas protégée, mais au contraire restreinte.

C'est le cas des régimes autoritaires. Du point de vue de la théorie juridique, les régimes autoritaires se caractérisent par le fait d'être gouvernés par des lois. Le pouvoir autoritaire est un pouvoir légitime, qui tire sa légitimité d'une loi fondamentale transcendante :

> « Les actes [des régimes autoritaires] sont contrôlés par un code, qui n'a pas été fait par l'homme, comme dans le cas de la loi de la nature, des commandements de Dieu ou des idées platoniciennes, ou du moins ne l'a pas été par les hommes qui exercent le pouvoir. »[465]

Comme exemple de régime gouverné par une loi fondamentale transcendante, Hannah Arendt cite l'Église catholique, qui gouverne autoritairement, mais non dictatorialement, les croyants (en lieu et place des citoyens dans les États autoritaires, comme le célèbre « gouvernement de la raison » de Robespierre). Du point de vue de l'organisation du pouvoir, les régimes autoritaires fonctionnent à l'aide d'une structure hiérarchique fondée sur l'inégalité. C'est pourquoi le modèle choisi par Hannah Arendt pour représenter le régime autoritaire est celui de la pyramide :

> « Comme image du gouvernement autoritaire, je propose la forme de la pyramide, bien connue dans la pensée politique traditionnelle. La pyramide est en effet une image qui convient particulièrement à la structure gouvernementale dont la source d'autorité réside en dehors d'elle-même ; le centre du pouvoir se situe au sommet, d'où l'autorité et le pouvoir filtrent jusqu'à la base, de façon que chaque couche successive possède quelque autorité, mais moins que la précédente. »[466]

465 "Autorité, tyrannie, totalitarisme", op. cit. p. 883
466 *Ibid*. p. 887-888

À la différence des régimes autoritaires, les régimes tyranniques « gouvernent par ordre et décrets ».[467] Cette substitution des décrets aux lois rend cette fois le pouvoir illégitime. Ce que ces ordres et décrets traduisent, ce n'est plus une loi fondamentale transcendante, mais uniquement la volonté, par nature imprévisible, d'un dictateur ou d'une bureaucratie anonyme. Tous les sujets étant également soumis à cette volonté, la tyrannie ou les dictatures sont des régimes par essence égalitaires. Ce qui conduit au modèle de la pyramide scindée :

> « Si nous nous en tenons à l'image de la pyramide, tout se passe comme si les couches intermédiaires entre le sommet et la base étaient détruites, de sorte que le sommet reste suspendu, soutenu par les seules baïonnettes proverbiales, au-dessus d'une masse informe d'individus soigneusement isolés, désintégrés et parfaitement égaux. »[468]

Le « gouvernement totalitaire » (gouvernement s'entendant ici au sens large de régime ou d'État, et non au sens strict de Pouvoir exécutif), quant à lui, « exige des mesures bien plus radicales que la simple substitution des décrets aux lois, caractéristique de toutes les formes bureaucratiques de la tyrannie »[469]. Si, dans une dictature, le chef exprime publiquement sa volonté par les ordres, les décrets et les ordonnances qu'il promulgue, dans un régime totalitaire, la volonté du chef et l'ordre donné par lui cessent par contre de coïncider. Comme nous l'avons vu dans la première partie, l'un des principes juridiques fondamentaux du totalitarisme selon Hannah Arendt est que

> « la loi suprême en Allemagne est la volonté intime du Führer et non l'ordre donné par lui (…) Un nazi digne de confiance était non pas celui qui obéissait

467 *Ibid.* p. 881 et 883
468 *Ibid.* p. 888
469 *Ibid.* p. 887

aveuglément aux ordres de Hitler, mais celui qui était capable de discerner derrière ces ordres la "volonté" de Hitler. »[470].

Comme par ailleurs la volonté du Führer est aussi mobile que le Mouvement qu'elle incarne, elle considère dès lors toute forme de législation comme une entrave, le Mouvement devant être incessant :

> « Toute une école de théoriciens du droit (Theodor Maunz) en Allemagne nazie firent de leur mieux pour prouver que le concept même de loi était en conflit si direct avec le contenu politique d'un mouvement comme tel, que même les nouvelles législations les plus révolutionnaires finiraient par se révéler une entrave au mouvement. »[471]

Parce que le Mouvement est prioritaire sur sa propre législation, il n'y a plus de distinction ni de hiérarchie entre les normes. La constitution, les lois, les ordres, les décrets et les ordonnances ne sont plus que des expressions imparfaites, et également illégitimes, de la volonté du chef :

> « Ce qui met le Mouvement en marche, en constitue l'élément dynamique, est cette "volonté" sans cesse changeante, dont les manifestations extérieures – ordres, décrets, ordonnances – sont si instables qu'elles ne sont même pas publiées officiellement et portés à la connaissance de ceux dont la vie même dépend de l'obéissance de celles-ci. »[472]

La volonté du Führer n'est pas accessible par un texte normatif, mais par une conscience intime du mouvement, une conscience intime dont seuls les membres de la communauté peuvent se prévaloir, comme nous l'avons déjà amplement souligné.

Le modèle qu'Arendt propose pour rendre compte de cette structure spécifique des régimes totalitaires est, comme nous l'avons vu, celui de l'oignon, qui avait déjà été utilisé en 1951 pour caractériser l'organisation du pouvoir :

470 *Ibid.* p. 887
471 *Ibid.* p. 885
472 *Ibid.* p. 887

> « Par contraste avec les régimes tant tyranniques qu'autoritaires, l'image qui convient au gouvernement et à l'organisation totalitaires me semble être la structure en oignon dans le centre duquel, dans une sorte d'espace vide, se trouve le Chef ; quoi qu'il fasse, qu'il intègre le corps politique comme dans une hiérarchie autoritaire ou qu'il opprime ses sujets comme un tyran, il le fait du dedans, et non du dehors ou d'un haut. Toutes les parties extraordinairement multiples du mouvement : organisations de façade, diverses sociétés professionnelles, membres et hiérarchie du parti, formations d'élite et groupes de police, sont reliées de façon que chacune forme d'un côté la façade et de l'autre le centre, c'est-à-dire joue le rôle du monde extérieur normal pour une couche et celui de l'extrémisme pour l'autre. »[473].

De cette citation, il résulte que le totalitarisme repose sur deux caractéristiques structurelles fondamentales. Il s'agit tout d'abord d'un régime où le pouvoir est immanent, par opposition au pouvoir transcendant des régimes autoritaires et au pouvoir surplombant des dictatures. Le pouvoir totalitaire s'exerce de l'intérieur de la structure politique, mais aussi à l'intérieur de chacun de ses membres individuels. C'est ensuite une structure horizontale et étanche, dont chacune des couches est chargée de détacher chacun des membres, quel que soit le degré de son engagement, de la réalité du « monde extérieur normal ». Car comme nous l'avons déjà souligné, la rupture avec la réalité, la scission entre « le monde extérieur normal » et le monde totalitaire, est l'une des caractéristiques du totalitarisme.

Le remplacement du modèle de la pyramide par celui de la structure par cercles concentriques permet de distinguer clairement le totalitarisme de l'autoritarisme et de la tyrannie, avec lesquels il est souvent confondu. Selon Arendt, « l'identification du totalitarisme avec l'autoritarisme se rencontre le plus fréquemment chez les auteurs libéraux. »[474] Car ces auteurs ne se préoccupent pas des formes de gouvernement mais

473 *Ibid.* p. 889
474 *Ibid.*, p. 882

seulement du progrès de la liberté, et considèrent que la différence entre la limitation de la liberté, la suppression de la liberté publique et l'anéantissement de la faculté d'être libre ne sont que des différences de degré, alors qu'il s'agit en réalité, selon Arendt, de différence de nature. Pour les libéraux, est considéré comme autoritaire toute forme de gouvernement qui restreint la liberté, ou, ce qui revient au même, l'auteur libéral voit « des tendances « totalitaires » dans toute limitation autoritaire de la liberté ».[475] Il n'y a ainsi pas plus de différence entre totalitarisme et autoritarisme, qu'entre autoritarisme et tyrannie, alors qu'il s'agit en réalité de formes de gouvernement bien distinctes.

2.2. La remise en question de la typologie platonicienne (Régime légal, tyrannie et totalitarisme)

Pour approfondir l'autre distinction nécessaire, celle entre totalitarisme et tyrannie, c'est vers « la nature du totalitarisme » et la conclusion de 1958 des *Origines du totalitarisme*, intitulé « Idéologie et terreur – un nouveau type de régime » qu'il faut se tourner.

Au premier abord, les points communs apparents entre la tyrannie, et sa forme moderne, la dictature, et les régimes totalitaires sont nombreux. Premièrement, « l'abolition totalitaire de toutes les classes et de tous les groupes de la population susceptibles de donner naissance à une véritable distinction »[476] rapproche le totalitarisme de la structure égalitaire du gouvernement despotique, où tous les citoyens sont également soumis à la violence du tyran. Arendt rappelle à ce propos « l'histoire de ce tyran grec qui, pour former un collègue à l'art de la tyrannie, le fit sortir de la cité

475 *Ibid.*, p. 883
476 « La nature du totalitarisme », op. cit. p. 109

afin de le conduire dans un champ de blé dont il coupa tout le chaume à une même hauteur »[477]. Il semble en être de même dans le régime totalitaire, où tout le monde est soumis à la même terreur. Deuxièmement, « la terreur, la torture, la pratique de l'espionnage qui traquent les pensées secrètes et dangereuses ont toujours été les pivots des tyrannies. »[478] et c'est aux gouvernements despotiques que l'on doit d'avoir appelé les prisons « les oubliettes », où les individus étaient condamnés à la « mort vivante par l'oubli », comme ce sera également le cas dans le système concentrationnaire. Enfin, « dans les deux cas, tout le pouvoir est concentré entre les mains d'un seul homme qui l'emploie de manière à rendre tous les autres totalement et absolument impuissants. »[479]

Ces similitudes ne sont néanmoins qu'apparentes, et obligent à mieux cerner les spécificités réelles des gouvernements totalitaires. Ceux-ci ne sont pas, tout d'abord, des gouvernements véritablement égalitaires. L'abolition de toutes les classes et de toutes les distinctions conduit non pas à l'égalité, mais à l'uniformité, ou plus exactement à la négation de toute individualité au profit de la seule considération de l'espèce. De même, la terreur totalitaire, à la différence de la violence tyrannique, ne s'exerce pleinement qu'une fois que l'opposition réelle est détruite. À la différence de la tyrannie, la terreur totalitaire se tourne contre ses propres partisans, puis contre des innocents. Ce qui conduit Arendt à distinguer la crainte, propre à la dictature, et la terreur, spécifique du totalitarisme. Enfin, le chef totalitaire, à la différence du tyran, ne cherche pas à dominer tous ses sujets pour établir « la tranquillité de son propre règne », mais est prêt au contraire à sacrifier ses propres intérêts pour la réalisation de la loi supérieure du Mouvement. Celle-ci exige « qu'on prenne sans cesse des mesures et rend la jouissance oisive du fruit de la domination, les joies séculières de la domination

477 *Ibid.*, p. 109
478 *Ibid.*, p. 109
479 *Ibid.*, p. 111

tyrannique (…) impossible par définition. »[480] Le chef totalitaire ne réalise ni sa volonté, ni ses désirs, contrairement au tyran, mais un principe supérieur indépendant de lui.

À vrai dire, il y a quelque chose de gênant dans la façon dont Arendt définit ici le totalitarisme. Car cette définition est très proche, presque une traduction, d'une distinction plus ancienne et initialement élaborée par la doctrine juridique nazie. Dire, comme le fait Arendt, que le Chef, contrairement au dictateur, ne réalise ni sa volonté, ni ses désirs, qu'il n'obéit qu'au Mouvement, qu'il est désintéressé – nous soulignons-, cela ne revient-il pas à dire, dans la langue de Roger Bonnard en 1939, que le Führer est n'a pas une personnalité individuelle, mais seulement communautaire ?

Mais au-delà de cette question, qui suscite un malaise qui se dissipe rapidement quand l'on connaît l'usage de la doctrine juridique nazie par Hannah Arendt, le fait est que, selon la philosophe, le totalitarisme, en dépit de ses affinités apparentes avec la tyrannie, est en réalité un gouvernement d'essence différente, qui oblige à revoir la classification platonicienne.

En réalité, la réalisation de la loi du Mouvement, principe absolu des régimes totalitaires, fait éclater la distinction platonicienne entre les régimes soumis à des lois et le régime arbitraire de la tyrannie. Le totalitarisme n'appartient à aucune de ces deux catégories. Au lieu de se soumettre à des lois, il « brave toutes les lois positives, jusqu'à celles qu'il a lui-même promulguées ». Mais il n'est pas pour autant un régime arbitraire, car « il prétend obéir rigoureusement et sans équivoque à ces lois de la Nature et de l'Histoire dont toutes les lois positives ont toujours été censées sortir . »[481] Ainsi, l'alternative entre gouvernement soumis à des lois et gouvernement sans lois, au fondement de la philosophie politique, laisse donc place à une nouvelle classification. Un gouvernement peut être dorénavant soit soumis à des lois positives,

480 *Ibid.*, p. 111
481 « Idéologie et terreur », op. cit. p. 815

soit être un gouvernement arbitraire, soit réaliser directement une loi supérieure. Telle est en tout cas la nouvelle classification à laquelle Hannah Arendt nous invite.

*

Cette classification des régimes dressée par Hannah Arendt illustre bien les difficultés auxquelles les sciences politique et juridique sont confrontées. En modifiant la classification traditionnelle, en faisant du totalitarisme un régime à part entière, il devient aussi du même coup un régime parmi d'autres, un régime « normalisé » (au sens de rationnalisé). La nouveauté totalitaire cède la place à une naturalisation du totalitarisme.

Hannah Arendt était parfaitement consciente de cette difficulté. C'est pourquoi, après *Les Origines du Totalitarisme*, elle consacrera le reste de son œuvre à la définition des conditions de possibilité d'une vie authentiquement politique, où la liberté publique est garantie. Reconnaître le totalitarisme comme un régime n'est donc pas une démission ni un danger si cela oblige en retour à définir de façon plus aiguë les conditions politiques et juridiques de régimes non totalitaires.

Chapitre V – Le cas de l'Union soviétique

Comme le souligne Daniel Dagenais[482], le projet initial d'Hannah Arendt en écrivant *Les Origines du totalitarisme* était l'analyse du seul nazisme. Ce n'est qu'en cours de rédaction qu'elle décida d'inclure l'Union soviétique, dont elle reconnaissait pourtant n'avoir qu'une connaissance partielle. Or ce choix donna naissance à une inextinguible polémique.

Aujourd'hui, on interprète ce rapprochement effectué par Hannah Arendt entre l'Union soviétique de Staline et l'Allemagne nazie comme un symptôme, pire une conséquence de la Guerre froide. Il y aurait une dimension politique, et donc polémique, dans ce totalitarisme à double face, l'une allemande, l'autre russe.

Si l'on se place du point de vue de l'histoire des idées en générale, et de la théorie du droit en particulier, ce rapprochement entre l'Allemagne nazie et l'Union soviétique apparaît soit comme problématique, soit comme une fausse nouveauté. Comme une fausse nouveauté parce que les comparaisons entre le nazisme et le socialisme soviétique sont récurrentes dans les travaux des juristes. Avant Hannah Arendt, l'analyse comparée du nazisme et de l'Union soviétique était déjà un passage récurrent et obligé de la doctrine juridique, aussi bien nazie qu'antinazie. Carl Schmitt, Roger Bonnard, Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Marcel Prélot, Gerhardt Leibholz, Boris Mirkine-Guetzevitch - pour citer les principaux juristes de notre étude - étudient

482 DAGENAIS, Daniel, « Le délire totalitaire », *Hannah Arendt, le totalitarisme et le monde contemporain,* Presse de l'université Laval, 2003, p.11

tous les points communs, et les différences entre les deux régimes, notamment concernant les rapports entre l'État et le parti.

Bien que la typologie dualiste des régimes totalitaires d'Arendt soit donc, pour les juristes, une fausse nouveauté, elle n'en demeure pas moins pourtant une théorie problématique.

Problématique, d'abord, parce qu'elle implique l'exclusion du fascisme. Cette exclusion va à l'encontre des faits (l'alliance politique et militaire entre l'Italie et le Troisième Reich), mais aussi à l'encontre de l'histoire des idées. Dans le champ qui nous intéresse, et comme nous le développerons dans le chapitre suivant, *La doctrine du fascisme* de Mussolini, qui exerça une forte influence sur le doctrine nazie, repose également sur des fondements marxistes, ce qui conforte la théorie actuellement dominante de l'existence au XXe d'une « triade », et non d'un couple de régimes totalitaires.

La typologie dualiste des régimes totalitaires d'Arendt est aussi problématique d'un point de vue interne, c'est-à-dire parce qu'elle instaure une identité de nature entre le nazisme et le stalinisme. Sans entrer dans l'ensemble des débats théoriques, politiques et idéologies nourrissant les comparaisons entre les régimes de Hitler et de Staline, mais en se concentrant sur la théorie du droit, il apparaît en tout cas que la thèse d'Arendt est contredite, et non confirmée, par la doctrine et la pratique du droit nazies et soviétiques. Qu'il s'agisse des travaux critiques de Boris Mirkine-Guertzevitch, mais aussi de Hans Kelsen, sur le droit de l'Union soviétique, ou de la doctrine juridique soviétique de Pasukanis et Vychinsky, ils montrent que les conceptions soviétiques du droit et de la loi reposent sur des principes différents que ceux de la doctrine juridique nazie, ce qui rend la thèse de Hannah Arendt fragile et exige une réévaluation. En revanche, concernant non plus le droit positif, mais le droit

naturel, nous verrons que le rapprochement entre les deux régimes est en effet fondé, du moins si l'on suit les raisonnements du juriste Ernst Fraenkel.

1 - L'URSS selon Hannah Arendt

Comme le remarque Marcel Prélot, l'une des particularités de l'Union soviétique est que l'action politique initiée par la Révolution de 1917 a été précédé d'une théorie, à l'inverse du fascisme où l'action politique a précédé la théorie[483]. Cette spécificité oblige donc, quand il s'agit de l'URSS, à examiner conjointement la théorie marxiste (1.1) et le régime soviétique (1.2), comme ne manque pas de le faire Hannah Arendt.

1.1. Hannah Arendt critique de Karl Marx

Il est connu qu'Hannah Arendt n'a pas été tendre avec Marx. Dans *La condition de l'homme moderne*, c'est dans le chapitre qu'elle consacre au travail, et non à l'œuvre ni à l'action, qu'elle développe et détaille sa critique du matérialisme historique. Dans ces pages, elle considère que la société de travailleurs de Marx et Engels entraîne la disparition de tout « monde commun », ou de toute « pluralité », termes synonymes de politique pour Arendt.

Le travail, parce qu'il est lié aux nécessités vitales, est en effet une activité privée qui se déroule à l'écart du monde, qu'il s'agisse du monde des objets créés par

483 *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 3

les artisans, ou plus fondamentalement du monde intangible fait d'actions et de paroles où des hommes libres et égaux agissent de conserve :

> « la seule activité qui corresponde strictement à l'expérience d'absence-du-monde (…) est l'activité du travail, dans laquelle le corps humain, malgré son activité, est également rejeté sur soi, se concentre sur le fait de son existence et reste prisonnier de son métabolisme avec la nature sans jamais le transcender, sans jamais se délivrer de la récurrence cyclique de son propre fonctionnement. »[484]

Une société de travailleurs, fondée sur une activité qui est privée de monde, fait donc de la nécessité naturelle, et non de la liberté, la règle générale. L'émancipation des travailleurs, caractéristique de la société moderne selon Hannah Arendt, ne signifie pas que l'homme soit désormais libéré du travail (selon le rêve utopique de Marx), mais au contraire « que nous avons réussi à niveler toutes les activités humaines pour les réduire au même dénominateur qui est de pourvoir aux nécessités de la vie et de produire de l'abondance. »[485] En conséquence, au lieu d'instaurer « une ère de liberté universelle », l'émancipation du travail, « c'est-à-dire le fait que l'*animal laborans* a eu le droit d'occuper le domaine public », aboutit au contraire « à courber toute l'humanité pour la première fois sous le joug de la nécessité »[486].

À l'opposé, le modèle de société authentiquement politique est pour Arendt celui de la *polis* des Grecs, qui se définit comme un monde commun né et partagé par des hommes libérés des nécessités, des hommes libres dont le loisir n'est pas le temps nécessaire pour se reposer du travail comme chez Marx, ni un divertissement, un passe-temps consacré aux arts, mais une condition d'existence. Alors que la société de travailleurs de Marx, en détruisant tout rempart entre la nature et le monde des hommes, place au contraire au cœur de la société, non l'expérience de la liberté, mais le processus

484 *La condition de l'homme moderne*, Calmann-Levy, Paris, 1983, p. 163
485 *Ibid.*, p. 177
486 *Ibid.*, p. 181 et 184

sans fin du « métabolisme de l'homme et de la nature », pour reprendre la célèbre expression de Marx. Ce qu'Arendt critique, c'est donc le fait que la théorie de Marx réduise l'homme à l'*animal laborans* et place la gestion en commun des nécessités vitales, et non les paroles et les actions politiques, au centre de la société[487].

Cette critique directe de Marx par Arendt ne signifie pas toutefois que le marxisme, aux yeux d'Arendt, ait été incapable de véritable politique. Bien au contraire. La Commune de Paris de 1871 est sans conteste l'un des rares moments historiques auquel la philosophe accorde le caractère d'événement authentiquement politique, à égalité avec les cercles de combattants entourant les héros de la guerre de Troie, l'Athènes de Périclès, les débuts de la Révolution française, la déclaration d'Indépendance des États-Unis et la résistance contre l'Allemagne nazie. On ne saurait donc reprocher à Arendt de ne pas avoir fait, non seulement la critique théorique de Marx, mais aussi l'éloge politique d'un certain marxisme. Toutefois, le moment politique de la Commune de Paris reste aux yeux d'Arendt une exception.

1.2. L'Union soviétique comme régime totalitaire

Concernant la définition de l'Union soviétique comme régime totalitaire, remarquons à titre préliminaire que la datation par Hannah Arendt de l'entrée de l'Union soviétique dans un régime de forme totalitaire est imprécise. Dans certains passages, elle considère que le totalitarisme russe commence dès 1928 avec les purges du plan quinquennal de 1928-1933, dans d'autres elle pense que la période purement totalitaire couvre la période que va de la victoire du 9 mai 1945 à la mort de Staline en

487 Sur cet aspect de la philosophie politique de Hannah Arendt, voir ENEGREN, A. *La pensée politique de Hannah Arendt*, PUF, Paris, 1984 et TASSIN, Étienne, *Le trésor perdu – Hannah Arendt : l'intelligence de l'action politique*, Payot & Rivages, Paris, 1999

1953. Finalement, elle déclare publiquement que c'est à partir des procès de Moscou ordonnés par Staline en 1930 que le passage vers le totalitarisme est devenu irréversible. Elle distingue donc le régime de Lénine, qui appartient selon elle à la catégorie de la dictature de parti unique, et le régime de Staline, le seul à être véritablement totalitaire. Comme nous le verrons, la même hésitation chronologique se retrouve à propos du fascisme et semble donc illustrer les difficultés auxquelles Hannah Arendt est confrontée quand elle définit ces régimes.

Cette hésitation chronologique ne doit pas dissimuler le fait essentiel que, selon Arendt, il n'y a pas de différences remarquables entre l'Union soviétique et l'Allemagne nazie en tant que régime totalitaire, comme le montre l'analyse comparée des systèmes nazis et soviétiques dans « Idéologie et Terreur : un nouveau type de régime », une analyse parue en 1958, c'est-à-dire en même temps que la critique de Marx dans *La condition de l'homme moderne*. *La condition de l'homme moderne* éclaire et complète donc *Les Origines du totalitarisme.* D'un point de vue théorique, Hannah Arendt justifie le rapprochement qu'elle effectue entre ces deux régimes totalitaires grâce à une comparaison entre les théories de Darwin et de Marx qui, selon la philosophe, ont été transformées par Hitler et Staline en loi supérieure des Mouvements totalitaires.

Dans la conclusion de 1958 aux *Origines du totalitarisme*, Hannah Arendt considère que le point commun entre la théorie de l'évolution de Darwin, selon laquelle seuls survivent les plus aptes, et la théorie de la lutte des classes de Marx, selon laquelle seule survit la classe la plus progressiste, est de considérer que les lois de la nature et de l'histoire sont linéaires et progressent à l'infini. Ces deux théories reposent sur la notion d'évolution, qui implique que « le terme de « loi » change de sens : au lieu de former le cadre stable où les actions et les mouvements humains peuvent prendre place, celle-ci

devient l'expression du mouvement lui-même. »[488] C'est pourquoi ces théories sont utilisées par les mouvements totalitaires qui y voient la meilleure justification de leur processus infini.

Le point de vue adopté dans *La Condition de l'homme moderne* est sensiblement différent, mais s'il aboutit au même résultat. Ce n'est pas la loi de la lutte des classes qu'Hannah Arendt souligne alors, mais les enjeux de la définition marxiste du travail. Si Marx a été qualifié par Engels de « Darwin de l'Histoire », c'est parce qu'il définit le travail comme un processus sans fin :

> « tout ce que produit le travail est fait pour être absorbé presque immédiatement dans le processus vital, et cette consommation, régénérant le processus vital, produit – ou plutôt reproduit – une nouvelle force de travail nécessaire à l'entretien du corps. »[489]

À partir du moment où le concept de processus est au centre de cette définition du travail on assiste, selon Hannah Arendt, à un rapprochement entre les sciences de la nature et la science marxiste de l'histoire :

> « On se représenta ce processus, puisqu'il paraissait sans fin, comme un processus naturel et plus spécialement sous l'aspect du processus vital. La superstition la plus grossière des temps modernes – l'argent fait de l'argent – de même que sa plus fine intuition politique – la puissance engendre la puissance – doit sa vraisemblance à la métaphore sous-jacente de la fécondité naturelle de la vie. De toutes les activités humaines seul le travail (ni l'action ni l'œuvre) ne prend jamais fin, et avance automatiquement d'accord avec la vie, hors de portée des décisions volontaires ou des projets humainement intelligibles. »[490]

Cette remarque est centrale, car elle ne fait pas seulement le lien entre les sciences de la nature et les sciences historiques à partir du concept de processus vital, mais parce

488 « Idéologie et terreur », op. cit. p. 818
489 *La condition de l'homme moderne*, op. cit. p. 145
490 *Ibid.*, p. 152

qu'elle montre également en quoi une telle définition du travail peut fonder un Mouvement totalitaire. Le processus vital du travail, et l'accumulation de richesses qui en dérive, est en effet rapproché de l'accumulation sans fin du pouvoir caractéristique de ce régime. Par ailleurs, le processus du travail, par son caractère à la fois naturel et automatique, aboutit à la négation de toute action libre, ce qui est une autre caractéristique du totalitarisme.

Enfin, Hannah Arendt montre que ce processus vital du travail, pour être sans fin, s'adresse non à l'individu, mais à l'espèce, autre caractéristique des régimes totalitaires :

> « il faut que la reproduction de la vie individuelle s'absorbe dans le processus vital du genre humain, pour que le processus vital collectif d'une « humanité socialisée » suive sa propre « nécessité », c'est-à-dire le cours automatique de sa fécondité, au double sens de la multiplication des vies et de l'abondance croissante des biens dont elles ont besoin. »[491]

Ainsi, ce n'est pas dans la lutte des classes, mais plutôt dans la définition même du travail, que se trouve la racine du mal, à savoir la définition d'un processus sans fin dont la nécessité s'impose à l'ensemble de l'espèce. Si Hannah Arendt insiste pourtant dans *Le Totalitarisme* sur la lutte des classes, et non sur la définition marxiste du travail, c'est parce qu'elle veut souligner que la loi change de sens. Elle ne désigne plus une norme intangible, mais un mouvement permanent. Or seule la lutte des classes se présente chez Marx comme une loi de l'histoire. Il n'en demeure pas moins que selon Arendt ce mouvement permanent se trouve à l'origine dans la définition marxiste du travail comme « métabolisme de l'homme avec la nature », plutôt que dans la lutte des classes, qui n'en est que la conséquence.

491 *Ibid.*, p. 164

En tout cas, il est manifeste que la lecture de Marx par Arendt est conditionnée par sa théorie sur le totalitarisme. Si elle distingue la théorie de Marx des idéologies politiques ultérieures de Lénine, puis de Staline, il n'en demeure pas moins que son interprétation du marxisme s'explique par son analyse de l'Union soviétique. Pour développer une lecture critique de cette interprétation de Hannah Arendt, nous utiliserons donc la doctrine juridique soviétique, et les analyses critiques des juristes, afin de savoir si ces dernières s'inscrivent en continuité ou en rupture avec les théories de la philosophe.

2 - Karl Marx et l'Union soviétique selon la théorie du droit

2.1. Karl Marx précurseur de Carl Schmitt ?

Apparemment, Hannah Arendt prend plutôt le contre-pied des juristes, notamment les interprétations d'Éric Voegelin et de Waldemar Gurian qui voient dans le marxisme une forme de religion séculière. Ces juristes rappellent que la lutte des classes n'est pas chez Marx un processus sans fin. La dictature du prolétariat est au contraire considérée comme l'avant-dernière étape, celle qui permettra de mettre un terme définitif à cette lutte par l'instauration d'une société sans classe. Il y a chez Marx une vision eschatologique de l'histoire qui, selon Eric Voegelin et Waldemar Gurian, justifie de parler du marxisme comme d'une nouvelle forme de religion. Or Hannah Arendt est opposée à cette interprétation, parce qu'elle refuse l'idée d'une religion sans Dieu. Ce faisant, elle passe à côté d'un problème juridique et politique majeur, celui des

« interactions entre le socialisme entre le droit naturel », qu'Ernst Fraenkel considère pourtant comme une question cruciale.

Comme Eric Voegelin et Waldemar Gurian, mais dans une terminologie et à partir d'une problématique différentes, Ernst Fraenkel considère lui aussi que le socialisme (au sens de communisme) a des points communs avec les partisans du droit naturel chrétien :

> « Selon Marx, cet état d'harmonie [de la doctrine chrétienne] sera, selon une certitude historique, achevé dès que la société capitalistique créatrice de conflit créateur sera supplantée suite à la lutte des classes. La lutte des classes elle-même, bien sûr, est gouvernée par les lois de la réalité politique, mais la société sans classe qui est son aboutissement est la réalisation des impératifs du droit naturel. Dans l'un des derniers chapitres du troisième volume du *Capital*, Marx écrit : « La liberté dans ce domaine (c'est-à-dire le domaine de la production) ne peut consister en rien d'autre que dans le fait que les hommes socialisés, les producteurs associés, régulent rationnellement leur échange avec la nature, le mènent sous leur contrôle commun au lieu d'être gouvernés par lui comme par un pouvoir aveugle ; qu'ils accomplissent leur tâche avec le minimum de dépense d'énergie et dans des conditions plus conformes à leur nature humaine et de façon plus profitable. Mais il reste un royaume de la nécessité. Au-delà, commence le développement du pouvoir humain, qui est sa propre fin, le vrai royaume de la liberté qui, cependant, ne peut fleurir qu'au-dessus du royaume de la nécessité qui est son fondement. » »[492]

Certes, Marx et Engels étaient en théorie opposés au droit naturel et ridiculisaient pour cette raison Proudhon et toutes les tentatives d'instauration politique d'un « droit naturel socialiste ». Marx n'a eu de cesse de lutter contre cet utopisme, pour lui substituer la loi scientifique du développement économique et social. Néanmoins, « la théorie marxiste se caractérise aussi bien par le rejet de toute application utopique du droit naturel pendant toute la durée de la lutte des classes, et par la vision d'un ordre

492 *L'État Dual*, Tome II, Traduction 1

gouverné par le droit naturel qui fait suite à l'achèvement de la lutte des classes. »[493] Ainsi, l'idée du marxisme comme religion séculière a de nombreux adeptes, notamment chez les juristes. Il est vrai que cette interprétation, comme ne manque pas de le souligner Ernst Fraenkel, n'est pas non plus dénuée de présupposés politiques. Montrer que le communisme a des points communs avec le droit naturel chrétien permet en effet de justifier une alliance entre les socialistes et les chrétiens contre le national-socialisme, une alliance qui était effectivement cruciale quand Ernst Fraenkel écrivait *The Dual State*. Il n'en demeure pas moins qu'il y a une ligne de fracture entre Arendt et les tenants de cette thèse chez les juristes. La première considère le marxisme comme le précurseur de la substitution de la loi supérieure du Mouvement aux *jus naturale* et aux commandements de Dieu, quand les seconds voient dans le marxisme l'émergence inédite d'un lien religieux, et non plus rationnel, entre l'État et ses membres.

Sur ce dernier point, Ernst Fraenkel se distingue là encore. Il ne se contente pas de rappeler la dimension eschatologique du marxisme, il s'intéresse également aux spécificités de la religion orthodoxe, dominante en Russie avant la Révolution de l917. Ce qui le conduit à faire un parallèle étonnant entre le droit naturel communautaire nazi et l'orthodoxie :

> « Tant que l'on considère seulement le rejet du droit naturel rationnel par le national-socialisme, il reste possible de trouver ses racines intellectuelles dans la civilisation occidentale. Le mysticisme biologique souvent rencontré dans la littérature nationale-socialiste fut, cependant, importé par ces *émigrés** russes blancs, dont l'influence sur le national-socialisme ne doit pas être surestimée. Ce n'est pas surprenant qu'Alfred Rosenberg, l'auteur du *Mythus des 20. Jahrhunderts*, le prêtre de la croisade contre le bolchevisme, le pape du national-socialisme, soit un *émigré** russe blanc. C'est à propos de ce type particulier de pensée que Max Weber a dit : « L'idée centrale de la conception mystique

493 *Ibid.*

> orientale de l'Église est la conviction ferme que l'amour fraternel chrétien, suffisamment pur et fort, doit conduire à l'unité de toute chose, y compris les questions de croyance. Par conséquent si les êtres humains s'aiment les uns les autres mystiquement au sens de Jean, ils vont tous penser de la même manière, et motivés par l'irrationalité de ce sentiment vont agir avec une solidarité voulue divinement (…) tel est le cœur de la conception slave de la *Gemeinschaft* à l'intérieur et à l'extérieur de l'Église. »[494]

Il y aurait donc un point commun fort et indéniable entre le national-socialisme et la Russie orthodoxe, à savoir de se fonder sur une unité mystique entre les membres de la communauté. C'est en tout cas une identité de nature entre le droit naturel orthodoxe, de nature communautaire et non sociale, et le droit naturel communautaire nazi qu'Ernst Fraenkel suggère ici. Ce qui donne cette fois raison à Hannah Arendt, mais pour des raisons très différentes de celles avancées par la philosophe.

Ernst Fraenkel se montre d'ailleurs également critique à l'égard de Marx, qu'il considère comme l'un des précurseurs du national-socialisme. Mais là encore, les motifs avancés par le juriste sont très différents de ceux d'Arendt. Fraenkel voit d'abord en Marx un disciple de Hegel, autrement dit un critique du droit au nom du pouvoir. Tout comme Hegel à propos des relations entre États, Marx critique le droit naturel rationnel au nom de la nécessité des rapports de forces :

> « Marx n'aurait pas été un vrai disciple de Hegel s'il n'avait pas assimilé la vivacité d'esprit de Hegel et sa clairvoyance pour les réalités politiques. Hegel a prouvé avec une implacable clarté qu'il n'y a pas de solution juridique aux conflits politiques, mais seulement l'épreuve du pouvoir. Marx était parfaitement en accord avec la tradition hégélienne, en justifiant, selon les mots du travailleur dans *Le Capital*, la lutte des classes par la réduction du temps de travail : « Je demande (…) une journée de travail d'une durée normale, et je le demande sans faire appel à votre cœur, parce que les sentiments n'ont pas leur place dans les

494 *Ibid.*

> questions d'argent. Vous êtes peut-être un citoyen modèle, peut-être même un membre de l'Association pour la prévention de la cruauté contre les animaux, et en odeur de sainteté ; mais ce que vous représentez face à moi n'a pas de cœur dans sa poitrine. » Et Marx résume l'argument : « Il y a là, donc, une antinomie, droit contre droit, tous les deux portant le cachet de la loi des échanges. Entre des droits égaux, la force décide. »[495]

Cette critique de la philosophie politique de Karl Marx est assez classique et peut-être est-ce l'une des raisons pour laquelle Hannah Arendt ne la reprend pas. Elle revient à dénoncer la place de la violence dans la philosophie de l'histoire marxiste. Plus originale, en revanche, sont les conséquences qu'Ernst Fraenkel en tire. Il n'y aurait pas, chez Marx, une destruction du droit, mais le passage d'un droit absolu à des droits relatifs. Si le droit n'est que le reflet des rapports de production d'une société, alors il y a autant de systèmes juridiques possibles qu'il y a de modes de production :

> « Ainsi, Marx dissout le concept de justice *in toto* et lui substitue des « justices relatives » qui sont conformes aux situations économiques. Il dit : « Les formes juridiques, par lesquelles ces transactions économiques apparaissent comme des activités issues de la volonté des parties concernées, comme des expressions de leur volonté commune et comme des contrats que l'on peut faire respecter au moyen de la loi contre l'une des parties, ne déterminent pas leur contenu, en tant qu'elles sont seulement des formes. Elles expriment seulement ce contenu. Ce contenu est seulement, quand il correspond, et quand il est adéquat, le mode de production. Il est injuste, quand il contredit ce mode. L'esclavage dans un mode de production capitaliste est injuste, comme la fraude dans la qualité des marchandises. » Il est assez compréhensible que le libéral Benedetto Croce se soit référé à Marx comme machiavélien. »[496]

495 *Ibid.*
496 *Ibid.*

Cette idée de relativisme juridique ouvre la voie à la revendication d'un droit particulier et propre à chaque peuple ou communauté. De ce point de vue, on peut donc dire que les « justices relatives » aux modes de production sont la première expression d'un droit concret de l'ordre, c'est-à-dire équivalente à l'idée schmittienne d'un droit relatif à une communauté particulière. Il y a donc bien, là encore, selon Ernst Fraenkel, une continuité et un point commun entre la théorie marxiste et la doctrine juridique nazie ultérieure.

Pour conclure, si l'on se place du point de vue des théories du droit naturel et de la philosophie politique, la thèse d'Hannah Arendt d'une identité entre l'Union soviétique et l'Allemagne s'inscrit dans le prolongement des travaux précédents du juriste Ernst Fraenkel. Mais en est-il de même concernant le droit positif et la théorie de l'État ?

2.2. La Théorie générale de l'État soviétique

I – Comment les juristes ont-ils analysé le régime de l'Union soviétique ? Quelles théories de l'État et du droit ont été à l'œuvre en Russie à partir de 1917 ?

Pour l'analyse critique du droit et de l'État en Union soviétique, nous nous appuierons initialement sur l'œuvre du juriste Boris Mirkine-Guertzevitch qui a consacré plusieurs études à l'URSS.

À notre connaissance, Boris Mirkine-Guetzevitch n'a publié qu'un ouvrage entier sur le sujet, intitulé *La Théorie générale de l'État soviétique*[497]. Mais cet ouvrage, publié en 1928, est précédé d'une série d'articles : le premier, daté de 1925, porte sur *La*

497 MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *La théorie générale de l'État soviétique*, préface de Gaston Jèze, éd. Marcel Giard, Paris, 1928

constitution de l'Union des Républiques soviétiques socialistes (URSS)[498] ; le second est une première ébauche de la Théorie générale de 1928, intitulée *Aperçu des principes fondamentaux de l'État soviétique*, 1926[499]) ; s'y ajoutent des textes sur le droit international (*La doctrine soviétique du droit international*, 1926[500] et *La doctrine soviétique du droit international - Le droit consulaire de l'URSS*, 1927[501]), les droits de l'homme (*Les droits de l'homme en Russie soviétique*, 1927[502]). Si l'on ajoute le premier ouvrage politique et critique sur la Révolution de 1917 (*Les Juifs et la Révolution russe*, 1921[503]), les travaux de Mirkine-Guetzevitch sur l'Union soviétique s'entendent de 1921 à 1928, autrement dit portent uniquement sur la période où Lénine est au pouvoir, et couvrent l'ensemble de la théorie du droit et du droit public soviétique.

II – *Les juifs et la Révolution russe* est une bonne entrée dans les travaux de Boris Mirkine-Guetzevitch, alias Boris Mirsky,[504] sur l'URSS. À la fois pour situer politiquement son propos et pour développer un point de vue critique sur l'interprétation arendtienne. Politiquement, c'est un ouvrage ouvertement militant. Boris Mirkine-Guetzevitch n'est pas « impartial, mais tendancieux »[505]. Il est en faveur d'un État russe démocrate d'inspiration occidentale. Ce faisant, il s'oppose « aussi bien au communiste soviétique qu'à la réaction tsariste »[506] et défend une troisième voie, qu'il appelle lui-

498 MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « La constitution de l'Union des Républiques soviétiques socialistes (URSS) », *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Janvier-février-mars 1925, éd. Marcel Giard, Paris

499 MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « Aperçu des principes fondamentaux de l'État soviétique », *Bulletin de la Société de législation comparée*, éd. Imprimerie Moderne, Agen, 1926

500 MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « La doctrine soviétique du droit international », *Revue générale du droit international public*, éd. A. Pedone, Paris, 1926

501 MIRKINE – GUETZEVITCH, Boris, « La doctrine soviétique du droit international – Le droit consulaire de l'URSS », Revue générale du droit international public, éd. A. Pedone, Paris, 1927

502 MIRKINE – GUETZEVITCH, Boris, « Les droits de l'homme en Russie soviétique », Ligue des droits de l'homme, Paris, 1927

503 MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *Les juifs et la Révolution russe*, éd. J. Povolovsky et Cie, Paris, 1921

504 Mirkine-Guertzevitch publie *Les juifs et la Révolution russe* sous le patronyme de Boris Mirsky

505 *Ibid.*, introduction, p. 11

506 *Ibid.*, p. 12

même la troisième Russie. Cette position explique pourquoi Boris Mirkine-Guetzevitch ne cesse, dans *Les Juifs et la Révolution russe*, de renvoyer dos à dos les rouges au pouvoir depuis 1917 et leurs opposants. « Les deux extrêmes de la politique russe, le rouge et le noir, se touchent. »[507] Ils ont notamment en commun d'être germanophiles, de répudier les formes démocratiques occidentales au profit du « despotisme asiatique »[508] et d'être antisémites. Boris Mirkine-Guetzevitch rappelle par exemple que nombre de cadres de l'armée rouge sont d'anciens officiers de l'armée impériale[509], de même que des membres des commissions extraordinaires sont des anciens de l'Okhrana ou de l'ancienne gendarmerie.

III – Concernant l'antisémitisme, Boris Mirkine-Guetzevitch a une lecture très différente de celle d'Hannah Arendt. Il contredit son interprétation selon laquelle l'antisémitisme russe est tardif et une sorte de reprise de l'antisémitisme allemand. En effet, selon la philosophe, l'antisémitisme ne devint le motif d'une purge en Union soviétique que dans les dernières années de la vie de Staline. Elle y voit même une sorte d'hommage posthume de Staline à Hitler[510].

Boris Mirkine-Guetzevitch montre au contraire que l'antisémitisme est présent dès la période prérévolutionnaire, comme en atteste le rapport de M. Vinaver de 1916[511] que Mirkine-Guetzevitch prend pour exemple. Les persécutions contre les juifs continuent ensuite après la Révolution de 1917, même si elles sont cette fois le fait des bolcheviks. La différence est que l'antisémitisme des monarchistes est explicite. Il hante les pages du journal réactionnaire russe, *Novoié Vrémia*[512]. Alors que l'antisémitisme

507 *Ibid.*, p. 23
508 *Ibid.*, p. 30
509 *Ibid.*, p. 40
510 Voir préface de 1971 au *Totalitarisme*, op. cit. p. 215 – 216 : « L'adoption ouverte et sans vergogne de ce qui était devenu aux yeux du monde entier le signe le plus évident du nazisme fut le dernier hommage que rendit Staline à son défunt collègue. »
511 *Les juifs et la Révolution russe*, op. cit. p. 16 et s.
512 *Ibid.*, p. 28 et s.

des bolcheviques est caché. Il y a une différence entre les textes officiels, qui ne sont pas antisémites, et les faits, où des pogroms sont en réalité organisés. Quoi qu'il en soit, il est remarquable que Boris Mirkine-Guetzevitch, contrairement à Hannah Arendt, non seulement dénonce dès 1921 ce qu'il appelle « l'antisémitisme rouge », mais en fasse également un axe d'interprétation de la nouvelle politique soviétique.

2.2.1. Des frontières linguistique, politique et scientifique

Les Juifs et la Révolution russe montre également que pour accéder à la conception soviétique du droit et de l'État, plusieurs obstacles doivent être franchis. Le premier est celui de la frontière politique qui sépare les révolutionnaires des monarchistes et des démocrates. Une frontière qui implique de savoir dans quel « camp » les théoriciens et les juristes se situent quand ils parlent de l'Union soviétique. Celui de Mirkine-Guetzevitch est net. L'ensemble de ses travaux sur l'URSS sont le fait d'un partisan zélé d'une Russie démocratique, opposée à la dictature du prolétariat de Lénine.

À cette frontière politique s'ajoute une frontière linguistique, comme ne manque pas de le souligner également Boris Mirkine-Guetzevitch. Pour accéder à la conception soviétique du droit et de l'État, il est nécessaire d'avoir accès aux textes en langue russe, très peu d'ouvrages étant traduits. Et même dans le cas où les scientifiques maîtrisent la langue, les problèmes de traduction sont redoutables. Même Boris Mirkine-Guetzevitch, qui est d'origine russe, précise qu'il « s'est vu obligé de recourir aux services des traducteurs lesquels, étant donné l'objet même de ses recherches, eurent à manier des notions et des termes dont les équivalents français, dans bien des

cas, devaient en quelque sorte être créés de toutes pièces. »[513] Les questions de la langue et de la traduction demeurent, encore aujourd'hui, un problème central pour qui souhaite étudier l'Union soviétique et expliquent que les sources de Hannah Arendt soient limitées.

Le dernier obstacle pour analyser la conception soviétique du droit et de l'État est de nature scientifique. Du moins, si l'on entend par marxisme la science des lois économiques et sociales, ce qui est une interprétation très précise, et loin d'être unanime, de la théorie de Marx. Si l'on entend par théorie *Le Capital* de Karl Marx, et par science les théories marxistes ultérieures, y compris et notamment la théorie de Lénine, alors la doctrine juridique relève non de la théorie, ni même de la science, mais de l'épistémologie marxiste. Ce qui signifie qu'il est nécessaire, pour étudier la conception soviétique du droit, de se placer sur le terrain de la science marxiste et de sa conception spécifique de l'État.

2.2.2. La Dictature du prolétariat

Selon la préface à la *Contribution à la critique de l'économie politique*, l'un des textes canoniques de la doctrine marxiste orthodoxe, l'État et le Droit font partie de la superstructure idéologique et sont chargés, à ce titre, de maintenir les rapports de production de l'infrastructure économique. Il en dérive, entre autre, un certain mépris pour l'État, qui peut être considéré comme précurseur de la suppression totalitaire ultérieure de l'État. Boris Mirkine-Guetzevitch le rappelle quand il écrit :

513 *La théorie générale de l'État soviétique*, op. cit. p. 4

> « Nous trouvons, en effet, dans les œuvres de Marx et d'Engels, de nombreux textes qui non seulement nient la valeur intrinsèque du Droit, mais qui considèrent le pouvoir de l'État comme un pouvoir de contrainte inhérent à la forme capitaliste de production. Dans le marxisme classique, l'idée de la négation du caractère juridique de l'État est liée à celle du caractère temporaire de l'État lui-même, celui-ci étant destiné à disparaître (la dictature du prolétariat ne doit être, selon Marx, qu'un stade intermédiaire, qui mène à la liquidation de l'État plutôt qu'à sa réforme). »[514].

L'Union soviétique se caractériserait donc, à la différence du fascisme et du nazisme, par la transformation d'une dictature de parti unique, issue d'une révolution, en une société sans Etat. Toutefois cette élimination de l'État en vue de l'instauration une société sans classe rationnellement organisée n'a en réalité jamais été réalisée en Union soviétique, en dépit des vœux de la théorie marxiste. Selon Hannah Arendt, au lieu de laisser la place à une société sans Etat, la dictature du prolétariat s'est au contraire radicalisée et s'est transformée en un Mouvement totalitaire autodestructeur.

Il n'en demeure pas moins que la disparition programmée de l'État est l'un des piliers de la théorie juridique soviétique. Selon Boris Mirkine-Guertzevitch, cette suppression de l'État, proclamée par la doctrine soviétique, est juridiquement réalisée par le fait que l'URSS n'est pas un État au sens du droit international. Des trois caractéristiques juridiques de l'État, à savoir d'être composé d'un territoire, d'un peuple et d'un gouvernement, l'URSS instituée par la Constitution du 6 juillet 1923 remet en question la première, à savoir l'existence d'un territoire délimité :

514 *Ibid.*, p. 5

> « Le professeur Maguérowsky, commentateur officiel de la Constitution soviétique, écrit : " L'Union n'est liée à aucun État, à aucune nation définie, elle est plus vaste que les différentes parties du monde auxquelles elle s'étend, elle est destinée à englober l'univers tout entier." (…) Nous avons donc devant nous un État dont le territoire est *fluide* : la surface de ce territoire peut augmenter ou diminuer selon les fluctuations de la révolution mondiale, ainsi que le proclame la Constitution elle-même. »[515]

Le territoire de l'URSS n'étant pas fixe, mais sujet à des variations, l'Union soviétique ne peut être considérée, selon Mirkine-Guetzevitch, comme un État au sens juridique. Selon un critique de la Constitution de 1923, le professeur Gronsky, cité par Mirkine-Guertzevitch, l'URSS est « un organisme spécial, qui ne possède point ni la stabilité du territoire, ni la fixité des frontières d'un État contemporain ; l'URSS n'est pas une personne du droit international. »[516]

Par ailleurs, cet « État » soviétique a pour seconde caractéristique d'être transitoire. Selon la doctrine soviétique, l'État n'est qu'un instrument, et essentiellement un instrument de violence, et non de droit, en vue de l'instauration d'une « union universelle des républiques soviétiques ». Comme l'écrit Boris Mirkine-Guertzevitch :

> « Selon la doctrine soviétique, l'État n'est pas un régime de droit, mais l'expression du pouvoir, la réalisation du pouvoir. Dans la pensée des juristes soviétiques, l'État n'est qu'un appareil temporaire, destiné à la lutte contre la bourgeoisie et la contre-révolution. L'État selon la constitution soviétique est la domination. L'URSS est un État qui possède et qui crée son droit propre – mais dans ce droit, il n'y a pas de lois. »[517]

Il y a donc, selon la doctrine juridique soviétique, un découplage entre le droit et État, une idée qui sera d'ailleurs ensuite reprise par la doctrine juridique nazie. En Union soviétique, les conséquences de ce découplage sont que l'État est uniquement

515 *La constitution de l'Union des Républiques soviétiques socialistes*, op. cit. p. 6
516 *Ibid.*
517 *Ibid.*, p. 13

défini comme « l'instrument technique d'une violence illimitée et non contenue par aucune loi »[518], et que le droit se réduit de son côté à une simple « réglementation technique »[519].

Ainsi, selon Boris Mirkine-Guetzevitch, la théorie marxiste a été réalisée dans les nouveaux textes juridiques de l'URSS, ce qui serait, pour un communiste, une interprétation pour le moins élogieuse. Mais ce n'est pas parce que la doctrine juridique, et certains articles de la Constitution, proclament la fin de l'État territorial qu'il en est effectivement ainsi. Au contraire, derrière l'affichage idéologique de la doctrine se trouve une tout autre réalité, à savoir la dictature effective du prolétariat, une dictature où non seulement l'État ne disparaît pas, mais où il exerce au contraire un pouvoir de contrainte et de domination au moins similaire à l'État bourgeois antérieur, et ce sans dans des limites territoriales bien définies.

Boris Mirkine-Guetzevitch en conviendra d'ailleurs lui-même après la Guerre, en parlant « du divorce organique qui sépare le régime démocratique présenté dans les textes et la réalité purement soviétique de la pratique. »[520] Mais il ne faudrait toutefois pas en conclure que Boris Mirkine-Guetzevitch finit par se ranger à la théorie, défendue par Hannah Arendt, d'un droit de façade, ni à sa caractérisation de l'URSS comme régime totalitaire. Au contraire, après avoir souligné le fossé qui existe entre « les constitutions des démocraties populaires [qui] assurent les libertés individuelles, le pluralisme politique mais [où] une loi ou un simple décret supprime à jamais toutes promesses constitutionnelles »[521], il considère finalement, en s'appuyant sur Kelsen[522], que ce fossé est en réalité inexistant puisque les articles 126 et 141 de la Constitution

518 *La doctrine soviétique du droit international*, op. cit. p. 2
519 *La théorie générale de l'État soviétique*, op. cit. p. 17
520 MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *Les Constitutions européennes*, Presses universitaires de France, Paris, 1951, p. 84
521 *Ibid.*, p. 84
522 En l'occurrence, Hans Kelsen, *The political theory of bolshevism. A critical analysis*, University of California Press, 1948, p. 52 et suiv.

proclament « avec la plus grande franchise » la dictature du parti communiste « en accord avec la doctrine de Lénine »[523]. Ainsi, la constitution de l'URSS de 1936 ne se présente pas comme la Constitution d'une démocratie, mais comme la Constitution d' une « dictature de parti », pour reprendre l'expression de Hans Kelsen[524].

Non seulement, selon Mirkine-Guetzevitch, il n'y a pas de droit de façade en URSS, mais il n'y a pas non plus, selon le lui, de régime totalitaire. Au milieu des années 1930, mais également après la Seconde Guerre Mondiale, Mirkine-Guetzevitch a une position similaire à celle de Hans Kelsen, à savoir la caractérisation de l'URSS comme un régime autocratique, ou comme une dictature de parti unique.

Hans Kelsen considère en effet les trois régimes de l'URSS, de l'Italie et de l'Allemagne comme des Etats de même nature. Tous les trois sont des dictatures de parti, « qui est la forme moderne de l'autocratie, dont la forme ancienne est la monarchie absolue »[525]. De même, Boris Mirkine-Guetzevitch utilise l'expression de « néo-absolutisme »[526] et rapproche la Constitution autrichienne de 1934 de la Monarchie absolue, tout comme il utilise l'expression de « dictature de groupe »[527]. Néanmoins, plutôt que de parler de « dictature de parti », comme Kelsen, ou d'État totalitaire, comme une partie de la doctrine juridique de son époque, il désigne les nouveaux régimes de la Russie soviétique, de l'Italie et de l'Allemagne comme des « Etats corporatifs »[528], qu'il définit comme une forme moderne de régime autoritaire. Ce n'est qu'après la Seconde Guerre Mondiale qu'il caractérisera l'URSS comme une dictature de parti. Mais, en aucun cas, il n'utilisera l'expression d'État totalitaire.

523 *Les Constitutions européennes*, op.cit., p. 85
524 KELSEN, Hans, *La dictature de parti*, Annuaire de l'Institut international de droit public - 1935, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1936
525 *Ibid.*, p. 222
526 MIRKINE-GUETZEVICH, Boris, *Le Néo-absolutisme corporatif (Autriche et Portugal)*, Jouve, Paris, 1934, p.1
527 *Ibid.*, p. 8
528 *Ibid.*, p. 10

Hans Kelsen, lui, ne varie pas. Avant et après la guerre, il caractérise l'URSS comme une dictature de parti, dont l'origine idéologique est la doctrine marxiste de la dictature du prolétariat. Selon le juriste autrichien, la réalisation de cette doctrine par les bolchéviques fut « la cause et le modèle » des dictatures de parti suivantes, à savoir le fascisme italien, puis allemand. L'URSS est donc la matrice idéologique, puis réelle, de la dictature de parti. Or la dictature bolchevique n'est pas seulement première, le cas d'école. Elle est, aussi, un cas à part, un type de dictature de parti à elle seule. Hans Kelsen distingue en effet deux formes de dictature de parti : la dictature prolétarienne (URSS) et la dictature bourgeoise (le fascisme italien et allemand)[529]. Certes, les différences qui existent entre ces deux types de dictature de parti ne sont pas de nature politique et juridique, mais seulement de nature idéologique et partiellement économique. Il n'en demeure pas moins que l'URSS est pour Hans Kelsen un type en soi et l'exemple même de la dictature de parti. D'ailleurs, quand Hans Kelsen fait référence à l'État « totalitaire » (en utilisant des guillemets), c'est à propos du seul type fasciste de la dictature de parti unique[530]. Le terme totalitaire est alors cité comme un terme idéologique, et non juridique. Par conséquent, si l'on se place sur le terrain de la doctrine juridique critique, la nature totalitaire de l'URSS, défendue par Hannah Arendt, est loin d'aller de soi.

2.3. Le droit en URSS

Il en est de même si l'on examine plus en détail la doctrine et la pratique juridique soviétique. En effet, selon Mirkine-Guetzevitch, le droit en Union soviétique

529 La caractérise du fascisme comme une dictature « bourgeoise » est le seul point de la théorie de Hans Kelsen que Boris Mirkine-Guetzevitch critique. Cf *La dictature de parti*, op.cit., p. 232

530 La dictature de parti, op.cit., p. 37

est essentiellement une question de nature technique, ce qui sous-entend qu'il est non politique. « L'idée de la valeur du droit est entièrement étrangère au régime des Soviets. En Russie soviétique, il n'a qu'une valeur "instrumentale", subordonnée et technique. »[531] Il en dérive premièrement qu'une partie des analyses de Hannah Arendt, qui reprennent les principes nazis d'une identité entre la politique et le droit, sont en contradiction avec la doctrine soviétique, qu'elle soit critique (chez Boris Mirkine-Guetzevitch) ou dogmatique (chez Evgueni Pasukanis). Droit et politique ne coïncident pas en Union soviétique, et leur équivalence proclamée ne signifie en réalité que la fin du droit au nom du politique.

Il en dérive, deuxièmement, que Boris Mirkine-Guetzevitch, en accordant au droit soviétique une « valeur instrumentale, subordonnée et technique », se distingue de la doctrine juridique soviétique orthodoxe qui milite, elle, pour un dépérissement complet du droit. Peteris Stucka, qui fut président du Tribunal suprême de l'URSS, écrit en effet en 1927 dans l'*Encyclopédie soviétique* que « Le communisme ne signifie pas la victoire du droit socialiste, mais la victoire du socialisme sur le droit quel qu'il soit, car le droit disparaîtra avec l'abolition des classes antagonistes »[532]. Le même point de vue est défendu par Evgueni Pasukanis dans *La théorie générale du droit et le marxisme*, quand il écrit que

> « le dépérissement de certaines catégories […] du droit bourgeois ne signifie en aucun cas leur remplacement par les nouvelles catégories du droit prolétarien. [...] Le dépérissement des catégories du droit bourgeois signifiera dans ces conditions le dépérissement du droit en général, c'est-à-dire la disparition du moment juridique des rapports humains »[533]

531 *La doctrine soviétique du droit international*, op. cit. p. 2

532 Cité par LARA, Philippe de, « Prendre le droit soviétique au sérieux », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65, n°4, 2013, pp. 880

533 PASUKANIS, Evgueny B., *La théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.M. Brohm, EDI Paris, Etudes et documentations internationales, Paris, 1971 (1924 pour la 1er édition russe), p.50

Selon Philippe de Lara, cette différence de position entre un droit technique d'administration des choses et le dépérissement du droit est caractéristique du droit soviétique, qui est pris dans une « tension structurelle entre dépérissement du droit et [...] le besoin d'une régulation juridique de l'économie et de la société »[534].

Cette tension se traduit en différentes phases dans le rapport au droit de l'URSS. Selon Philippe de Lara (qui reprend ici la chronologie de John Hazard), de 1917 à 1927, la théorie du dépérissement du droit est dominante. Puis, à partir de 1927, « l'idée d'une planification centralisée, coordonnant l'activité des entreprises par des commandements donnés sur la base d'un plan général est introduite »[535] Le plan, qui remplace la NEP, n'est plus conçu comme un outil de gestion et de coopération, mais comme un commandement unique et centralisé, où l'intérêt collectif prime sur les intérêts individuels. Or, en tant que commandement, le plan se substitue certes au droit, mais en intégrant l'une de ses composantes, à savoir l'idée d'obligation générale. Cette substitution du plan, commandement unique, au droit conduit, à partir de 1936, à une troisième phase, celle de la restauration du droit. En 1936, la Constitution est proclamée. En 1937, la pratique juridique des tribunaux est renforcée par un décret réformant les « Commissions d'arbitrage », des sortes de tribunaux administratifs de commerce parallèles aux tribunaux ordinaires chargés de régler les litiges entre entreprises. Avant le décret de 1937, ces commissions statuaient de manière discrétionnaire. Le décret subordonne désormais leur travail au Code civil, et condamne leur propension excessive à opposer l'opportunité économique à la légalité et en particulier aux contrats. En 1938 enfin, une grande réforme de la justice et du droit est promulguée. Ainsi « la « première révolution » a été une révolution contre le droit, la seconde est une révolution par le droit (avec la fin des classes, c'est en quelque sorte la

534 DE LARA, Philippe, « Prendre le droit soviétique au sérieux », op.cit., p. 879
535 *Ibid.*, p. 885

dictature du Code civil à la place de celle du prolétariat), mais c'est au fond la même »[536], puisque le tournant de 1936 correspond aussi à celui de la Grande Terreur.

Après la guerre, enfin, le régime soviétique reprend « le mantra à double sens : le plan c'est le droit, le droit c'est le plan. Il peut en effet signifier aussi bien, avec Pasukanis, que le management planifié se substitue au droit et, avec Vychinski, que le plan consacre le droit comme instrument de son effectivité. »[537] Ainsi, la doctrine marxiste, puis léniniste du dépérissement du droit n'a pas toujours été en réalité dominante.

Cette interprétation se distingue de celle de Hans Kelsen, qui a consacré plusieurs études à la théorie communiste et soviétique du droit et de l'État[538]. Dans *The Communist Theory of Law*, il distingue, contrairement à John Hazard (et Philippe de Lara) non pas trois, mais deux périodes dans la théorie soviétique du droit[539]. Selon les mots de Carlos-Miguel Herrera

> « Kelsen distinguera entre « la théorie marxiste du droit », abandonnée en URSS après 1936, et la « théorie soviétique du droit », tout en rejetant l'une et l'autre. Le juriste autrichien distingue donc deux phases dans le développement de la théorie juridique soviétique. Dans la première, qui va de 1918 à 1936, cette théorie soutient que le droit ne peut être que bourgeois et qu'en conséquence il est incompatible avec le socialisme. Le théoricien principale de cette période est Evgueni Pasukanis, Vice-commissaire du peuple à la justice du gouvernement bolchevique. Dans la deuxième phase, la théorie soviétique soutient l'idée d'un Etat et d'un droit socialistes, dont le représentant le plus important est Vychinsky, le célèbre procureur des procès de Moscou.»[540]

536 *Ibid.*, p. 887
537 *Ibid.*, p. 888
538 À savoir KELSEN, Hans, *Sozialismus und Staat*, Leipzig, 1923 ; *The political theory of bolshevism. A critical analysis*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1948; *The communist Theory of Law*, Stevens & Son, Londres, 1955. L'analyse par Hans Kelsen de Karl Marx, qui repose sur une connaissance détaillée et approfondie de l'œuvre de Marx, ne pourra, bien malheureusement, pas être analysée ici.
539 KELSEN, H., *The Communist Theory of Law*, Stevens & Son, Londres, 1955, p. 88
540 Carlos-Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op.cit., p. 165

Cette différence de périodisation ne doit toutefois pas dissimuler l'accord théorique qui existe entre ces deux approches, à savoir l'idée qu'à partir de 1936, et sous l'influence principale de Vychinsky, la théorie marxiste initiale du dépérissement du droit est remplacée par l'affirmation d'un droit soviétique, qui est chargé, comme le droit bourgeois, d'assurer la domination de la classe dominante.

On n'assiste pas donc pas à une doctrine juridique unique à l'œuvre en URSS. La doctrine juridique soviétique oscille entre la négation du droit, la réduction du droit à des règles techniques et la reconnaissance d'un droit socialiste nouveau où le droit reste un moyen de domination, mais au service du prolétariat et non plus au service de la classe bourgeoise.

Ces oscillations expliquent que l'interprétation défendue par Hannah Arendt ne soit qu'en partie exacte. Elle ne correspond qu'à une phase du développement du droit en URSS. De même, la seconde phase de la théorie soviétique du droit, celle qui affirme l'existence d'un droit socialiste, n'est également pas prise en compte par Boris Mirkine-Guetzevitch, dont les analyses ne couvre pas la période stalinienne, à la différence de celles de Hans Kelsen, qui examine en détails l'ensemble de la théorie du droit soviétique, de Marx à Lénine et Staline.

Ces changements d'orientation et ces différences de positionnement se retrouvent quand on examine plus particulièrement les différentes Constitutions (1) et la loi (2) en URSS.

2.3.1. Les Constitutions de l'URSS

Concernant la Constitution de l'URSS, Hannah Arendt ne cite que celle de 1936. Elle considère que les Constitutions de 1918 et 1923 ne sont que des tentatives de constitution[541], et que la

> « réforme constitutionnelle de 1944, selon laquelle certaines Républiques soviétiques devaient avoir leurs propres représentants à l'étranger et leurs propres armées, était une manœuvre tactique destinée à assurer quelques votes supplémentaires à l'Union soviétique aux Nations Unies. »[542]

Quant à la Constitution de 1936, elle la présente comme une « constitution très élaborée, entièrement nouvelle », considérée par le régime comme « la conclusion de la phase révolutionnaire »[543]. Toutefois, selon la philosophe, la promulgation de cette Constitution fut en réalité « le signal de la gigantesque purge qui, en presque deux ans, liquida l'administration en place ». Une purge qui s'expliquerait par le fait que Staline ne considérait pas cette Constitution comme définitive. Selon Staline, dans son rapport au VIII[e] congrès extraordinaire du 25 novembre 1936, cité par Hannah Arendt, « le projet de la nouvelle Constitution représente la totalité du chemin déjà parcouru, la totalité de l'œuvre déjà accomplie. »[544] Autrement dit « la Constitution datait déjà au moment où elle était proclamée et son intérêt était purement historique. »[545]

Cette caractéristique de la Constitution de 1936 conduit Hannah Arendt à la rapprocher de la Constitution de Weimar sous le régime nazi. Ce rapprochement entre la Constitution de 1936 et la Constitution de Weimar n'est pas accidentel. À chaque fois qu'Hannah Arendt aborde la Constitution de l'Union soviétique de 1936, c'est pour

541 Voir *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 726, note 12
542 *Ibid*., note 12, p. 726
543 *Ibid.*, p. 726
544 *Ibid.*, note 13, p. 726
545 *Ibid.*, note 13, p. 726

faire le parallèle avec celle de la République de Weimar[546]. Selon elle, « la Constitution de 1936 joua exactement le même rôle que la Constitution de Weimar sous le régime nazi : on n'en tint aucun compte, mais on ne l'abolit jamais. »[547] Elles ne furent pas abolies parce que les soviétiques, comme les nazis, avaient besoin de l' « auréole sacrée de la loi écrite »[548], autrement dit d'une façade de légalité. Le rapprochement entre la Constitution de 1936 et la Constitution de Weimar a donc pour but de montrer le bien-fondé de la théorie arendtienne selon laquelle

> « la défiance totalitaire à l'égard de la loi et de la légalité (…) trouvait dans la Constitution écrite soviétique comme dans celle, jamais abolie, de Weimar, un arrière-plan de stabilité pour sa propre anarchie, défi lancé en permanence au monde non totalitaire et à ses normes, dont on pouvait démontrer quotidiennement le vide et l'impuissance. »[549]

Or, si l'on se place du point de vue de la théorie soviétique du droit, qu'elle soit dogmatique ou critique, cette interprétation d'Hannah Arendt est problématique à plusieurs titres.

Tout d'abord, les Constitutions de 1918 et 1923 ne sont pas, contrairement à ce qu'Hannah Arendt affirme, des tentatives de Constitution, mais des Constitutions de l'Etat soviétique au même titre que celle de 1936. Il n'y a pas eu une seule et unique Constitution de l'URSS, mais plusieurs Constitutions, la première datant effectivement de 1918. En effet, comme le souligne Dominique Colas, les trois Constitutions de 1918, 1923 et 1936 reposent « sur un même fondement supra-constitutionnel, l'unicité du parti »[550], en lieu et place de l'Assemblée constituante.

546 Voir *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 730 et 815
547 *Ibid.*, p. 726
548 *Ibid.*, p. 730
549 *Ibid.*, p. 730
550 COLAS, Dominique, *Les constitutions de l'URSS et de la Russie*, PUF, Paris, 1997, p. 16

Deuxièmement, et ce point est central, il y a une différence de fond entre la Constitution de 1936, promulguée par le régime soviétique lui-même et la Constitution de Weimar, que le régime nazi n'a pas lui-même promulguée mais dont il a hérité. Si un parallèle pouvait être fait, ce serait entre des textes constitutionnels promulgués par chacun des deux régimes, comme le programme du parti national-socialiste. Il y a une différence entre ne pas appliquer les normes qu'un régime a lui-même institué, et ne pas appliquer les normes promulguées par un régime antérieur. Ce que la Constitution soviétique de 1936 prouve, c'est que le régime de Staline ne se sent pas tenu par sa propre Constitution, et non pas, comme veut nous le faire croire Hannah Arendt, que le régime soviétique, comme le régime nazi, a besoin de « l'auréole sacrée de la loi écrite ».

L'idée de Hannah Arendt selon laquelle le régime soviétique aurait besoin de « l'auréole sacrée de la loi écrite » s'explique, comme nous l'avons vu, par le fait que cette Constitution de 1936 est le premier acte par lequel la doctrine soviétique proclame la restauration du droit, en lieu et place de la doctrine marxiste antérieure du nécessaire dépérissement du droit. Néanmoins, même dans cette phase idéologique de reconnaissance du droit, le droit n'est pas considéré comme sacré, contrairement à ce que Hannah Arendt affirme. Même restauré, le droit ne possède aucune valeur intrinsèque. Il demeure un simple instrument de domination, qui a ceci de nouveau qu'il est dorénavant entre les mains de la classe prolétarienne, contrairement au droit bourgeois qui protège les intérêts de la classe possédante sous couvert d'universalité.

L'interprétation par Hans Kelsen de la Constitution de 1936 est différente de celle de Hannah Arendt. Selon le juriste autrichien, cette Constitution est l'expression d'un revirement théorique complet, par lequel Staline, et Vychinsky, instaurent une doctrine juridique en désaccord, pour ne pas dire en contradiction, avec la théorie de

Marx (contrairement à Pasukanis, qui s'inscrivait dans la droite ligne du marxisme). La disparition de l'État, auquel Marx et Engels aspiraient, et que Hans Kelsen considère comme le fondement anarchiste du marxisme, est abandonnée par Staline

> « dès qu'il devint évident que l'État n'était pas seulement un appareil coercitif protégeant l'économie du système capitaliste, mais s'affirmait comme l'instrument nécessaire pour la défense de l'économie du système socialiste, [alors] les tendances anarchistes de la doctrine de Marx ne pouvaient plus être maintenues. »[551]

Si, en 1936, il est manifeste que la dictature du prolétariat instaurée par Lénine est parvenue à collectiviser les moyens de production et, partant, à mettre fin à la division de la société en classes antagonistes, la disparition de l'État qui devait en découler va au contraire laisser la place à une affirmation de la nécessité de l'État et du droit.

> « Après l'instauration de l'économie socialiste garantie par la puissance de l'État socialiste, le gouvernement soviétique (...) devint vitalement intéressé par une théorie juridique reconnaissant l'autorité de l'État soviétique, c'est-à-dire le caractère normatif et la force contraignante de ses lois comme un ordre légal spécifiquement socialiste, et non plus comme une simple relique du droit bourgeois. »[552]

Cette trahison de la doctrine marxiste fut l'œuvre de Vychinsky, dont la théorie est unanimement reconnue comme déficiente[553], c'est-à-dire comme un simple instrument idéologique ayant pour fonction de détruire l'ancienne garde théorique (dont Pasukanis est chef de file), et de légitimer le pouvoir absolu de Staline, pouvoir absolu qui est en contradiction directe et complète avec la doctrine marxiste originaire de la disparition de l'État et du droit.

---

551 KELSEN, H., *The Communist Theory of Law*, op. cit., p. 110 (c'est nous qui traduisons)
552 *Ibid.*, p. 111
553 Et Hans Kelsen, et Lon L. Fuller soulignent la vacuité de la théorie juridique de Vyshinsky (cf., Hans Kelsen, *The Communist Theory of Law*, op. cit., p. 116 et s. et Lon L. Fuller, *Pashukanis et Vychinsky : A Study in the Development of Marxian Legal Theory*, Michigan Law Review, 1949, p. 1159)

« La nouvelle théorie juridique n'emprunte pas seulement à la science bourgeoise du droit l'idée que le droit – le droit socialiste comme le droit capitaliste – est un système de normes, mais aussi l'une des principales caractéristiques idéologiques de cette théorie : la glorification de l'État comme patrie ; et ceci en conformité avec la Constitution de 1936 qui, dans l'article 133, déclare la défense le pays comme un devoir " sacré ", et la " trahison de la patrie " comme " le plus ignoble des crimes, punissable par toute la sévérité de la loi ". Rien n'est plus significatif dans cette doctrine juridique que l'affirmation de Yudin que, non seulement les écrits de Lénine et les travaux de Staline, mais aussi " la Constitution de l'URSS et le droit électoral sont les documents les plus importants. Ils fournissent les décisions adéquates au problème de la nature de l'État et du droit soviétique ". La question scientifique de la nature de l'État et du droit est décidée par la Constitution de l'URSS, autrement dit, la théorie du droit et de l'État repose sur la Constitution autant que sur les écrits sur l'État et le droit. »[554]

Ainsi, le nouveau droit socialiste ne se distingue plus du droit bourgeois. Cette nouvelle idéologie, stalinienne, de la nature du l'État et du droit est donc bien une trahison du marxisme. Elle est en contradiction avec la théorie du caractère idéologique du droit et de l'État et de leur nécessaire disparition. Autrement dit, ce que la Constitution de 1936 représente, ce n'est pas que Staline a besoin de « l'auréole sacrée de la loi écrite », mais que l'État stalinien a définitivement rompu avec la théorie de l'État et du droit marxiste et ce, en vue d'utiliser à ses fins, à savoir la domination totale, l'État et le droit.

Pour finir sur les différentes constitutions de l'URSS, précisions également que toutes les Constitutions de l'URSS sont, selon le juriste Boris Mirkine-Guetzevitch, incomplètes, imprécises et incohérentes, aussi bien d'un point de vue formel que matériel. À propos de la Constitution du 6 juillet 1923, qui fonde l'URSS, il écrit par exemple qu'elle « présente des lacunes tellement évidentes que l'observateur le plus

554 KELSEN, H., *The Communist Theory of Law*, op.cit., p. 115 (c'est nous qui traduisons)

objectif, placé sur le terrain juridique, constate clairement qu'un pareil mécanisme d'État ne peut fonctionner avec précision et régularité. »[555] L'idée d'un droit de façade est donc inappropriée concernant l'Union soviétique, qui n'a que faire de donner à ses actions l'apparence du droit. Les Constitutions soviétiques sont seulement des schémas d'organisation que les faits viennent, ou non, valider. Ce qui, selon Boris Mirkine-Guetzevitch, revient à dire que l'Union soviétique se fonde sur la « suppression de la notion même de droit objectif. »[556] À ce titre, le rapprochement de Hannah Arendt entre la Constitution soviétique de 1936 et la Constitution de Weimar sous le nazisme est erroné.

Ces spécificités juridiques soviétiques ne sont pas toutefois radicales. Il y a bien quelques points communs entre l'Union soviétique et l'Allemagne nazie concernant le droit constitutionnel. Les points communs les plus saillants concernent l'organisation du pouvoir, à savoir la centralisation du pouvoir et la fin de la séparation des pouvoirs :

> « La Constitution soviétique prête au pouvoir central des prérogatives exceptionnellement vaste. (…) La modification de la Constitution, et l'ensemble de la "*Kompetenz-Kompetenz*", ainsi que s'expriment les juristes allemands, font partie du ressort du pouvoir central. Un des traits caractéristiques du régime soviétique, c'est la fusion complète des diverses fonctions de l'État, la non séparation des pouvoirs. »[557]

L'autre point commun est que l'Union soviétique ne reconnaît pas, à l'instar de la doctrine juridique nazie, de droits subjectifs individuels. Seule la classe prolétarienne a des droits, et non les citoyens de l'Union, comme en Allemagne seule la communauté est sujet de droit. Si la doctrine juridique soviétique ne repose pas sur les mêmes

555 *La Constitution de l'URSS*, op. cit. p. 11
556 *La théorie générale de l'État soviétique*, op. cit. p. 17
557 *La Constitution de l'URSS*, op. cit. p. 9

principes que la doctrine juridique nazie, il y a donc en revanche une organisation du pouvoir similaire.

2.3.2. La loi

Ces points communs, de taille, s'effacent toutefois si l'on quitte la Constitution pour la loi. Certes, les nazis, comme les communistes, sont en lutte contre le positivisme juridique. Mais ils ne vont pas, contrairement aux communistes, jusqu'à l'absence de loi. Car telle est la bien, selon Boris Mirkine-Guetzevitch, l'une des principales spécificités de l'URSS, à savoir d'être un régime a-légal, dépourvu de loi, aussi bien dans son sens matériel et formel :

> « la primauté du pouvoir exécutif à l'égard du pouvoir législatif est liée actuellement en Russie à l'absence des signes formels d'une législation. Le régime soviétique étant un régime de force et non de droit, la conception de la loi, au sens formel du mot, lui est étrangère. »[558]

Cette absence de conception de la loi s'observe à de très nombreux niveaux, que Boris Mirkine-Guetzevitch passe en revue : tous les organes soviétiques pouvant « légiférer », « le législateur est multiple et chaotique », de même qu'il y a une absence de distinction claire entre la loi et l'ordonnance administrative, une ignorance partielle de la pratique de la publication obligatoire des lois, une abolition complète de toutes les lois antérieures à la Révolution, une reconnaissance de la rétroactivité de la loi et une inexistence de normes hiérarchiques. Puisque toutes les « indices de la loi » (comme l'existence d'un pouvoir et d'un organe légiférant unique) sont inexistants, le juriste en

558 *Ibid.*

conclut qu'il n'y a pas une « léthargie de la loi », mais une absence matérielle et formelle de loi.

À la place de la loi, nous trouvons en Union soviétique la conformité aux buts révolutionnaires, et donc les idées de « discipline et de subordination »[559]. Comme en atteste le fait que « les tribunaux ne sont pas tenus d'appliquer toujours le droit, mais dans une série de cas on leur propose de se laisser guider par l'idée de la conformité aux buts. »[560] Cette primauté de la conformité aux buts sur la loi est également illustrée par le fait que

> « tout code soviétique possède un article dont le rôle est semblable à celui d'une soupape de sûreté et qui permet aux organes qui l'appliquent d'annuler en réalité leurs dispositions. L'article 1 du Code civil soviétique porte : "Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans le cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale" »[561]

Ce qui revient à dire que seuls les actes de pouvoir servant à la réalisation de la dictature sont reconnus, et non la loi en elle-même. D'où la conclusion de Mirkine-Guetzevitch d'une absence de loi en Union soviétique, ce qui est une position bien plus radicale que celle de la doctrine juridique nazie.

De même, si l'on examine la seconde phase de la doctrine juridique soviétique, celle de Vychinsky, si l'on assiste bien à l'affirmation d'une loi proprement soviétique, celle-ci n'a en réalité rien à voir avec la loi positive d'un Etat normatif. Selon Hans Kelsen,

> « La "théorie du droit" que Vychinsky a en tête n'est pas à l'évidence une théorie du droit positif. C'est une théorie qui doit produite des " principes légaux". Mais ces principes légaux ne sont pas les lois positives qui doivent être établies sur le fondement de ces principes. Si ce sont des principes "légaux", ils ne sont pas

559 *La théorie générale de l'État soviétique*, op. cit. p. 88
560 *Ibid.* p. 89
561 *Ibid.* p. 91

légaux dans le sens des lois positives mais dans le sens de normes d'un droit idéal, du droit qui devrait être établi dans une société socialiste. »[562]

Ce droit soviétique idéal est, selon Hans Kelsen, le symptôme de l'enracinement de la doctrine juridique soviétique dans le droit naturel, et non le droit positif. Et, *de facto*, l'idée d'une loi proprement soviétique est problématique : si la loi soviétique désigne l'instrument de domination de la classe prolétarienne, dans ce cas elle ne se distingue pas de la loi bourgeoise, qui est elle aussi l'instrument de la domination d'une classe sur une autre. La loi soviétique serait donc de même nature que la loi bourgeoise, mais dissimulée sous la forme d'une loi prolétarienne. Autant dire qu'une loi soviétique distincte du droit bourgeois antérieur est une illusion, un point de vue purement idéologique.

En conclusion, cette présentation succincte du droit en Union soviétique permet de remettre partiellement en question la position de Hannah Arendt. Certes, il y a certains points communs entre l'Allemagne nazie et l'Union soviétique, comme le primat du pouvoir exécutif, un droit naturel de classe et un mépris pour la loi et le droit positif. Mais ce que montre surtout la théorie de l'État et du droit soviétique, c'est le caractère singulier du cas russe, qui semble irréductible aux conceptions occidentales :

« (…) le droit et la jurisprudence soviétiques sont basés sur une *logique juridique* toute différente. (…). C'est cette logique juridique singulière qui est une matière des plus curieuses pour l'observateur européen ; c'est dans cette logique juridique singulière que prennent naissance les prémisses fondamentales de la pensée juridique soviétique dont la projection législative crée des formes de droit particulières, monstrueuses. »[563]

562 KELSEN, H., *The Communist Theory of Law*, op. cit., p. 119 (c'est nous qui traduisons)
563 *La doctrine soviétique du droit international*, op. cit. p. 1

Cette logique juridique différente qui fait de l'Union soviétique un monstre juridique n'est certes pas sans rappeler l'énigme du nazisme de Franz Neumann. Mais ce n'est pas parce qu'il y a deux monstres, ou deux énigmes, qu'elles sont nécessairement identiques. Il semble au contraire que la volonté soviétique de dépérissement du droit soit en réalité plus radicale, et fondée sur d'autres postulats, notamment théoriques, en Union soviétique et en Allemagne nazie. Ainsi, Hannah Arendt a donc bien tendance à étendre à l'URSS la conception nazie du droit. Ce qui ne suffit pas, toutefois, à remettre en cause sa thèse du caractère totalitaire de l'Union soviétique, qui ne repose pas uniquement sur la doctrine juridique, mais également sur l'organisation du pouvoir et l'existence d'un système de domination totale.

Chapitre VI – Le fascisme en question

Les caractéristiques spécifiques des régimes totalitaires selon Hannah Arendt étant à présent connues, une question demeure : le fascisme est-il ou non un régime totalitaire ?

La réponse de Hannah Arendt est bien connue : le fascisme n'est pas un système totalitaire. Selon elle, il n'y eut que « deux régimes intégralement « totalitaires » : « celui de Staline après 1929, et celui de Hitler après 1938 »[564]. En conséquence, Arendt a très peu écrit sur le fascisme. Selon l'index thématique de la dernière édition de référence des *Origines du totalitarisme*, le mot fascisme n'apparaît qu'une douzaine de fois dans cette œuvre de 681 pages. Concrètement, Hannah Arendt examine la question fasciste principalement dans un sous-chapitre, intitulé « Parti et mouvement », qui se trouve dans le deuxième tome consacré à *L'impérialisme*. Dans le troisième tome, *Le totalitarisme*, elle se contente pour l'essentiel de rappeler le résultat de ses conclusions antérieures.

Ces quelques pages vont pourtant devenir, à partir des années 1960, un enjeu théorique et politique majeur. La thèse selon laquelle seules l'Allemagne nationale-socialiste et l'Union soviétique peuvent être considérées comme des systèmes véritablement totalitaires va être critiquée comme une position plus politique que théorique, une thèse chargée d'entretenir la nouvelle idéologie de la Guerre froide. Théoriquement, la critique de cette thèse et la reconnaissance concomitante du fascisme comme une forme de totalitarisme va nourrir les réflexions d'une nouvelle génération de théoriciens du politique, notamment Claude Lefort et Marcel Gauchet en France.

564 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 880

1 - Une classification polémique

1.1. Une terminologie et une chronologie vacillantes

Sans entrer dans la polémique, nous nous contenterons de présenter les arguments de Hannah Arendt. Il apparaîtra alors que, d'un strict point de vue théorique, la thèse qu'elle soutient souffre d'insuffisances et de contradictions. En réalité, comme nous l'avons vu dans la première partie, le fascisme est à l'origine de nombreuses théories juridiques (le droit comme façade, le principe du chef…) qui seront ensuite utilisées, par Hannah Arendt elle-même, pour décrire les systèmes totalitaires.

Si Hannah Arendt n'a jamais varié dans son refus de considérer le fascisme comme un totalitarisme, en revanche son interprétation du fascisme en tant que tel est loin d'être uniforme. Qu'il s'agisse de la définition exacte de ce régime, ou de sa chronologie, cette interprétation est sans cesse vacillante.

Concernant la terminologie, Hannah Arendt hésite entre les notions de « dictature », de « mouvement semi-totalitaire » et de « mouvement totalitaire en vue de l'établissement d'une dictature », comme l'illustre ce passage célèbre où Arendt, en se fondant sur « l'instinct infaillible des nazis » (!) pose sa thèse selon laquelle seules l'Allemagne nationale-socialiste et l'Union soviétique ont été des régimes véritablement totalitaires :

> « Les mouvements totalitaires visent et réussissent à organiser des masses – et non pas des classes, comme les vieux partis d'intérêts des États-nations européens ; non pas des citoyens ayant des opinions sur, et des intérêts dans le maniement des affaires publiques, comme les partis des pays anglo-saxons. Si tous les groupes politiques dépendent d'une force relative, les mouvements totalitaires dépendent de la seule force du nombre, à tel point que des régimes totalitaires semblent impossibles, même dans des circonstances par ailleurs favorables, dans des pays à

> population relativement réduite. Après la Première Guerre mondiale, une vague de mouvements semi-totalitaires et totalitaires, profondément hostile à la démocratie et favorable à la dictature, déferla sur l'Europe ; des mouvements fascistes se répandirent, à partir de l'Italie, dans presque tous les pays de l'Europe centrale et orientale (la partie tchèque de la Tchécoslovaquie fut l'une des exceptions notables) ; pourtant, Mussolini lui-même, qui aimait tant l'expression d'"État totalitaire", n'essaya pas d'établir un régime complètement totalitaire et se contenta de la dictature et du parti unique. Des dictatures analogues, non totalitaires, surgirent avant la guerre en Roumanie, en Pologne, dans les États baltes, en Hongrie, au Portugal et dans l'Espagne de Franco. Les nazis, qui avaient un instinct infaillible pour détecter de telles insuffisances de leurs alliés fascistes, faisaient des commentaires méprisants sur les insuffisances de leurs alliés fascistes, tandis que leur authentique admiration du régime bolchevique en Russie (et du parti communiste en Allemagne) n'avait d'égal – et de limite – que leur mépris pour les races d'Europe orientale. Le seul homme pour lequel Hitler eût "un respect sans borne" était "le génial Staline", et si, dans le cas de Staline et du régime russe, nous n'avons pas (et n'aurons sans doute jamais) la riche documentation qui est disponible pour l'Allemagne, nous savons cependant, depuis le discours de Khrouchtchev devant le XXe congrès du parti, que Staline n'eut confiance qu'en un seul homme, et que cet homme était Hitler. »

Ces lignes sont complétées par une note, écrite à propos de Mussolini et de la dictature de parti unique :

> « Ce qui prouve que la dictature fasciste est de nature non totalitaire, c'est que les condamnations politiques y furent très peu nombreuses et relativement légères. Pendant les années, particulièrement actives, qui vont de 1926 à 1932, les tribunaux spéciaux prononcèrent sept condamnations à mort, 257 condamnations à dix ans de prison ou plus, 1 360 à moins de dix ans, et beaucoup plus de sentences d'exil ; 12 000 personnes furent arrêtées et déclarées innocentes, procédure totalement inconcevable sous la terreur nazie ou bolchevique »[565]

565 Arendt cite les chiffres de Ernst Kohn-Bramstedt, *Dictatorship and Political Police : The Technique of Control by Fear*, 1945, p.51 et suiv (*Ibid.* p. 615-616)

À propos de l'emploi du terme d' « État totalitaire » par Mussolini, un rappel historique s'impose, car Hannah Arendt le passe sous silence. L'usage récurrent par Mussolini de l'expression d' « État totalitaire » vient du fait que c'est sous le fascisme que le terme est créé. Ce n'est pas Mussolini, néanmoins, qui en est à l'origine. L'adjectif « totalitaire » apparaît pour la première fois sous la plume d'un antifasciste libéral, Giovanni Amendola, dans un article intitulé « Majorité et minorité » publié dans *Il Mondo* le 12 mai 1923. Amendola est suivi dès 1924 par d'autres antifascistes, comme Luis Sturzo, Igino Giordani ou Lelio Basso[566]. Cette première apparition de la notion « totalitaire » s'effectue dans un contexte historique précis : Mussolini vient d'être nommé président du Conseil. Il possède également la majorité au parlement. Or, ces pleins pouvoirs ne conduisent pas à l'arrêt des violences, qui au contraire se poursuivent : « Le pouvoir, nous l'avons et nous le garderons. (…) Le fascisme [continuera] à porter sa belle armure et sa belle âme guerrière jusqu'à ce que tout le monde s'incline devant le fait accompli »[567]. C'est donc quand aucun motif politique, en l'occurrence la conquête du pouvoir, ne justifie plus le recours à la violence, quand cette violence entre dans une nouvelle phase, que l'adjectif « totalitaire » apparaît pour désigner cette nouvelle donne. Amendola forge alors l'expression de « système totalitaire » pour expliquer que ce n'est pas un pouvoir dictatorial classique qui est mis en place par le parti fasciste, mais un mode de domination nouveau, plus large et radical, s'exerçant au-delà du seul appareil d'État[568]. Ce que Arendt considérera plus tard comme l'un des critères propre au mouvement totalitaire.

566 Cf. GENTILE, Emilio, « Au commencement était la violence. Les caractéristiques originaires du totalitarisme » ; BRUNETEAU, Bernard, « Interpréter le totalitarisme dans les années 1930 », in Philippe de Lara (dir.), *Naissances du totalitarisme*, Éditions du Cerf, Paris, 2011 p. 103 et 216. Sur l'histoire de la terminologie du totalitarisme, voir également l'introduction d'Enzo Traverso (*Le Totalitarisme*, op. cit.) et Ian Kershaw (XXX)

567 Mussolini cité par Emilio Gentile, *Ibid.*, p. 102

568 Comme l'écrit Luigi Sturzo, qui, en parlant de la « conception totalitaire de l'État », remarque qu'elle « a envahi toutes les énergies éthiques, culturelles et économiques » (cité par Bernard Bruneteau, Ibid. p.

Le choix du terme « système » par Amendola n'est pas non plus anodin. Tel qu'il l'emploie, il n'a certes pas encore le sens scientifique que lui donnera Hannah Arendt. En revanche, il a un sens polémique marqué. Comme l'expliquera plus tard Viktor Klemperer à propos du national-socialisme, le mot « système » est en effet par essence opposé à l'esprit du totalitarisme :

> « Lorsque le national-socialiste parle de système, il veut dire exclusivement le système de la Constitution de Weimar. (…) pour les nazis, le système gouvernemental de la République de Weimar représentait le système par excellence parce qu'ils s'étaient retrouvés en combat direct avec lui, qu'il y voyait la pire forme de gouvernement et qu'ils s'y sentaient plus vivement en opposition avec lui qu'avec la monarchie par exemple. (…) Le système est quelque chose de composé, une construction, une structure, que des mains et des outils exécutent selon l'ordonnance de la raison. (…) Mais c'est précisément cela que le national-socialiste, du plus profond de son être, doit rejeter, c'est cela que, par instinct de conservation, il doit abhorrer. (…) [la LTI] montre pour le "système" un penchant négatif, elle le nomme toujours avec mépris. »[569]

Arendt à son tour écrira :

> « les nazis se référaient-ils volontiers aux quatorze années de la République de Weimar comme à l'"époque du Système" – *Systemzeit* –, impliquant par là que cette époque avait été stérile, qu'elle avait manqué de dynamisme, qu'elle n'avait pas "bougé", et que lui avait succédé leur "ère du mouvement". »[570]

Il est donc dommage que la dernière édition des œuvres d'Hannah Arendt ait remplacé le titre du troisième tome, *Le système totalitaire*, par *Le Totalitarisme*[571]. Quoi qu'il en soit, quand elle apparaît pour la première fois sous la plume d'Amendola, l'expression de « système » totalitaire est en opposition avec le nouveau gouvernement fasciste qui

---

216).

569 KLEMPERER, Victor, *LTI, La langue du IIIe Reich*, trad. E. Guillot, Albin Michel, Paris, 1996 p.138 – 139

570 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 551

571 C'est pourquoi nous avons maintenu l'ancienne traduction, « le Système totalitaire », pour le titre de notre travail

utilisera, lui, plutôt l'expression d' « État » total. « Système totalitaire » cherche également à rendre compte de la complexité et de la nouveauté du régime fasciste face auquel la terminologie classique de l'État semble tout à coup inadéquate.

Enfin, il est intéressant de remarquer qu'Amendola emploie pour la première fois le terme « totalitaire » dans le cadre d'une critique de la procédure électorale mise en place par les fascistes sur le plan municipal. Comme le remarque Bernard Bruneteau, le terme fait alors « couple avec "légalitaire" et c'est dans cette première acception "technique" que l'adjectif acquiert une position centrale dans le vocabulaire de l'opposition. »[572]. Si, par la suite, totalitarisme sera surtout opposé à libéralisme ou à démocratie, la première occurrence du terme est donc juridique, sous la forme d'une opposition entre légalité et « système totalitaire ». Par ailleurs, comme nous le verrons à propos du droit constitutionnel fasciste[573], cette réforme électorale marque un tournant dans l'histoire du régime. C'est à partir de cette réforme, qui sera encore approfondie par la suite, que le parlement devient peu à peu une institution simplement décorative et que la souveraineté est transférée du peuple vers son dirigeant.

Ce n'est que dans un second temps que le terme « totalitaire » est repris par les fascistes eux-mêmes. Mussolini l'emploie pour la première fois lors du « Discours de l'Augusteo » du 22 juin 1925[574]. Il en fera ensuite un large usage. En particulier, il se trouve dans *La doctrine du fascisme*, coécrite par Mussolini et Giovanni Gentile, publiée en 1932 dans l'*Enciclopedia Italiana*[575] et considérée comme le texte le plus achevé de la théorie fasciste. Le terme « totalitaire » a donc à l'origine été utilisé aussi bien par ses opposants que par ses militants. Et c'est vraisemblablement cette neutralité

572 BRUNETEAU, Bernard, *Le totalitarisme – Origines d'un concept, genèse d'un débat 1930 – 1942*, Éditions du Cerf, Paris, 2010, p.37

573 Voir infra, Chapitre II, « 2.2. Le droit constitutionnel fasciste »

574 *Ibid*., p.37

575 Giovanni Gentile, « Fascismo (dottrina del) », *Enciclopedia Italiana*, Istituto del l'Enciclopedia Italiana, Roma, 1932, vol. XIV, pp. 835-840 ; Mussolini, *La doctrine du fascisme*, Denoël et Steele, Paris, 1932.

initiale qui explique son succès ultérieur. Quoi qu'il en soit, si le fascisme a inventé le terme d' "État total" ou d' "État totalitaire", il mériterait à tout le moins une analyse plus approfondie que celle dont Hannah Arendt se contente. L'invention d'un terme est tout sauf un détail innocent.

Ceci étant précisé, revenons au passage d'Hannah Arendt précédemment cité par lequel elle exclut le fascisme du totalitarisme. L'hésitation terminologique entre « dictature », « mouvement semi-totalitaire » ou « mouvement totalitaire en vue de l'établissement d'une dictature », vient du fait qu'Hannah Arendt reconnaît que le fascisme, à une certaine phase de son développement, peut être assimilé à un mouvement de type totalitaire. Selon elle, le fascisme aurait connu historiquement deux formes distinctes : il a été à la fois un Mouvement et une dictature de parti unique. C'est pourquoi la question de sa nature se pose. Laquelle de ces deux formes l'emporte ? Quelle est l'essence véritable du fascisme ?

La chronologie qu'Hannah Arendt propose entre ces deux phases oscille, elle aussi. Dans *L'Impérialisme*, elle commence par dater la période totalitaire du fascisme à la fin du régime : « le fascisme de Mussolini (…) avant 1938, n'était pas un gouvernement totalitaire mais simplement une dictature nationaliste ordinaire »[576]. Historiquement parlant, 1938 est l'année de la proclamation des lois raciales fascistes, qui marqueraient ainsi l'entrée du fascisme dans le totalitarisme. Mais, quelques pages plus loin, Arendt situe cette fois la phase totalitaire du fascisme au début du régime : « Quant aux fascistes, leur mouvement était arrivé à son terme avec la prise du pouvoir. »[577] La prise de pouvoir correspondrait aux lois fascistissimes[578] de fin 1925,

576 *Ibid.* p. 547
577 *Ibid.* p. 549
578 À savoir la loi du 24 décembre 1925 sur les attributions et les prérogatives du chef du gouvernement, la loi du 31 décembre 1925 sur la presse, la loi 3 avril 1926 sur le droit de grève et les syndicats et la loi du 31 mai 1926 sur le pouvoir exécutif.

début 1926. Cette hésitation d'Arendt entre la phase primitive et la phase ultime du fascisme montre en tout cas ses difficultés à cerner la véritable nature de ce régime.

Il faut attendre 1956 et l'article « Autorité, Tyrannie et totalitarisme », pour connaître la position définitive d'Arendt concernant la chronologie du fascisme. Dans cet article, elle distingue à nouveau, comme dans l'Impérialisme, deux phases. Mais elle n'hésite plus cette fois sur la lecture chronologique à adopter : dans un premier temps, un mouvement « porta au pouvoir le dictateur ». Le mouvement étant propre aux régimes totalitaires, il en découle que cette première phase est la phase totalitaire du fascisme. Puis, « après la prise de pouvoir ce mouvement s'est gelé en un parti »[579]. Si l'on date, comme précédemment, la prise de pouvoir des lois fascistissimes, cette phase s'étendrait de 1926 à la chute de la République sociale italienne, dite de Salo, soit dix-neuf années de longévité. Contre sept ans pour la phase totalitaire (si l'on considère que le mouvement débute en mars 1919 avec la création des premiers faisceaux de combat). La nature réelle du fascisme correspond donc à sa période la plus longue. *In fine*, l'histoire et la chronologie confirment la thèse selon laquelle le fascisme est essentiellement une dictature de parti unique.

1.2. Des motifs insuffisants

Bien entendu, Arendt ne s'est pas contenté de définir chronologiquement les différentes phases du fascisme. Elle montre surtout quelles sont les caractéristiques structurelles qui l'empêchent d'être assimilé à un régime de type totalitaire. Si l'on suit le paragraphe que nous avons précédemment cité, ainsi que les pages de *L'Impérialisme* consacrées au fascisme, la nature dictatoriale du fascisme résulte de l'idolâtrie fasciste

579 « Autorité, tyrannie et totalitarisme », op. cit. p. 884

de l'État, du poids démographique insuffisant de l'Italie et de l'absence d'une authentique terreur d'État.

1.2.1. L'idolâtrie fasciste de l'État

Dans *L'impérialisme*, la spécificité du fascisme par rapport au totalitarisme est le résultat d'une double analyse : celle des relations entre le parti et l'État d'une part, et celle des relations entre le parti et le mouvement d'autre part.

Concernant la relation entre le parti et l'État, la comparaison entre la dictature de parti unique et les mouvements totalitaires montre que les mouvements totalitaires sont par nature anti-étatiques : « Il n'est pas de mouvement sans haine de l'État » [580] Alors que la dictature, même sous sa forme moderne de dictature de parti, présuppose et perpétue au contraire l'État. L'« idolâtrie de l'État »[581], propre au fascisme, est alors considérée une preuve déterminante du caractère dictatorial du fascisme.

Pour justifier son interprétation, Arendt se fonde sur Franz Neumann. Elle renvoie en effet le lecteur soucieux d'approfondir « les relations entre parti et État dans les pays totalitaires, et en particulier l'intégration du parti fasciste dans l'État italien »[582] au chapitre I du *Béhémoth*. Les rapports entre le parti et l'État sont en effet l'axe central des analyses de Franz Neumann, qui n'hésite pas à comparer, à ce propos, le fascisme, l'Union soviétique et l'Allemagne nationale-socialiste :

580 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 550
581 *Ibid*. p. 548
582 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 549

> « Les États à parti unique connaissent trois types de relations entre parti et État. En Italie, le parti est incorporé dans l'État : le parti est un organe de l'État, c'est un parti d'État. La Russie soviétique donne au parti le contrôle total de l'État et l'une des raisons principales des purges périodiques est d'empêcher la bureaucratie de l'État d'accumuler pour son propre compte un pouvoir politique. Le type allemand se situe à mi-chemin et se prête mal à l'analyse. Il faut pourtant entreprendre de l'étudier. »[583]

L'incorporation fasciste du parti dans l'État donne ainsi raison à Arendt et à sa définition du fascisme comme un système reposant sur l'État, et non contre l'État.

Il convient toutefois de remarquer que pour Franz Neumann, l'incorporation du parti dans l'État ne remet pas en cause la nature totalitaire du fascisme. Il y voit au contraire l'une des formes possibles de l'État totalitaire *stricto sensu* et non un retour à une forme dictatoriale de gouvernement. Comme nous l'avons vu précédemment, pour Neumann, l'Allemagne de Hitler a commencé par être un État totalitaire de type fasciste. C'est-à-dire un régime dans lequel les intérêts de l'État et ceux du parti coïncident. Le parti intègre, s'incorpore alors dans l'appareil d'État. Dans une deuxième phase, à partir de 1934, le nazisme a, certes, cessé d'être un État totalitaire de type fasciste. Le parti est alors devenu une souveraineté autonome et parallèle à celle de l'État. Mais cette forme dualiste ne remet pas en cause l'identité de nature entre l'Allemagne nationale-socialiste et le fascisme. Il y a totalitarisme pour Neumann à partir du moment où un parti unique existe indépendamment de l'État. Trois formes de totalitarisme sont alors possibles : le parti est un organe de l'État (le fascisme), l'État est un organe du parti (Union soviétique) ou le parti coexiste souverainement avec l'État (nazisme).

583 *Béhémoth*, op. cit. p. 77

Concernant deuxièmement le parti et le mouvement, Arendt insiste, comme nous l'avons vu dans la première partie, sur leur nécessaire distinction, qu'elle considère comme « une différence vitale »[584] d'un point de vue théorique. La loi « d'accumulation » du mouvement, qui est aussi sa logique et son moteur, domine les intérêts du parti. Comme elle le dira en 1956, « la forme de la domination totalitaire dépend entièrement du fait que c'est un mouvement et non un parti qui prend le pouvoir, et que les dirigeants se préoccupent avant tout de garder le mouvement en marche et de l'empêcher de "dégénérer" en parti (…) »[585].

Or, selon Hannah Arendt, dans le fascisme les intérêts du parti l'ont en réalité toujours emporté sur le mouvement, qui n'était qu'un « label usurpé (…) pour attirer les masses »[586]. De même, elle considère que Mussolini ne cherche qu' « à se maintenir au pouvoir à tout prix », au lieu d'être préoccupé uniquement par « l'accélération du mouvement lui-même »[587]. La première phase du fascisme, celle où il est un mouvement, ne serait donc pas non plus un authentique mouvement totalitaire. Ce qui conduit à une contradiction au sein de la théorie arendtienne, qui affirme tour à tour que la phase initiale du fascisme est, et n'est pas, un mouvement totalitaire.

1.2.2. Un poids démographique insuffisant

Dans le paragraphe du *Totalitarisme* que nous avons précédemment cité, Arendt présente deux autres arguments pour justifier sa classification du fascisme au sein des formes modernes de dictature, à savoir un poids démographique insuffisant et l'absence d'une authentique terreur d'État.

584 *Ibid.* p. 884 : « cette différence vitale entre une dictature de parti et un mouvement totalitaire (…) ou entre le chef dictatorial d'un État normal et un « révolutionnaire mondial »
585 « Autorité, tyrannie et totalitarisme », in *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 885
586 *Ibid.* p. 547
587 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 884

Arendt considère tout d'abord qu'il y a une taille critique nécessaire pour que les systèmes totalitaires puissent se développer. Seuls les pays ayant une forte population ont

> « le matériel humain » suffisant « pour permettre la domination totale et les lourdes pertes de population qui en sont inséparables. N'ayant pas grand espoir de conquérir des territoires à la population plus dense, les tyrans de ces petits pays furent contraints d'exercer une relative modération, à l'ancienne, de peur de perdre jusqu'à leurs derniers sujets. »[588]

Cet argument a de quoi étonner. Car l'absence d'une population à exterminer est une limite à la domination totale aussi bien pour les petits pays que pour les grands. Seul le temps nécessaire pour atteindre cette limite, l'ampleur et les moyens de destruction employés sont corrélés à la densité de la population. Mais pas la nature du régime en tant que telle, qui repose sur le principe de la domination totale et non sur celui de l'extermination de la population. Les pertes humaines ne sont que le moyen de cette domination et non sa fin. Or la terreur exercée n'est pas plus forte parce que le nombre de personnes tuées s'accroît. Si tel était le cas, Hitler et Staline auraient rendu public le nombre de leurs victimes. Ce que l'un et l'autre se gardèrent toujours de faire. Les procès de Moscou, dont le nombre de victimes est dérisoire par rapport aux purges, exercèrent en réalité une terreur au moins aussi forte que les purges auprès de la population. D'ailleurs, Hannah Arendt l'a indirectement reconnu, puisqu'elle considère que l'Union soviétique devient un régime véritablement totalitaire à partir des procès de Moscou. Ces procès réalisent en effet la conversion des bourreaux en victimes et exercent ce faisant une terreur similaire à celle des camps sur la population, qui réalise à travers eux qu'aucun comportement ne peut échapper à une condamnation à mort par le régime. C'est pourquoi, d'ailleurs, ces procès ont nourri les critiques et les imaginations

588 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 617

des écrivains décrivant des conditions de vie totalitaire, comme *1984* de George Orwell[589] et *Le zéro et l'Infini* d'Arthur Koestler[590]. Il est donc tout à fait possible d'exercer une terreur et un contrôle total d'une population, même avec des pertes humaines inférieures à celles commises par l'Allemagne et l'Union soviétique. Du moment, certes, qu'il reste toujours des sujets à dominer. Mais cette menace guette tout régime totalitaire, quel que soit sa taille.

Cet argument d'une taille critique des régimes totalitaires pour justifier la nature non totalitaire du fascisme donne donc le sentiment qu'Hannah Arendt transforme en théorie le simple fait empirique que le troisième Reich et l'Union soviétique étaient bien plus vastes que l'Italie. Cette idée de taille critique n'est pas non plus sans rappeler la notion d'espace vital (*Lebensraum*) chère à Friedrich Ratzel et à l'école de la géopolitique allemande. Arendt d'ailleurs va très vite la nuancer. Le critère du nombre va en effet ensuite être associé à celui des masses : « c'est seulement là où de vastes masses sont superflues ou là où il est possible de s'en dispenser sans aboutir à une population désastreuse, que le régime totalitaire, distinct d'un mouvement totalitaire, est tout à fait possible. »[591] En l'absence d'une population nombreuse, l'existence de masses suffit donc. Une vaste population n'est pas une condition *sine qua non* des régimes totalitaires. Quant à la notion de masse, elle n'est pas elle non plus quantitative. C'est une notion qualitative, qui désigne l'ensemble des individus d'une société qui « ne peuvent s'intégrer dans aucune organisation fondée sur l'intérêt commun ». Ce sont « des gens neutres et politiquement indifférents »[592], qui, en raison du développement d'une société atomisée et individualisée, en viennent à se sentir superflus et s'attachent par là-même à des idéologies nihilistes. Or aucune de ces

589 Sur 1984, Voir l'analyse remarquable de Claude Lefort, « Le corps interposé : *1984*, de George Orwell », in *Ecrire à l'épreuve du politique*, Calmann-Levy, 1992

590 KOESTLER, Arthur, *Le Zéro et l'Infini*, Calmann-Levy, Paris, 2005 (1ére éd. 1945)

591 *Ibid.*, p. 618

592 *Ibid.*, p. 619

caractéristiques d'ordre social et psychologique interdit que des masses existent dans un petit pays comme l'Italie. Contrairement à ce qu'Arendt affirme, le critère de la taille du pays ne semble donc pas être décisif pour apprécier si un régime est, ou non, totalitaire.

1.2.3. L'absence de terreur d'État

Hannah Arendt considère enfin que l'absence d'une authentique terreur totalitaire empêche le fascisme d'être un totalitarisme. Elle cite pour preuve le nombre peu important de condamnations prononcées par les tribunaux spéciaux italiens. S'il est satisfaisant de constater qu'une fois encore Arendt s'appuie sur des juristes, qui plus est des juges en exercice, pour fonder sa thèse, il n'en demeure pas moins que cette lecture est actuellement fortement discutée par les historiens. Sans entrer dans les débats, nous nous contentons de renvoyer aux travaux d'Emilio Gentile qui soutient, contrairement à Arendt, que « c'est par l'exercice de la violence à grande échelle que le fascisme devint un mouvement de masse. »[593] Au-delà des chiffres, rappelons à nouveau les procès de Moscou. Est-ce que le nombre de condamnations est un critère suffisant pour juger de la nature de la domination exercée ? C'est loin d'être évident. Sans le dire expressément, à travers cet argument d'une absence de terreur totalitaire, c'est surtout l'absence d'un système d'extermination de masse au sein du fascisme, que l'absence de terreur, que pointe Arendt. La question est donc de savoir si un régime peut avoir une structure et des principes de gouvernement totalitaires, et exercer une domination totale sur les individus, sans procéder pour autant à une extermination massive de sa population ? Pour Arendt, la réponse est non, même si en réalité elle ne s'engage pas dans cette question, qui risquerait de remettre en cause, par ricochet, l'identité de nature qu'elle

593 *Naissances du totalitarisme*, op. cit. p. 83

défend entre l'Allemagne nationale-socialiste et l'Union soviétique. Car si l'existence d'un système concentrationnaire est une condition nécessaire à l'établissement d'un régime totalitaire, il faudrait qu'Hannah Arendt prouve alors l'identité de nature entre les camps d'extermination nazis et les purges staliniennes, une identité qui ne va de soi et qu'Arendt se contente en réalité seulement de postuler, sans la démontrer.

2 - La théorie fasciste de l'État

2.1. La théorie générale de l'État fasciste

Puisque les arguments avancés par Hannah Arendt ne sont pas convaincants, tournons-nous vers les théoriciens du droit. Leur analyse du fascisme, qui n'est pas tributaire d'une modélisation *a postériori* du totalitarisme, peut permettre en effet d'évaluer la nature et la nouveauté du fascisme relativement à l'État de droit classique sans préjugés. Pour ce faire, nous nous appuierons sur les travaux de deux juristes, l'un français, Marcel Prélot, l'autre allemand, Gerhard Leibholz, qui ont pour caractéristique d'avoir analysé l'État et le droit constitutionnel fascistes au moment où Mussolini était au pouvoir.

Marcel Prélot a publié, à notre connaissance, deux textes sur le fascisme. Le premier est un article publié dans les Mélanges R. Carré de Malberg, et intitulé *La théorie de l'État dans le Droit fasciste*. La date de publication de cet article, 1933, est différente de la date d'écriture, les analyses de Marcel Prélot se situant en réalité « à la fin de 1931, au seuil de l'an X »[594] Ce qui implique que les textes nazis de Carl Schmitt, notamment de publication, de l'Allemagne nazie, ni de Carl Schmitt, ni même,

594 PRELOT, Marcel, « La théorie de l'État dans le Droit fasciste », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 439

d'ailleurs, de l'Union soviétique. Marcel Prélot ne se lance dans aucune comparaison et reste sur le terrain de la monographie.

Dans ces deux textes, Marcel Prélot rend hommage et s'appuie sur les travaux antérieurs du juriste Gerhard Leibholz[595]. En 1928, ce dernier publie un texte sur le droit constitutionnel fasciste, intitulé *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*[596], dont une version abrégée, intitulée La structure de l'État fasciste, sera traduite en français et publiée en 1930 dans *Les documents de la vie intellectuelle*[597]. C'est cette version française abrégée, et non le texte complet original, qui est utilisée par Marcel Prélot. Nous proposons pour notre part dans le TOME II une traduction du texte complet original[598], qui est celle que nous utiliserons.

Au premier abord, Marcel Prélot donne raison à Hannah Arendt quand elle reproche au fascisme son idolâtrie de l'État. Toute son analyse montre en effet que le fascisme est une « statocratie », pour reprendre sa terminologie, c'est-à-dire un régime régit par le principe « Tout dans l'État, rien en dehors ni contre l'État », selon la formule célèbre de Mussolini. Toutefois, cet État qui est idolâtré n'a rien de commun avec l'État classique.

> « Conception traditionnelle de l'État patrimonial, conception de la souveraineté nationale issue de la Révolution française, conception juridique de l'État de droit, conception socialiste de l'État administrateur des choses, conception organique de

595 Voir *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 441, 449, 450 et *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 163

596 LEIBHOLZ, Gerhard, *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*, Walter de Gruyer & Co., Berlin und Leipzig, 1928

597 LEIBHOLZ, Gerhard, « La structure de l'État fasciste », *Les Documents de la vie intellectuelle*, 20 mars 1930, Paris, pp 120-162

598 Voir Tome II, Traduction 2. Nous n'avons pas traduit l'appareil de notes pour deux raisons. La première est qu'il contient, pour l'essentiel, « surtout les preuves par les textes de lois et les pièces justificatives », selon les termes de Leibholz. La seconde est que cette traduction n'a pas vocation a être publiée. Pour des raisons personnelles, nous souhaitons en effet que la langue allemande demeure pour nous une langue morte (voir sur ce point l'excellent récit autobiographique de Reiner Schürmann, *Les Origines – récit*, Presses Universitaires du Mirail, 2003).

> l'État populaire, – le fascisme les rejette toutes et leur oppose son système propre, celui d'un État souverain maître des hommes et qui entend ne rien connaître au-dessus de lui ou en dehors de lui. »[599]

L'idolâtrie fasciste de l'État va donc de pair avec une redéfinition de l'État, dont de nombreux aspects anticipent en réalité les caractéristiques des mouvements totalitaires nazi et soviétique. À commencer par le fait que l'État fasciste englobe la totalité de la société, de telle sorte que le distinction entre la sphère publique et la sphère privée, caractéristique selon Michel Troper de la définition sociologique de l'État de droit non totalitaire[600], n'a plus lieu d'être. Si un État peut être considéré comme totalitaire à partir du moment où il n'y a plus de société civile indépendante et extérieure à l'État, alors le fascisme est incontestablement un État totalitaire. C'est en tout cas la conclusion à laquelle Marcel Prélot parvient, mais en s'appuyant sur M. Joseph Delos, qui « a dit de l'État totalitaire, distingué du simple État autoritaire, qu'il était un État prétendant « coïncider avec la société qu'il recouvre jusqu'à s'identifier avec elle » . »[601]

La suppression fasciste de la distinction entre l'État et la société civile correspond à ce que Marcel Prélot nomme (en se fondant sur les écrits du juriste fasciste Alfredo Rocco, garde des Sceaux à partir de 1925[602]) le fondement sociologique de l'État fasciste. Cette suppression s'effectue à deux niveaux. Tout d'abord, l'individu est absorbé par la communauté pour former la Nation. Puis la Nation est absorbée à son tour par l'État, qui en est la réalisation effective. En effet, l'individu est « non la raison d'être de la société, mais seulement un moyen de celle-ci ; toute la discipline sociale

599 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 438

600 « Même au sens sociologique, il semble difficile de parler d'un État, puisqu'il [l'État hitlérien] y manque la différenciation, la spécialisation, la séparation d'avec la société civile », TROPER, Michel, « Y a-t-il eu un État nazi ? », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, p. 180

601 Joseph DELOS, « Les idéologie régnantes en matière d'organisation corporative », dans *L'Organisation corporative*, Paris-Lyon, 1936, p. 323, cité par Marcel Prélot, *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 112

602 Pour une présentation de la carrière d'Alfredo Rocco, voir *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 73

consiste à faire de lui l'instrument des fins collectives. »[603] En conséquence, comme le dit Leibholz, « l'individu s'efface tout simplement dans la communauté »[604]. Cette dernière, qui forme la Nation, est supérieure à la somme des individus atomisés. Comme un être vivant, elle a sa réalité et sa vie propre,

> « qui dépasse celle des êtres humains. Les individus se succèdent dans son sein, éléments infimes et éphémères, selon un continuel processus d'intégration et de désintégration. Tandis que les générations se succèdent, la nation demeure, car elle est quelque chose de plus et de mieux que la somme de ses membres en un instant donné. »[605],

exactement comme dans le nazisme où seule la communauté (*Gemeinschaft*) – et non l'individu – est reconnue, ou, comme dans le système soviétique, la classe sociale l'emporte sur les intérêts individuels considérés comme bourgeois.

Mais si la communauté de la nation l'emporte ainsi sur les individus, elle ne se réalise elle-même à son tour que dans et par l'État. Car « la société ne saurait subsister livrée à elle seule. Elle doit devenir État pour être d'abord, pour se réaliser ensuite. (…) La société est la matière dont l'État est la forme. Or, de même que la matière tend à la forme, la société tend à l'État. »[606] Par conséquent, « la nation n'a pas de personnalité distincte de l'État et susceptible de lui être opposée »[607]. Ainsi, l'État « s'assimile la société »[608] et devient ce faisant « la réalité suprême »[609]. C'est l'État qui a la primauté non seulement sur les individus, mais aussi sur la communauté, qui ne peuvent se réaliser qu'en lui et par lui.

---

603 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 440
604 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2
605 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 440.
606 *Ibid.*, p. 440. De même, Leibholz écrit : « l'État dans sa totalité, identique à la Nation, n'est pas la somme d'individus considérés comme des atomes isolés, mais une réalité historique définitive, une totalité embrassant les générations, unissant ainsi le passé et le futur dans le présent », *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2
607 *Ibid.*, p. 446
608 *Ibid.*, p. 441
609 *Ibid.*, p. 445

Il en découle une suppression des droits subjectifs, caractéristique de tous les régimes totalitaires. De même que Roger Bonnard, comme nous l'avons vu, montre que le nazisme ne reconnaît plus que des droits objectifs, Marcel Prélot et Gerhard Leibholz considèrent que le fascisme repose sur une « élimination des droits publics subjectifs »[610] et procède « d'une technique juridique radicalement objective »[611].

À titre d'illustration, Marcel Prélot cite la loi du 9 décembre 1928 sur le Grand Conseil fasciste qui, dans son article 12, établit une distinction entre les matières constitutionnelles et les matières législatives, sans indiquer, parmi celles-ci, les droits individuels qui figuraient auparavant dans la Charte albertine[612]. Ainsi, « la notion de droits individuels disparaît et les rapports des citoyens avec l'État se trouvent exclusivement situés sur le plan du devoir »[613].

Mais cette élimination de l'individu de la sphère juridique ne conduit pas, comme dans le nazisme, à faire de la communauté nationale le nouveau sujet de droit. La notion de droit subjectif n'est pas seulement éliminée pour les individus, les personnes physiques, mais aussi pour les personnes morales comme les collectivités : « N'existant pas, comme sujet de droit, en dehors de l'État, la nation est incapable d'accomplir des actes juridiques, d'exercer une fonction, de donner procuration ou mandat, d'être représentée »[614]. Tout comme les individus, que pourtant elle dépasse, la communauté n'a pas donc pas, elle non plus, de droits subjectifs. En conséquence, « le principe des droits subjectifs consacrés par la Charte albertine fait place au principe au principe objectif du devoir aussi bien pour des individus que des collectivités. »[615] Cela s'explique par le fait que la communauté ne peut se réaliser que

610 *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 107
611 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 465
612 *Ibid*., p. 463
613 *Ibid.*, p. 462
614 *Ibid.*, p. 446
615 *Ibid.*, p. 464

dans l'État. Seul l'État, et non la communauté, est sujet de droit. l'État « affirme sa souveraineté totale et complète sur la nation et ses composants individuels et sociaux identifié à lui. Il est, à la lettre et rigoureusement, le seul sujet de droit. »[616] Marcel Prélot en conclut que ce ne sont pas seulement les droits subjectifs qui sont éliminés par le fascisme, mais la notion même de personnalité juridique. Car quand il n'existe plus qu'un seul sujet de droit, la notion de personnalité juridique « se vide de sens »[617], d'autant plus que cette personne unique, l'État, est elle-même auteur du Droit. Une conclusion qui, du point de la théorie du droit, fait du fascisme un régime tout aussi totalitaire que l'Allemagne nazie et l'Union soviétique. L'État fasciste exerce sur les individus la même souveraineté absolue que les mouvements nazi et soviétique.

L'État fasciste n'est pas seulement totalitaire parce qu'il réalise la suppression des droits subjectifs et « élève tout dans la sphère étatique »[618]. À ce fondement sociologique de l'État fasciste, Marcel Prélot (en se fondant sur l'œuvre du juriste fasciste Sergio Panunzio[619]) ajoute un autre fondement, de nature psychologique, à la primauté du nouvel État. Selon cette explication psychologique, l'homme a "le sentiment de l'État", et ce sentiment est une « donnée primitive de la conscience »[620]. Comme, de même, le droit de la communauté raciale, « ce qui est bon pour le peuple allemand », est une « donnée immédiate de la conscience », ou un « sixième sens », en tout cas selon la doctrine juridique nazie. Nous pouvons donc en déduire que le fascisme et les régimes totalitaires ont au moins un fondement psychologique en commun.

Selon la doctrine juridique fasciste, c'est ce sentiment intime, intérieur de l'État qui explique que « des milliers d'hommes acceptent de subordonner leur activité à

616 *Ibid*., p. 465
617 *Ibid*., p. 465
618 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2
619 Pour une présentation de Sergio Panunzio, voir *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 74
620 *Ibid.*, p. 73

une fin unique et à un unique pouvoir »[621], parce qu'ils reconnaissent la nécessité de l'autorité et de l'ordre et voient dans l'État « un don de la civilisation »[622]. Selon les termes de Sergio Panunzio, qui a consacré tout un ouvrage à ce sentiment de l'État, il s'agit d'un sentiment inné, qui a toujours existé en l'homme. Même si la crise qu'a connue l'État à l'issue de la Première guerre mondiale a ravivé ce sentiment, et a démontré à chacun que l'État est aussi vital que « le besoin de manger et de boire »[623].

Comme nous le verrons[624], ce sentiment de l'État est également développé par la philosophie actualiste de Giovanni Gentile, quand il considère que la spécificité de l'État fasciste est d'être « *in interiore homine* ». Le rapprochement avec le nazisme, et sa « conscience intime du droit ». C'est en effet le même principe que l'on trouve ici à l'œuvre dans le fascisme et dans le nazisme, à savoir l'idée selon laquelle, les droits subjectifs étant supprimés, ils sont remplacés, extérieurement, par des devoirs et, intérieurement, par un sentiment inné d'appartenance à un ensemble plus vaste, qui seul peut donner sens et orienter les actions individuelles, et expliquer pourquoi des individus, pourtant dépourvus de tout droit, acceptent de se soumettre à un pouvoir souverain absolu. Alors que sous le fascisme, les individus ont un sentiment inné pour l'État, sous le nazisme, les individus ont une connaissance intime de la Communauté (*Gemeinschaft*) dont ils sont membres.

Marcel Prélot ajoute enfin un troisième et dernier fondement à l'État fasciste, de nature métaphysique ou mystique. L'État fasciste n'est pas seulement une totalité juridiquement souveraine, et « une donnée immédiate de la conscience », il est également une réalité spirituelle possédant une dimension divine et mythique. L'État fasciste est autant une Idée qu'une réalité. L'État fasciste est « un État idéal, un mythe

621 *La théorie de l'État dans le droit fasciste,* op. cit. p. 442
622 *Ibid.*, p. 443
623 *Ibid.*, p. 443
624 Voir infra, 3. 3. La loi « *in interiore homine* »

de l'État, mythe cependant, au sens sorélien du terme, qui ne veut pas dire illusion, mais au contraire croyance et foi, source de passions et mobile d'action. »[625]. Or cette dimension mythique, spirituelle et éthique de l'État fasciste le place là encore sur le même plan que le nazisme et l'Union soviétique, et ce pour plusieurs raisons.

La première, c'est que par ce fondement mystique, c'est l'influence de Sorel sur Mussolini qui est visée. Mussolini a déclaré que c'est à Sorel qu'il devait le plus et cette influence est bien connue[626]. Or Sorel est incontestablement une référence, non seulement pour Mussolini, mais aussi pour les communistes et Carl Schmitt. Comme le montre Carlos-Miguel Herrera dans son article « Lénine, Carl Schmitt, Sorel »[627], Carl Schmitt, qui jouera un rôle significatif dans la diffusion de l'œuvre de Sorel dans l'Allemagne des années 1920, date de 1906 l'émergence du concept de « partisan » chez Lénine, « comme développement clair et logique d'ennemi et d'hostilité », et note la coïncidence avec l'année de parution des *Réflexions sur la violence* de G. Sorel, traduites l'année suivante, en 1907 donc, en russe. Ce qui conduit Carl Schmitt, sous l'influence de Sorel, à placer la violence au cœur de la conception politique de Lénine, au point qu'il réduit « la pensée de Lénine aux idées de Sorel ». Selon Carlos-Miguel Herrera, ce que Carl Schmitt retient de Sorel, ce n'est pas tant l'importance régénératrice du mythe que la violence qu'il contient, une violence irrationnelle qui aboutit à une théorie de l'action directe et à une lutte décisive fondée sur la distinction ami-ennemi. Or c'est ce vitalisme guerrier qui est de même à l'œuvre, selon Carl Schmitt, chez Lénine, par distinction avec Marx, qui aurait défendu une révolution plus éducatrice, et si possible légale, que violente. Quant à l'influence de Sorel sur les bolcheviques, si Lénine ne fait qu'une seule fois référence à Sorel, pour le qualifier de

625 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 444
626 Voir *L'Empire fasciste*, op. cit. pp 74-75
627 HERRERA, Carlos-Miguel, « Lénine, Carl Schmitt, Sorel », in *Droit, politique et littérature. Liber amicorum Yves Guchet*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 473-491

« confusionniste bien connu », il n'en demeure pas moins que « pour des secteurs importants de la gauche communiste, la pensée de Sorel était vue comme un antidote important à la sclérose et l'"embourgeoisement" des partis socialistes parlementaires. »[628]. Sorel est donc bien, selon les termes de Carl Schmitt, « la clef de toute pensée politique contemporaine ». Et les fascistes, et les nazis, et les soviétiques sont des lecteurs des *Réflexions sur la violence*[629].

Mussolini, contrairement à Carl Schmitt et aux bolcheviques, ne retient pas seulement de Sorel sa théorie de la violence, mais s'intéresse tout autant, si ce n'est plus, à ses réflexions sur le mythe. Ce n'est pas seulement le caractère irrationnel de la violence sorélienne qui intéresse Mussolini, mais aussi le fait que cette violence soit créatrice. Le fascisme « se qualifie lui-même comme un mouvement dynamique, et se proclame – sous l'influence de Sorel – ouvert à la théorie de la violence créatrice, alors morale, ainsi qu'à la mission éducatrice de la guerre »[630]. Ce vitalisme et cet activisme relient la violence au mythe, puisque le mythe[631], selon Mussolini, est précieux et fécond en tant « qu'il n'est pas une description des choses, mais une expression de volonté »[632]. Le mythe de l'État constitue « un puissant appel d'air », qui engendre de l'action et fait de l'État une réalité vivante, toujours en train de se renouveler. C'est pourquoi ce fondement mythique de l'État apparente le fascisme au mouvement totalitaire[633] qui, comme nous l'avons vu, est un processus continu, constamment

628 *Ibid.*

629 Voir également *L'État Dual* d'Ernst Fraenkel : « Il est d'une importance vitale que les origines intellectuelles de George Sorel soient marxistes. Sorel partageait la haine de Marx de l' « arbitraire », c'est-à-dire la tentative utopique de faire dériver les décisions politiques de calculs rationnels. Sorel dépouilla la lutte des classes de son but visionnaire et l'approuva comme un mouvement ayant en lui-même son propre but. Il la transforma en un mythe parce que, pour lui, le mouvement était tout et le but n'était rien. » (Tome II, Traduction 1)

630 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2

631 Sur le mythe et le national-socialisme, voir LACOUE-LABARTHE, Philippe, NANCY, Jean-Luc, *Le mythe nazi*, Éditions de l'Aube, Paris, 1996

632 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 444

633 C'est également la thèse soutenue par l'historien Emilio Gentile, qui voit dans la suprématie de la pensée mythique et sacralisatrice de la politique le signe du caractère totalitaire du fascisme. Cf. *Il fascismo in tre*

dynamique, qui s'adapte aux changements de circonstances. Avec ce fondement mythique, c'est donc le dynamisme du régime qui est souligné, un dynamisme que tous les régimes totalitaires louent et partagent. Un dynamisme qui conduit le fascisme, comme les autres régimes totalitaires, à privilégier l'avenir sur le présent. Comme le déclare Mussolini, « l'État n'est pas seulement le présent, il est surtout l'avenir. »[634] Le fascisme se présente en conséquence comme une « construction progressive »[635], et toutes les nouvelles institutions qu'il met en place (Grand Conseil, Chambre corporative, Conseil des corporations, etc.) revêtent en réalité « un caractère transitoire, pour mieux dire « expérimental »[636], comme c'est le cas pour tout mouvement totalitaire permanent.

Même si cela excède le cadre de notre recherche, soulignons enfin que ce fondement mystique de l'État fasciste conduit également à l'idée de l'État comme religion séculière. Comme le souligne Marcel Prélot, « d'une Église, l'État fasciste possède le lien mystique et proprement religieux (…) il travaille à l'avènement d'un ordre nouveau qu'il déclare essentiellement spirituel »[637] Or c'est exactement la ligne suivie par Eric Voegelin[638] et Waldemar Gurian[639] à propos du communisme, qu'ils analysent l'un et l'autre comme une religion séculière, une théorie à l'égard de laquelle Hannah Arendt se montrera très critique[640]. Quoi qu'il en soit, indépendamment de cette question théologico-politique, le simple fait que les fascistes considèrent que l'État a un

---

capitoli, Laterza, 2010, cité par Fulco Lanchester (voir note *infra*)

634 Cité par Marcel Prélot dans *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 87

635 *Ibid*., p. 59

636 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 438

637 *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 227

638 VOEGELIN, Eric, *Die Politischen Religionen*, Vienne, Bermann-Fischer, 1938, cité par Hannah Arendt dans « Religion et politique », p. 144 (voir infra)

639 GURIAN, Waldemar, *Bolshevism*, Notre-Dame, 1952, p. 9 et *Le Bolchevisme. Introduction historique et doctrinale*, Paris, Beauchesne, 1933, cités par Hannah Arendt, *Ibid.*, p. 143

640 ARENDT, Hannah, « Religion et politique », in *La nature du totalitarisme*,, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990

contenu spirituel le rapproche du nazisme qui assigne aussi un contenu éthique et moral au Mouvement.

Ces trois fondements, sociologique, psychologique et mythique de l'État fasciste, tels qu'ils sont décrits et analysés par Marcel Prélot et Gerhard Leibholz, conduisent donc à remettre en question la théorie de la nature non totalitaire du fascisme défendue par Hannah Arendt.

Mais la dimension totalitaire du fascisme ne se réduit pas à ces trois fondements et le terme « totalitaire » est également utilisé à propos d'une autre caractéristique de l'État fasciste, celle d'inclure la sphère de l'économie dans la sphère étatique. L'économie est reconnue comme « la quatrième dimension » de l'État, au sens où « il se compose, non seulement des éléments traditionnels de territoire, de population et de gouvernement, mais en ce qu'il intègre en lui-même une économie »[641]. Cette insertion de l'économie dans l'État ne prend pas toutefois la forme d'une économie planifiée, comme dans l'Union soviétique. L'État fasciste ne participe pas directement à l'économie, il reste en dehors de la production et des échanges. Même si le risque d'une gestion directe n'est pas à exclure, l'État se contente en réalité de coordonner et d'harmoniser la vie économique dans l'intérêt de la Nation. Mais l'activité économique elle-même reste le fait des particuliers. Cette caractéristique est défendue par le VII^{e} article de la Charte du Travail, qui « affirme que l'initiative privée est « l'instrument le plus efficace et le plus utile de l'intérêt de la nation ». »[642] Si l'économie est politique, elle n'en demeure pas moins régie par les principes du capitalisme. C'est pourquoi Marcel Prélot considère que ce système « où la production naguère spontanée et anarchique est soumise à un régime d'autorité et de contrôle gouvernementaux, tout en

641 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 453
642 *Ibid.*, p. 454

conservant toutefois les « ressorts fondamentaux de l'initiative et de la propriété privées » doit être considéré comme un "capitalisme d'État"»[643].

Or ce maintien « des ressorts fondamentaux de l'initiative et de la propriété privées » dans une économie pourtant intégrée à la sphère étatique n'est pas sans rappeler l'État dual d'Ernst Fraenkel. De même que l'État normatif national-socialiste maintient, pour la sphère de l'économie, les principes légaux et rationnels dirigeant les échanges dans un système libéral, le fascisme maintient les principes libéraux de l'initiative et de la propriété privée pour sa propre économie, dont l'intégration dans l'État signifie seulement que les intérêts ne sont plus privés, mais collectifs. Et le nazisme, et le fascisme conservent donc, concernant l'économie, des restes de libéralisme. Seule l'Union soviétique est fondée sur un système économique entièrement opposé au libéralisme.

Concernant le parti national fasciste, il y a une volonté de symbiose entre le parti et l'État. L'autonomie du parti n'est qu'apparente. En réalité, le parti est l'État autant que l'État est le parti. Si cette symbiose de l'État et du parti est propre au fascisme, le parti fasciste en lui-même a néanmoins des traits communs avec le parti nazi. Notamment le fait que le parti fasciste « fait fonction de "*classe dirigente*"* et d'élite de la nation ordonnée et indépendante. »[644] L'entrée dans le parti est en effet sévèrement contrôlée et limitée (il n'excède pas un million de membres), comme c'est aussi le cas dans le parti nazi. De même, la milice et les organisations de la jeunesse sont sous contrôle. Enfin, pour Marcel Prélot, le parti fasciste a une fonction spirituelle centrale. Il est « une association spirituelle, une union d'âmes communiant dans une

643 *Ibid.*, p. 455

644 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste,* Tome II, Traduction 2 * « classe dirigente » = en italien dans le texte allemand de Leibholz

même foi, un même credo politique. Il forme une église ».[645] Autrement dit, le parti est l'organe privilégié de la dimension mystique de l'État.

La spécificité du fascisme par rapport au nazisme et au stalinisme semble donc être l'intégration de l'économie dans l'État fasciste. Cette intégration est réalisée grâce à la reconnaissance d'une nouvelle fonction de l'État, celle d'organisation, également appelée la fonction corporative ou « corporatrice » de l'État fasciste. « La corporation est une fonction naturelle de l'État, comme l'administration, la législation ou la juridiction »[646]. Cette fonction corporatrice consiste à « encadrer les masses de manière à réaliser dynamiquement et organiquement la fusion complète et parfaite des éléments » qui composent « l'unité totale de l'État »[647]. La Charte du Travail, nouvelle déclaration des droits reconnus par le fascisme, en précise les principes et l'organisation, que ce soit dans la vie sociale ou strictement économique. Le faisceau, qui signifie union, en est le symbole. Cette fonction corporatrice s'exerce par l'intermédiaire de nouveaux organes, différents des pouvoirs publics traditionnels, les organes corporatifs. Ces derniers sont constitués « du point de vue spirituel, par le parti fasciste et son Grand Conseil ; du point de vue économique et social, par les syndicats fascistes, les corporations et leur Conseil national. »[648]

Dans le secteur économique, cette fonction corporatrice consiste à reconnaître au syndicat le statut d'association de droit public, autrement dit à étatiser les syndicats en leur reconnaissant le statut de service public. Les syndicats professionnels sont investis de prérogatives de puissance publique comme le monopole de la réglementation des conditions de travail. Toute la vie économique et sociale est ainsi

645 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 458
646 *Ibid.*, p. 456
647 *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 207-208
648 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 457

intégrée dans des corporations, qui sont structurées hiérarchiquement, les corporations locales étant soumises à des confédérations nationales[649].

Cet État corporatif est sans conteste une spécificité de l'État fasciste, que l'on ne trouve pas chez ses homologues nazi et soviétique, du moins sous la forme d'une fonction étatique nouvelle et distincte. À ceci près que cette dimension corporatrice se traduit par un redécoupage complet du territoire national et par la création de nouvelles entités locales et régionales, une tendance que l'on retrouve également dans le nazisme et le stalinisme. Ce nouveau maillage administratif local s'explique par la volonté de briser l'autonomie des communes et des régions afin d'instaurer un centralisme autoritaire, le centralisme étant un autre trait commun des régimes totalitaires.

2.2. Le droit constitutionnel fasciste

Si l'on quitte la théorie générale de l'État fasciste, pour se placer sur le terrain du droit constitutionnel, la première chose qui frappe est le traitement du droit comme simple façade. De même que les nazis ne se soucièrent pas d'abroger la Constitution de Weimar, la Charte albertine resta officiellement en vigueur à partir de la Marche sur Rome. Tout comme « le Sénat n'a pas été remanié, les forces armées et la noblesse n'ont pas été abolies, la République n'a pas été proclamée. »[650] Selon Gerhard Leibholz, la Constitution albertine ne doit donc être considérée que comme une simple « une loi-cadre, qui donne simplement un fondement juridique à l'ensemble des ordres

649 Pour plus de détails concernant l'organisation des syndicats, voir *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 455-456, *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 232-250 et *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2

650 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2

les plus divers et opposés »[651]. Il est vrai que la Charte albertine, à la différence de la Constitution de Weimar, est une constitution souple, qui est susceptible d'intégrer de nombreuses modifications sans remettre en question son statut de loi fondamentale. Fulco Lanchester parle même à son propos de « Constitution élastique »[652]. Toutefois, les modifications introduites dans le statut albertin par le fascisme (comme la loi sur le Gouvernement du Roi, la Charte du travail, la loi sur le Grand Conseil du Fascisme, celle sur la charge du maréchalat de l'Empire, l'institutionnalisation du Parti national fasciste, la transformation de la Chambre des députés en Chambre des faisceaux et des corporations), sont tardives et ne datent pas de la prise de pouvoir, mais commencent seulement à partir des années 1925-1926, c'est-à-dire à partir des lois fascistissimes. Comme le souligne Marcel Prélot, l'intérêt du fascisme pour les questions juridiques est donc tardif et ne correspond qu'à la troisième phase de son développement (la première phase étant celle des débuts, antérieurs à la Marche sur Rome, la seconde celle de la prise de pouvoir et de l'institutionnalisation du régime à partir de 1922)[653]. Mais ce « fascisme juridique », pour reprendre l'expression de Marcel Prélot, doit lui-même être relativisé, puisqu'il s'agit surtout de légaliser après coup la révolution déjà accomplie, c'est-à-dire de revêtir d'un habit légal l'état de fait existant. Comme le dit Gerhard Leibholz, « l'action fasciste apparaît pour ainsi dire sous un habit formellement juridique, pour pouvoir ainsi montrer d'emblée à l'extérieur sa légalité. En ce sens formel, le régime fasciste se pare d'un cachet typiquement juridique, malgré son

651 *Ibid*.

652 LANCHESTER, Fulco, « L'ordre fasciste et sa position par rapport aux cas soviétique et nazi », conférence prononcée lors du colloque « Droit et totalitarisme » organisé par l'Institut Pierre Villey, Paris, 2012-2013. Nous remercions Fulco Lanchester de bien avoir voulu nous transmettre le texte de sa conférence qui, à notre connaissance, n'a pas encore été publiée.

653 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 450

principe actif. »[654] C'est pourquoi Marcel Prélot n'hésite pas à parler de « fiction juridique »[655]

C'est d'ailleurs le même souci de légitimer la révolution fasciste qui l'a conduite à s'abstenir « délibérément les premières années de son pouvoir de réviser le droit constitutionnel écrit »[656]. En laissant le statut albertin inchangé, le coup d'état apparaissait ainsi comme une action légale. En conclusion, l'action et les faits précèdent toujours les normes, et « le droit écrit se réduit presque exclusivement à la fonction de légaliser après coup une situation déjà réellement accomplie »[657]. Exactement comme dans le système nazi, où la loi ne vaut que pour le passé.

Ce n'est pas seulement le statut albertin, mais également les « organes étatiques du régime antérieur, se trouvant immédiatement au côté du Duce », qui n'ont plus « qu'une signification décorative. »[658] Cela vaut aussi bien pour la Couronne que pour

> « le Sénat et la Chambre des Députés [qui] ne sont plus associés de façon significative au processus de formation de la volonté politique. En gros, ils ne sont plus aujourd'hui que des machines d'enregistrement (…) qui approuvent l'État et les projets de loi que l'État leur soumet pour avis, qu'ils doivent convertir en décrets, mais qu'ils ne peuvent plus rejeter ni même amender dans leur principe en un sens critique ou négatif. »[659]

Le maintien de ces institutions s'explique par la volonté du fascisme de se donner l'apparence d'un régime démocratique, une apparence qui dissimule la réalité, à savoir que la souveraineté n'appartient plus au peuple, mais seulement à l'État et au Duce. La théorie du droit comme appareil décoratif, qui est très présente dans le modèle

654 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2
655 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 450
656 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2
657 *Ibid.*
658 *Ibid.*
659 *Ibid.*

arendtien du totalitarisme, a donc d'abord été pratiquée par le fascisme, qui peut être considéré comme l'initiateur de cette pratique, qui fera ensuite recette chez les nazis et les soviétiques.

Le pouvoir simplement décoratif du Parlement s'explique également par un autre point commun entre le fascisme et les régimes totalitaires, à savoir le primat du pouvoir exécutif. Si le Sénat et la Chambre des Députés ne sont plus que des chambres d'enregistrement, dépourvues du pouvoir d'initiative de la loi, ainsi que du pouvoir de question et d'interpellation[660], c'est parce que « le fascisme attribue à l'exécutif une part importante de la fonction législative »[661]. Techniquement, ce primat du pouvoir exécutif est rendue possible grâce à la modification de la procédure électorale, à la simplification de la procédure législative et par le fait que « l'exécutif est dorénavant juridiquement autorisé à se substituer dans certaines circonstances exceptionnelles aux instances législatives normalement compétentes. »[662] Or l'urgence et les circonstances exceptionnelles sont en réalité quotidiennes et ordinaires, ce qui fait que les décrets gouvernementaux remplacent la procédure législative ordinaire. L'activité parlementaire se réduit donc pour l'essentiel à la ratification des décrets lois gouvernementaux, une ratification qui est même rétroactive par rapport à leur promulgation[663] !

Concernant la réforme du droit du système électoral (issue de la loi électorale du 18 novembre 1923, qui repose sur le principe que le parti le plus fort, qui recueille 25 % de l'ensemble des voix, occupe les 2/3 des sièges au parlement, et de la loi du 17 mai 1928, qui repose sur le principe que les candidats sont d'abord choisis par les syndicats et les établissements légalement reconnus, puis désignés et fusionnés dans une liste unique par le Grand Conseil du fascisme et enfin approuvés par le corps

660 *Ibid.*
661 *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 170
662 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2
663 *Ibid.*

électoral), c'est le gouvernement qui a l'initiative et qui choisit les candidats. Le vote populaire n'est donc plus qu'un plébiscite, et non l'expression de la souveraineté nationale. Le peuple approuve le choix de l'exécutif, au lieu de choisir ses représentants. En conséquence, la Chambre n'est plus à même d'offrir un caractère représentatif et le fascisme dissimule son autoritarisme gouvernemental sous le manteau d'un vote qui n'est qu'en apparence démocratique : « Le vote populaire qui clôt le cycle de ces opérations pseudo-électorales est une simple "confirmation" ou "consécration", dont la valeur est surtout symbolique puisqu'il est bien entendu que le suffrage n'établit entre l'électeur et l'élu aucun lien d'aucune sorte. »[664]

Il est à noter que cette transformation de l'élection en plébiscite de l'action gouvernementale n'est pas une spécificité du fascisme. Elle a également été pratiquée par la suite par le nazisme et par Staline. Enfin, comme le pouvoir exécutif dirige également la vie locale des communes et des régions, Marcel Prélot, comme Gerhard Leibholz, n'hésitent pas à conclure que « le pouvoir exécutif est le pouvoir omniprésent et opérant dans la vie nationale »[665].

Pour finir, l'autre point commun, celui-ci bien connu, entre le fascisme, le nazisme et le stalinisme, est le principe du chef. « En matière politique, militaire, administrative, économique et morale, toute l'autorité vient ainsi se concentrer entre les mains d'un seul homme ; aucune parcelle du pouvoir ne lui échappe »[666] Le pouvoir exécutif dépend hiérarchiquement du pouvoir Duce, « qui est au commencement comme à la fin de tout »[667]. C'est pourquoi Marcel Prélot parle du fascisme comme d'une monocratie, dont il synthétise le principe dans une formule éclairante : « La Société est identifiée à la Nation, la Nation à l'État, l'État au gouvernement, le Gouvernement à son

664 *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 154-155
665 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 447
666 *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 183
667 *Ibid.*, p. 449

chef »[668] Il est connu que Hitler s'est inspiré des mises en scène publiques de Mussolini, qui est incontestablement le créateur du principe du chef. Certes, ce principe du chef n'est pas aussi développé théoriquement que dans le nazisme. On ne trouve pas de longs développements, comme chez Carl Schmitt, sur le principe de guidance. Néanmoins, le Duce ne peut être considéré comme un simple dictateur. Sa volonté n'est pas une volonté personnelle, mais, comme dans le nazisme, une incarnation de la volonté de la Nation et de l'État. Mussolini a en charge les intérêts de la nation italienne, et non ses désirs propres. Tout comme Hitler réalise la loi du mouvement, « Mussolini voit dans le peuple la matière nécessaire à son œuvre, comme l'argile ou le marbre à l'artiste »[669], une œuvre qui consiste à remodeler la nation italienne pour créer une humanité nouvelle. Cette analogie entre le chef et l'artiste, qui fait de son peuple la matière pour une création supérieure, est d'ailleurs elle aussi l'une des caractéristiques des régimes totalitaires[670], à la différence des dictatures qui considèrent au contraire le peuple

668 *La théorie de l'État dans le droit fasciste*, op. cit. p. 449

669 *L'Empire fasciste*, op. cit. p. 203

670 De même, Olivier Jouanjan cite le passage suivant d'une lettre de Goebbels à Furtwängler d'avril 1933 : « La politique est, elle aussi, un art, et peut-être même l'art le plus élevé et le plus large qui existe, et nous qui donnons forme à la politique allemande à la politique allemande moderne, nous nous sentons comme des artistes auxquels a été confiée la haute responsabilité de former, à partir de la masse du peuple, l'image solide et pleine du peuple. La mission de l'art et de l'artiste n'est pas seulement d'unir, elle va bien plus loin. Il est de leur devoir de créer, de donner forme, d'éliminer ce qui est malade et d'ouvrir la voie à ce qui est sain. […] L'art ne doit pas être seulement de qualité, il doit surgir du peuple ou, plus exactement, seul un art qui puise dans le Volskstum tout entier peut être de qualité en fin de compte et signifier quelque chose pour le peuple auquel il est destiné. »(« Remarques sur les doctrines nationales-socialistes de l'État », op. cit. p. 118).
Cette citation est empruntée à Philippe Lacoue-Labarthe, *La fiction du politique*, Bourgeois, Paris, 1987, p. 93 et s. Philippe Lacoue-Labarthe a en effet consacré une grande partie de ses travaux aux liens entre politique et esthétique. Il a notamment montré le lien entre la lettre précédemment citée de Goebbels à Furtwängler et l'épilogue de *L'Œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique* de Walter Benjamin, texte dirigé contre le fascisme, et qui s'achève par ses termes : « La conséquence logique du fascisme est une esthétisation de la vie politique. (…) Tous les efforts pour esthétiser la politique culminent en un seul point. Ce point est la guerre.(…) *Fiat ars, pereat mundus*, tel est le mot d'ordre du fascisme, qui, de l'aveu même de Marinetti, attend de la guerre la satisfaction artistique d'une perception sensible modifiée par la technique. L'art pour l'art semble trouver là son accomplissement. Aux temps d'Homère, l'humanité s'offrait en spectacle aux dieux de l'Olympe ; c'est à elle-même, aujourd'hui, qu'elle s'offre en spectacle. Elle s'est suffisamment aliénée à elle-même pour être capable de vivre sa propre destruction comme une jouissance esthétique de tout premier ordre. Voilà l'esthétisation de la politique que pratique le fascisme. Le communisme y répond par la politisation de l'art. » (*L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, trad. Maurice de Gandillac, Éditions Allia, Paris, 2003, p. 75 – 78) .

comme un obstacle, une opposition réelle ou virtuelle à la réalisation des simples désirs personnels du dictateur.

L'analyse juridique du fascisme, qu'elle se situe au niveau de la théorie de l'État ou du droit constitutionnel, révèle donc plus de points communs que de différences entre le fascisme et les régimes nazi et soviétique. Certes, le fascisme possède des caractéristiques propres, comme celle de l'État corporatif, de la fusion du parti et de l'État et, surtout, l'absence d'une extermination de masse. Néanmoins, au regard du droit, ces spécifiés s'effacent et conduisent plutôt à considérer le fascisme comme le premier régime ayant expérimenté une forme totalitaire de gouvernement. C'est pourquoi il est regrettable qu'Hannah Arendt, au lieu de parler du fascisme

---

Naturellement, la question des rapports entre politique et esthétique hante également les pages d'Hannah Arendt, les plus célèbres étant celles qu'elle consacre au commentaire de *La Critique de la faculté de juger* de Kant, où elle démontre que la philosophie politique du Chinois de Königsberg se trouve dans la première partie de la *Critique de la faculté de juger*, consacrée au jugement esthétique. Sur Arendt et la faculté de juger kantienne, voir les travaux de Myriam Revault d'Allonnes (*Juger – Sur la philosophie politique de Kant*, Seuil, Paris, 1991 – *Post-scriptum au tome I de la Vie de l'esprit (La pensée) – Conférences sur la philosophie politique de Kant – L'imagination).*

Quant à l'origine théorique de *L'Œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique* de Benjamin, l'une d'elle se trouve, à notre avis, dans l'*Introduction à la critique de l'économie politique* de 1857, quand Marx écrit que l'art, et en particulier le goût esthétique, est la seule et unique exception à la loi de l'Histoire (appelée par Marx le « développement général de la société ») : « Pour l' art, on sait que des époques déterminées de floraison artistique *ne sont nullement en rapport* avec *le développement général de la société*, ni par conséquent avec celui de sa base matérielle, qui est pour ainsi dire l'ossature de son organisation… Prenons par exemple le rapport de l'art grec, puis de Shakespeare, avec le temps présent.… Que représente encore Vulcain auprès de Roberts and Co, Jupiter auprès du paratonnerre et Hermès auprès du Crédit immobilier ?… D'autre part : Achille est-il compatible avec la poudre et le plomb ? Ou même l'*Iliade* avec la presse, ou mieux encore la machine à imprimer ? Est-ce que le chant et la récitation, est-ce que la Muse, ne disparaissent pas nécessairement devant la presse à bras, est-ce que ne s'évanouissent donc pas des conditions nécessaires à la poésie épique ? Mais la difficulté n'est pas de comprendre que l'art grec et l'épopée sont liés à certaines formes sociales de développement. *La difficulté réside dans le fait qu'ils nous procurent encore une jouissance esthétique et qu'ils gardent pour nous, à certains égards, la valeur de normes et de modèles inaccessibles* » (*Contribution à la critique de l'économie politique*, trad. M. Husson et G. Badia, Éditions sociales, Paris, 1977, pp. 174 à 176 – c'est nous qui soulignons).

Quand Marx confère à l'art une immortalité « avérée » de 2627 années (« avérée » si l'on choisit, parmi les exemples de Marx, l'*Iliade,* et – 750 av JC comme date de composition de l'*Iliade*. Si l'on remplace la date de composition par la date d'écriture, sans parler de la date publication – techniquement impossible avant la presse à bras…- le nombre total d'années bien entendu varie), quand l'art est capable de produire une émotion plus de deux millénaires après sa création, l'on comprend mieux pourquoi Benjamin s'interroge sur l'« esthétisation de la politique » et la « politisation de l'art » pratiquée par le fascisme et l'Union soviétique. L'immortalité dont l'art est capable apparaît en effet comme supérieure à celle que l'histoire procure aux hommes politiques. Dans l'histoire des idées esthétiques, cette opération esthético-politique s'est traduite dans le national-socialisme par la célèbre « théorie des ruines » d'Albert Speer, qui concevait ses bâtiments en fonction des ruines qui resteraient à la fin du Reich millénaire.

comme d'un régime « semi-totalitaire », n'ait pas plutôt approfondi l'expression d' « État total négatif ». Comme nous l'avons vu, l'État total négatif se caractérise en effet par la fusion de l'État et du parti. Le parti s'empare de l'appareil de l'État, sans toutefois remettre en cause sa souveraineté. Concrètement, « le gouvernement et l'armée exercent le même pouvoir que précédemment et la "révolution" consiste uniquement en ce que les postes gouvernementaux sont dorénavant occupés par des membres du parti »[671]. La différence entre cet État total négatif et un État total positif est que dans le premier « le pouvoir du parti repose sur un monopole garanti par l'État et le parti ne possède plus son propre centre de pouvoir. »[672] Ce qui correspond au fascisme. Alors que l'État total positif s'empare de la machine étatique sans s'amalgamer avec l'appareil d'État. C'est à l'intérieur du Mouvement que les décisions sont prises. L'État n'est plus qu'une façade. Le centre du pouvoir se trouve ailleurs. Ce qui correspond au nazisme.

3 - La philosophie actualiste

Pour conclure notre analyse du fascisme, nous souhaiterions examiner plus en détails la philosophie actualiste de Gentile. Et Marcel Prélot (notamment à propos du fondement mystique de l'État fasciste), et Gerhard Leibholz[673], soulignent en effet l'influence décisive que cette philosophie a exercé sur le fascisme, à tel point qu'il semble impossible de comprendre la spécificité de l'État fasciste sans connaître l'actualisme gentiléen. Giovanni Gentile est en effet l'un des rédacteurs, avec Mussolini, de *La doctrine du fascisme* de 1932 et l'un des premiers à avoir employé

671 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 758
672 *Ibid.*, p. 758
673 *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, Tome II, Traduction 2

l'expression d'État total. Enfin, si l'œuvre de Hannah Arendt est considérée comme étant à la croisée de la philosophie et de la science politique, et si par ailleurs l'expression de « philosophie de droit » a un sens, alors un détour par la philosophie s'impose et apportera certainement un éclairage nouveau et fécond.

Hannah Arendt ne s'est jamais intéressée à Giovanni Gentile, auquel elle ne fait référence qu'en passant. Il s'agit d'une référence érudite, et indirecte, tirée de sa lecture de l'article « Fascism » de l'*Encyclopedia of Social Sciences*[674]. Pourtant, si elle avait lu et étudié le grand théoricien du fascisme, comme elle l'a fait avec Carl Schmitt, elle aurait alors découvert que sa philosophie actualiste contient déjà, à titre de théories et de principes fondamentaux, nombres de caractéristiques du totalitarisme.

Celui qui sera nommé « le philosophe du fascisme », Giovanni Gentile, est connu pour avoir développé la théorie la plus achevée du nouvel « État totalitaire » fasciste. Né en 1875, formé à la philosophie allemande de Hegel et Marx et à celle de Spaventa et Labriola, Gentile commence par être un philosophe marxiste, disciple et ami de Benedetto Croce. On lui doit notamment la première traduction italienne des *Thèses sur Feuerbach* de Marx, publiée en Italie en 1899. Ce choix des *Thèses sur Feuerbach* n'est pas anodin. Il s'agit en effet du premier texte, après *Les manuscrits de 1844*, où Marx rompt avec la dialectique hégélienne pour fonder sa propre théorie. C'est le texte initiateur du « marxisme », dont la onzième et dernière thèse, devenue célèbre, est : « les philosophes n'ont fait qu'interpréter diversement le monde, ce qui importe,

674 Voir *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 636 : « Le premier à considérer programmes et plates-formes comme d'inutiles chiffons de papier et comme des promesses gênantes contradictoires avec le style et l'élan d'un mouvement, fut Mussolini avec sa philosophie fasciste de l'activisme et de l'inspiration puisée au moment historique lui-même. » Cette phrase est complétée par une note : « Mussolini fut probablement le premier leader de parti à rejeter sciemment un programme précis et à le remplacer par les seuls principes issus de l'inspiration et de l'action du chef. Derrière ce choix, il y avait l'idée que l'immédiateté du moment, élément principal de l'inspiration, ne pourrait qu'être entravé par un programme de parti. Mieux que les « mythes » de Sorel, c'est l' « actualisme » de Gentile qui a exprimé la philosophie du fascisme italien. Cf. aussi l'article *"Fascism", Encyclopedia of Social Sciences.* » (c'est nous qui soulignons)

c'est de le transformer. »[675] Une transformation à laquelle Gentile va contribuer en tant en devenant l'un des acteurs du fascisme.

En 1922, il accepte l'invitation de Mussolini à entrer dans son gouvernement en tant que ministre de l'instruction publique. Il s'inscrit quelques mois plus tard au parti fasciste. Sa fidélité et son amitié pour Mussolini se poursuivront jusqu'à la République de Salo. En 1925, il rédige le *Manifeste des intellectuels fascistes*. De 1928 à 1941, il assume d'importantes charges universitaires et académiques : président de l'Institut National Fasciste de la Culture, directeur de l'Institut de l'encyclopédie italienne et éditeur de l'Encyclopédie italienne des sciences, lettres et arts, connue sous le nom d'*Encyclopédie Treccani* et directeur de l'École Normale Supérieure de Pise. En 1932, il rédige la première partie de *La Doctrine du fascisme* de Mussolini. En 1938, il est le premier signataire du « Manifeste de la Race », texte ouvertement antisémite. Le 24 juin 1943, il tient au *Cambidoglio* le célèbre *Discours aux Italiens*, qui exhorte la nation à rester unie sous la conduite du Duce et qui mènera à la fondation de la République Sociale italienne, dite de Salo. Il est assassiné le 15 avril 1944 par des partisans des Groupes d'action patriotique[676].

L'œuvre de Gentile est abondante (plus de 55 volumes publiés en Italie à ce jour) et s'étend des premiers textes sur Marx (*Une critique du matérialisme historique*, paru en 1897) à *Genèse et Structure de la société,* publié en 1946, deux ans après l'assassinat de l'auteur. Malgré cette longévité et l'abondance des textes, la philosophie de Gentile semble néanmoins être caractérisée par une remarquable continuité. Du début à la fin, la philosophie de Gentile est restée centrée sur l'actualisme, qui structure sa réflexion spéculative et politique, y compris doctrinale. Selon Francesca Rizzo, c'est en

675 Marx, Engels, *Thèses sur Feuerbach*, trad. J. Milhau, in *L'idéologie allemande*, Éditions sociales, Paris, 1974, p. 27.

676 Pour plus d'informations sur la carrière de Giovanni Gentile, voir notamment Sergio Romano, « Giovanni Gentile, philosophe du fascisme », *Vingtième siècle*, 1989, numéro 21, p.73 et l'ouvrage de Nadia Allegri Sidi-Maamar, *Entre philosophie et politique : Giovanni Gentile* (cf. infra)

1913 que Gentile expose pour la première fois explicitement le fondement actualiste de sa philosophie. Mais « le fait est que l'actualisme (…) ne subit pas de changements et ne connut pas de bouleversements une fois qu'il fut né (…) »[677] André Tosel considère quant à lui que même avant 1913, les principales lignes de l'actualisme sont déjà présentes, même si ce n'est pas de façon explicite. Ainsi, « le texte de 1897 [*Une critique du matérialisme historique*], qui se veut « critique », mène une polémique spéculative anti-matérialiste sur laquelle le tout jeune penseur ne reviendra plus », l'actualisme se définissant par le fait que « Gentile exploitait (…) une unique thèse – celle-là même qu'exposait déjà, au moins *in nuce*, son premier texte [*La philosophie de Marx*] : l'identification de la praxis et de l'acte spirituel. »[678].

La réception française de l'œuvre de Gentile est dérisoire par rapport à son ampleur. De ces 55 volumes, seuls 4 ouvrages sont actuellement disponibles en français : *L'Esprit, la vérité et l'histoire*, *La philosophie de Marx*, *La renaissance de l'Idéalisme* et *L'Esprit, acte pur*[679].

Ces traductions doivent cependant être distinguées, car elles correspondent à des périodes et à des intérêts distincts. *L'Esprit, la vérité et l'histoire*, publié en 1962, est un recueil de textes choisis, qui vise à présenter pour la première fois aux lecteurs français la philosophie actualiste. En 1995, plus de trente ans, Gérard Granel traduit et publié *La philosophie de Marx* (il s'agit du dernier ouvrage publié par Gérard Granel de son vivant), et qui contient deux essais rassemblés et publiés en 1899 par Gentile, *Une critique du matérialisme historiqu*e et *La philosophie de la praxis*, s'intéresse au premier Gentile, alors qu'il n'est pas encore fasciste, mais marxiste. L'intérêt pour les

677 RIZZO, Francesca, « Les discours inauguraux de Gentile (1903-1918) », in *La Renaissance de l'idéalisme*, trad. E. Buissière, Hermann, Paris, 2012, p. 43

678 TOSEL, André, *Marx en Italiques*, TER., Mauvezin, 1991, p. 70 et 98

679 *L'esprit, la vérité et l'histoire*, textes choisis, trad. J. Moreau, Aubier-Montaigne, Paris, 1962 ; *La philosophie de Marx*, trad. G. Granel et A. Tosel, T.E. R. Mauvezin, 1995 ; *La renaissance de l'Idéalisme*, trad. E. Buissière, Hermann, Paris, 2012 ; *L'esprit, acte pur*, trad. A. Lion, Hermann, Paris, 2012

premiers textes, marxistes, de la philosophie de Gentile, ne signifie pas que l'engagement fasciste de Gentile soit ignoré. Bien au contraire. Gérard Granel connaît l'œuvre et les positions d'Hannah Arendt, notamment l'équivalence qu'elle établit entre le régime soviétique d'origine marxiste et l'Allemagne nazi. Comme le prouve sa traduction du *Discours de rectorat* de Heidegger, il connaît également la théorie du Führer protecteur du droit, une théorie initialement créée par Carl Schmitt, reprise ensuite par l'École allemande du renouveau du Droit », celle à laquelle nous pensons quand nous parlons de la « doctrine juridique nazie ». Il n'est donc pas surprenant que pour juger du degré d'engagement et de responsabilité de Giovanni Gentile, pour savoir ce que signifie, ce qu'est une philosophie fasciste, Gérard Granel commence par les premiers textes, les débuts marxistes de cette philosophie d'un genre nouveau, qui se désignera quelques années plus tard du nom particulier d'Actualisme.

Quarante années de silence éditorial total séparent donc la première traduction française de Gentile des deux dernières. En 2012, les éditions L'Harmattan publient simultanément *La renaissance de l'Idéalisme*, un recueil de leçons inaugurales, prononcées par le philosophe entre 1903 et 1918, et *L'Esprit, acte pur,* un ouvrage publié en 1925, du vivant et sous l'autorité de l'auteur.

Cette troisième et dernière vague, très récente, de traduction française du philosophe italien est plus problématique que les deux premières. L'engagement de Gentile pour le fascisme en général, et son amitié personnelle pour Mussolini, n'y sont en effet jamais mentionnés. Giovanni Gentile est présenté simplement comme un philosophe idéaliste, dont l'originalité de la pensée mérite qu'elle soit redécouverte. Ce qui a fait naître une polémique et, en février 2013, suscité une pétition contre la présentation de ces deux traductions au Centre culturel italien de Paris.

À ces quatre traductions françaises principales, il convient d'ajouter la première partie de *La doctrine du fascisme*[680], intitulée « Idées fondamentales ». Si Mussolini est l'auteur officiel *La doctrine du fascisme,* on sait que Giovanni Gentile est l'auteur officieux et réel de la première partie, la plus théorique, chargée d'exposer les principes fondamentaux du fascisme italien.

Ces pages de Gentile, ainsi que la seconde partie de *La doctrine du fascisme*, consacrée à la doctrine politique et sociale, qui est la seule partie écrite directement et réellement par Mussolini, est accessible aujourd'hui sur papier et en ligne. Si l'on considère ces pages comme un ouvrage à part entière, il n'en demeure pas moins que la grande majorité de l'œuvre de Giovanni Gentile, 50 volumes sur 55 si les comptes sont exacts, reste inaccessible à ce jour aux lecteurs francophones, y compris *Structure et Genèse de la société,* dont Jean-Toussaint Dessanti souligne pourtant l'importance et qu'il estime prioritaire.

Les analyses et les commentaires francophones de l'œuvre gentiléenne sont tout aussi peu nombreux. Outre les excellents articles d'André Tosel, Jean-Toussaint Dessanti et Sergio Romano, une thèse de Nadia Allegri Sidi-Maamar a été publiée récemment[681]. Elle est toutefois difficilement utilisable, en raison d'une confusion constante entre les concepts de régimes autoritaires, fascisme, dictature, totalitarisme, tous utilisés par l'auteure comme des synonymes, quand Arendt ne cesse d'insister sur

680 MUSSOLINI, Benito, *Le fascisme, Doctrine, Institutions*, Denoël et Steele, Paris, 1932

681 TOSEL, André, *Marx en Italiques*, TER., Mauvezin, 1991, TOSEL, André, « Le Marx actualiste de Gentile et son destin », in *La philosophie de Marx*, trad. Gérard Granel et A. Tosel, TER, Mauvezin, 1995 ; DESANTI, Jean Toussaint, « Gentile et les origines philosophiques du fascisme », in Éléments *pour une analyse du fascisme*, séminaire de Maria-A. Macciocchi, Paris VIII – Vincennes 1974/1975, Union générale d'édition, Paris, 1976 ; ROMANO, Sergio, « Giovanni Gentile, philosophe du fascisme », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, numéro 21, janvier-mars 1989 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/xxs_0294-1759_1989_num_21_1_2089) ; ALLEGRI SIDI-MAAMAR, Nadia, *Entre philosophie et politique, Giovanni Gentile : un philosophe engagé sous le fascisme*, L'Harmattan, Paris, 2001

la nécessité vitale de les distinguer pour les séparer. Toute discussion est impossible, même si des paragraphes nouveaux sont pour la première fois traduits.

À notre grand regret, notre présentation de la philosophie actualiste de Gentile ne pourra s'appuyer que sur ce corpus de langue française.

Pour la présentation des résultats de cette lecture, nous commencerons par les grandes lignes métaphysiques de l'actualisme (3.1.), suivies de la théorie politique actualiste (3.2.), en particulier sa conception du droit (3.3.).

3.1. Les fondements métaphysiques de l'actualisme

Selon Jean-Toussaint Desanti, dans son commentaire du dernier texte de Gentile, *Genèse et Structure de la société*, la philosophie actualiste de Gentile a pour noyau « la dialectique de l'Ego comme acte »[682]. L'acte au centre de cette philosophie est une médaille à deux faces, qui contient à la fois l'idée d'identité (« synthèse originaire, identité d'opposés (sujet-objet) »[683]) et celle de processus, de mouvement (« aliénation du sujet dans l'objet qui est autre que lui, et de là retour du sujet à soi-même »[684]). Dans La philosophie de la praxis, l'un des premiers textes de Gentile, cette dualité de l'acte, à la fois unité et procès, s'articule ainsi :

> « L'objet est un produit du sujet ; et puisqu'il n'y a pas de sujet sans objet, il faut ajouter qu'au fur et à mesure qu'il fait ou construit l'objet, le sujet se fait et se construit lui-même ; les moments de la formation progressive du sujet correspondent aux divers moments de la formation progressive de l'objet. (…) La connaissance, en somme, est un développement continu ; et puisqu'elle n'est essentiellement que le rapport de deux termes corrélatifs, elle équivaut à un développement progressif parallèle des deux termes. Toutefois la racine, la cause

682 « Gentile et les origines philosophiques du fascisme », op. cit. p.122
683 *Ibid*. p.122
684 *Ibid*. p.122

> permanente de ce développement réside dans l'activité, dans le faire du sujet, qui se forme lui-même tout en formant l'objet ; crescit et concrescit ; ἐπίδοσίς ἑφ ἁύτω (Aristote) »[685.]

En tant que mouvement vers l'unité, l'acte a un caractère infini (« développement continu »). Cette infinité est fondée sur le caractère immanent du processus. L'immanent est le « flux permanent d'un processus qui n'a d'autre fin que le renvoi à son avenir »[686], avenir qui à son tour ne peut être anticipé. Car la prédiction s'appuie sur des faits particuliers, conçus comme les éléments génétiques de la forme à venir. Or un tel contenu particulier, donné, s'oppose par principe au processus de l'immanent. Pris en lui-même, dans son immanence, l'acte n'a pas de forme déterminée, il est un procès pour le procès, un acte pur ou absolu (que Gentile nomme également volonté). Comme l'écrit Gentile : « l'immanent transcende les relations de temps ; et cela même qui s'affirme de lui, on ne peut dire précisément qu'on le prévoit : la précision en effet suppose la succession, qui, comme telle, est la négation de l'immanent »[687].

La succession, catégorie de l'espace du temps, est le propre des faits concrets. Or « Tous les faits singuliers et concrets, les relations temporelles et spatiales, ainsi que tous les accidents de ces faits, ne rentrent pas dans la sphère de la science »[688]. Il apparaît donc que l'immanence s'actualise comme transcendance des faits. Ce qui revient à dire que l'actualisme se fonde sur un détachement absolu à l'égard des faits en tant précisément qu'il est processus en développement constant.

Ce mépris pour les faits, pour reprendre l'expression d'Arendt, se retrouve dans *La doctrine du fascisme,* où Gentile déclare : « Pour le fasciste, le monde n'est pas

685 *La philosophie de la praxis*, in *La philosophie de Marx*, op. cit. p.77
686 *Ibid.*, p.69
687 *Une critique du matérialisme historique*, in *La philosophie de Marx*, op. cit. p. 42
688 *Ibid.*, p. 41

ce monde matériel qui apparaît à la surface (…) [il] instaure dans le devoir une vie supérieure libérée des limites du temps et de l'espace. »[689] Ce principe est même affirmé dès le premier paragraphe :

> « Comme toute saine conception politique, le fascisme est à la fois pratique et pensée. C'est une action animée par une doctrine. Cette doctrine est née d'un système donné de forces historiques, elle y reste intimement liée et lui imprime son impulsion intérieure. Il a donc une forme correspondant aux contingences de lieu et de temps, mais il a en même temps un contenu idéal qui l'élève au rang de vérité supérieure dans l'histoire de la pensée. On ne saurait agir spirituellement sur le monde, comme volonté dominant d'autres volontés, sans une conception de la réalité passagère et particulière sur laquelle il faut agir, et de cette autre réalité permanente et universelle à laquelle la première emprunte son être et sa vie. Pour connaître les hommes, il faut connaître l'homme ; et pour connaître l'homme, il faut connaître la réalité et ses lois. Il n'y a pas de conception de l'État qui ne soit pas foncièrement une conception de la vie. C'est une philosophie ou une intuition, un système d'idées qui se traduit dans une construction logique ou qui se résume dans une vision ou dans une foi, mais c'est toujours, au moins virtuellement, une conception organique du monde. »[690]

La réalité particulière est donc non seulement transitoire, mais elle a également sa vérité dans une autre réalité, essentielle, qui lui est immanente et qui est son principe d'action. Ce renversement des faits vers l'idée est illustré par l'approche de l'homme. Là où d'autres diraient que pour connaître l'homme, il faut connaître les hommes, Gentile soutient au contraire que pour connaître les hommes, il faut d'abord connaître l'homme, c'est-à-dire son idée. Seule l'idée se réalise en se développant indéfiniment à travers les objets empiriques, qui ne sont qu'un moment de sa vérité. Ce qui revient à dire que le processus, ou le mouvement pour reprendre le terme de Carl Schmitt ou de Hannah Arendt, est au fondement de l'idéalisme de Gentile.

689 *La doctrine du fascisme*, op. cit. p. 13-14
690 *Ibid.* p. 11 et 12.

Notons au passage que cet aspect de l'actualisme, joint à la subjectivité constituante de l'ensemble du processus, conduisent Jean Toussaint Desanti et André Tosel à considérer que Gentile, en dépit de ses déclarations rattachant l'actualisme à Hegel, est en réalité plus fichtéen que hégélien :

> « le véritable sens de la réalité est l'immanence absolue. Comme on voit, cette réforme de la dialectique est davantage un retour à Fichte qu'un retour à Hegel. De même que Fichte fait de la praxis l'acte d'auto-position du Moi, ignorant la raison objectivée et ses contradictions, de même Gentile refuse toute objectivité indépendante du sujet. »[691]

En parallèle, cet acte est un acte d'un sujet qui, lui, « se forme tout en formant l'objet ». C'est le second moment de la dialectique actualiste, celui de l'unité. Le sujet ne peut se concevoir sans un objet, qui est sa réalisation concrète en tant que sujet. Mais l'objet n'a pas non plus de réalité indépendante du sujet : « Sujet et objet sont deux termes corrélatifs qui s'impliquent l'un l'autre (…) Leur réalité effective se constitue au sein de l'organisme où ils trouvent leur accomplissement nécessaire, et hors duquel ils ne sont qu'abstraction. »[692]

Cette unité est en réalité une identité. Elle est fondamentalement une extension du sujet. Initialement, c'est le sujet qui produit l'objet. Mais pour finir, l'objet retourne au sujet en devenant subjectif. Le sujet est l'élément actif de l'unité réalisée. L'unité est l'identité agrandie d'un sujet actif, son auto-réalisation. En construisant l'objet, le sujet devient concret. Et il le devient grâce à la construction de l'objet, par laquelle il s'accroît (le fameux « *crescit et concrescit* » – être concret, c'est croître). D'où la caractérisation de cette unité comme organisme. Le concept d'organisme

691 *Marx en Italiques*, op. cit ; p. 98 ; De même, Jean Toussaint Dessanti écrit : « Voilà un homme qui veut (après tout, c'est son affaire) recommencer aujourd'hui l'aventure philosophie de Fichte (un Fichte hégélianisé) », (op. cit. p. 122)

692 *La philosophie de la praxis*, op. cit, p.76

permet non seulement de penser l'unité comme identité, mais aussi d'attribuer à l'unité l'immanence d'un processus vital.

Des deux faces de l'unité et du mouvement, ou de l'identité et du processus, qui caractérisent l'acte, c'est le processus, virtuellement infini, qui en est l'*ultima ratio*. La raison tient à l'immanence de l'ensemble de cette dialectique idéaliste, qui seule permet d'accéder à une réalité essentielle sans se perdre dans la réalité contingente, tout en travaillant sur elle et en elle. L'unité, où l'objet fait retour vers l'objet en devenant un nouvel agrandissement du sujet, est la source d'une nouvelle construction de l'objet, et ce, *ad infinitum*. À ce titre, la philosophie actualiste de Gentile s'inscrit, comme le montre Gérard Granel, dans le moment spéculatif propre aux expériences totalitaires qui ont sévi en Europe dans les années 30, dont le noyau est, selon lui, « une puissance qui se change en pouvoir pur et pour laquelle miroite l'imaginaire de la totalisation (…) car il est de l'essence de l'infinité qu'une telle application[693] soit indéfiniment possible ».[694] La totalisation (ou unité) est l'idéal vers lequel l'action tend. Mais comme sans tension, l'action meurt, sa vérité est son processus infini.

3.2. De la dialectique de l'Ego comme acte à l'État total

À partir du noyau de la dialectique de l'Ego comme acte, Gentile opère une série de trois déplacements qui conduisent de l'Ego à l'individu, de l'individu à la société et de la société à l'État. La double facette de l'identité et du mouvement, qui caractérise l'actualisme, se répète à chacun de ces déplacements. Ainsi, « de même que

693 À savoir la totalisation dans une unité absolue

694 *Les années 30 sont devant nous*, p. 80 (Il est à noter que Gérard Granel est le premier à avoir traduit Gentile en français).

l'Ego est unité du sujet et de l'objet, l'individu est unité de soi et de l'autre[695] » et l'État « l'unité du vouloir individuel et du vouloir collectif »[696]. Ces différentes unités ne sont pas toutefois le produit d'un dépassement (*aufhebung*) qui ferait par exemple de l'État la forme supérieure de la société. Le mouvement (aliénation et retour à soi) est là aussi immanent. L'individu est immanent à l'Ego, la société est immanente à l'individu et l'État est immanent à la société. Il est très intéressant de noter que, comme Arendt (où sous son influence ?) Jean Toussaint Dessanti utilise l'image des cercles concentriques pour expliquer cette construction : l'Ego porte en lui l'individu, qui porte en lui la société, qui porte en elle l'État. Chacune de ces formes (individu, société, État) tend vers l'autre comme son vouloir propre, c'est-à-dire comme son auto-réalisation. Comme le résume Jean Toussaint Desanti : « La société n'est pas faite d'individus souverains. Elle est d'une manière essentielle en chacun, et chacun n'est soi-même qu'en tant qu'il est la présence de tous en lui (…) La communauté est immanente à l'individu et constitue sa loi »[697.]

Exprimé de façon concrète par Gentile, cela donne : « Ainsi l'italien qui se veut tel, parlera pour les Italiens, l'homme pour les hommes, le père pour les pères, le fil pour les fils, le combattant pour les combattants, etc. et chacun pour tous »[698] Si l'on s'arrête sur la forme « État », il en découle que l'État contient les deux principes de l'unité et du processus caractérisant l'actualisme. De prime abord, la notion d'État totalitaire désigne essentiellement l'unité de la société et de l'individu, immanente à l'individu en tant que l'État est son vouloir propre et son auto-réalisation. Cette approche, dominante, est à l'origine de la définition ultérieure du totalitarisme comme suppression de la distinction entre l'individu et l'État, entre la vie privée et la vie

695 L'autre étant synonyme ici de socialité. « Gentile et les origines philosophiques du fascisme », op. cit. p.123
696 *Ibid*., p. 125
697 *Ibid*., p.123
698 *Genèses et structure de la société*, cité par J.T. Desanti, op. cit. p. 123

publique. C'est elle que l'on trouve dans le passage de *La doctrine du fascisme* où Gentile utilise le terme « totalitaire » : « Pour le fasciste, tout est dans l'État, et rien d'humain ni de spirituel n'existe et a fortiori n'a de valeur, en dehors de l'État. En ce sens, le fascisme est totalitaire, et l'État fasciste, synthèse et unité de toute valeur, interprète, développe et domine toute la vie du peuple. »[699]

Cette dimension unitaire de l'État totalitaire conduit Gentile à la critique du libéralisme, où l'individu existe en dehors de l'État[700], et à la critique de la démocratie, qui n'est qu'une somme quantitative, un agrégat non unifié d'individus isolés et sans vouloir[701].

Seulement, parce que cette unité est immanente, et que l'immanence est un processus, l'État totalitaire de Gentile n'est pas seulement « synthèse et unité », la forme ultime d'auto-réalisation du vouloir de l'Ego. Il est aussi vouloir, vouloir par lequel il devient histoire et révolution. Comme le montre Jean Toussaint Desanti,

> « l'immanence de l'État comme vouloir absolu ne constitue pas une nature immuable et permanente. Ce vouloir lui-même, en son immanence, se divise. Et l'État se constitue alors, au-dessus de ses actes, comme Idée, comme transcendance. Entre l'État concret, et son idée transcendante se manifeste comme une distance et une tension. C'est dans cette distance que l'État vit, se fait histoire, autocritique (mais oui !) et révolution (bien entendu !) »[702]

La notion d'État totalitaire est donc ambivalente. Elle désigne tout à la fois la forme de l'unité, l'identité individu-société-État, et le vouloir de l'Idée. En tant que forme de l'unité, l'État totalitaire est une réalisation concrète, fut-elle immanente. Mais en tant que vouloir, l'État total est aussi un processus, qui travaille sans cesse de l'intérieur

699 *La doctrine du fascisme*, op. cit. p.20
700 « Le libéralisme niait l'État dans l'intérêt de l'individu », *Ibid.*, p.19
701 « L'État n'est ni le nombre, ni la somme des individus formant la majorité d'un peuple. Le fascisme est par là opposé à la démocratie qui assimile le peuple au plus grand nombre d'individus et le rabaisse à ce niveau », *Ibid*., p.21
702 « Gentile et les origines philosophiques du fascisme », op. cit. p.127

l'État factuel auquel il ne saurait se réduire. De ce point de vue, l'État total est tout sauf une forme fixe et achevée. Il est au contraire, selon les termes même de Gentile, toujours « en chantier » :

> « [L'État fasciste] est État national, parce que la Nation elle-même, du point de vue du fascisme, se réalise dans l'esprit, et n'est pas un présupposé. La Nation n'est jamais faite, et il en est de même de l'État, qui est la Nation même dans la réalité de sa forme politique. L'État est toujours en chantier. Il est entièrement entre nos mains. D'où notre très grande responsabilité. Mais cet État qui se réalise dans la conscience même et la volonté de l'individu (…) n'est pas une force qui s'impose d'en haut. »[703]

La même idée, selon laquelle l'État est un développement illimité, est reprise dans la *Doctrine du fascisme* :

> « La nation, en tant qu'État, est une réalité éthique, qui existe et vit dans la mesure où elle se développe. Pour elle, s'arrêter, c'est mourir. l'État n'est donc pas seulement une autorité qui gouverne et donne forme légale et valeur de vie spirituelle aux volontés individuelles ; il est aussi une puissance qui fait valoir sa volonté à l'extérieur, en la faisant reconnaître et respecter, c'est-à-dire en démontrant, par les faits, l'universalité dans toutes les manifestations nécessaires de son développement. De là, organisation et expansion, au moins virtuelle. L'État peut ainsi être assimilé à la nature de la volonté humaine, qui ne connaît pas de limite à son développement, et prouve son infinité en se réalisant. »[704]

Si le concept d' « État total » désigne à la fois la symbiose de l'individu et de l'État (où c'est l'État qui fait l'individu parce qu'il est la forme de son vouloir immanent) et un acte sans limite, « libéré des limites de l'espace et du temps », alors la notion fasciste d'État total est une remise en cause de la notion d'État. L'État totalitaire, développement infini du vouloir immanent de l'individu et de la société, ne peut que s'opposer au « status » et à ses formes concrètes, institutionnelles ou juridiques, qui, elles, se fondent

703 Cité par Nadia Allegri Sidi-Maamar, op. cit. p. 188
704 *La doctrine du fascisme*, op. cit. p.24

sur une stabilité déterminée d'où tout processus, qui plus est infini, est éliminé. l'État totalitaire s'oppose à l'État comme l'infini au fini.

3.3. La loi « *in interiore homine* »

Cette théorie de l'État totalitaire a plusieurs incidences sur le droit. Tout d'abord, le caractère immanent de l'État implique une remise en cause du fondement contractuel de l'État de droit. L'État de droit, sous la forme libérale, repose sur une société divisée en individus isolés. Le contrat qui lui unit s'effectue donc inter homines. C'est un contrat entre des individus indépendants les uns des autres, qui construisent une entité supérieure extérieure à eux, l'État. Alors que pour Gentile, c'est le lien (éthique) qui unit les individus qui est premier, car c'est en lui que réside le vouloir. Il faut partir de ce lien, et non des individus « monades sans porte ni fenêtre », pour parvenir à la conception de la société comme tout organique, comme totalité. l'État est alors l'actualisation, *in interiore homine*, de ce lien éthique premier. De là, comme l'écrit André Tosel, « la vraie démocratie n'est pas celle qui exige la limitation de l'État, elle est la démocratie d'un État qui se développe dans l'intimité de l'individu et lui confère la force du droit en son absolue universalité »[705]. La nature fusionnelle de l'État totalitaire conduit ainsi à la suppression de l'idée même de contrat entre l'individu et l'État. Ce n'est pas l'individu, ni même la société dite civile, mais le lien conçu comme volonté en chacun (et non de chacun) qui est la vérité de l'État total. Il va de soi que la notion de droit naturel est du même coup éliminée, puisque le droit naturel est, du point de vue de l'État total, un droit reconnu aux individus en dehors de l'État. Ce qui va en l'encontre du primat du lien immanent entre l'individu et l'État. Tout ce que l'individu

705 *Marx en Italiques*, op. cit. p. 102

veut, désire, sait ne saurait être extérieur à l'État, dont le vouloir est le vouloir réalisé, concret de l'individu social.

Deuxièmement, le mépris pour les faits, qui s'exprime dans le caractère transcendant de l'État « libéré des contingences de l'espace et du temps », concerne le corpus des lois, y compris constitutionnelles. Les chartes constitutionnelles et les lois sont des faits empiriques. Et donc des faits secondaires et transitoires. Elles ne font qu'exprimer à un moment donné la vérité contingente, mais non essentielle, de l'État. En aucun cas elles ne sont la vérité de l'État, qui elle est une vérité supérieure, spirituelle et éthique. L'État transcende les lois en les travaillant de l'intérieur selon la loi de son propre vouloir.

En conséquence, l'actualisme effectue un passage du droit *inter homines*, au droit *in interiore homine*. En effet, quand Gentile déclare « dire autorité, c'est dire loi », c'est tout en précisant que « l'autorité n'est pas inter homines mais in interiore homine »[706]. André Tosel propose d'y voir un passage de la loi du Père (loi extérieure s'exerçant entre individus souverains), à la loi de la Mère (loi intérieure dont l'autorité vise la réalisation d'une fusion entre l'individu, la société et l'État), aboutissant à une sorte de « maternage de la servitude »[707]. Servitude il y a puisque l'État est agir pur ou vouloir absolu. Quant au maternage, l'intériorisation de la loi n'est pas un retour au droit naturel sous la forme d'un droit naturel subjectif. Elle inscrit bien plutôt la loi dans un processus infini libéré des contingences de l'espace et du temps. Si la contrainte que la loi exerce en chacun est réelle, en revanche cette loi est en elle-même abstraite. Une abstraction en devenir permanent, susceptible de se réaliser sous toutes les formes

706 Cité par André Tosel, Ibid. p. 100-101. Cette idée est reprise dans *La doctrine du fascisme* : « [le fascisme] est la forme la plus pure de la démocratie. Du moins, si le peuple est conçu, ainsi qu'il doit l'être, sous l'aspect qualitatif et non quantitatif, s'il signifie l'idée la plus puissante parce que la plus morale, la plus cohérente, la plus vraie qui s'incarne dans le peuple comme conscience et volonté d'un petit nombre ou même d'un seul, tel un idéal qui tend à se réaliser dans la conscience et la volonté de tous. » (op cit. p.22)

707 *Marx en Italiques*, op. cit. p. 102

juridiques empiriques appropriées aux circonstances, c'est-à-dire in fine au vouloir infini de l'État total.

*

En conclusion, si l'on reprend les critères distinctifs des régimes totalitaires selon Hannah Arendt, comme l'immanentisme du pouvoir, la répartition par cercles concentriques, le détachement par rapport aux faits, les développements qui précèdent montrent que le fascisme est pleinement un régime totalitaire. D'un point de vue théorique tout d'abord, la philosophie actualiste de Gentile s'impose comme le fondement philosophique non seulement du fascisme, mais du totalitarisme dans son ensemble. De nombreuses caractéristiques des systèmes totalitaires s'y trouvent en effet pour la première fois théorisées : le mouvement comme fondement de l'action politique, l'instauration d'un processus infini, le mépris par rapport aux faits, la négation de l'État, l'immanence de la structure politique, la supériorité de la communauté sociale sur l'individu et le primat de l'action. Le fascisme n'a donc pas seulement donnée naissance au terme d'État total. Il en a également forgé la philosophie.

De même, et surtout, d'un point de vue juridique, les analyses de Gerhard Leibholz et Marcel Prélot montrent que le fascisme possède de très nombreuses caractéristiques communes avec les autres régimes totalitaires, à savoir la suppression des droits subjectifs, la conscience intime du mouvement, la dimension spirituelle de l'État ou l'utilisation du droit comme façade. La théorie juridique s'oppose donc à la classification arendtienne du fascisme comme simple dictature. À ce titre, la critique adressée à Hannah Arendt selon laquelle son analyse comparée, associant le nazisme au stalinisme à l'exclusion du fascisme, n'est pas dénuée de présupposés politiques, semble

fondée. Elle ne remet pas toutefois en question les résultats de son analyse. Elle requiert seulement d'y inclure le fascisme, au moins à titre d'origine théorique et juridique du totalitarisme.

CONCLUSION

« *Le Pape ne veut et ne peut remettre d'autres peines que celles qu'il a imposées lui-même de sa propre volonté ou par l'autorité des canons.* »

Luther
31 octobre 1517

De l'ensemble de ces analyses, il ressort que la nouveauté de la théorie de Hannah Arendt sur le totalitarisme doit être en grande partie relativisée. Elle s'inscrit en effet dans un vaste mouvement théorique, auxquels les juristes participent en première ligne, visant à définir la nouveauté des régimes de domination totale initiée par la Révolution russe et le mouvement fasciste. Nous avons vu que le concept de Mouvement, qui est au centre du *Totalitarisme*, n'est pas une création arendtienne, tout comme la notion d'ennemi d'objectif est déjà présente, au moins partiellement, chez Carl Schmitt, sans parler d'Ernst Fraenkel (Chapitre I). De même, concernant le rapport entre les régimes totalitaires et la loi, ce qu'en dit Hannah Arendt, à quelques nuances près, est la reprise de la doctrine juridique nazie, qui se caractérise par une lutte explicite et unanime contre le positivisme juridique.

En revanche, elle innove sans conteste par la définition qu'elle propose de la nouvelle légalité à l'œuvre au sein du totalitarisme, à savoir celle d'une loi supérieure et transcendante, la loi du Mouvement qui, comme la volonté communautaire du Führer, s'applique directement à l'espèce humaine, sans se soucier ni des lois positives, ni de la prétendue souveraineté de la nation ou de l'égalité entre les individus (Chapitre II). De même, l'analyse arendtienne de l'organisation du pouvoir par cercles concentriques est véritablement originale. Elle est en rupture avec les théories juridiques antérieures, notamment celles des juristes que nous avons qualifiés de « dualistes ». Elle a par ailleurs le mérite d'être aussi bien vérifiée par la doctrine juridique nazie que par l'organisation du pouvoir au sein de l'URSS (Chapitre III).

Concernant la modélisation du régime totalitaire, là aussi le bilan est contrasté. L'affirmation sans cesse répétée par Hannah Arendt que le totalitarisme est un régime sans précédent, *sui generis,* est en réalité un leitmotiv chez tous les juristes qui

ont étudié avant elle ces régimes. Elle est en revanche la seule à être allée jusqu'au bout de ce constat, en proposant une nouvelle classification des formes de gouvernement qui intègre le régime totalitaire (Chapitre IV). Quant à l'affirmation d'Arendt que seules l'Union soviétique de Staline et l'Allemagne nazie ont été des régimes « authentiquement » totalitaires, elle repose autant sur une analyse du fascisme insuffisante, que sur un rapprochement forcé entre Hitler et Staline. La théorie du droit, contrairement à Arendt, insiste autant sur les différences que sur les points communs entre le nazisme et le système soviétique. Qu'il s'agisse de la doctrine marxiste et soviétique, ou les analyses critiques de Boris Mirkine-Guetzevitch, un juriste démocrate-libéral en lutte contre les blancs de la Russie tsariste et surtout contre les rouges au pouvoir depuis la Révolution de 1917, elles s'accordent sur la spécificité de la doctrine juridique de l'URSS (Chapitre V). Concernant enfin le fascisme, les arguments avancés par Arendt sont soient insuffisants, soient contradictoires. Que l'on se place, comme Marcel Prélot et Gerhard Leibholz, du point de vue de la théorie de l'État ou du droit constitutionnel, ou que l'on se place, comme Jean-Toussaint Desanti, Gérard Granel et André Tosel, du point de vue de la métaphysique et des principes fondamentaux de la doctrine du fascisme, développés par Giovanni Gentile, écrits et publiés par Mussolini, il est impossible de ne pas considérer le fascisme comme une forme de totalitarisme (Chapitre VI). Ainsi, la théorie du droit apparaît comme indispensable pour procéder à une lecture critique d'Hannah Arendt, qu'il s'agisse de l'évaluation de sa réelle nouveauté, que de l'examen de ses thèses polémiques.

Pour conclure, si l'on reprend notre problématique initiale, à savoir est-ce que le système totalitaire est une monstruosité, une anomalie dépourvue de normativité intrinsèque, ou une maladie, une anormalité régie par un système de normes différent de

celui considéré comme normal (en l'espèce celui de l'État de droit), nos analyses plaident en faveur de la seconde alternative.

Nous avons vu en effet que les régimes totalitaires possédaient non seulement une hiérarchie des normes spécifiques, mais également un droit naturel. Comme toute pathologie, les mouvements totalitaires possèdent donc une conception et une pratique du droit, même s'il s'agit d'un système de normes « inférieur » (selon la terminologie de Georges Canguilhem), ou plutôt destructeur et liberticide, par opposition à la hiérarchie des normes d'un État de droit visant la construction d'un vivre ensemble et la protection des libertés.

*

Si l'on quitte *Le Système totalitaire* écrit en 1951, et si l'on prend en considération, non plus les textes consacrés exclusivement au totalitarisme, mais l'ensemble de l'œuvre de Hannah Arendt[708], l'on s'aperçoit que le droit occupe une place croissante dans ses travaux. Trois phases peuvent être distinguées : en 1951, le droit n'est qu'une illustration des mécanismes du pouvoir totalitaire ; dans l'article de 1956 et la conclusion de 1958, le droit est l'un des principaux critères permettant de distinguer les régimes totalitaires des autres régimes ; en 1963 enfin, avec le procès d'Adolf Eichmann, le droit s'impose comme le terrain de prédilection de la pensée politique portant sur le totalitarisme.

Dans l'édition de 1951 des *Origines du totalitarisme*, la problématique juridique ne fait que rarement l'objet d'un traitement autonome et spécifique. Si les

708 Pour une biographie intellectuelle d'Hannah Arendt, voir notamment HEUER, Wolfgang, *Hannah Arendt*, trad. J. Chambon, Éditions Jacqueline Chambon, Marseille, 1993 ; LEIBOVICI, Martine, *Hannah Arendt : la passion de comprendre*, Desclée de Brouwer, Paris, 2000 ; YOUNG-BRUEHL, Elisabeth, *Hannah Arendt, biographie*, trad. J. Roman et E. Tassin, Calmann-Levy, Paris, 1999,

analyses antérieures des juristes sont utilisées, Ernst Fraenkel, Franz Neumann et Carl Schmitt ne sont toutefois pas convoqués par Arendt pour définir la conception totalitaire du droit, mais seulement pour présenter la structure du régime et l'organisation de son pouvoir. Les quelques pages qu'elle consacre à la question juridique stricto sensu portent quant à elles principalement sur le rôle de la constitution[709], sur l'opposition entre la législation publiée et la législation secrète, sur la loi comme entrave au mouvement et sur la volonté du Führer comme nouveau principe du pouvoir exécutif et juridique. Au détour de ses analyses, Arendt se risque, certes, à parler d'une « d'une pensée légale à l'intérieur du système totalitaire »[710]. Mais sa conviction première est que le totalitarisme est une négation radicale du droit. Par conséquent, le droit n'est qu'une illustration, parmi d'autres, de la façon dont le totalitarisme s'émancipe des formes traditionnelles de l'exercice du pouvoir.

Dans l'article de 1956 et la conclusion de 1958, Arendt ne cherche plus, comme auparavant, à décrire le fonctionnement des systèmes totalitaires, mais s'intéresse cette fois à la nature *sui generis* du totalitarisme, et à sa distinction avec les autres formes de gouvernement. C'est la phase que nous avons qualifiée de typologique des analyses arendtiennes. Le totalitarisme est alors institué comme un régime à part entière, et modélisé, une modélisation qui oblige Arendt à repenser la classification des régimes héritée de l'Antiquité grecque. La définition et la pratique du droit s'imposent alors comme une question incontournable. C'est aussi un outil indispensable. La refondation de la classification des régimes politiques afin d'y intégrer le totalitarisme oblige Hannah Arendt à définir la nature et la fonction de la loi, que ce soit au sens traditionnel ou au sens totalitaire, et à développer la distinction centrale entre légitimité, légalité et supra-légalité.

709 *Les Origines du totalitarisme*, op. cit. p. 725 et suiv.
710 *Ibid.*, p. 766

Avec le procès Eichmann, la question juridique est au premier plan. Mais elle s'est aussi transformée. En 1963 il ne s'agit plus, comme en 1951, de s'interroger sur la conception totalitaire du droit, mais sur les conditions de possibilité d'un jugement, par un État de droit, des actes commis les anciens agents des systèmes totalitaires. Comme cela est bien connu, cette confrontation entre l'État de droit et le totalitarisme repose sur une nouvelle catégorie juridique, le crime contre l'humanité[711], qu'Hannah Arendt défend. Elle conduit aussi Hannah Arendt à plaider en faveur de la création d'un tribunal pénal international. Comme le souligne Vincent Lefebve, *Eichmann à Jérusalem* est un véritable « éloge de la justice »[712]. Autant dire que le thème du droit dans l'analyse arendtienne du totalitarisme se conclut par un engagement en faveur du droit positif contre le totalitarisme.

*

Le procès d'Adolf Eichmann n'a pas laissé le loisir à Hannah Arendt de prendre part à la controverse entre H.L.A. Hart et Lon Fuller que nous avons esquissée en introduction, même si cette controverse, datée de 1958, est antérieure de trois ans à l'ouverture du procès d'Eichmann à Jérusalem. Mais le fait que, comme la femme allemande jugée par Hart et Fuller, Eichmann plaida « non coupable au sens de l'accusation », permet néanmoins de comparer ces deux affaires, et d'imaginer la position qu'aurait défendue la philosophe.

Il est de notoriété publique qu'à défaut de s'être intéressée à une femme allemande coupable de dénonciation, Hannah Arendt a participé, en tant que journaliste,

711 Sur Arendt et le droit international voir BENHABIB, Seyla, « International Law and Human Plurality in the Shadow of Totalitarianism : Hannah Arendt and Raphael Lemkin », in *Hannah Arendt and the Law*, edited by Marco Goldoni and Christopher MacCorkindale, Oxford and Portland, Oregon, 2012

712 *Politique des limites, limites de la politique*, op. cit. p. 175

au procès d'Eichmann, et a tenté, ce faisant, de résoudre « le plus grand défi moral, et même juridique, posé par toute cette affaire. »[713]Comme elle le rappelle, Eichmann déclara dans une interview « qu'il se sent coupable devant Dieu et non devant la loi »[714]. Il plaida non coupable au motif que « dans le cadre du système juridique nazi alors en vigueur, il n'avait rien fait de mal ». Aux yeux d'Eichmann, ce qu'il avait fait « n'était un crime que rétrospectivement, et il avait toujours été un citoyen obéissant à la loi, car les ordres de Hitler, qu'il exécuta certainement de son mieux, avaient « force de loi » dans le III[e] Reich »[715]Une ligne de défense, mais aussi un fait, que Arendt considère comme « le plus grand défi moral, et même juridique »[716] de l'après-guerre, pour reprendre cette expression révélatrice.

Force est de constater, à la lecture d'*Eichmann à Jérusalem*, qu'Hannah Arendt a relevé le défi moral posé par ce procès. Il s'agit de la création du célèbre concept de banalité du mal. Selon la philosophe, ce que Eichmann prouve, c'est qu'un homme ni pervers, ni sadique, « une personne moyenne, "normale", ni faible d'esprit, ni endoctrinée, ni cynique puisse être incapable de distinguer le bien du mal »[717], au point d'être responsable d'un crime contre l'humanité.

Sans entrer dans l'étude du concept de banalité du mal, qui exige une longue analyse[718], remarquons seulement, à la lumière de ce que vous vu, que contrairement à ce qu'Hannah Arendt affirme, si Eichmann n'est pas un psychopathe, en revanche il est impossible de ne pas le considérer comme un individu non endoctriné. Les

713 *Eichmann à Jérusalem*, op. cit. p. 1044
714 *Ibid.*, p. 1039
715 *Ibid.*, p. 1042
716 *Ibid.*, p. 1044
717 *Ibid.*, p. 1044 (c'est nous qui soulignons)
718 Voir notamment REVAULT D'ALLONNES, Myriam, *Ce que l'homme fait à l'homme. Essais sur le mal politique*, Seuil, Paris, 1995 ; HERZOG, Annabel (dir.), *Hannah Arendt, totalitarisme et banalité du mal*, PUF, Paris, 2011 ; et, très récemment, LEIBOVICI, Martine, ROVIELLO, Anne-Marie, *Le pervertissement totalitaire. La banalité du mal selon Hannah Arendt*, Kime, Paris, 2017, qui abordent notamment la question de la banalité du mal du point de vue juridique.

responsabilités qui lui ont été accordées par le régime nazi sont au contraire la preuve qu'il avait entièrement faite sienne l'idéologie du régime. Il y aurait donc, nous semble-t-il, une contradiction dans les propos d'Arendt concernant Eichmann, et ses analyses antérieures sur le totalitarisme. Alors qu'elle n'a eu de cesse, dans les *Origines du totalitarisme*, de montrer que ce régime reposait sur une rupture totale avec la réalité, une réalité du sens commun remplacée par la camisole de la logique idéologique, comment peut-elle ensuite reprocher à Eichmann d'avoir été incapable de jugement moral, c'est-à-dire de distinguer le bien du mal ? Dit autrement, si Eichmann est un individu normal en 1961, c'est-à-dire après l'effondrement du régime auquel il a participé, pouvait-il pour autant être considéré comme « normal » de 1933 à 1945 ? Si le monde totalitaire, comme n'a cessé de le soutenir Hannah Arendt, est fondé sur l'irréalité, il n'est pas surprenant que Eichmann fut incapable de jugement ou de penser. Il est plutôt un exemple de l'impossibilité, ou au moins de l'extrême difficulté, de rester « normal » dans un monde anormal[719]. Si, contrairement à ce que Eichmann affirme, les

719 Sur l'anormalité d'Eichmann au sens psychanalytique, Arendt ne dit pas un mot. Elle cite seulement les conclusions du psychiatre qui a eu un entretien avec Adolf Eichmann en 1960 à Buenos Aires : « Il est plus normal que moi après l'avoir vu ». Il est dommage, et curieux, qu'Hannah Arendt s'arrête là et refuse d'analyser les aspects psychanalytique et psychiatrique de l'affaire, pourtant nécessaires pour un tribunal chargé de se prononcer sur la responsabilité de l'inculpé. Le « crime de l'humanité contre elle-même » est-il la conséquence d'une névrose, d'une psychose, ou d'une perversion – pour reprendre la distinction que Freud établit entre 1894 et 1926 (cf. *Névrose, psychose et perversion*, PUF, Paris, 1988) ? Le fait qu'Hannah Arendt parle des systèmes totalitaires comme organisant « une rupture avec la réalité » prouve en tout cas qu'il y a un lien entre ces systèmes et la psychose. En effet, Freud définit la psychose, par distinction avec la névrose, comme une rupture du moi avec le principe de réalité. D'ailleurs, à de nombreuses reprises, Hannah Arendt parle du caractère paranoïaque des sociétés totalitaires (la paranoïa, comme la schizophrénie ou l'hystérie étant de nature psychotique). Toutefois, le caractère autodestructeur du totalitarisme conduit quant à lui à s'interroger plutôt sur son lien avec la perversion, notamment le narcissisme. Le narcissisme est en effet au fondement de comportements autodestructeurs et suicidaires (Sur le lien entre Freud et la théorie du droit, voir Herrera, Carlos-Miguel, « Communauté sans substance, inéluctable contrainte. Le Freud de Hans Kelsen », in *Incidence*, n »°3, Automne 2007– Sur le lien entre le totalitarisme et le dualisme freudien tardif entre pulsion de mort et pulsion de vie, voir SLOTERDIJK, Peter, *Colère et Temps – Essais politico-psychologique*, trad. O. Mannoni, éd. Maren Sell, 2007 – Sur le lien entre totalitarisme, psychanalyse et psychiatrie, voir BATAILLE, George, *La structure psychologique du fascisme*, éditions Lignes, 2009 ; BETTELHEIM, Bruno, *Le cœur conscient*, trad. L. Casseau et G. Liebert-Carreras, Laffont, Paris, 1972 ; FRANKL, Viktor, *Un psychiatre déporté témoigne*, Éditions du Chalet, 1967 – Sur le narcissisme de mort et le narcissisme de vie et le narcissisme comme perversion, voir Green, André, *Narcissisme de vie, narcissisme de mort*, Éditions de Minuit, Paris, 2013 et Freud « Un enfant est battu – contribution à la connaissance de genèse des perversions sexuelles (1919) », *Névrose, psychose et perversion*, op. cit. pp. 219-243)

crimes de l'Allemagne nazie ne sont pas considérés comme tels rétrospectivement, s'ils sont des crimes au moment même où ils sont commis, il n'est en revanche guère surprenant qu'Eichmann n'ait pris conscience de la nature et de la portée du crime qu'il avait commis que rétrospectivement, c'est-à-dire une fois sorti du système idéologique qui lui tenait lieu de pensée et de jugement.

Il est à noter qu'en dépit de la controverse suscitée par son interprétation « psychologique » d'Eichmann[720], Hannah Arendt n'est jamais revenue sur cette position, même si le défi moral posé par Eichmann la hantera jusqu'à la fin de sa vie, comme en atteste l'opuscule *Considérations morales*[721] de 1971, préfacé par son amie Mary McCarthy.

Quoi qu'il en soit, dans *Eichmann à Jérusalem*, Hannah Arendt ne relève pas seulement le défi moral, mais aussi le défi juridique suscité par ce procès[722], une différence entre les juristes et les moralistes qu'elle présente et interroge à partir de la distinction entre la responsabilité et la culpabilité :

> « (…) Il existe une responsabilité pour des choses que nous n'avons pas commises, mais dont on peut néanmoins être tenu pour responsables. Mais être ou se sentir coupable pour des choses qui se sont produites sans que nous y prenions une part active, est impossible »[723]

Selon la défense, ni la responsabilité ni la culpabilité d'Adolf Eichmann ne peuvent être reconnue. Son argumentation juridique, qu'Hannah Arendt rappelle, se

720 Voir également ARENDT, Hannah, « Le « cas Eichmann » et les Allemands », in *Politique et Pensée, colloque Hannah Arendt*, Éditions Payot & Rivages, Paris, 1996, pp. 187-192. Pour une critique récente, voir DELPHA, Isabelle, *Le mal en procès. Eichmann et les théodicées modernes*, Hermann, Paris, 2011. Voir également

721 ARENDT, Hannah, *Considérations morales*, trad. M. Ducassou, D. Maes, Éditions Payot & Rivages, Paris, 1996 (1971 pour la première édition)

722 Sur les questions juridiques soulevées par le procès Eichmann, lire GREEN, Leslie, « Aspects juridiques du procès Eichmann » in *Annuaire français de droit international*, volume 9, 1963. pp. 150- 190

723 ARENDT, Hannah, « la responsabilité collective », in *Politique et Pensée, colloque Hannah Arendt*, Éditions Payot & Rivages, Paris, 1996, pp. 193

fonde sur la distinction entre les actes d'État et l'obéissance aux ordres supérieurs : alors que les actes d'État reposent sur l'exercice d'un pouvoir souverain, qu'ils ne sont pas subordonnés à la loi et sont donc insusceptibles de recours juridictionnels (comme, toutes choses égales par ailleurs, les actes de gouvernement sont irrecevables devant les juges administratif et judiciaire dans le droit français actuel), en revanche les ordres et les directives sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel (comme les règlements dans le droit français actuel, toutes choses égales par ailleurs). C'est pourquoi l'avocat de la défense, le Dr Servatius, fonde sa demande d'acquittement sur le motif des actes d'État, posant ainsi le problème de la responsabilité individuelle au sein d'un régime criminel par nature.

Selon Hannah Arendt, cette défense d'Adolf Eichmann ne tient pas, non seulement parce qu'il était informé, moralement conscient et activement responsable des crimes du régime nazi, mais aussi, et ultimement, parce qu' « en politique, obéissance et soutien ne font qu'un ».[724] Autrement dit, Adolf Eichmann n'a pas seulement obéi à la loi de son pays, il l'a également reconnue et soutenue, et doit être reconnu à ce titre comme coupable.

Or cela revient à la position défendue par H.L.A Hart lors de sa controverse avec Lon Fuller. On présente en effet le débat Hart-Fuller comme le tournant qui fit basculer Hart d'un positivisme radical à un positivisme modéré, également appelé positivisme *soft* par Hart lui-même[725]. Si le positivisme *hard* est la défense d'un droit pur de toute morale, alors l'attitude positiviste, face au cas d'espèce, ne serait pas de défendre, à titre exceptionnel, une loi rétroactive, mais de reconnaître que l'inculpée est non-coupable. C'est donc la conscience morale, et non le respect de la loi, qui décide de

724 *Eichmann à Jérusalem*, op. cit. p. 1286

725 Sur Le positivisme *soft* ou modéré de H.L.A. Hart et la controverse entre Hart et Fuller, voir KERVEGAN, Jean-François, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *Droit et philosophie*, Vol. 6, 2014

sa culpabilité. Par conséquent, il convient de distinguer, comme le fait Hart, la contrainte exercée par la loi et l'obligation exercée par la morale, en particulier l'obligation de se soumettre à la loi. Si la femme inculpée était tenue de ne pas enfreindre les lois de l'État nazi, elle n'était pas obligée, en revanche, d'aller au-devant d'elles et de demander leur exécution.

Pour finir, au-delà du procès Eichmann, parfaitement analysé moralement et juridiquement par Hannah Arendt, et grâce à l'analyse du droit naturel nazi par Ernst Fraenkel qui figure dans le tome II, nous soutenons que le totalitarisme se fonde, et sur un positivisme *hard* (« la loi du Chef est dure, mais c'est la loi »), et sur un droit naturel élitiste et intransigeant (« tous les droits ne se valent pas »). Par conséquent, les seules répliques qui nous semblent justes et sages sont, soit de défendre, comme H.L.A. Hart, un positivisme *soft* (« la loi est moins dure que la conscience morale ») soit, comme Ernst Fraenkel, Franz Neumann et Hannah Arendt, un droit naturel modéré (« si tous les droits naturels ne se valent pas, alors le droit naturel qui a le plus de valeur est celui qui est universalisable ») – au sens où Kant définit l'universel comme ce qui est valable « en tout temps, en tout lieu et pour toute personne », c'est-à-dire au sens où l'universel est un concept transcendantal et non une idée transcendante de la raison ; et si, par « être raisonnable » on n'entend pas seulement « homme », mais l'ensemble potentiellement plus vaste des « êtres doués de raison », c'est-à-dire si l'on admet la possibilité de l'existence d'un nombre d' êtres doués de raison » supérieur à ceux visés par les concepts de « cosmopolitisme » ou « d'histoire d'universelle ».

BIBLIOGRAPHIE

(Ouvrages cités[726])

Ouvrages de Hannah Arendt

ARENDT, Hannah, *L'Impérialisme,* trad. Hélène Frappat, in Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem, Gallimard, Paris, 2002

ARENDT, Hannah, *Le Totalitarisme*, trad. Hélène Frappat, in Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem, Gallimard, Paris, 2002

ARENDT, Hannah, *La condition de l'homme moderne*, trad. Georges Fradier, préface Paul Ricœur, Calmann-Lévy, Paris, 1961 et 1983

ARENDT, Hannah, *Eichmann à Jérusalem – rapport sur la banalité du mal*, trad. Martine Leibovici, in Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem, Gallimard, Paris, 2002

ARENDT, Hannah, *La crise de la culture*, trad. P. Lévy, Gallimard, Paris, 1972

ARENDT, Hannah, Juger – Sur la philosophie politique de Kant, trad. M. Revault d'Allonnes, Seuil, Paris, 1991 (inclus : *Post-scriptum au tome I de la Vie de l'esprit (La pensée)* ; *Conférences sur la philosophie politique de Kant ; L'imagination)*

ARENDT, Hannah, *Considérations morales*, trad. M. Ducassou, D. Maes, Éditions Payot & Rivages, Paris, 1996 (1971 pour la première édition)

ARENDT, Hannah, « Les techniques de la science sociale et l'étude des camps de concentration », in *Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, Paris, 2002, pp. 845-859

ARENDT, Hannah, « Comprendre le communisme », in *Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, Paris, 2002, pp. 875-879

ARENDT, Hannah, « Autorité, tyrannie et totalitarisme », in *Les Origines du*

726 La présente bibliographie ne prétend pas, loin s'en faut, à l'exhaustivité. Pour une bibliographie détaillée d'Hannah Arendt et une excellente synthèse bibliographique des travaux, en langue française et anglaise, qui lui sont consacrés, voir Vincent Lefebve, *Politique des limites, limites de la politique* (cf. infra). Dans l'ensemble, nous avons privilégié une approche bibliographique sélective plutôt qu'exhaustive.

totalitarisme – Eichmann à Jérusalem, Gallimard, Paris, 2002, pp. 880-894 (Preuves, n°67, septembre 1956 pour la première édition)

ARENDT, Hannah, « Réflexions sur la révolution hongroise », in *Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem,* Gallimard, Paris, 2002, pp. 896-938

ARENDT, Hannah, « Compréhension et politique », in *La nature du totalitarisme*, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990, pp. 39-61

ARENDT, Hannah, « La nature du totalitarisme – Essai sur la compréhension », in *La nature du totalitarisme,* trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990, pp. 67-138

ARENDT, Hannah, « Religion et politique », in *La nature du totalitarisme*, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990, pp. 139-168

ARENDT, Hannah, « Projet de recherche sur les camps de concentration », in *La nature du totalitarisme*, trad. Michelle-Irène B. de Launay, Payot, Paris, 1990, pp. 171-178

ARENDT, Hannah, « Le « cas Eichmann » et les Allemands », in *Politique et Pensée, colloque Hannah Arendt*, Éditions Payot & Rivages, Paris, 1996, pp. 187-192

ARENDT, Hannah, « la responsabilité collective », in *Politique et Pensée, colloque Hannah Arendt*, Éditions Payot & Rivages, Paris, 1996, pp. 193-203

ARENDT, Hannah, « Waldemar Gurian, 1903-1954 », in *Vies politiques* (*Men in dark times)*, TEL, Gallimard, Paris, 1974, pp. 109-122,

ARENDT, Hannah, « Martin Heidegger a quatre-vingts ans », in *Vies politiques* (*Men in dark times)*, TEL, Gallimard, Paris, 1974, pp. 307-320

ARENDT, Hannah, BLÜCHER Heindrich, *Correspondance*, in « Correspondances et dossier critique », (dir.) Pierre Bouretz, in Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem, Gallimard, Paris, 2002

ARENDT, Hannah, VOEGELIN, Éric, *Correspondance*, trad. E. Tassin, in Les Origines du totalitarisme – Eichmann à Jérusalem, Gallimard, Paris, 2002

Autres ouvrages

ALLEGRI SIDI-MAAMAR, Nadia, *Entre philosophie et politique, Giovanni Gentile : un philosophe engagé sous le fascisme,* L'Harmattan, Paris, 2001

ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, PUF, Paris, 1992

AMIEL, Anne, « Hannah Arendt lectrice de Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n°2, p.119-138
AMIEL, Anne, *Hannah Arendt, Politique et événement*, PUF, Paris, 1996

ARISTOTE, *La Politique*, trad. J. Tricot, Vrin, Paris, 1989

BATAILLE, George, *La structure psychologique du fascisme*, éditions Lignes, 2009

BEAUD, Olivier, "Les premières années du régime national-socialiste (1933-1938) vues par un observateur perspicace, René Capitant", in René Capitant, *Face au nazisme,* Écrits 1933-1938, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 7-45
BEAUD, Olivier, "Carl Schmitt ou le juriste engagé", in Carl Schmitt, *Théorie de la constitution,*, trad. L. Deroche, PUF, 2013 (1993 1ère éd.), pp. 5-113

BEAUFRET, Jean, "À propos de l'existentialisme (1945)", in *De l'Existentialisme à Heidegger – Introduction aux philosophies de l'existence,* Vrin, Paris, 1986

BENHABIB, Seyla, « International Law and Human Plurality in the Shadow of Totalitarianism : Hannah Arendt and Raphael Lemkin », in *Hannah Arendt and the Law,* ed. by Marco Goldoni and Christopher MacCorkindale, Oxford and Portland, Oregon, 2012

BENJAMIN, Walter, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, trad. Maurice de Gandillac, Éditions Allia, Paris, 2003

BETTELHEIM, Bruno, *Le cœur conscient,* trad. L. Casseau et G. Liebert-Carreras, Laffont, Paris, 1972

BONNARD, Roger, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, 2° édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1939
BONNARD, Roger, « Constitution et administration du III^{E} Reich allemand – À propos de deux ouvrages récents », *Revue de droit public*, 1937, pp. 602-617

BREEN, Keith, « Law beyond Command ? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law », in *Hannah Arendt and the Law*, ed. by Marco Goldoni and Christopher MacCorkindale, Oxford and Portland, Oregon, 2012

BRUNETEAU, Bernard, *Le totalitarisme – Origines d'un concept, genèse d'un débat 1930 – 1942*, Éditions du Cerf, Paris, 2010
BRUNETEAU, Bernard, « Interpréter le totalitarisme dans les années 1930 », in Philippe de Lara (Coll.), *Naissances du totalitarisme*, Éditions du Cerf, Paris, 2011, pp. 215-252

CANGUILHEM, Georges, *Le normal et le pathologique*, PUF, Paris, 1966

CAPDEVILA, Nestor, « Totalitarisme, idéologie et démocratie », *Actuel Marx*, 2003/1 (n°33), p. 167-187

CAPITANT, René, « l'État national-socialiste : fondements institutionnels et légitimité », in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 53-64
CAPITANT, René, « l'État national-socialiste : aristocratie raciste et démocratie plébiscitaire », in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 65-80
CAPITANT, René, « l'État national-socialiste : l'État du Führer », in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 81-97
CAPITANT, René, "Force et faiblesse de l'hitlérisme" in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp.101-108

CAPITANT, René, « L'idéologie national-socialiste », in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 109-133
CAPITANT, René, "Thomas Hobbes et le III^{e} Reich", in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 135-140
CAPITANT, René, "Les lois de Nuremberg", in *Face au nazisme, Écrits 1933-1938*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 141-150

CLAUZEWITZ, (Von), Carl, *De la guerre, Livre 1*, trad. Jean-Baptiste Neuens, Flammarion, Paris, 2014

COLAS, Dominique, *Les constitutions de l'URSS et de la Russie (1905-1993)*, PUF, Paris, 1997

DAGENAIS, D, "Le délire totalitaire", *Hannah Arendt, le totalitarisme et le monde contemporain*, dir. Dagenais Daniel, Presses de l'Université Laval, 2003

DAGOGNET, François, *Georges Canguilhem – Philosophe de la Vie*, Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, Le Plessis-Robinson, 1997

DELPHA, Isabelle, *Le mal en procès. Eichmann et les théodicées modernes*, Hermann, Paris, 2011

DESANTI, Jean Toussaint, « Gentile et les origines philosophiques du fascisme », in *Eléments pour une analyse du fascisme*, séminaire de Maria-A. Macciocchi, Paris VIII – Vincennes 1974/1975, Union générale d'édition, Paris, 1976

EISLER, Rudolf, *Kant-Lexikon*, Gallimard, Paris, 1994

ENEGREN, A., *La pensée politique de Hannah Arendt*, PUF, Paris, 1984

FAYE, Jean-Pierre, *L'État total selon Carl Schmitt ou comment la narration engendre des monstres*, Éditions Germina, Paris, 2013

FRAENKEL, Ernst, *The dual State, a contribution to the theory of dictatorship,* trad. E.A. Shils, Oxford University Press, New York – London-Toronto, 2010

FRANKL, Viktor, *Un psychiatre déporté témoigne,* trad. F. Grunwald et E. Mora, Éditions du Chalet, Lyon, 1973

FREUD, Sigmund, *Névrose, Psychose et perversion,* trad. Jean Laplanche (dir.), Presses universitaires de France, Paris, 6e éd., 1988

FRIEDRICH, Carl J., (dir.), *Totalitarianism. Proceeding of a conference held at the American academy of arts and sciences, march 1953*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1954

FULLER, Lon L., « Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory », *Michigan Law Review*, Vol. 47, N° 8, 1949, pp. 1157-1166
FULLER, Lon L., "Positivism and the Fidelity to Law, a Reply to professor Hart", *Harvard Law Review*, 1958, pp. 630-672

GALLIE, Walter Bryce, « Les Concepts essentiellement contestés », *Philosophie,* n°122, Les Éditions de Minuit, Paris, 2014

GENTILE, Emilio, « Au commencement était la violence. Les caractéristiques originaires du totalitarisme dans le fascisme italien. », in Philippe de Lara (coll.), *Naissances du totalitarisme*, Les Éditions du Cerf, Paris, 2011, pp. 73-110

GENTILE, Giovanni, *L'esprit, acte pur*, trad. A. Lion, Hermann, Paris, 2012
GENTILE, Giovanni, « Une critique du matérialisme historique », in *La philosophie de Marx*, trad. Gérard Granel et A. Tosel, TER, Mauvezin, 1995, pp. 12-58
GENTILE, Giovanni, « La philosophie de la praxis », in *La philosophie de Marx*, trad. Gérard Granel et A. Tosel, TER, Mauvezin, 1995, pp. 60-165
GENTILE, Giovanni, « La renaissance de l'idéalisme », in *La Renaissance de l'idéalisme,* trad. E. Buissière, Hermann, Paris, 2012, pp. 55-80
GENTILE, Giovanni, « Le concept de l'histoire de la philosophie », in *La Renaissance*

de l'idéalisme, trad. E. Buissière, Hermann, Paris, 2012, pp. 81-128
GENTILE, Giovanni, « L'expérience pure et la réalité historique », in *La Renaissance de l'idéalisme*, trad. E. Buissière, Hermann, Paris, 2012, pp. 129-162
GENTILE, Giovanni, « Le caractère historique de la philosophie italienne », *La Renaissance de l'idéalisme,* trad. E. Buissière, Hermann, Paris, 2012, pp.163-194

GRANEL, Gérard, « Les langues sont des terminaux logiques », in *Écrits logiques et politiques*, Éditions Galilée, Paris, 1990, pp. 207-235
GRANEL, Gérard, « Les craquelures du texte (Sur la traduction française de *Sein und Zeit*), in *Écrits logiques et politiques*, Éditions Galilée, Paris, 1990, pp. 237-260
GRANEL, Gérard, « La guerre de Sécession ou Tout ce que Farias ne vous a pas dit et que vous auriez préféré ne pas savoir. », in *Écrits logiques et politiques*, Éditions Galilée, Paris, 1990, pp. 341-383
GRANEL, Gérard, « Les années 30 sont devant nous », in *Études*, Galilée, Paris, 1995, pp. 67-92

GREEN, André, *Narcissisme de vie, narcissisme de mort*, Éditions de Minuit, Paris, 2013

GREEN, Leslie, « Aspects juridiques du procès Eichmann » in *Annuaire français de droit international*, volume 9, 1963. pp. 150- 190

GROS, Dominique, « Un droit monstrueux ? », in *Le droit antisémite de Vichy*, Le Genre Humain, Seuil, Paris, 1996, pp. 561-575

HART, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 1958, pp. 593-629

HEIDEGGER, Martin, *L'auto-affirmation de l'université allemande. Discours tenu pour la prise en charge solennelle de rectorat de l'université Fribourg-en-Brisgau le 27.5.1933*, bilingue (avec le texte de la 1ère éd.), tr. G. Granel, TER, Mauvezin, 1987
HEIDEGGER, Martin, *La pauvreté (Die Armut*), trad. P. Lacoue-Labarthe et ?, Presses universitaires de Strasbourg, 2004

HERRERA, Carlos-Miguel, *Théorie juridique et politique de Hans Kelsen*, Kimé, Paris, 1997

HERRERA, Carlos-Miguel, « Communauté sans substance, inéluctable contrainte. Le Freud de Hans Kelsen », in *Incidence*, n »°3, Automne 2007

HERRERA, Carlos-Miguel, « Lénine, Carl Schmitt, Sorel », in *Droit, politique et littérature. Liber amicorum Yves Guchet*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 473-491

HERZOG, Annabel (dir.), *Hannah Arendt, totalitarisme et banalité du mal*, PUF, Paris, 2011

HEUER, Wolfgang, *Hannah Arendt*, trad. J. Chambon, Éditions Jacqueline Chambon, Marseille, 1993

JOUANJAN, Olivier, « Remarques sur les doctrines nationales-socialistes de l'État », *Politix*, Volume 8, n° 32, Paris, 1995, pp. 98-118

JOUANJAN, Olivier, « La doctrine juridique allemande. Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine du IIIe Reich », in *Le droit antisémite de Vichy*, D. Gros (dir.), Le genre humain, n°30-31, Paris, 1996, pp. 463 – 496

JOUANJAN, Olivier, « Les fossoyeurs de Hegel. Rénovation allemande du droit et néo-hégélianisme sous le IIIe Reich », *Droits*, n°25, 1997, pp. 121-133

JOUANJAN, Olivier, « Communauté, race et « rénovation allemande du droit » : sur Karl Lorenz », in *De la société à la sociologie*, F. Kervégan (dir.), ENS Éditions, Paris, 2002, pp.183-221

JOUANJAN, Olivier, « Justifier l'injustifiable », *Astérion* [En ligne], 4 | 2006, mis en ligne le 24 avril 2006, consulté le 22 février 2017. URL : http://asterion.revues.org/643

JOUANJAN, Olivier, « Pensée de l'ordre concret et ordre du discours juridique nazi : sur Carl Schmitt », in *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Y.-C. Zarka (dir.), PUF, Paris, 2009, pp. 71-79

JOUANJAN, Olivier, *Justifier l'injustifiable*, PUF, Paris, 2017

KAFKA, Franz, *Le Procès*, trad. A. Vialatte, Gallimard, Paris, 1987

KELSEN, Hans, *Sozialismus und Staat*, Leipzig, 1923
KELSEN, Hans, *La dictature de parti*, Annuaire de l'Institut international de droit public - 1935, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1936
KELSEN, Hans, *The political theory of bolshevism. A critical analysis*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1948
KELSEN, Hans, *The communist Theory of Law*, Stevens & Son, London, 1955

KERVEGAN, Jean-François, « Carl Schmitt et "l'unité du monde" », *Les Études philosophiques*, 1/2004 (n° 68), p. 3-23.
KERVEGAN, Jean-François, *Que faire de Carl Schmitt ?*, TEL, Gallimard, 2011
KERVEGAN, Jean-François, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *Droit et philosophie*, Vol. 6, 2014, pp. 105-122

KERSHAW, Ian, *Qu'est-ce que le nazisme ? Problèmes et perspectives d'interprétation*, Trad. J. Carnaud, Gallimard, Paris, 1992

KLEMPERER, Victor, *LTI, La langue du IIIe Reich*, trad. E. Guillot, Albin Michel, Paris, 1996

KOESTLER, Arthur, *Le Zéro et l'infini*, Calmann-Levy, Paris, 2005 (1ère éd. 1945)

LACOUE-LABARTHE, Philippe, *La fiction du politique*, Bourgeois, Paris, 1987
LACOUE-LABARTHE, Philippe, « Présentation » in Martin Heidegger, *La pauvreté* (*Die Armut*), Presses universitaires de Strasbourg, 2004

LACOUE-LABARTHE, Philippe, NANCY, Jean-Luc, Le mythe nazi, Éditions de l'Aube, Paris, 1996

LARA, Philippe de, « Prendre le droit soviétique au sérieux », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65, n°4, 2013, pp. 879-903

LEIBHOLZ, Gerhard, *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*, Walter de Gruyer & Co., Berlin und Leipzig, 1928

LEIBHOLZ, Gerhard, « La structure de l'État fasciste », *Les Documents de la vie intellectuelle*, 20 mars 1930, Paris, pp. 120-162

LEFEBVE, Vincent, *Politique des limites, limites de la politique – La place du droit dans la pensée de Hannah Arendt*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2016

LEFORT, Claude, « Le corps interposé : 1984, de George Orwell », in *Écrire à l'épreuve du politique*, Calmann-Levy, 1992, pp. 15-36

LE BLANC, Guillaume, *Canguilhem et les normes*, PUF, Paris, 1998

LE DIVELLEC, Armel, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in *La controverse sur "Le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, dir. Olivier Beaud et Pasquale Pasquino, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2007

LEIBOVICI, Martine, *Hannah Arendt : la passion de comprendre*, Desclée de Brouwer, Paris, 2000

LEIBOVICI, Martine. « Biopolitique et compréhension du totalitarisme. Foucault, Agamben, Arendt », *Tumultes*, vol. 25, no. 2, 2005, pp. 23-45 (https://www.cairn.info/revue-tumultes-2005-2-page-23.htm)

LEIBOVICI, Martine, ROVIELLO, Anne-Marie, *Le pervertissement totalitaire. La banalité du mal selon Hannah Arendt*, Kime, Paris, 2017

LOCHAK, Danièle, « Droit et non droit dans les institutions totalitaires », in *L'institution*, CURAPP, PUF, Paris, 1981

LUTHER, Martin, *95 thèses*, https://fr.wikipedia.org/wiki/95_thèses

MACHEREY, Pierre, « Normes sociales et normes vitales dans L'Essais sur quelques problèmes concernant le normal et le pathologique », in *Actualité de Georges Canguilhem*, Institut Synthélabo, PUF, Paris, 1998

MARCOU, Jean, « La « qualité de Juif » – l'antisémitisme d'État, de la propagande au droit positif », in *Le droit antisémite de Vichy*, D. Gros (dir.), Le genre humain, n°30-31, Paris, 1996, pp. 153-171

MARX, Karl, *Le Capital – Critique de l'économie politique*, trad. J. Roy, révisée par K. Marx, Éditions sociales, Paris, 1971
MARX, Karl, « Introduction à la critique de l'économie politique », in *Contribution à la critique de l'économie politique*, trad. M. Husson et G. Badia, Éditions sociales, Paris, 1977, pp. 147 -176

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Thèses sur Feuerbach*, trad. J. Milhau, in L'idéologie allemande, Éditions sociales, Paris, 1974

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *Les juifs et la Révolution russe* , Povolozky et Cie, Paris, 1921
MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *La théorie générale de l'État soviétique*, préface de Gaston Jèze, éd. Marcel Giard, Paris, 1928
MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « La constitution de l'Union des Républiques soviétiques socialistes (URSS) », *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Janvier-février-mars 1925, éd. Marcel Giard, Paris, pp. 5-13
MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « Aperçu des principes fondamentaux de l'État soviétique », *Bulletin de la Société de législation comparée*, éd. Imprimerie Moderne, Agen, 1926
MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « La doctrine soviétique du droit international », *Revue générale du droit international public*, éd. A. Pedone, Paris, 1926, pp. 1-25
MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « La doctrine soviétique du droit international – Le droit consulaire de l'URSS », *Revue générale du droit international public*, éd. A. Pedone, Paris, 1927
MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « Les droits de l'homme en Russie soviétique », Ligue des droits de l'homme, Paris, 1927
MIRKINE-GUETZEVICH, Boris, *Le Néo-absolutisme corporatif (Autriche et Portugal)*, Jouve, Paris, 1934

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *Les Constitutions européennes*, Presses universitaires de France, Paris, 1951

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois,* Garnier Flammarion, Paris, 1979

MUSSOLONI, Benito, *Le fascisme, Doctrine, Institutions*, Denoël et Steele, Paris, 1932

NEUMANN, Franz, *Béhémoth – Structure et pratique du national-socialisme*, trad. G. Dauvé et J.L. Boireau, Payot, Paris, 1987

ORWELL, George, *1984*, trad. A. Audiberti, Gallimard, 1950

PASUKANIS, Evgueny B., *La théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.M. Brohm, EDI Paris, Etudes et documentations internationales, Paris, 1971 (1924 pour la 1er édition russe)

PLATON, *Gorgias,* trad. L. Robin et M-J. Moreau, Gallimard, 1950
PLATON, *La République,* trad. L. Robin et M-J. Moreau, Gallimard, 1950
PLATON, *Le Politique,* trad. L. Robin et M-J. Moreau, Gallimard, 1950

PRELOT, Marcel, *L'empire fasciste – Les origines, les tendances et les institutions de la dictature et du corporatisme italiens*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936
PRELOT, Marcel, « La théorie de l'État dans le Droit fasciste », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, pp 435 – 466

RADBRUCH, Gustav, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, trad fr. par M. Walz : « Injustice légale et droit supralégal », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, 1995

REVAULT D'ALLONNES, Myriam, *Ce que l'homme fait à l'homme. Essais sur le mal politique*, Seuil, Paris, 1995

RIZZO, Francesca, « Introduction – Les discours inauguraux de Gentile (1903-1918) »,

in *La Renaissance de l'idéalisme*, trad. E. Buissière, Hermann, Paris, 2012, pp. 7-47

ROMANO, Sergio, « Giovanni Gentile, philosophe du fascisme », *Vingtième siècle*. Revue d'histoire, numéro 21, janvier-mars 1989

ROQUES, Christian, « Interprétation de la loi et perversion du droit », *Astérion*, n°4, 2006, pp. 157-186

ROUDINESCO, Élisabeth, « Georges Canguilhem, de la médecine à la Résistance », in *Actualité de Georges Canguilhem*, Institut Synthélabo, PUF, Paris, 1998

RÜTHERS, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 6e édition, Tübingen, Mohr/Siebeck, 2005
RÜTHERS, Bernd, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2e édition, Munich, Beck, 1989

SCHMITT, Carl, *La dictature*, trad. M. Köller, D. Séglard, Seuil, Paris, 2000 (1ère éd. Berlin, 1921)
SCHMITT, Carl, *Théologie politique*, trad. J-L. Schlegel, Gallimard, Paris, 1988 (1ère éd. 1923)
SCHMITT, Carl, *Théorie de la constitution*, trad. L. Deroche, PUF, Paris, 1993 (1ère éd. 1928)
SCHMITT, Carl, *La notion de politique*, traduction M.L. Steinhauser, Flammarion, Paris, 1992 (1ère éd. 1932)
SCHMITT, Carl, *État, Mouvement, Peuple – L'organisation triadique de l'unité politique*, trad. A. Pilleul, Kimé, Paris, 1997
SCHMITT, Carl, *Les Trois types de pensée juridique*, trad. M. Köller, D. Séglard, PUF, Paris, 2015
SCHMITT, Carl, « Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 », *Cités. Philosophie, politique, histoire*, n°14, 2/2003 (1ère éd. 1934), pp. 165-171
SCHMITT, Carl, La constitution de la liberté (conf. 1er octobre 1935)", trad. D. Trierweiler, in Zarka Yves-Charles, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt – La*

justification des lois de Nuremberg du 15 septembre 1935, PUF, Paris, 2005, pp. 53-57
SCHMITT, Carl, La législation nationale-socialiste et la réserve de l'"ordre public" dans le droit privé international (conf. 28 novembre 1935)", trad. D. Trierweiler, in Zarka Yves-Charles, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt – La justification des lois de Nuremberg du 15 septembre 1935*, PUF, Paris, 2005, pp.59-88
SCHMITT, Carl, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes,* trad. D. Trierweiler, Seuil, Paris, 2002

SCHÜRMANN, Reiner, *Les Origines – récit*, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse, 2003

SLOTERDIJK, Peter, *Colère et Temps – Essais politico-psychologique*, trad. O. Mannoni, ed. Maren Sell, 2007

SÖLLNER, Alfons, « Hannah Arendt's The Origins of Totalitarianism in its original context », *European Journal of Political Theory*, avril 2004, vol. 3, n° 2, SAGE Publications Ltd, London, Thousand Oaks and New Delhi

STOLLEIS, Michael, « Dans le ventre du Léviathan. La science du droit constitutionnel sous le national-socialisme », *Astérion*, n°4, avril 2006, pp. 99-122

TAMINIAUX, Jacques, *La fille de Thrace et le penseur professionnel. Arendt et Heidegger*, Paris, Payot, 1992

TASSIN, Étienne, *Le trésor perdu – Hannah Arendt : l'intelligence de l'action politique,* Payot & Rivages, Paris, 1999

TAUBES, Jacob, *En divergent accord – À propos de Carl Schmitt*, trad. Philippe Ivernel, Payot & Rivages, Paris, 2003

TRAVERSO, Enzo, « le totalitarisme-Jalons pour l'histoire d'un débat », in *Le totalitarisme – Le XX^{e} siècle en débat,* Seuil, Paris, 2001, pp. 9 – 110
TRAVERSO, Enzo, « Le Totalitarisme. Histoire et apories d'un concept », in *L'Homme*

et la société, n° 129, 1998, Regards sur l'humanitaire, pp 97-111

TROPER, Michel, *La philosophie du droit*, PUF, Paris, 2e édition, 2006
TROPER, Michel, « Y a-t-il eu un État nazi ? », in *Pour une théorie juridique de l'État,* PUF, Paris, 1994, pp. 177-182

TOSEL, André, *Marx en Italiques*, TER., Mauvezin, 1991
TOSEL, André, « Le Marx actualiste de Gentile et son destin », in *La philosophie de Marx*, trad. Gérard Granel et A. Tosel, TER, Mauvezin, 1995, p. I-XXI

TROTSKY, Léon, *Histoire de la Révolution russe,* trad. M. Parijanine, Seuil, Paris, 1950

TSAO, R.T., « The Three Phases of Arendt's Theory of Totalitarianism », *Social Research*, 69/2, 2002, p. 579-619

VAN DER WALT, Johan, « Law and the Space of Appearance in Arendt's Thought », in *Hannah Arendt and the Law,* edited by Marco Goldoni and Christopher MacCorkindale, Oxford and Portland, Oregon, 2012

WILKINSON, Michael A., « Between Freedom and Law : Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of "The Tradition" », in *Hannah Arendt and the Law,* edited by Marco Goldoni and Christopher MacCorkindale, Oxford and Portland, Oregon, 2012

WEBER, Max, « Le métier et la vocation d'homme politique – *Politik als Beruf*-1919 », in *Le savant et le politique*, préface Raymond Aron, 10/18, Plon, Paris, 1959, pp. 99-185

WOLFF, Francis, *Aristote et la politique*, PUF, Paris, 1991

YOUNG-BRUEHL, Elisabeth, *Hannah Arendt. Biographie*, trad. J. Roman et E. Tassin, Calmann-Levy, Paris, 1999

ZARKA, Yves-Charles, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt – La justification des lois de Nuremberg du 15 septembre 1935*, PUF, Paris, 2005

ZIZEC, Slavoj, *Vous avez dit totalitarisme ? – Cinq interventions sur les mes(usages) d'une notion*, Trad. D. Moreau et J. Vidal, Éditions Amsterdam, Paris, 2013

TABLE DES MATIERES

TOME I – HANNAH ARENDT, LES JURISTES ET LE CONCEPT DE TOTALITARISME 1

INTRODUCTION 5
1- Le droit totalitaire est-il un monstre ? 8
2 - La dette d'Hannah Arendt à l'égard des juristes 15
2.1. La théorie juridique de l'autorité duale 17
2.1.1. Robert H. Jackson 17
2.1.2. Ernst Fraenkel 18
2.2. Franz Neumann 22
2.3. Carl Schmitt 24
2.4. Les juristes nazis 32
3 - Corpus et plan 34

PREMIÈRE PARTIE – Les théories totalitaires du droit et de l'État 43

Chapitre I – Les conceptions nationales-socialistes du droit et de l'État d'un point de vue dogmatique 46
1 - La doctrine juridique nationale-socialiste d'un point de vue externe 47
1.1. Le principe de communauté raciale (*Volksgemeinschaft*) 53
1.1.1. La définition raciale du peuple 53
1.1.2. Le principe de communauté 60
1.2. Le principe du Chef (*Führerprinzip*) 65
1.2.1. Les caractéristiques de la *Führung* 65
1.2.2. L'organisation du pouvoir 70
2 - Point de vue interne : la construction de Carl Schmitt 80
2.1. La prégnance de Carl Schmitt sur les juristes en exil 80
2.1.1. Carl Schmitt selon Ernst Fraenkel 81
2.1.2. Carl Schmitt selon Franz Neumann 85
2.2. Le Mouvement (*Bewegung*) selon Carl Schmitt 93

Chapitre II – Droit et nazisme d'un point de vue critique 104
1- Les principes fondamentaux des systèmes totalitaires selon Hannah Arendt 105
1.1. Le Mouvement 105
1.2. L'Ennemi objectif 109
2- Le rapport du nazisme à la loi selon les juristes et Hannah Arendt 118
2.1. Le Mouvement contre la loi 119
2.2. L'abdication du Pouvoir judiciaire 131
2.3. Le droit comme « conscience intime » 139
3 - Des interprétations divergentes de l'identité entre la loi et l'éthique 146
3.1. La lutte d'Ernst Fraenkel contre le droit naturel nazi 149
3.2. La défense du jus naturalisme par Franz Neumann 160
3.3. Hannah Arendt face à la doctrine juridique nazie 162

Chapitre III – L'organisation du pouvoir 168
1 - Franz Neumann et la théorie du gouvernement informe 171
1.1. Un gouvernement informe ? 171
1.2. Un gouvernement « mafieux » ? 178
2 - Ernst Fraenkel et la théorie de l'autorité duale 180

2.1. L'État Dual d'Ernst Fraenkel 180
2.2. La théorie de l'autorité duale 182
2.3. L'informité (*shapelessness*) planifiée 183
3 - La structure en oignon d'Hannah Arendt 189

DEUXIÈME PARTIE – Le totalitarisme comme régime 197

Chapitre IV – Un nouveau type de régime 200
1 - L'hommage à Montesquieu 204
2 - Une nouvelle typologie des formes de gouvernement 213
2.1. La remise en question de la typologie aristotélicienne (autoritarisme, dictature et totalitarisme) 214
2.2. La remise en question de la typologie platonicienne (Régime légal, tyrannie et totalitarisme) 221

Chapitre V – Le cas de l'Union soviétique 225
1 - L'URSS selon Hannah Arendt 227
1.1. Hannah Arendt critique de Karl Marx 227
1.2. L'Union soviétique comme régime totalitaire 229
2 - Karl Marx et l'Union soviétique selon la théorie du droit 233
2.1. Karl Marx précurseur de Carl Schmitt ? 233
2.2. La Théorie générale de l'État soviétique 238
2.2.1. Des frontières linguistique, politique et scientifique 241
2.2.2. La Dictature du prolétariat 242
2.3. Le droit en URSS 247
2.3.1. Les Constitutions de l'URSS 252
2.3.2. La loi 258

Chapitre VI – Le fascisme en question 262
1 - Une classification polémique 263
1.1. Une terminologie et une chronologie vacillantes 263
1.2. Des motifs insuffisants 269
1.2.1. L'idolâtrie fasciste de l'État 270
1.2.2. Un poids démographique insuffisant 272
1.2.3. L'absence de terreur d'État 275
2 - La théorie fasciste de l'État 276
2.1. La théorie générale de l'État fasciste 276
2.2. Le droit constitutionnel fasciste 289
3 - La philosophie actualiste 296
3.1. Les fondements métaphysiques de l'actualisme 302
3.2. De la dialectique de l'Ego comme acte à l'État total 306
3.3. La loi « *in interiore homine* » 310

CONCLUSION 314

BIBLIOGRAPHIE 325

TOME II – TRADUCTIONS..... 1

TRADUCTION 1
Ernst Fraenkel, *L'État Dual, (*1941) – Partie II : La Théorie juridique de l'État Dual 2

Chapitre I – Le rejet du droit naturel rationnel par le national-socialisme..... 3

Chapitre II – La campagne nationale-socialiste contre le droit naturel..... 13
1 - Le système chrétien du droit naturel..... 13
2 - Le droit naturel séculier 22

Chapitre III – Le national-socialisme et le droit naturel communautaire 37
1 - Droit naturel social et communautaire..... 37
2 - Le droit naturel communautaire et la théorie concrète de l'ordre 46

TRADUCTION 2
Gerhard Leibholz*, Les Problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, (1928)..... 60

Université de Cergy-Pontoise

Centre de philosophie juridique et politique

*

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université de Cergy-Pontoise

Thèse de Philosophie

Hannah Arendt, les juristes et le concept de totalitarisme

TOME II

TRADUCTIONS

TRADUCTION 1

Ernst Fraenkel, *L'État Dual, (*1941)

Partie II – La Théorie juridique de l'État Dual

Traduction française[727]

Justitia remota quid aliud est regnum quam grande latrocinium ?

Augustinus

727 Nous traduisons l'édition américaine, et non allemande (FRAENKEL, Ernst, *The Dual State, a contribution to the theory of dictatorship*, trad. E.A. Shils, Oxford University Press, New York – London-Toronto, 2010), qui fut publiée à New-York en 1941 du vivant de l'auteur. Sur cette édition américaine, voir la préface du 15 juin 1940 écrite par Ernst Fraenkel à Chicago. Nul doute qu'il bénéficiait à ce moment-là d'une liberté de parole telle qu'elle suffit à elle seule à justifier le choix de l'édition américaine, et non allemande, comme texte de référence pour la présente traduction.

Chapitre I – Le rejet du droit naturel rationnel par le national-socialisme

« L'abolition complète de l'inviolabilité de la loi est la principale caractéristique de l'État à prérogative. Ce rejet implique la suppression du principe fondamental de l'inviolabilité de la loi de l'ensemble de l'ordre juridique. Si, à l'intérieur de l'État normatif, l'inviolabilité existe seulement sous certaines conditions, alors il ne s'agit pas d'un vrai principe et l'inviolabilité conditionnelle est nécessairement l'opposé de l'inviolabilité. Ce rejet du principe de l'inviolabilité de la loi (son abrogation actuelle aussi bien que potentielle) soulève la question générale de la signification de la loi.

Peu avant l'accès au pouvoir du national-socialisme en 1933, Gustav Radbruch[728] discutait du principe de l'inviolabilité de la loi tel qu'Otto Mayer, une autorité allemande notoire en droit administratif, le définit. Selon Radbruch, le principe provint du droit naturel et fut ensuite incorporé dans le système du droit positif. Le principe est qu'une fois que le souverain a promulgué une loi, il ne peut la violer à discrétion. Par conséquent, le principe que le pouvoir législatif est conféré au souverain parce qu'il est le souverain est limité par le droit naturel[729].

728 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (3e éd., Leipzig, 1932) pp. 182 et s.

729 Le fait que, d'un point de vue historique, le principe de l'inviolabilité de la loi soit originaire du droit naturel, est expressément souligné par Radbruch qui, dans la préface de son livre, fait part de son opposition à certains courants de pensée à la mode et s'identifie lui-même à une époque que le philosophe du droit national-socialiste Larenz a ridiculisée comme « la nuit des Lumières »

Puisque la doctrine de l'inviolabilité de la loi appartient à l'héritage du droit naturel rationnel, son rejet explicite dans le système juridique du Troisième Reich soulève la question de l'ensemble de l'attitude du national-socialisme à l'encontre du droit naturel. Concernant cette question, une source importante est disponible. Dans son discours devant le Reichstag, lors du quatrième anniversaire de son accès au pouvoir, le 30 janvier 1937, Adolf Hitler fit plusieurs remarques importantes concernant la relation entre le national-socialisme et la loi. Il déclara : « L'homme est incapable de percevoir le sens et la finalité inhérents à l'existence de races qui ont été créées par la Providence. Le sens et la finalité des institutions humaines peut, cependant, être mesurés par leur utilité pour la préservation des groupes ethniques (…) Seule la reconnaissance de cet axiome peut prévenir l'homme d'adopter des doctrines rigides là où il ne peut y avoir de doctrines et de transformer abusivement les moyens en impératifs là où la fin devrait être considérée comme l'impératif unique. Au fur et à mesure du temps, notre attitude à l'égard des lois s'est détournée du droit chemin, en partie à cause de l'intégration d'idées étrangères, mais aussi à cause de notre propre incompréhension. Deux extrêmes opposés caractérisent ce débat :

1 – l'hypothèse que la loi en tant que telle n'a pas de valeur intrinsèque,

2 – l'hypothèse que la fonction première de la loi est la protection de l'individu.

Outre ces possibilités, les requêtes concernant les plus hauts intérêts de la communauté en tant que tout, n'étaient reconnues que sous la forme d'une concession fondée sur la Raison d'état. D'un autre côté, la révolution nationale-socialiste procura à la loi, à la jurisprudence et à l'administration de la loi un fondement sans ambiguïté. Leur fonction est le maintien et la protection du peuple contre les groupes anti-sociaux

qui désirent s'y soustraire ou qui sinon échouent à remplir toutes les obligations requises par la communauté. »[730]

Dans ce discours, Hitler ne fait que proclamer officiellement ce que la doctrine nationale-socialiste a toujours reconnu. Le même point de vue a été exprimé succinctement par le professeur Gerber quand il déclare que la pensée politique nationale-socialiste est « existentielle et biologique, ses données étant l'unique processus de vie primitif »[731]. Contrairement à la pensée politique libérale, elle ne consiste pas en « des constructions rationnelles abstraites qui possèdent une validité universelle »[732] et qui à ce titre ne valent que le mépris. Gerber déclare explicitement que les notions traditionnelles concernant la nature de la justice ont perdu leur validité. "Le national-socialisme insiste sur le fait que la justice n'est pas un système de valeurs abstraites et autonomes comme les différentes sortes de systèmes de droit naturel. Cette approche nous aide à apprécier le fait historique que chaque État a son propre concept de justice."[733] Par conséquent, la justice ne peut pas être considérée indépendamment d'un État particulier existant. *Tot res publicae, tot justitiae* ! Après avoir montré comment l'idée cosmopolite d'une justice universelle dite divine a été supplantée par la doctrine d'une justice monarchique danoise et d'une justice républicaine portugaise, le professeur Gerber présente sa conception de la nature réelle de la justice comme "rien d'autre que la certitude du peuple qu'il représente une individualité sociale primitive."[734]

730 Que ces déclarations fassent autorité est indiqué par le fait qu'elles ont été expressément publiées dans la plupart des revues juridiques

731 Hans Gerber, « Volk und Staat (Grundlinien einer deutschen Staatsphilosophie), Ztschr.f.dtsch. Kult. Philos., NF 1936, Band III pp. 15-56, en particulier p. 24

732 Ibid., p. 23

733 Ibid., p. 42

734 Ibid., p. 41

Par cette conclusion, Gerber est en accord avec Alfred Rosenberg qui, dans une formulation plus populaire, a déjà présenté la même idée en 1934[735]. Rosenberg a déclaré que la distinction entre « le bien » et « le mal » est obsolète – une idée qu'il a exprimé dans sa citation la plus reproduite d'un proverbe indien : « Vrai et faux ne se promènent pas en disant "nous voilà". Le vrai est ce que le peuple aryen pense être vrai. »[736]

Ce n'est pas par accident que le premier acte, après le coup d'état national-socialiste (c'est-à-dire après le décret du 28 février 1933), fut l'abolition de la règle *Nulla poena sine lege*, jusqu'alors un principe majeur du droit positif allemand. La *Lex van der Lubbe* accorda une peine capitale rétroactive pour un crime qui, au moment où il avait été commis, n'était sujet qu'à l'emprisonnement. Par la promulgation de cet acte, le national-socialisme a indéniablement démontré qu'il ne se considère lié, ni en théorie ni en pratique, par ce vieux principe du droit naturel qui, jusqu'au coup d'état, était un élément non remis en question de la conception allemande de la justice. La *Lex van der Lubbe* a parfaitement rendu visible la transmutation des valeurs. La théorie juridique nationale-socialiste saisit cela clairement et même le souligne. La *Lex van der Lubbe* "a frappé en plein cœur la révolte intellectuelle du dix-neuvième siècle. Elle a attaqué un système qui a osé substituer à la vigueur créative et au pouvoir d'un peuple vivant un ordre hypostasié de valeurs, de normes et de règles qui, ainsi, a détruit complètement l'immédiateté d'une vie éthique et politique."[737]

Il est intéressant de noter qu'en 1928 Rudolf Smend avait envisagé l'émancipation de l'État moderne de toute "légitimation non politique comme la véritable origine du *Rechtsstaat* moderne."[738] Mais la réduction de l'État de droit à une

735 Alfred Rosenberg, « Lebensrecht, nicht Formalrecht », Dtsch. Recht 1934, p. 233
736 Alfred Rosenberg, *Der Mythos des 20. Jahrhunderts* (53rd-4th ed., München, 1934), pp. 571-2
737 Gustav Walz, « Der Führerstaat », D. Jstz., 1936, p. 814-15
738 Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (München, 1928), p. 102

machine juridique précisément articulée signifiait le début de sa fin. Smend a dénoncé comme inadmissible la légitimation de l'État au nom de n'importe quelle sorte d' « ordre transcendant ». Le silence significatif qu'il garde aujourd'hui peut justifier l'hypothèse que la légitimation de l'État par des faits biologiques (qui, à n'en pas douter, sont non-transcendants) n'est pas moins admissible. Dans la préface de *Mythus des 20. Jahrhunderts*[739], Rosenberg souligne le fait que son livre exprime l'attitude d'une génération qui a perdu sa foi dans les valeurs traditionnelles absolues et universelles. Depuis que ce porte-parole de la désillusion et du cynisme est devenu le directeur suprême de l'éducation « philosophique » d'un parti qui, à son tour, dirige un peuple de quatre-vingts millions de personnes, la conclusion est peut-être fondée que le scepticisme de la génération précédente est devenu la foi de la génération arrivant aujourd'hui à maturité. La déclaration de Carl Schmitt que nous faisons aujourd'hui l'expérience de la banqueroute des *idées générales**[740], semble par conséquent moins importante que la déclaration suivante d'un membre de la jeune génération nationale-socialiste. Dans la revue *Jugend und Recht*, Leuner déclare avec une remarquable franchise qu' "il n'y a pas de droit résidant dans le ciel ; il n'y a pas de droit identique qui serait inné à l'individu ; il n'y a par conséquent pas de droit naturel trans-ethnique universel. Il n'y a qu'une seule norme qui soit également valide pour tous les individus, à savoir qu'ils vivent en accord avec les impératifs de leur race."[741]

En relation avec l'affirmation nationale-socialiste que la loi n'a pas de valeur intrinsèque par elle-même, il est à propos de citer la célèbre déclaration d'Hitler selon laquelle dans le Troisième Reich la loi et l'éthique sont identiques. Cependant, il ne faut pas oublier que ce dogme[742] a une double signification. D'un côté, la phrase de

739 Voir note 9
740 Carl Schmitt, « Nationalsozialistisches Rechtsdenken », Dtsch. Techt, 1934, p. 225
741 Leuner, « Spekulatives und Lebensgesundes Staatsrecht », *Jugend und Recht*, 1937, p. 49
742 Hitler proclama ce principe lors de l'assemblée des juristes allemands à Leipzig dans un discours célèbre

Hitler peut signifier que la loi allemande contemporaine ne peut être valable qu'en tant qu'elle correspond à une maxime morale. D'un autre côté, cela peut signifier que, dans l'État national-socialiste, les normes éthiques ne peuvent être valables qu'en tant qu'elles sont en harmonie avec un système juridique qui est fondé sur ses propres valeurs. En réalité l'identification de la loi et de l'éthique dans le Troisième Reich a résulté de l'assimilation de la moralité à la loi nationale-socialiste. Ce point de vue a été exprimé sans ambiguïté dans la littérature nationale-socialiste. Par exemple, Dernedde écrit : "La proclamation actuelle de l'identité indissoluble de la loi et de l'éthique signifie l'intégration de ces deux catégories dans la communauté ethnique. C'est l'opposé d'une reconnaissance d'un droit naturel universel et trans-ethnique qui limite le pouvoir du législateur."[743]

Il est évident qu'une telle simplification à l'emporte-pièce du problème le plus profond de la théorie politique contribue grandement aux immenses succès propagandistes auprès des masses populaires. Des idées que Machiavel ne présentait qu'à un cercle étroit d'initiés sont diffusées par Adolf Hitler au moyen de toutes les techniques modernes de communication, même aux membres adolescents des organisations hitlériennes de la jeunesse. Le commentaire de Figgi sur Machiavel s'applique également à Hitler : "Il n'est parti d'aucun idéal de gouvernement ni n'a désiré en trouver un, il n'a pas médité sur la philosophie de la loi. La justice sociale n'a pas pour lui d'autre signification que la fin ultime du salut de son pays. Il eut l'horizon limité et l'influence illimitée qui découlent toujours d'un problème rétréci. »[744] Mais le pendant de cette entreprise en apparence prospère est la destruction de la tradition

(octobre 1933). Ce dogme, incidemment, rejette complètement la distinction kantienne entre légalité et moralité. Cf. Georg Rusche et Otto Kirchheimer, *Punishment and Social Structure* (New-York, 1939) p. 179

743 Carl Dernedde, « Gesetz und Einzelanordnung », Ztschr. f.d. Ges. Staatsw., vol. 97, p. 377

744 John Neville Figgis, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, 1414-1625 (Cambridge, 1907), p. 86

éthique de la civilisation occidentale. Hermann Heller a dit qu' « une fois que la conscience morale devient un problème d'élevage de bétail, les problèmes moraux perdent leur inéluctabilité."[745]

Le rejet actuel du droit naturel est moins surprenant que la forme qu'il prend. La doctrine du droit naturel, après tout, a été remise en cause depuis plus d'un siècle. Elle a été réfutée encore et encore par la science politique, et elle n'a pourtant pas perdu sa vitalité. Depuis plus de cent ans, nous avons intellectuellement refusé tout type de droit naturel tandis que notre conscience morale a simultanément demandé sa reconnaissance. Au moment où, grâce à l'influence malheureuse de Bergbohn, le positivisme fleurissait en Allemagne, la philosophie juridique américaine était pleinement consciente de cette contradiction. Morris Cohen, lors d'une conférence prononcée en 1914, a dit : "Défendre une doctrine des droits naturels aujourd'hui exige soit d'être insensible à la marche du monde, soit un courage considérable pour l'affronter."[746] Le quart de siècle qui s'est écoulé depuis n'a pas supprimé ces obstacles intellectuels, alors que les demandes de reconnaissance du droit naturel ont augmenté. Carl Becker, plaidant pour la cause du droit naturel contre les doutes intellectuels, affirme que bien que nous ayons perdu la formule, quelque chose de l'ancienne foi se maintient. "Nous sommes tenus à elle, si ce n'est par une conviction certaine, au moins par nécessité, en ne voyant d'autre alternative que le cynisme ou le désespoir."[747] Cette attitude ambivalente à l'égard du droit naturel reflète la double origine de notre culture ; selon les mots de Werner Jaeger : "aucune tentative théorique pour construire un pont

745 Hermann Heller, « Bürger und Bourgeois », *Neue Rundschau* 1932, p. 715

746 Discours prononcé avant la conférence sur la philosophie sociale et juridique, 11 avril 1914 (université de Chicago) ; publié dans *The Philosophical Review*, vol. XXV, 1916, pp. 761-777, en particulier p. 761.

747 Carl L. Becker, « Afterthoughts on Constitutions », in C.J. Read, *The Constitution Reconsidered* (New York, 1938), p. 396. Cf. Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien (*4e éd., Breslau 1929) pp. 318, 366, 391.

entre elles ne peut changer le fait historique que notre moralité vient de la religion chrétienne et notre politique de la conception gréco-romaine de l'État."[748]

Alors que le fascisme italien s'identifie délibérément à l'idée de l'*Imperium Romanum* et à la théorie romaine de l'État, le national-socialisme exprime explicitement son antipathie à l'égard du droit romain. Des analyses sophistiquées de l'évolution juridique de la nouvelle Allemagne ont, cependant, révélé aujourd'hui ce qui est exactement impliqué par la substitution du « droit commun allemand » au droit romain. En se référant aux études de Hoehn, qui prétend démontrer que Otto von Gierke, le prophète du droit allemand des associations (*Genossenschaftsrecht*), n'est plus significatif[749], Manigk explique que "le noyau philosophique du droit allemand (en particulier le concept de *Genossenschaft*) est en contradiction avec notre État tel qu'il existe aujourd'hui (…) L'idée d'une direction autoritaire a été réalisée dans l'antiquité romaine. La séparation des pouvoirs était inconnue et le Sénat appelait l'Empereur « notre chef »."[750]

Quand nous parlons de la conception classique de l'État, nous ne nous référons pas à la *politeia*, l'utopie politique. Nous avons plutôt à l'esprit la *poli*s, la réalité historique, telle qu'elle a existé dans les cités grecques. L'antiquité grecque tardive a bien sûr produit le stoïcisme, une théorie politique qui est en contradiction directe avec l'idéal de la *polis*. A.J. Carlyle écrit qu' "il n'y a pas de changement dans la théorie politique plus étonnant par sa totalité que le changement de la théorie d'Aristote à celle des opinions philosophiques tardives représentées par Cicéron et Sénèque."[751]

748 T. Werner Jaeger, *Paideia, the Ideals of Greek Culture* (translated by Gilbert Highet) (New York, 1939). Smend avait partiellement raison quand, dans son éloge des premiers écrits de Carl Schmitt (en particulier *Die Diktatur*), il écrivait : « L'attitude de l'antiquité à l'égard de l'État et l'approche d'antiquaire sont merveilleusement combinées dans ce livre. » (Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, 1928, p. 104)

749 Reinhard Hoehn, *Otto von Gierke's Staatlehre und unsere Zeit* (Hamburg, 1936)

750 Alfred Manigk, « Rechtsfindung im neuen Staat », Arch. f. Rechts-u. Soz. Phil. 1936, p. 176

751 A.J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West* (Edinburgh and London, 1903), vol. I, p. 8

Carlyle voit le même clivage dans les différentes notions concernant l'égalité et l'inégalité de l'homme. Il place la doctrine de l'égalité primitive à côté de l'opinion ancienne de l'inégalité. La théorie politique spécifiquement moderne est d'origine stoïcienne et a été influencée par le christianisme et les Lumières. Dans cette doctrine, "il n'y a qu'une seule définition possible de toute l'humanité, la raison est commune à tous (…) il n'y a pas de race qui, sous la conduite de la nature, ne puisse atteindre la vertu."[752] Pour l'Allemagne, cependant, cette doctrine a cessé d'être « moderne ». Le national-socialisme postule l'inverse – c'est-à-dire, l'inégalité de l'homme conditionné racialement et humainement non modifiable. Avec cela, le pas décisif d'Aristote à Cicéron est réduit à zéro et la longue tradition du christianisme et de l'humanisme, de la science occidentale et de philosophie, est abandonnée.

De plus, en raison de son rejet du droit naturel, le National-socialisme est opposé à la doctrine médiévale du pouvoir du prince absolu. La principale caractéristique du dictateur n'est pas le fait qu'il fasse la loi en accord avec sa volonté. La théorie de la dictature moderne peut être appréhendée seulement en considérant à nouveau la distinction, courante dans le Moyen Âge, qui a été oubliée à l'époque de la démocratie et de l'État de droit. Mcllwain[753] souligne qu'à l'époque actuelle les distinctions qui ont été faites durant le Moyen Âge sont ignorées. Le roi médiéval était considéré comme absolu et pratiquement irresponsable, mais son pouvoir n'était pas arbitraire. La vieille maxime : « ce que le roi veut a force de loi » était – selon Mcllwain – valide seulement si cette volonté était exprimée d'une façon prescrite par la loi et la tradition, et était limitée à certains cas. Il existait des limitations précises à la volonté du prince médiéval, qui étaient généralement exprimées par la formule « le roi est lié à la loi de Dieu et à la loi de la Nature ». Cette distinction apporte un nouvel éclairage à

752 Ibid.
753 Charles H. Mcllwain, *The Growth of Political Thought in the West* (New York, 1932), pp. 364-365

l'analyse menée dans la première section de ce livre. Par la « loi d'habilitation »[754] Hitler est devenu le chef d'État absolu de l'Allemagne, après avoir acquis (par le décret du 28 février 1933) le pouvoir d'un despote. Mcllwain, qui fait allusion évidemment à la situation présente de l'Allemagne, regrette qu'actuellement les deux concepts soient considérés comme pratiquement identiques[755]. En outre, il montre que l'antiquité concevait la loi comme une question politique, alors que la pensée « moderne » lie le politique à la catégorie de la loi. De ce point de vue, le national-socialisme ne peut pas non plus prétendre être « moderne ».

Avec ce rejet de toute trace de droit naturel rationnel, l'Allemagne a tourné le dos à la communauté des nations qui adhèrent sciemment à la tradition de la civilisation occidentale. Le national-socialisme ne peut certainement pas être dit – comme Friedrich Engels l'a dit une fois du socialisme marxiste – l'héritier de la philosophie allemande classique. Il en est plutôt la complète négation.

754 Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (Ermächtigungsgesetz), 24 mars 1933 (RGBI. 1933, 141)

755 Charles H. Mcllwain, « The fundamental law behind the Constitution of the United States », in C.J. Read, *The Constitution Reconsidered* (New York, 1938), pp. 5, 7 et Mcllwain, *Constitutionalism and the Changing World (Collected Papers*), article 'Liberalism and the Totalitarian Ideals » (New York, 1939), p. 263.

Chapitre II – La campagne nationale-socialiste contre le droit naturel

1 - Le système chrétien du droit naturel

Le net rejet des traditions rationnelles du droit naturel entraîna un conflit entre le national-socialisme et les partisans des traditions du droit naturel. Seule une étude des deux groupes opposés nous permettra de comprendre la signification historique de l'attitude du national-socialisme à l'égard du droit naturel.

L'évolution du droit naturel en Europe occidentale ne peut pas être comprise sans faire référence au rôle des éléments religieux. Il n'est plus possible, selon les conclusions solidement établies d'Ernst Troeltsch[756], d'ignorer la composante religieuse dans le développement du droit naturel. Troeltsch n'hésitait pas à considérer la théorie chrétienne du droit naturel dans son dernier développement comme le *Kulturdogma* de l'Église. Il affirmait que pour l'Église ce dogme revêtait la même importance que, par exemple, le dogme de la Sainte Trinité. Bien que les nombreuses églises et sectes aient adopté des attitudes différentes à l'égard du droit naturel, aucune ne l'a jamais complètement répudié. La tradition chrétienne est, de ce point de vue, proche de Zénon, le fondateur du stoïcisme. Zénon, qui fut le témoin de l'intégration des petites cités-états grecques dans l'Empire d'Alexandre le Grand, en vint à glorifier l' « Empire de la Raison » qui est indépendant des frontières politiques[757]. Après la fondation de l'Empire romain, ce concept attira de nouveaux admirateurs comme Cicéron, Sénèque et Marc Aurèle et reçut son expression la plus importante dans le système juridique du *Corpus*

756 Ernst Troeltsch, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*, 3rd ed. (Tübingen, 1913), traduction anglaise par Olive Wyon, *The Social Teachings of the Christian Churches* (London, 1931)

757 Eduard Zeller, *Die Philosophie der Griechen* (5e éd., Leipzig, 1909), traduction anglaise par Alleyne, *A History of Greek Philosophy* (London, 1881)

Juris. En tant qu'héritière de l'*Imperium Romanum,* l'Église catholique romaine repris ces doctrines du droit naturel, bien qu'elles furent sujettes à de vastes modifications afin de les adapter aux besoins de l'Église.

L'adaptation des principes abstraits du droit naturel universel et rationnel aux besoins d'une Église intimement impliquée dans les affaires temporelles fut effectuée par la doctrine médiévale du droit naturel « relatif ». Selon cette théorie, l'homme fut incapable, après la Chute, d'acquérir à nouveau le droit naturel pur de son état antérieur. C'est pourquoi il dût se contenter du droit naturel « relatif », bien qu'il lui fut encore accordé le privilège de lutter pour s'approcher le plus possible d'un état de droit naturel « absolu ». Troeltsch a montré[758] comment cette théorie, tout au long des siècles, ne cessa d'être critiquée par ceux qui ne doutaient pas de la possibilité de la réalisation d'un droit naturel absolu. Cette opposition, venant de ceux qui croyaient en l'existence d'une communauté régulée par les principes d'un droit naturel absolu, se cristallisa dans les sectes qui, en dépit de persécutions impitoyables, adhéraient fermement à la croyance en un droit naturel absolu.

Tandis que ces sectes refusaient le caractère relatif de la théorie catholique du droit naturel, le luthéranisme affirma sa relativité. Considérant que la régulation juridique des relations interhumaines est une affaire mondaine supportant la pression de l'immoralité, le luthéranisme prêchait une obéissance inconditionnelle au régime séculier. Cette « glorification conservatrice extrême de l'autocratie » (Troeltsch) par le luthéranisme était la conséquence d'une attitude qui n'accorde qu'une importance insignifiante aux affaires du monde. Pour le luthéranisme, le vrai christianisme réside dans l'âme intérieure de l'homme (« *Innere Herzenschristlichkeit* »). Elle est indépendante de l'ordre juridique et politique du monde temporel tant que la liberté de

758 Voir note 29

conscience religieuse n'est pas violée. Le chrétien doit se soumettre humblement à un régime sévère et injuste qu'il doit considérer comme une punition imposée par le Seigneur. Mais toute restriction de la liberté de conscience constitue une attaque des principes fondamentaux du droit naturel chrétien.

La doctrine nationale-socialiste, avec sa vive hostilité au droit naturel, ne pouvait être établie que dans un pays où les théories du droit naturel absolu, comme dans le sectarisme chrétien, bien que toujours présentes à un moindre degré, n'étaient pas consolidées en une solide tradition. En Allemagne, le sectarisme chrétien a rarement dépassé le stade de vagues mouvements locaux après l'élimination totale du mouvement anabaptiste de Thomas Münzer, une élimination à laquelle l'attitude sans équivoque de Luther participa. Ainsi, c'est d'autant plus remarquable que le mouvement sectaire des Témoins de Jéhovah fasse l'objet d'un développement si impressionnant depuis ces sept dernières années. Ces sectaires, dont le pacifisme absolu exige d'eux de fuir tout compromis et dont l'adoration exclusive de Jéhovah implique la négation de toute sorte d'autorité séculière, doivent être considérés comme l'incarnation d'un comportement exclusivement en accord avec les normes dérivées d'un droit naturel absolu. Aucun groupe illégal en Allemagne n'est si inflexiblement opposé au national-socialisme que cette secte obstinée. Son développement rapide doit être interprété comme une réaction contre la négation méprisante de tous les principes du droit naturel par le Troisième Reich. Seul cet antagonisme fondamental explique la haine profonde du national-socialisme pour les Témoins de Jéhovah, qui sont devenus de vrais martyrs dans les guerres religieuses de l'Allemagne contemporaine. L'absence de toute tradition de principes absolus du droit naturel fournit probablement l'une des raisons les plus profondes de la compréhension incomplète de l'Allemagne d'aujourd'hui par les pays

anglo-saxons. Influencée par divers mouvements sectaires, toute la vie publique des pays anglo-saxons est nourrie par les principes du droit naturel.

Il était prévisible que la doctrine nationale-socialiste purement politique (qui au fond est dépourvue de tout principe rationnel) entrerait en conflit avec le droit naturel relatif institué par l'Église catholique romaine. Plus surprenant, cependant, fut le conflit avec l'Église confessante, en particulier si l'on tient compte du fait que l'Église luthérienne a non seulement échoué à résister au régime national-socialiste, mais l'a en réalité secondé dans les premières phases du Troisième Reich. L'Église luthérienne en Allemagne est à présent divisée en deux groupes selon leur comportement à l'égard du national-socialisme : les « chrétiens allemands » ont capitulé devant les exigences du régime national-socialiste, alors que l'Église confessante, peu après l'accès d'Hitler au pouvoir, est entrée en opposition avec les doctrines nazies. Cependant, comparé avec la résistance absolue des Témoins de Jéhovah, l'attitude de l'Église confessante semble assez ambiguë. Sa résistance est limitée à la défense de la liberté chrétienne de la foi religieuse et elle ne fit pas opposition à la dissolution du *Rechtsstaat* et à l'établissement de la tyrannie. Elle s'est abstenue d'agir ainsi quand c'était encore possible. L'Église confessante est une Église luthérienne et pour cette raison il ne pouvait en être autrement.

Luther a proclamé : « si tu es oppressé et que l'on te fait du mal, accepte-le ; telle est la nature du régime mondain. Si tu veux vivre dans ce monde tu dois t'y attendre. Le souhait de vivre un autre destin que celui du Christ n'est pas réalisable. Si tu veux vivre parmi les loups, tu dois hurler avec eux. Nous servons dans une maison où le diable est maître et le monde est maître et nombre de désirs mauvais sont les servants.

Tous sont ennemis et adversaires de l'Évangile. Si ton argent est volé et ton honneur détruit – telles sont les manières dans cette maison. »[759]

Le conflit entre le national-socialisme d'un côté, et les églises catholiques et luthériennes de l'autre peut être expliqué en partie par le fait que la doctrine du Troisième Reich (un pays à majorité protestant jusqu'en 1938) fut largement formulée par des catholiques apostats. Le philosophe existentialiste Heidegger, le juriste Carl Schmitt, le propagandiste Goebbels, et beaucoup d'autres intellectuels dirigeants nationaux-socialistes ont essayé de désintégrer la solide structure du catholicisme qui avait formé leur développement spirituel. En tant qu'apostats d'une théorie de l'État fondée principalement sur le droit naturel, ils ont adopté l'idée prussienne de l'État avec l'enthousiasme passionné des convertis. Puisque cette idée prussienne de l'État a été élaborée largement par des penseurs luthériens, ces convertis, en tant qu'anciens catholiques, furent incapables d'apprécier la limite spécifiquement luthérienne au pouvoir de l'État : à savoir, la liberté de conscience. Luther a déclaré : « le régime mondain a des lois qui sont souveraines sur le corps et la propriété et toutes les choses terrestres, mais sur l'âme le Seigneur ne reconnaîtra pas d'autre dirigeant que lui-même. Ainsi, chaque fois que le pouvoir terrestre ose faire des lois touchant l'âme, le Seigneur intervient. »[760]

---

759 Martin Luther, *Sämtliche Werke* (Deutsch), Band 50 (Frankfurt a. M. – Erlangen, 1851), p. 349. Cf. Erich Brandenburg, *Martin Luther's Anschauung vom Staate und der Gesellschaft* (Halle, 1901), p. 5, note 6.

760 Martin Luther, *Von weltlicher Obrigkeit, Sämtliche Werk, Band 27* (Frankfurt a. M – Erlangen, 1851), p. 83. Dans sa dernière œuvre, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (Hamburg, 1938), Carl Schmitt essaye de prouver que la liberté moderne de pensée et de conscience n'a pas son origine historique, comme cela est généralement affirmé, dans le protestantisme. Schmitt avance que, selon Hobbes, l'individu est libre de croire ce qu'il désire croire, à condition qu'il se soumette au culte religieux prescrit par l'État. Ainsi, le minage de l'omnipotence du Léviathan commença avec Hobbes lui-même. « Quelques années après la publication du Léviathan un premier juif libéral trouva par hasard cette incohérence ordinairement non perçue » (Schmitt, op. cit. p. 86). Ce « premier juif libéral », par « une simple manœuvre logique », caractéristique de « l'esprit juif », réussit à pervertir la ligne de pensée de Hobbes. Alors que Hobbes parle d'une sphère réservée que l'État omnipotent accorde à l'individu à l'égard de sa religion, Spinoza (car Schmitt ne fait référence à personne d'autre par l'expression « premier juif libéral ») postule le principe de la liberté de croyance de telle manière que c'est un devoir pour l'État de respecter toutes les opinions dans le domaine religieux sauf quand elles sapent la sécurité publique. Spinoza, selon Schmitt, franchit ainsi le pas décisif en développant la conception de l'État neutre et

Dans son conflit avec l'Église confessante, le national-socialisme fait état des déclarations d'Hitler selon lesquelles il ne se conçoit pas lui-même comme réformateur religieux. Cependant ses garanties répétées que le national-socialisme est seulement un mouvement temporel, laissant la régulation des relations de l'homme avec le Seigneur aux Églises, ne peut dissiper les doutes existants. Tant que le national-socialisme revendique le pouvoir de décider autoritairement de ce qui est temporel et de ce qui est spirituel et tant que le Troisième Reich vise à « gouverner l'âme des hommes », il sera incapable d'établir des relations pacifiques avec l'Église confessante. Cette dernière devrait renoncer à son principe le plus fondamental pour consentir au contrôle politique de la conscience.

Pour le luthéranisme confessant la liberté de conscience est une valeur absolue ; la compromettre équivaut à une renonciation de principe.

Afin de comprendre la tension entre l'Église et l'État dans le Troisième Reich, on ne doit pas souligner des caractéristiques superficielles ou attacher une importance indue au nouveau culte de Wotan, auquel les enseignants du secondaire accordent une importance particulière. La dévotion à ce culte n'a jamais conduit le national-socialisme à la nécessité impérieuse d'initier et de poursuivre le combat contre l'Église. La lutte commença quand le national-socialisme fut confronté à des vestiges d'une foi dans le droit naturel absolu revendiquant son indépendance face à la volonté

---

agnostique des dix-neuvième et vingtième siècle, c'est-à-dire cette conception de l'État qui suscite le plus profond mépris de la part de l'Allemagne nationale-socialiste.
Il n'est pas difficile de percer le but politique de cette nouvelle interprétation historique. En déclarant que la doctrine de la liberté de conscience est le produit de la pensée juive, Schmitt tente de dénoncer le combat de l'Église confessionnelle pour cette doctrine comme une question juive.
Schmitt, cependant, oublie deux choses. Premièrement : le principe de tolérance tel que développé par Spinoza dans son *Tractatus Politicus* a été réalisé par Roger Williams sur l'île de Rhodes alors que Spinoza n'avait que deux ans. Deuxièmement : la conception de Spinoza selon laquelle la liberté de pensée doit être garantie pour tout le monde et que le droit d'intervention est limité seulement aux interventions publiques, et non à la foi privée, n'est en aucune façon un produit de la « mentalité juive ». C'est un allemand de pure origine aryenne qui a développé la même idée dans sa dissertation doctorale : Johann Wolfgang Goethe (cf. *Dichtung und Wahrheit,* 3. Band 11. Buch ; traduction anglaise par John Oxenford : *The Autobiography of Goethe, « From my own Life, Truth and Poetry* ». London, 1891, p. 408)

de l'État. Le national-socialisme a toujours voulu et veut toujours reconnaître les revendications du christianisme sauf quand elles sont en désaccord avec l'article 24 du programme du parti national-socialiste, qui exige que la religion chrétienne se soumette aux nécessités vitales du peuple allemand. Ainsi, dans le domaine religieux nous trouvons la même réserve que dans le domaine de la loi, la supériorité potentielle des considérations politiques qui incite le national-socialisme à combattre les représentants de toutes les idéologies influencées par les doctrines du droit naturel. Dans l'expression « le christianisme sous réserves », le christianisme est moins important que les réserves. Bien que pour des raisons propagandistes le national-socialisme ne dévoile pas sa politique religieuse avec aussi peu d'ambiguïté que sa politique juridique, il n'y a pas de différence fondamentale. Le national-socialisme refuse de considérer les valeurs éthiques ou religieuses (telles qu'elles sont présentes dans le système juridique) comme absolues. La valeur d'une religion n'est pas jugée selon sa vérité intérieure mais selon son efficacité politique. La haine de Ludendorff à l'égard du christianisme repose sur l'hypothèse que dans la prochaine guerre le christianisme serait incapable de pratiquer l'exploitation maximum des ressources psychologiques du soldat. Durant le congrès du parti de Nürnberg en 1937, Hitler indiqua que « tant que nous lui attribuons une existence éternelle, le *Volk* est l'incarnation de la valeur ultime (…) les religions ont de valeur seulement si elles aident à préserver la substance vivante de l'humanité. »[761] C'est seulement une question de temps jusqu'à ce que le cynisme d'un *Reichkomissar* de la religion nationale-socialiste applique cette formule subjectivement sincère à la religion, à savoir que sa valeur est déterminée par son adéquation avec les nécessités vitales du peuple allemand.

761 Publié in D. Jstz. 1937, p. 873

Machiavel peut être considéré comme le père spirituel de cette critique orientée politiquement du christianisme. Dans ses *Discorsi*, se trouvent des idées qui reviennent très fréquemment dans les pamphlets raciaux anti-chrétiens du national-socialisme. Bien sûr, Machiavel n'est pas cité, et les références de Machiavel à l'antiquité classique sont remplacées par des glorifications des tribus allemandes. Selon Machiavel, « Le paganisme ne déifie que les hommes qui ont connu une grande gloire, comme les commandants des armées et les chefs des républiques, bien que les nôtres glorifient plus les hommes humbles et contemplatifs que les hommes d'action. Notre religion, de plus, place le bonheur suprême dans l'humilité, l'abaissement et le mépris des objets terrestres, alors que l'autre, au contraire, place le bien suprême dans la grandeur de l'âme, la force du corps, et toutes ces autres qualités qui rendent un homme impressionnant ; et si notre religion demande pour nous la force d'âme, c'est plus pour nous rendre capable de souffrir que pour accomplir de grandes actions. Ces principes me semblent avoir rendu les hommes faibles. »[762]

Les historiens, dans leurs études de Machiavel, ont toujours conclu qu'une religion orientée vers les exigences de l'État tribal était équivalente au paganisme. La tendance à refuser le caractère absolu à toutes valeurs, sauf celles qui sont politiques, et de les reconnaître seulement en tant qu'elles servent des buts politiques, est un paganisme néo-machiavélien, qui représente l'un des éléments les plus essentiels de la vision nationale-socialiste. Machiavel fait l'éloge de l'empereur romain Numa Pompilius parce qu'il a inventé des dieux appropriés particulièrement à la ville de Rome : « (…) Si la question est de savoir si Rome doit plus à Romulus qu'à Numa, je crois que le plus grand mérite devrait revenir à Numa ; car là où la religion existe, il est facile d'introduire des armées et de la discipline, mais là où il y a des armées mais pas

762 Niccolo Machiavelli, « Discourses on the first ten Book of Titus Livius », Book II, Chap. 2, in *The Historical, Political, and Diplomatic Writings of Niccolo Machiavelli* (traduit de l'italien par Christian E. Detmold, Boston, 1882), vol. II, p. 232

de religion, il est difficile d'introduire cette dernière. »[763] Cette admiration pour l'antiquité primitive est symptomatique d'un désir d'une *polis* dans laquelle il n'y avait pas de conflit entre une éthique universelle et une *raison d'état** particulière.

En rejetant la croyance dans la validité de toutes les idées universelles de justice, le national-socialisme substitue une idée de l'utilité restreinte nationalement aux valeurs humanistes du droit naturel. En considérant la relation étroite entre le christianisme et le droit naturel, la conclusion semble justifiée que le Troisième Reich préfère une divinité locale à un Dieu universel, le Xenothéisme plutôt que le Monothéisme[764].

Cependant, le rejet de toutes les valeurs universelles par l'État à prérogative national-socialiste est une arme à double tranchant. Alors que l'État à prérogative a un pouvoir particulier venant de son rejet de toutes les valeurs universelles, celui-ci est partiellement compensé par les nouveaux ennemis créés. Ces alliés des adversaires viennent de groupes que les ennemis du national-socialisme n'ont jamais compté comme de possible sources d'assistance. Gürke, un juriste internationaliste national-socialiste, voit juste quand il affirme que les différents ennemis du national-socialisme (les démocrates, les socialistes, les catholiques), malgré leurs visions différentes, ont en commun « des doctrines visant à l'intégration et à la libération de toute l'humanité »[765]. En Allemagne aujourd'hui, tous les partisans des différents types de droit naturel sont en train de se cristalliser en un seul bloc en réaction à la négation complète de toutes les valeurs absolues par un Léviathan omnipotent.

Les deux principaux groupes dans le bloc du droit naturel fondent leurs visions du droit naturel respectivement sur la religion et sur des présupposés séculiers.

763 Op. cit. Book I, Chap. II (vol. II, p. 127)
764 Hermann Heller, *Staatslehre*, (Leiden, 1934), p. 218
765 Norbert Gürke, « Der Stand der Völkerrechtswissenschaft », Dtsch. Rw. Band II, p. 75

La section suivante va examiner les caractéristiques particulières du groupe du droit naturel séculier.

2 - Le droit naturel séculier

S'il est vrai que la religion chrétienne est liée au droit naturel aussi bien historiquement que doctrinalement, le droit naturel rationnel ne dépend pas nécessairement des notions chrétiennes avec lesquelles il a souvent été associé.

Les hommes d'étude de la fin du Moyen Âge ont déjà examiné la question de savoir si le droit est rationnel parce que c'est la volonté de Dieu ou si Dieu l'a voulu parce qu'il est rationnel[766]. Les hommes d'étude choisirent finalement la dernière alternative et par ce choix ils préparèrent le terrain pour la doctrine de l'existence d'un droit rationnel indépendant de Dieu. Avec la proposition de Hugo Grotius qu'un droit absolu éternel dicté par la raison existerait même s'il n'y avait pas de Dieu, l'âge classique du droit naturel séculier commença. Dans les écrits de Pufendorff, la théorie du droit rationnel, loin de constituer une idéologie révolutionnaire, apporte une justification à la monarchie absolue, tandis que chez Rousseau elle légitime une forme radicale de démocratie. Le droit naturel séculier influença la législation de Frédéric le Grand et trouva ses interprètes les plus enthousiastes chez les philosophes de l'Idéalisme allemand, Emmanuel Kant et le jeune Fichte. Kant appelle la Loi la prunelle des yeux de Dieu et l'État le garant du droit. Malgré les attaques des théoriciens nationaux-socialistes qui soutiennent qu'il est non allemand, le droit naturel, comme cela est connu aujourd'hui, est pour une grande part une création des penseurs

766 Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (2d ed., Breslau, 1902), p. 73

allemands[767]. Dans quelle mesure des résidus du droit naturel de type classique sont-ils encore présents en Allemagne ? Comment sont-ils reliés aux doctrines nationales-socialistes contemporaines qui expriment leur hostilité à l'encontre du droit naturel orienté universellement et ce sous la forme brute de l'anti-libéralisme ?

Pendant le dix-huitième siècle, le droit naturel a légitimé la séparation existante des pouvoirs[768]. Quand, cependant, pendant la Révolution française, il devint apparent qu'il pouvait aussi légitimer les attentes révolutionnaires, le droit naturel devint un objet de haine pour tous ceux qui avaient intérêt à la préservation du *statu quo*. La réaction contre le droit naturel (qui a ainsi été compromis par le radicalisme de la Révolution française) est le mieux représenté par Burke et Hegel[769].

En s'opposant à la forme révolutionnaire du droit naturel rationnel, Burke fit appel à la tradition de siècles d'évolution. Quand il confronta le jugement de la raison avec le pré-jugement de l'histoire, le droit naturel avec le droit historique, quand il affirma que la prescription est le plus sacré de tous les titres juridiques, Burke posait le fondement du concept romantique d'histoire et de l'école historique du droit et, finalement, de la théorie de la Restauration[770]. Il est superflu de signaler que les idées de Burke, en particulier sous la forme que leur a donnée Savigny, exercèrent une influence considérable sur l'évolution de la pensée juridique du dix-neuvième siècle. Il a en particulier influencé le mouvement qui a demandé le rejet du droit naturel rationnel. Pour notre propos, disons seulement que le national-socialisme a refusé tout lien avec

767 Hugo Preuss, *Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa (Historische Grundlegung zu einem Staatsrecht der Deutschen Republik*). (Aus dem Nachlass von Dr. Hugo Preuss herausgegeben und eingeleitet von Dr. Hedwig Hintze, Berlin, 1925), pp. 400-1 ; Alfred Vierkandt, *Der Geistig-sittliche Gehalt des neueren Naturrechts* (Wien, 1917), p. 17

768 Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Charlottenburg, 1928), pp. 39-40

769 Hermann Heller, « Political Science », in *Encyclopaedia of Social Science*, éd. par Seligman and Johnson, vol. 12 (New York, 1934), p. 218

770 Roscoe Pound, dans *Interpretation of Legal History* (New York, 1923, p. 19) a montré que l'Ecole historique du droit était fondée sur une conception irrationnelle du droit naturel. Cf. Rexius, « Studien zur Staatslehre der historischen Schule », H. Z. Band 107, pp. 513-515.

Burke et Savigny, en dépit de leur refus commun du droit naturel rationnel. L'appel de Burke à des forces irrationnelles du développement historique est effet possible seulement quand la tradition n'est pas rompue, mais non quand toutes les traditions ont été désintégrées. Les nationaux-socialistes ne sont pas les protecteurs d'une tradition héritée. Ils représentent une génération qui a perdu toute tradition directrice. Le « bon vieux droit » n'est pas plus sacré pour eux qu'un droit nouveau dérivé de principes rationnels. L'idée qu'un droit doit être respecté parce qu'il a été respecté depuis longtemps et qu'il est soutenu par une vieille tradition est aussi étrangère au national-socialisme (qui est dirigé seulement par des considérations d'opportunités politiques) que la croyance au droit naturel rationnel. Le national-socialisme aurait respecté Burke pour son combat contre la Révolution française. Mais ils auraient considéré comme une traitrise sa sympathie pour la révolte des colons nord-américains, dont les droits particuliers avaient été reniés. Peu importe combien les théories rationnelles et traditionnelles de la souveraineté diffèrent, elles sont d'accord avec la reconnaissance du droit comme l'élément décisif de la vie politique et sociale. De ce point de vue, elles sont fermement opposées au national-socialisme, qui déclare que le droit n'a pas de valeur intrinsèque. Ainsi, il y a un abime infranchissable entre le respect traditionaliste du droit irrationnel et le mépris irrationnel du droit traditionnel.

Il est vrai que la théorie juridique nationale-socialiste essaie d'expliquer son rejet de l'École historique du droit sur d'autres fondements. Larenz affirme que le national-socialisme et l'École historique du droit partage la même conviction que tout droit dérive des coutumes des « groupes ethniques » (*Volk und Volkstum*). Mais il poursuit en affirmant que leurs conceptions de « l'esprit ethnique » (*Volksgeist*) sont à des extrêmes opposés. « Notre critique de l'École historique du droit » dit-il, « doit tout d'abord être dirigée contre l'identification de l'esprit du groupe ethnique (*Volksgeist*)

avec la totalité des croyances du groupe . »[771] Le national-socialisme rejette la vision romantique selon laquelle le droit peut être « découvert » si le juge s'immerge dans l'âme de la nation et suit la tradition du droit coutumier. Il est reproché à l'École historique du droit son hostilité à l'encontre des lois promulguées. Ce n'est pas au juge de déterminer la croyance juridique d'une nation. C'est le rôle du Chef, du « grand homme ». L'École historique du droit considère le sentiment juridique du groupe ethnique comme la source authentique du droit. Larenz, cependant, place dans « le grand homme » la responsabilité de décider si les croyances du groupe doivent être suivies. Il est le seul à pouvoir décider si les croyances du groupe sont authentiques, et doivent ainsi être reconnues, ou si elles représentent seulement l'opinion publique, et doivent alors être négligées. Si le Chef peut décider s'il va, ou non, soutenir les convictions du groupe concernant le « bien » et « le mal », alors la doctrine de « l'esprit du groupe ethnique » a été subtilement supplantée par une idéologie qui permet au Chef de décider en accord avec ses propres convictions, quel que soit le statut juridique de ses décisions.

Hegel a changé son attitude sur le droit naturel pendant la Révolution française et les décades suivantes. Le livre de Hegel sur la constitution de l'Allemagne[772], écrit en 1803, semble d'une particulière importance pour la présente étude. Burke avait été impressionné par les dangers sociaux de sa classe venant des conséquences de la Révolution française. Hegel, cependant, considérait ces dangers comme une réaction à la faiblesse politique du Saint Empire romain. Relativement à ces dangers, Hegel postulait la suprématie du politique sur tout droit, qu'il soit écrit ou fondé sur des coutumes traditionnelles. L'idée de Hegel que l'essence de l'État est

771 Carl Larenz, *« Volksgeist und Recht, zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule »*, Ztsch.f. dtsch. Kult. Philos. Band I, p. 40, en particulier p. 52.

772 Hegel, « Die Verfassung Deutschlands », *Sämtliche Werke* (herausgegeben von Lasson), Band VII (Leipzig, 1913) pp. 3-149

politiquement déterminée par son antagonisme à l'encontre des autres États était entièrement étrangère à la théorie rationnelle du droit naturel. Ce qui semblait essentiel du point de vue du droit naturel, à savoir la coopération des citoyens pour la promotion de buts pacifiques, n'est pas reconnu par Hegel comme appartenant au domaine de l' « État ». Hegel va même si loin qu'il attaque les théoriciens contemporains de l'État parce qu'ils identifient l' « État » avec la société civile[773].

La thèse de Hegel s'oppose à l'idée de Kant d'une paix sûre et permanente grâce à la construction d'une ligue des nations. Hegel explique que même une ligue des nations est vouée à avoir des ennemis parce que l'antagonisme entre États est une caractéristique essentielle de tout État.

Tant que l'État est individuel, Hegel croit qu'il peut seulement être conçu comme un ennemi des autres États. Hegel insiste sur le fait que, par définition, un État se crée des ennemis[774].

Nonobstant son adhésion à la doctrine des intérêts politiques, Hegel ne rejette pas le concept de droit naturel. Par l'argument que « la totalité morale absolue n'est rien d'autre que la nation »[775], il utilise le droit naturel pour justifier l'État existant dont la *raison d'état** ne peut sinon être justifiée. Ainsi Hegel a légitimé le recours à la *raison d'état** comme quelqu'un « accorderait la légitimité à un bâtard. »[776] (À une époque où le droit naturel était dominant, la *raison d'état**, bien que jouant un rôle important en pratique, était généralement méprisée par les penseurs politiques.)

Les philosophes nationaux-socialistes ne sont en aucun cas unanimes dans leur attitude vis-à-vis de Hegel. Le *Reichsminister* Hans Frank parle de lui comme étant

773 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (herausgegeben von Lasson), 3e éd. (Leipzig, 1930), § 182, Zusatz, p. 334, traduction anglaise par S.W. Deyde *Philosophy of Right* (London, 1896), p. 186

774 Ibid. §324, Zusatz, p. 369. Traduction anglaise, p. 332

775 Hegel « Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts » *Sämtliche Werke* 'herausgegeben von Lasson), Band VII (Leipzig, 1913), pp. 329-416, en particulier p. 371

776 Friedrich Meinecke, *Die Idee der Staatsraison* (München, 1924), p. 435

peut-être le plus grand philosophe politique d'Allemagne[777]. Alfred Rosenberg, d'un autre côté, dénonce la théorie de l'État de Hegel comme « une construction vide »[778]. Mais même des écrivains qui doivent être pris au sérieux, comme Koellreutter, affirme que le national-socialisme et la théorie de l'État de Hegel sont « philosophiquement antithétiques »[779]. Il soutient qu'Hitler n'a rien à voir avec la déification de l'État de Hegel, parce qu'il (Hitler) construit sa philosophie sur le *Volk* (la nation) et non sur l'État. Par contraste, Huber et Larenz revendique Hegel pour le national-socialisme. Larenz[780], lui-même hégélien, souligne que dans ses premiers écrits Hegel voyait l'incarnation de la moralité moins dans l'État que dans la communauté et le *Volk*. Cette discussion sur Hegel, cependant, telle qu'elle est menée par la littérature nationale-socialiste, s'attarde exclusivement sur des problèmes textuels superficiels. Loewenstein[781] a déjà souligné que Hegel employait les termes *Volk* et *Staat* sans discrimination et que dans deux références au même passage grec, il utilisa une fois le mot *Volk* et une autre fois le mot *Staat*. Derrière ces escarmouches philologiques, cependant, des différences d'opinion plus profondes doivent être découvertes. Dans la mesure où le national-socialisme rejette le droit naturel rationnel, et accepte une conception du « politique » dérivée de la notion d' « ennemi », il y en effet des relations étroites entre lui et l'hégélianisme. Cependant, dans la mesure où le national-socialisme donne un contenu spécifique à son concept de politique (comme dans sa théorie raciale et dans sa théorie « du sang et du sol »), pas la moindre relation n'existe.

777 Hans Frank, « Die Aufgaben des Rechts », *Akademie Ztschr*. 1938, p. 4

778 Alfred Rosenberg, *Der Mythus des 20. Jahrhunderts* (München, 1934), p. 525

779 Otto Koellreutter, *Grundfragen des völkischen und staatlichen Lebens im deutschen Volkstaat* (Berlin-Charlottenburg, 1935), p. 14, et Koellreutter, *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus* (Berlin, 1935), pp. 12 s.

780 Carl Larenz, « Die Rechts – und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung », in *Handbuch der Philosophie*, (herausgegeben von A. Baeumler et M. Schröter), Abteilung IV, (München und Berlin, 1934), pp. 153, 187-8

781 Julius Loewenstein, *Hegels Staatsidee ; ihr Doppelgesicht und ihr Einfluss im 19. Jahrhundert* (Berlin, 1927), note 45.

Concernant la question juive, Hegel demande des droits civils pour les juifs. Il condamne une politique où les juifs seraient privés de tout droit aussi bien dans l'État que dans la société. Cette attitude de Hegel est d'autant plus intéressante qu'il définit les juifs comme une nation. Il justifie sa position à l'égard des juifs par l'idée que les juifs sont des hommes et ont par conséquent le droit d'être traités comme des hommes[782].

Hegel balaya les restes de droit naturel rationnel que l'École historique n'avait pas détruit. Son travail et celui de Savigny mina la grande tradition allemande du droit naturel séculier et les tentatives vaines de quelques kantiens de le restaurer. Néanmoins, la réfutation scientifique du droit naturel séculier ne conduisit pas à sa disparition. Dès 1910, Ernst Troeltsch souleva la question de l'influence sur le mouvement ouvrier socialiste des idées dérivées du droit naturel À cette époque, cependant, il n'accorda pas beaucoup d'importance à cette influence, déclarant que « le socialisme marxiste contemporain ne fonde pas ses théories sur la théorie du droit naturel absolu de la liberté et de l'amour comme dans la doctrine chrétienne (…) il repose plutôt sur une conception du droit naturel du développement économique. »[783] Trois ans plus tard, toutefois, Troeltsch modifie de façon assez remarquable son opinion et caractérise la social-démocratie comme l'héritière du « droit naturel radical »[784], déclarant à présent que la social-démocratie était la détentrice des traditions des sectes[785].

Cette discussion des interrelations entre le socialisme et le droit naturel[786] soulève la question de savoir dans quelle mesure les vestiges du socialisme prolétarien

782 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (herausgegeben von Lasson), 3e éd. (Leipzig, 1930), § 270, p. 212 ; traduction anglaise par S.W. Deyde, *Philosophy of Right* (London, 1896), p. 263.

783 *Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages* (Tübingen, 1911), p. 187

784 Ernst Troeltsch, « Das Stoisch-christliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht », in *Gesammelte Werke*, Band IV (Tübingen, 1921-25), pp. 166-91, en particulier p. 186

785 Ernst Troeltsch, « Das christliche Naturrecht (Überblick), in *Gesammelte Werke*, Band IV (op. cit.) pp. 156-66, en particulier p. 165.

786 Max Weber, dans *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1921, pp. 499-501) considérait que les débuts d'un droit naturel prolétarien étaient vérifiés par l'hostilité des marxistes au droit naturel.

peuvent coopérer, pour former un front uni contre le national-socialisme, avec des groupes croyant dans le droit naturel rationnel. Les défenseurs du socialisme prolétarien sont confrontés aujourd'hui au problème de déterminer l'expression qu'ils peuvent donner à leur réaction spontanée contre l'arbitraire du national-socialisme et son hostilité à l'encontre du droit naturel, sans prendre le risque de devenir utopique. Le mouvement socialiste prolétarien renaissant doit, durant la période actuelle d'illégalité, décider de cette question cruciale. C'est un fait réel en discussion dans de nombreux groupes illégaux en Allemagne aujourd'hui.

C'est un fait bien connu que Marx et Engels ont combattu pendant plus de quatre décennies la tentative de fonder les revendications du socialisme sur le droit naturel rationnel. Leur opposition à toutes les sortes de « droit naturel socialiste » est récurrente dans leurs écrits. Ils ridiculisaient de telles tentatives comme absolument utopiques. Engels écrivait : « Proudhon (…) demande pour la société de nos jours qu'elle se transforme, non selon les lois de son propre développement économique, mais selon les prescriptions de la justice (…) Ce qui prouve que Proudhon (…) prêche et se lamente. »[787] Dans sa *Critique du programme de Gotha*, Marx congédie avec emphase la justification du socialisme fondée sur le droit naturel plutôt que sur la science sociale. Il dit : « Le parti des travailleurs allemands (…) montre que ses idées socialistes ne sont même pas superficielles en ceci que, au lieu de traiter la société existante (et cela vaut également pour toute société future) comme le fondement de l'État existant (ou l'État futur dans le cas d'une société future) il traite l'État comme une entité indépendante qui possède son propre fondement intellectuel et moral. »[788] Dans son *Anti-Dühring*, Engels, comme ses adversaires conservateurs, souligne les conséquences destructrices qu'un droit naturel rationnel a produit pendant la Révolution française. Engels, bien sûr, ne se

787 Friedrich Engels, *The Housing Question* (Moscou – Leningrad 1935), p. 88
788 *Critique of the Gotha Programme*, ed. par C.P. Dutt (New York, 1937), p. 17

référait pas à la Révolution en tant que telle mais à sa dégénérescence en dictature napoléonienne. Le progrès de « l'utopie vers la science » consiste à substituer aux constructions rationnelles du droit naturel les lois sociologiques historiques.

Marx n'aurait pas été un vrai disciple de Hegel s'il n'avait pas assimilé la vivacité d'esprit de Hegel et sa clairvoyance pour les réalités politiques. Hegel a prouvé avec une implacable clarté qu'il n'y a pas de solution juridique aux conflits politiques, mais seulement l'épreuve du pouvoir. Marx était parfaitement en accord avec la tradition hégélienne, en justifiant, selon les mots du travailleur dans *Le Capital*, la lutte des classes par la réduction du temps de travail : « Je demande (…) une journée de travail d'une durée normale, et je le demande sans faire appel à votre cœur, parce que les sentiments n'ont pas leur place dans les questions d'argent. Vous êtes peut-être un citoyen modèle, peut-être même un membre de l'Association pour la prévention de la cruauté contre les animaux, et en odeur de sainteté ; mais ce que vous représentez face à moi n'a pas de cœur dans sa poitrine. » Et Marx résume l'argument : « Il y a là, donc, une antinomie, droit contre droit, tous les deux portant le cachet de la loi des échanges. Entre des droits égaux, la force décide. »[789]

Ainsi, Marx dissout le concept de justice *in toto* et lui substitue des « justices relatives » qui sont conformes aux situations économiques. Il dit : « Les formes juridiques, par lesquelles ces transactions économiques apparaissent comme des activités issues de la volonté des parties concernées, comme des expressions de leur volonté commune et comme des contrats que l'on peut faire respecter au moyen de la loi contre l'une des parties, ne déterminent pas leur contenu, en tant qu'elles sont seulement des formes. Elles expriment seulement ce contenu. Ce contenu est seulement, quand il correspond, et quand il est adéquat, le mode de production. Il est injuste, quand

789 Karl Marx, *Capital*, Vol. I (traduit par Samuel More et Edward Aveling, Chicago, 1912), pp. 258-9

il contredit ce mode. L'esclavage dans un mode de production capitaliste est injuste, comme la fraude dans la qualité des marchandises. »[790]

Il est assez compréhensible que le libéral Benedetto Croce se soit référé à Marx comme machiavélien. Et cependant cette caractérisation est trompeuse en tant qu'elle ne prend en considération qu'un aspect seulement de Marx[791]. Même le penseur le plus influent du dix-neuvième siècle ne peut transcender la contradiction inhérente à notre époque entre la conscience, guidée par une croyance au droit naturel, et l'intellect, demandant son rejet. Le fameux slogan « le prolétariat n'a pas d'idéaux à réaliser » est supplanté par un autre, « le prolétariat doit marcher vers un processus de libération ». Karl Marx affirme que l'utopisme consiste à penser que, dans les circonstances présentes, les bonnes intentions vont suffire à établir un régime de justice. Cependant, selon Marx, cet état d'harmonie sera, selon une certitude historique, achevé dès que la société capitalistique créatrice de conflit créateur sera supplantée suite à la lutte des classes. La lutte des classes elle-même, bien sûr, est gouvernée par les lois de la réalité politique, mais la société sans classe qui est son aboutissement est la réalisation des impératifs du droit naturel. Dans l'un des derniers chapitres du troisième volume du *Capital*, Marx écrit : « La liberté dans ce domaine (c'est-à-dire le domaine de la production) ne peut consister en rien d'autre que dans le fait que les hommes socialisés, les producteurs associés, régulent rationnellement leur échange avec la nature, le mènent sous leur contrôle commun au lieu d'être gouvernés par lui comme par un pouvoir aveugle ; qu'ils accomplissent leur tâche avec le minimum de dépense d'énergie et dans des conditions plus conformes à leur nature humaine et de façon plus profitable. Mais il reste un royaume de la nécessité. Au-delà, commence le développement du pouvoir humain, qui est sa propre fin, le vrai royaume de la liberté

790 Ibid., Vol III (traduit par Ernest Untermann, Chicago, 1909), p. 399
791 Hellmuth Plessner, *Grenzen der Gemeinschaft (Eine Kritik des sozialen Radikalismus)* (Bonn, 1924)

qui, cependant, ne peut fleurir qu'au-dessus du royaume de la nécessité qui est son fondement. »[792]

La fonction historique de la lutte des classes, par conséquent, est la création d'une économie fondée sur l'ordre de la raison, comme Marx l'a exprimé dans l'un de ses premiers écrits : « C'est seulement sous le communisme que la noblesse de l'homme devient perceptible. Déjà aujourd'hui cela peut être vu dans une réunion de travailleurs français au sein de laquelle l'établissement de la vraie société est la préoccupation de tous et où la fraternité est vraie et non une phrase vide. »[793]

Ainsi la théorie marxiste se caractérise aussi bien par le rejet de toute application utopique du droit naturel pendant toute la durée de la lutte des classes, et par la vision d'un ordre gouverné par le droit naturel qui fait suite à l'achèvement de la lutte des classes. Si cette interprétation du marxisme est correcte, il ne peut y avoir d'objection à l'affiliation des marxistes allemands avec le Front uni, qui est composé de groupes dont les demandes éthiques sont fondées sur le droit naturel. Les marxistes, cependant, insistent pour dire que leur opposition au national-socialisme est due primairement, non à la suspension de l'inviolabilité de la loi pour une période limitée, mais plutôt au refus du national-socialisme de subordonner son État à une idéologie juridique dérivée de valeurs absolues.

La clarification de la relation entre le socialisme marxiste et le droit naturel est d'une importance décisive parce que, d'un certain point de vue, l'échec du syndicalisme et du réformisme à examiner ce problème, a tracé la voie au fascisme. Il est d'une importance vitale que les origines intellectuelles de George Sorel soient marxistes. Sorel[794] partageait la haine de Marx de l' « arbitraire », c'est-à-dire la tentative utopique de faire dériver les décisions politiques de calculs rationnels. Sorel

792 Karl Marx, op. cit. Vol III, p. 954
793 Marx et Engels, *Gesamtausgabe*, vol. I, p. 325
794 Michael Freund, *George Sorel (Der revolutionäre Konservativismus*) (Frankfurt a. M., 1933)

dépouilla la lutte des classes de son but visionnaire et l'approuva comme un mouvement ayant en lui-même son propre but. Il la transforma en un mythe parce que, pour lui, le mouvement était tout et le but n'était rien. Sorel devint ainsi le prophète du politique sans fin ultime – l'avocat de l'action pour l'action. Au cours de sa vie, il a applaudi les différents mouvements militants, non parce qu'il croyait en leur objectif, mais parce qu'il aimait leur militantisme. Vaugeois, qui fut un membre de l'Action française, et qui était proche de Sorel, s'exclama un jour : « toute force est bonne tant qu'elle est belle et triomphe »[795] Cet aspect de la philosophie sorélienne est exprimé dans les écrits d'Ernst Jünger, l'auteur nationaliste le plus doué de l'après-guerre allemande, qui formula ainsi cette attitude : « ce qui est essentiel n'est pas ce pour quoi nous combattons, mais comment nous combattons. »[796]

Quiconque croit que l'action politique n'est rien d'autre que la soumission aux lois du développement social partagera le destin de Sorel. Comme Sorel, il passera du syndicalisme à l'Action française ; comme Mussolini, un disciple de Sorel, il passera du socialisme au fascisme ; comme Carl Schmitt, un admirateur de Sorel, il désertera le catholicisme politique pour le national-socialisme, dès qu'il sera convaincu que le nationalisme intégral est l'ordre du jour. Pour autant que l'on puisse considérer Machiavel et Hegel comme les ancêtres spirituels du national-socialisme, il doit en être de même pour Sorel. Même si l'influence de Sorel fut indirecte, par l'intermédiaire de l'Italie fasciste, et que son influence directe ne s'exerça que sur un petit groupe d'intellectuels, le *credo* suivant montre son influence :

« L'une des expériences les plus importantes qui me conduisit comme juriste au national-socialisme fut une conversation avec un juriste américain mondialement

795 Cité par Waldemar Gurian, Der integrale Nationalismus in Frankreich (Charles Maurras und die Action française) (Frankfurt a. M. 1931), p. 84 (en français dans le texte)

796 Ernst Jünger, *Der Kampf als inneres Erlebnis* (5e. éd. Berlin, 1933) p. 78 et Ernst Jünger, « Die totale Mobilmachung » in *Krieg und Krieger* (éd. Par Ernst Jünger, Berlin, 1930)

connu. En 1932, il résuma son diagnostic du monde contemporain en une phrase : "Nous sommes aujourd'hui les témoins de la banqueroute des *idées générales**" (Carl Schmitt).[797]

Le fait que le théoricien le plus brillant de l'Allemagne d'après-guerre adhère à un mouvement politique, non en raison de ses idées, mais à cause de son absence d'idées, est un symptôme du degré de développement de cet esthétisme politique qui vénère la violence pour elle-même. Il doit être noté, cependant, que la banqueroute des *idées générales** ne constitue pas l'expérience de toute une génération, mais seulement d'un groupe social déraciné de cette génération. Ce groupe transforme sa nécessité en une vertu, son manque de principes généraux en un principe, et sa pauvreté spirituelle en une théorie politique[798]. Que l'un soit fasciste ou anti-fasciste dépend de son attitude à l'égard de la validité des idées générales. Seul un croyant en l'existence de tels principes sera prêt à se battre, même au prix de sa vie, contre le national-socialisme, en tant que système politique et philosophie nihilistes. C'est le sacrifice personnel exigé pour tout adversaire au national-socialisme en Allemagne qui maintient les vestiges de l'opposition marxiste consciente de l'intérêt du droit naturel ; personne n'a jamais voulu risquer sa vie pour sa croyance dans « la loi du développement social ». Comme Léon Trotsky l'a remarqué, « la conscience de la relativité des valeurs ne donne pas à quelqu'un le courage de pratiquer la violence et de perdre son sang. »

D'un autre côté, l'impuissance politique actuelle du marxisme en Allemagne le prémunit de répéter l'erreur fatale à laquelle il a été particulièrement sujet, à savoir proposer les impératifs du droit naturel comme un programme pour une activité politique concrète. La tragédie des mouvements politiques marxistes en Allemagne

797 Carl Schmitt, « *Nationalsozialistisches Rechtsdenken* » Dtsch. Recht., 1934, p. 225

798 Encore plus caractéristique que l'essais bien connu de Carl Schmitt sur la nature de l'activité politique, le livre de Richard Behrendt : *Politischer Aktivismus* (Berlin, 1932)

repose en partie sur le fait qu'ils sont devenus, en dépit des nombreux avertissements de leurs fondateurs, les victimes de leur croyance dans le droit naturel, même sous le règne du capitalisme. Alfred Meusel[799] a montré de façon convaincante que la social-démocratie a remplacé progressivement l'analyse marxiste de l'impérialisme par une analyse motivée par un pacifisme utopique. Il dit que Kautsky a correctement analysé la tendance dominante de l'époque de l'impérialisme et a anticipé ses conséquences. Néanmoins, sa dévotion, moralement admirable, à la paix l'a poussé à chercher un chemin en dehors du cercle vicieux de la guerre mondiale et de la révolution mondiale. Il habilla alors la démocratie politique d'un charme doré et inclina à croire qu'il était possible de remplacer l'impérialisme par le libre marché et le désarmement, non, il est vrai, sans lutte, mais néanmoins sans les frais douloureux de la guerre et de la révolution. Le problème théorique de 1912 devint une décision fatale en 1919. En faisant confiance à la démocratie et à la ligue des nations, la social-démocratie allemande se retrouva dans le courant de pensée wilsonien, qui était fondé sur les principes du droit naturel absolu. La social-démocratie passa ainsi du marxisme à un parti utopique dont le programme avait été formulé en référence au droit naturel. La social-démocratie, qui originellement avait fendu le voile idéologique du système économique de la société capitaliste, vit à son tour son idéologie être dévoilée comme utopique par le national-socialisme La tentative prématurée de réaliser un ordre fondé sur le droit naturel utopique fut fatal à la social-démocratie. Le parti national-socialiste arriva à maturité pendant sa bataille contre l'utopisme démocratique et pacifique de la social-démocratie d'après-guerre. La tentative du national-socialisme d'extirper toute trace de droit naturel représente l'autre extrême et réveille les consciences de tous ceux

799 Alfred Meusel, « Der klassische Sozialismus », Arch.f. rechts.u. Soz. Phil. Band XXIV, 1930-1, pp. 125-168, en particulier p. 148.

qui pensent que la vie est inutile si l'on ne se bat pas pour fonder un État dans lequel les principes de justice prévalent.

Chapitre III – Le national-socialisme et le droit naturel communautaire

1 - Droit naturel social et communautaire

Le rejet national-socialiste du droit naturel rationnel a réveillé tous les groupes sociaux pour lesquels le droit naturel rationnel a encore une importance positive, mais ce n'était qu'une phase de la relation entre le national-socialisme et le droit naturel.

La conception du droit naturel manque de précision en ce qui concerne le terme « droit », mais elle n'est pas moins ambiguë du point de vue du phénomène qui peut être classé comme « naturel ». Le professeur Carl Becker a souligné cette difficulté dans son analyse du développement historique et intellectuel qui a précédé la Déclaration d'Indépendance. Son exposé rend particulièrement claire la relation entre le droit naturel classique de l'époque des Lumières et le développement de la physique newtonienne. Après avoir expliqué que la loi supérieure (qui est identifiée au droit naturel) a pris différentes formes à des moments différents, Becker distingue dans le concept de droit naturel deux sortes de nature. Selon Becker, « la nature » peut être conçue soit comme « le sujet d'un contrôle rationnel », soit comme « une force aveugle soumettant les hommes et les choses à sa contrainte. »[800] Puisque le droit naturel, à n'importe quelle période, est relié au système de science naturelle qui a cours, il fallait s'attendre à des changements dans la conception du droit naturel avec le remplacement

800 Carl L. Becker, *The declaration of Independence* (New York, 1922) pp. 57, 60, 265, 274, 278. Dans la littérature nationale-socialiste le problème est discuté par Max Mikorey : « Naturgesetz und Staatsgesetz », Akademie Ztsch. 1936, p. 932, en particulier p. 942). Cf. Friedrich Nietzsche, *Beyond Good and Evil, Prelude to a Philosophy of the Future* (1st ed. London, 1901), p. 32

de la physique classique, en tant que science naturelle dominante, par la biologie évolutionniste.

Dans la mesure où le national-socialisme est fondé sur un concept de race, il a déjà accepté la prédominance de la biologie[801]. Sa théorie raciale rejette l'optimisme rationnel associé à la physique classique qui voyait dans la découverte de lois naturelles valables universellement le but suprême du travail scientifique. Ce que nous pourrions appeler son action et sa pensée politique « biologiste » sont fondées sur la reconnaissance et la promotion de forces vitales. Ces forces vitales, irrationnelles, sont le fondement de la race, et leur forme politique est la communauté raciale. Par conséquent, en plus du droit naturel social et rationnel, nous pouvons ajouter à la longue liste des variantes historiques un droit naturel communautaire et irrationnel, fondé sur la biologie.

La distinction entre le droit naturel social et communautaire a été soulignée par les publicistes dès le XVII^{e} siècle. Cette distinction est indiquée par les termes *societas* et *socialitas*. Gierke parle de plusieurs théoriciens du droit oubliés depuis longtemps qui doivent être considérés comme les partisans d'une sorte de droit naturel communautaire[802]. Ces hommes mériteraient difficilement l'attention si Leibniz ne faisait pas partie de ceux qui, comme le dit Gierke, « dérivent le droit de la communauté et voient dans chaque communauté un élément organique du royaume des esprits *in universum.* »[803] La théorie de Leibniz sur le droit naturel communautaire se trouve dans son texte inachevé *Vom Naturrecht*. Quelques-uns de ses passages devraient être cités à cause de l'importance de la distinction entre le droit naturel social originaire de la raison

801 L'interprétation matérialiste de l'histoire s'efforce de faire dériver le changement de problème de la science naturelle d'un changement dans les relations de productions. Cf Otto Bauer, « Das Weltbild des Kapitalismus », in *Der Lebendige Marxismus, Festgabe zum 70. Geburtstag von Karl Kautsky* (éd. Par Otto Jennssen, Jena, 1924). Cependant la sociologie des sciences naturelles est encore un territoire presque entièrement inexploré.

802 Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Band IV (Berlin 1913), p. 391, note 47

803 Ibid., p. 392, note 49 : p. 491

et le droit naturel communautaire originaire de l'instinct. Leibniz écrivait : « Une communauté naturelle existe si la nature désire qu'elle existe. Les signes qui permettent de conclure que la nature désire quelque chose sont donnés dès que la nature nous dote d'impulsions et des capacités de les satisfaire ; car la nature ne crée rien sans une fin. »[804] Leibniz n'est jamais allé très loin dans la différenciation entre les formes de la communauté naturelle, de la communauté matrimoniale, de la famille, de la communauté du foyer et enfin de la communauté civile. Il est encore plus remarquable que Gurvitch[805], un juriste français, se soit récemment intéressé à la théorie presque oubliée du droit naturel communautaire[806].

Dans les pages qui suivent un certain nombre de caractéristiques des idéaux typiques des deux principales formes du droit naturel vont être présentées. Cependant, de nombreuses subtilités concrètes du droit naturel resteront indiscutées. L'objectif de ce procédé n'est pas la description de faits particuliers mais la formulation d'idéaux types.

*

Le droit naturel social part du principe de l'individu isolé vivant dans une lutte constante avec tous les autres individus isolés sauf quand la guerre d'un contre tous est remplacée par un ordre créé par un acte délibéré de la raison.

Le droit naturel communautaire enseigne qu'il existe un ordre harmonieux parmi les individus, fondé sur des impulsions naturelles. Il a pour origine et prend forme dans l'impulsion spontanée des membres de la communauté (*Wesenswillen*)

804 Leibniz, *Deutsche Schriften* (Berlin, 1838) Band I, p. 414

805 George Gurvitch, article « Natural Law » in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, éd. Par Johnson et Seligman (New York, 1933), vol. XI, pp. 284-90

806 Les références ci-dessus à l'histoire du droit naturel communautaire sont rendues nécessaires par le fait que le propagandiste national-socialiste de cette théorie – le professeur Wolgast de Würzburg et son disciple Dietze – omettent d'y faire référence. Depuis que le national-socialisme est supposé être la création originale d'Adolf Hitler, ces références historiques ne sont pas considérées favorablement dans le Troisième Reich. Le texte de Dietze « Naturrecht aus Blut und Boden » (Akademie Ztschr. 1936, p. 818) est le meilleur résumé de la théorie national-socialiste du droit naturel communautaire.

*

Le droit naturel social voit le droit comme la source première de la coopération humaine.

Le droit naturel communautaire voit le droit seulement comme une manifestation de la communauté, dont la cohésion est fonction d'autres forces que celle du droit. Le droit, au mieux, a une fonction de renforcement.

*

Le droit naturel social est suprême. En tant que manifestation de l'omnipotence de la raison il est illimité. Le droit naturel social représente le triomphe de l'esprit sur le corps ; il méprise les impulsions biologiques parce qu'il n'existe que par leur suppression. En réalité, sa légitimation repose sur la suppression de ces impulsions.

Le droit naturel communautaire est le détenteur d'un pouvoir délégué. Son contenu est déterminé par les forces terrestres qui lui ont donné naissance. D'elles, il tire sa domination, qui est limitée aussi bien temporellement que spatialement. Le droit naturel communautaire rejette la raison si la raison questionne la légitimité de ces instincts biologiques sur l'approbation desquels le droit naturel communautaire est fondé.

*

Le droit naturel social est universel. Des limitations du domaine du droit créeraient une ère d'anarchie. La prévention de l'anarchie est l'essence même du droit naturel social. Le droit naturel social est valable pour le monde entier (*jus gentium*). Le *jus gentium* comme droit naturel est distinct du *jus civile* comme droit positif.

La validité du droit naturel communautaire est limitée dans l'espace et le temps et aux personnes concernées. La conscience communautaire à laquelle il doit son

existence émerge seulement au cours de la distinction avec d'autres communautés. Puisque le droit naturel communautaire s'applique seulement à un groupe social particulier, c'est le droit particulier qui est le droit naturel, tandis que le droit international est par définition le droit positif.

*

Le droit naturel social est égalitaire. Il présuppose l'existence d'individus égaux et rationnels qui ont voulu d'un commun accord la création du droit.

Le droit naturel communautaire est non-égalitaire en analogie avec la famille qui est la forme élémentaire de la communauté et qui est organisée sur le fondement d'une relation inégale entre ses membres.

*

Avant de terminer cette série de différences, les relations respectives entre l' « État » et le « groupe ethnique » sous le droit naturel social et communautaire doivent être indiquées.

Pour le droit naturel social, la nation apparaît comme une pluralité de citoyens qui forment un groupe unifié en vertu de leur citoyenneté commune. Le peuple (*Volk*) est un concept juridique dérivé de l'État, qui est juridique par nature.

Pour le droit naturel communautaire, l'État est seulement la forme superficielle de l'unité essentielle de tout *Volksgenossen* (camarades ethniques). La communauté ethnique est une entité biologique qui existe même quand elle n'est pas organisée en État. L'État est un phénomène organique dérivé de la communauté ethnique biologique.

*

Cette différence fondamentale des modes de penser est bien illustrée par deux passages de Justice Holmes et d'Adolf Hitler respectivement. Dans Missouri v.

Holland, Justice Holmes dit des Pères de la Constitution américaine qu' « il était suffisant pour eux de réaliser ou d'espérer qu'ils avaient créé un organisme, il fallut un siècle et il a coûté à leurs successeurs beaucoup de sueur et de sang pour prouver qu'ils avaient créé une nation. »[807]

D'un autre côté, Adolf Hitler soutient que l'État, loin d'être une fin en soi, est seulement un moyen. Selon Hitler, une communauté de membres égaux physiquement et spirituellement doit être créée et préservée. La fin de l'État est de servir cette communauté, et les États qui n'agissent pas ainsi ne sont pas justifiés dans leur existence. Comme ce passage de *Mein Kampf* d'Hitler, qui a été résumé ci-dessus, qui est fréquemment cité comme le cœur de la philosophie politique nationale-socialiste, et dont nous reproduisons le texte allemand : « *Der Staat ist ein Mittel zum Zweck. Sein Zweck liegt in der Erhaltung und Förderung einer Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen (...) Staaten, die nicht diesem Zweck dienen, sind Fehlerscheimungen, ja sogar Missgeburten. Die Tatsache ihres Bestehens ändert so wenig daran, als etwa der Erfolg einer Filibustergemeinschaft die Räuberei zu rechtfertigen vermag*. »[808]

Le concept de droit naturel rationnel prévalait à l'époque de l'émergence des États-Unis, tandis que la pensée du droit naturel irrationnel est à l'arrière-plan de la création du Troisième Reich. L'interprétation allemande actuelle du droit naturel communautaire est peut-être le mieux exprimée par Theodor Buddeberg, qui déclare que « le système juridique de l'État peut exister sur le long terme seulement s'il est fondé sur la proche parenté ethnique des citoyens (…) seule la parenté ethnique leur procure une vision commune de ce qu'est le droit (le droit naturel) et une croyance

807 252 US 416, 433
808 Adolf Hitler, *Mein Kampf* (42e éd., München, 1933), p. 433

commune sans laquelle le droit ne peut exister (le droit divin). »[809] Selon cette conception, le droit divin se manifeste lui-même dans les impulsions ethniques subconscientes. Il devient sécularisé en droit naturel dès qu'il passe le seuil de la conscience. Comme illustration supplémentaire de cette attitude, citons Pfenning : « Seulement les hommes de la même race et des mêmes qualités biologiques héréditaires peuvent coopérer dans une compréhension collective (…) Les membres de la *Gemeinschaft*, à cause de leur identité raciale, réagiront de la même manière à toute crise qui menacera la communauté ethnique entière. »[810]

Tant que l'on considère seulement le rejet du droit naturel rationnel par le national-socialisme, il reste possible de trouver ses racines intellectuelles dans la civilisation occidentale. Le mysticisme biologique souvent rencontré dans la littérature nationale-socialiste fut, cependant, importé par ces *émigrés** russes blancs, dont l'influence sur le national-socialisme ne saurait être surestimée. Ce n'est pas surprenant qu'Alfred Rosenberg, l'auteur du *Mythus des 20. Jahrhunderts*, le prêtre de la croisade contre le bolchevisme, le pape du national-socialisme, soit un *émigré** russe blanc[811].

C'est à propos de ce type particulier de pensée que Max Weber a dit : « L'idée centrale de la conception mystique orientale de l'Église est la conviction ferme que l'amour fraternel chrétien, suffisamment pur et fort, doit conduire à l'unité de toute chose, y compris les questions de croyance. Par conséquent si les êtres humains s'aiment les uns les autres mystiquement au sens de Jean – ils vont tous penser de la même manière, et motivés par l'irrationalité de ce sentiment vont agir avec une

809 TH. Buddeberg, « Descartes und der politische Absolutismus », Arch. f. rechts.u. Soz. Phil. Band XXX, 1937, p. 544

810 Andreas Pfenning, « Gemeinschaft und Staatswissenschaft (Versuch einer systematischen Bestimmung des Gemeinschaftsbegriffes) » Ztschr.f. d. ges. Staatsw. Band 96, pp. 312 ss.

811 Konrad Heiden, *History of National-Sozialismus* (traduit de l'allemand, London, 1934) a souligné l'influence de l'émigration russe sur le développement du national-socialisme. Aux premiers stades du mouvement national-socialiste, Munich était la « Coblence » des émigrés russes blancs. C'est de ces cercles que les nationaux-socialistes ont emprunté cette forme particulière antisémitisme.

solidarité voulue divinement (…) tel est le cœur de la conception slave de la *Gemeinschaft* à l'intérieur et à l'extérieur de l'Église. »[812]

La signification pratique de la différence théoriquement fascinante entre les concepts de droit naturel social et communautaire doit être cherchée dans les théories nationales-socialistes du droit international révélées par la politique étrangère du Troisième Reich.

Il y a une incohérence intéressante dans l'étude de Dietze *Naturrecht der Gegenwart*[813]. Après avoir attaqué l'application du droit naturel social aux affaires domestiques, il accepte sans réserve tous les principes tirés du droit naturel qui dans, le domaine des affaires étrangères, légitiment la remilitarisation de l'Allemagne : les principes de l'égalité des droits, de l'autodétermination et de la liberté de choisir ses moyens de défense, etc.

Si, toutefois, nous étudions la littérature allemande la plus récente, en particulier les publications postérieures au 7 mars 1936 (quand la Rhénanie fut remilitarisée) nous découvrons un remarquable changement[814]. Gürke, professeur de droit international à l'université de Munich, formula avec une particulière clarté la nouvelle théorie nationale-socialiste du droit international comme dérivée du concept de « droit communautaire international » : « le droit international présuppose l'affinité culturelle et raciale des États en plus de leur relation continuelle. »[815] Les conséquences pratiques de cette théorie sont également indiquées par Gürke. Il souligne, par exemple, que tant que la Russie bolchevique est dirigée par des juifs et inspiré par le marxisme, elle demeure un étranger racial et culturel de la « communauté » concrète des nations, et

812 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft (Tübingen, 1921), p. 631
813 Hellmuth Dietze, *Naturrecht der Gegenwart* (Bonn, 1936)
814 Le travail du professeur Wolgast de l'université de Würzburg (« *Völkerrecht* » in *Das gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung*, Teil XIII, pp. 698-993, Berlin, 1934) est important de ce point de vue. Wolgast reconnaît sa dette à Adolf Hitler, le chef, et à Tönnies, le prophète du Troisième Reich.
815 Norbert Gürke, *Grundzüge des Völkerrechts* (Berlin, 1936)

pour cette raison se tient, selon la doctrine nationale-socialiste, en dehors des limites du droit international. Il n'est pas moins important que pour la pensée nationale-socialiste, la communauté ethnique (*Volk*) s'étend au-delà des frontières de l'État. Le fait qu'ils y aient des camarades ethniques (*Volkgenossen*) qui vivent sous la souveraineté d'États étrangers a des conséquences précises pour le national-socialisme. Le droit naturel social a servi de fondement au droit international quand le Troisième Reich fut réarmé. Dans la seconde phase de son développement, le régime national-socialiste considérait le droit naturel communautaire comme un fondement plus adéquat pour le droit international.

Le pacte germano-russe à la veille de la Deuxième Guerre mondiale montrait le sacrifice de ces distinctions idéologiques et l'adhésion du parti à un pur opportunisme. Ainsi, le national-socialisme adopta dans les relations internationales la même idéologie de la transgression de la loi qui avait été utilisée pour justifier l'opportunisme dans la conduite des affaires intérieures.

En analysant les différences entre le droit naturel social et communautaire l'auteur a été guidé par les catégories de Ferdinand Tönnies, le grand sociologue allemand. Tönnies[816], en discutant la théorie de Hibbes, élabora les principales propositions du droit naturel social qu'il différencia alors de l'hypothèse d'un droit naturel communautaire. Tönnies était influencé par la thèse de Maine concernant l'évolution de la loi « *from Status to Contract* »[817]. Il considérait le droit naturel communautaire comme une simple hypothèse et croyait que dans la civilisation occidentale l'âge de la « communauté » (*Gemeinschaft*) subissait une désintégration progressive.

816 Ferdinand Tönnies, *Einführung in die Soziologie* (Stuttgart, 1931)

817 Henry Maine, *Ancient Law* (London et Toronto, 1917), pp. 67-1000, en particulier p. 100. Cf Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (6e éd. Berlin, 1926), Buch III, §7, p. 182 et Tönnies, *Soziologische Studien und Kritiken* (Jena, 1925), Band I, p. 54

Wolgast et Dietze, qui n'ont cessé de se revendiquer disciples de Tönnies, ont traité le droit naturel communautaire comme une réalité politique, alors que Tönnies ne l'envisageait que comme une hypothèse. Cependant, dans leur tentative pour monopoliser Tönnies en faveur du national-socialisme, Wolgast et Dietze ont délibérément modifié ses théories. Le mouvement de la jeunesse allemande a déformé le concept sociologique de Tönnies de *Gemeinschaft* en une panacée pour toutes les souffrances de la société[818]. C'est depuis le Mouvement de la jeunesse que le national-socialisme reprit le fétiche de la *Gemeinschaft* que Hans Freyer, en 1930, appela « le mensonge vital de notre époque. »[819] Ainsi la prophétie d'Ernst Troeltsch que la fin de l'idéalisation des groupes serait de « brutaliser la romance ou de romantiser le cynisme »[820] est devenue vraie.

2 - Le droit naturel communautaire et la théorie concrète de l'ordre

Dans la doctrine nationale-socialiste, la théorie de la communauté est le critère de ce qui est purement allemand et par conséquent national-socialiste[821]. Cette

818 Karl Landauer, « Zum Niedergang des Faschismus », *Gesellschaft*, 1925, p. 168

819 Hans Freyer, *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft* (Leipzig, 1930), p. 140

820 cf. Ernest Barker, *Introduction à Otto Gierke, Natural Law and the Theory of Society 1500-1800* (Cambridge, 1934), p. 17

821 Pour éclairer cette affirmation, il est intéressant de noter que pendant la période de l'après-guerre le concept de *Gemeinschaft* fut également utilisé pendant un temps par le mouvement ouvrier marxiste en Allemagne. Bien que cette appropriation du concept de *Gemeinschaft* ne soit jamais allée très loin dans le mouvement socialiste, ce n'était pas un phénomène isolé. Une théorie de la *Gemeinschaft* assez similaire peut être trouvée dans *L'Origine de la Famille* d'Engels. Les conditions primitives « qui précèdent l'aliénation », esquissées par Engels, ont beaucoup de traits du droit naturel communautaire.
L'affirmation de Plessner que la théorie marxiste est intelligible pour le prolétariat seulement comme une théorie de la libération de la machine est correcte. Mais quand il poursuit en disant que « le socialisme abolit la société pour le bien de la communauté », il généralise des tendances qui existaient dans le jeune mouvement socialiste allemand au moment où le livre était écrit. Ces tendances ne sont jamais devenues importantes dans les pratiques des partis de la classe ouvrière allemande (Hellmuth Plessner, *Grenzen der Gemeinschaft ; eine Kritik des sozialen Radikalismus*. Bonn, 1924, p. 36)

attitude est évidente dans un article du professeur Heckel de l'université de Munich[822] dans lequel il cherche à discréditer Stahl, le fondateur du parti conservateur prussien, parce qu'il était juif. Il complète l'argument en soulignant que Stahl était au fond un libéral marxiste. Pour preuve, Heckel présente le fait que Stahl ne voyait pas l'État comme une *Gemeinschaft* et que par conséquent son attitude était non-allemande[823].

Une attitude purement aryenne et allemande ne conduit pas nécessairement à l'adoption de la théorie de la *Gemeinschaft*. L'affirmation qu'il y a un lien entre la race allemande et la pensée en terme de *Gemeinschaft* est aussi fausse que l'affirmation que le judaïsme et la pensée normative sont liés. La caractérisation de tout système de pensée comme juif constitue, aux yeux du national-socialisme, sa plus vigoureuse condamnation. Par conséquent, la condition principale de la pensée « allemande » est une opposition sans compromis à l'intellectualité « juive », qui est condamnée parce que ses principaux concepts sont dits abstraits et universels. Cette définition plutôt négative de la théorie communautaire nationale-socialiste sert de justification à ce que nous avons appelé l'État à prérogative. La proposition selon laquelle il doit y avoir des normes d'une validité générale afin de protéger la liberté individuelle de toute atteinte de la souveraineté politique, le *diktat* que l'individu ne peut être puni que selon la loi, la doctrine de l'égalité devant la loi – toutes ces idées sont labellisées et condamnées comme normativisme « juif ». La froide norme impersonnelle et abstraite qui est atteinte rationnellement et est fixée rigidement ne garantit pas le bien-être de la communauté et

822 Johannes Heckel, « Der Einbruch des jüdischen Geistes in das deutsche Staats – und Kirchenrecht durch F.J. Stahl », H. Z., 155, 529

823 Le présent auteur, malgré son profond scepticisme à l'égard de la proposition selon laquelle il y a une relation étroite entre la race d'un auteur et sa théorie politique, pense qu'il n'est pas sans intérêt de présenter au moins un exemple d' « Aryen » authentique qui s'est occupé de théorie politique et qui ne soit pas arrivé à la théorie de la *Gemeinschaft*. Justus Möser, à propos des auteurs nationaux-socialistes germanistes n'ayant soulevé aucune problème, écrit : « toute société civile est comme une société par action. Chaque citoyen est un actionnaire. Un serf est un membre de l'État qui n'a pas d'action et par conséquent est sans actif ni passif. Ceci n'est pas plus contraire à la religion que ne l'est un employé de la compagnie de l'Inde de l'Est qui n'en possède aucune action. Au fond, il y a un contrat social explicite ou tacite parmi tous les propriétaires terriens qui s'attaquent aux actions pour leurs fermes. » (Justus Möser, *Patriotische Phantasien*, III, 3e éd., Berlin, 1804, No. 62)

par conséquent est préjudiciable au triomphe de la « justice ». Seul le pouvoir d'action absolument non restreint fondé sur « les circonstances de fait » garantit la suprématie du système juridique, dont le but est la protection de la valeur centrale de la vie, à savoir la protection de la communauté.

L'idée que la communauté constitue la seule source du droit a un corollaire, la doctrine qu'il ne peut y avoir de droit en dehors de la communauté. Dernedde exprime ce dogme en insistant sur le fait qu' « au-delà des besoins vitaux du groupe ethnique il n'y a pas de valeurs juridiques. Ces besoins ne doivent pas être contrariés par des obstacles dérivant de la loi. »[824] Selon la doctrine nationale-socialiste, dans les relations avec ceux qui sont en dehors de la communauté, seuls les impératifs politiques sont valables. Ceux qui sont en dehors de la communauté sont des ennemis soit actuels, soit potentiels. Les relations à l'intérieur de la communauté sont sous le sceau de la paix, de l'ordre et de la justice. Les relations avec ceux en dehors de la communauté sont sous le sceau du pouvoir, de la guerre et de la destruction. Du point de vue du national-socialisme, l'établissement d'une norme juridique gouvernant les relations extra-communautaires aussi bien qu'intra-communautaires freinerait le succès de la poursuite du politique. La doctrine du droit naturel communautaire, par conséquent, n'est pas en conflit avec le régime arbitraire de L'État à prérogative. Elle présuppose plutôt son existence, car seule la communauté et rien que la communauté n'a de valeur. Gerber écrit : « le système politique du national-socialisme repose sur la *Gemeinschaft* comme valeur suprême, c'est-à-dire sur la nature essentielle du groupe ethnique ; le national-socialisme est l'expression de la conception du peuple allemand de la justice. »[825]

824 Carl Dernedde, « Werdendes Staatsrecht », Ztschr. f. d. ges. Staatsw. 1935, Band 95, p. 349
825 Hans Gerber, « Volk und Staat (Grundlinien einer deutschen Staatsphilosophie) », Ztschr.f.dtsch. Kult. Philos., Band III, 1936, p. 47

En plus d'exprimer la conception allemande de la justice, la théorie nationale-socialiste du droit naturel communautaire a aussi une autre fonction. Cette fonction est la légitimation de l'ordre social et économique existant. Le professeur Herrfahrdt de l'université de Marburg a montré comment la légitimation de l'ordre social actuel sur le fondement de l'idéologie de la communauté s'effectue. Il dit que c'est « précisément dans les domaines de la règle de droit et de la sécurité juridique que l'activité judiciaire allemande a procédé d'une façon assez semblable à la théorie nationale-socialiste de la communauté. Dans la mesure où des résidus de libéralisme continuent à exister, ils constituent des valeurs permanentes qui sont également acceptées par le national-socialisme. Parmi elles se trouve la libre existence, dans le domaine du commerce, d'un maximum d'individus indépendants. »[826]

Depuis que la communauté a été élevée à un statut semi-divin, il suffit de caractériser une institution comme communautaire pour la glorifier et la légitimer. Mais pourquoi le concept de communauté serait-il restreint à la nation comme un tout ? Est-ce que la famille n'est pas le modèle de la communauté ? Et si la famille est une communauté, le foyer n'en est-il pas une ? Et si cela est vrai, est-ce que l'atelier n'est pas une communauté, ainsi que l'usine ? Ainsi la doctrine de la communauté révolutionne les relations juridiques entre les membres du groupe ethnique.

La doctrine de la communauté est le pivot de tout le système national-socialiste. La doctrine de la *Gemeinschaft* reconnaît le dualisme des deux systèmes juridiques : l'État normatif et l'État à prérogative.

Les relations entre le droit naturel communautaire et l'État normatif doivent encore être démontrées. Ces relations apparaissent le plus clairement dans le texte de Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, qui est l'étude

826 Heinrich Herrfahrdt, « Politische Verfassungslehre », Arch. f. Rechts. u. Soz. Phil ? Band XXX, 1936, p. 109

juridique la plus influente de ces dernières années. Dans cet essai, Schmitt distingue trois sortes de pensée juridique :

1. Le normativisme, caractérisé par la pensée en termes de lois et de normes abstraites.

2. Le décisionnisme, comme pensée en termes de décision sans égard pour aucun fondement juridique.

Entre les deux, il place la « pensée concrète de l'ordre » (*konkretes Ordnungsdenken)*, qu'il décrit comme la pensée faisant référence à la communauté concrète du groupe ethnique. Schmitt déclare : « Selon la pensée concrète de l'ordre, l'ordre, même juridiquement, ne consiste pas primairement en des règles individuelles, ni en un système total de règles. Les règles sont plutôt les composants de l'ordre et le moyen de le maintenir. »[827]

Ce n'est pas une idée particulièrement neuve pour la sociologie du droit en Allemagne. C'est simplement une reformulation de la proposition d'Eugène Ehrlich, selon laquelle le droit en vigueur dans une situation donnée ne doit pas être cherché dans la législation, mais dans les coutumes juridiques pratiquées par les membres de l'unité juridique en question. L'affirmation, cependant, que « la pensée de l'ordre concret » n'est ni originale, ni caractéristique de la pensée nationale-socialiste, n'amoindrit pas l'importance de la théorie de Schmitt, qui, comme Maunz[828] l'a soutenu avec raison, représente une nouvelle étape dans le développement de la philosophie juridique nationale-socialiste. Ce n'est pas la « pensée de l'ordre concret » en elle-même, mais son association avec le concept de « communauté » (*Gemeinschaft*) qui lui confère son importance. Ehrlich n'est pas allé plus loin que de déclarer que l'ordre social est spontanément produit par les membres de la société plus souvent que la

827 Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Schriften der Akademie für Deutsches Recht ; Hamburg, 1934), p. 13

828 Theodor Maunz, in Hans Frank *Deutsches Verwaltungsrecht* (München, 1937)

jurisprudence académique ne l'imagine. Quand Schmitt remarque que « l'introduction du concept de communauté ravive la pensée concrète de l'ordre »[829], il attribue aux porteurs de l'ordre concret la même qualité mystique qui caractérise le concept national-socialiste de communauté.

L'opposition de Schmitt au normativisme juridique est en parfaite cohérence avec son attitude durant la période républicaine. Schmitt a également emprunté à Hegel la tendance à utiliser le « concret » comme une arme contre l' « abstraction ». Selon Hegel, le principe de raison doit être considéré comme concret, afin que la liberté véritable puisse régner. Hegel caractérise l'école de pensée qui se cramponne à l'abstraction comme celle du libéralisme, et souligne que le concret est toujours victorieux contre l'abstrait, et que l'abstrait fait toujours faillite face au concret[830]. Cependant, Schmitt, qui a découvert la souveraineté de l'État sous la loi martiale, qui a souvent répété la doctrine de Hobbes selon laquelle l'autorité, et non la vérité, est créatrice de la loi, et qui, en 1932, a inventé la formule « la meilleure chose au monde est un ordre »[831], s'est détourné du décisionnisme quand la dictature fut achevée et la loi martiale rendue permanente sous l'État autoritaire. Ce qui causa naturellement un peu de désarroi chez ses admirateurs[832].

Une analyse critique des théories de Schmitt révèle que, selon la pensée de l'ordre concret, les communautés concrètes ne sont pas les premières sources de la loi. Si elles l'étaient, alors chaque groupe concret, du moment qu'il constitue un tout ordonné, devrait être considéré comme équivalent à un ordre communautaire concret. Mais si tel était le cas, la théorie de Schmitt impliquerait logiquement une théorie

829 Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, 1934), p. 52
830 Hegel, *Philosophie der Weltgeschichte*, *Sämtliche Werke* (*herausgegeben von Lasson*), Band VIII (Leipzig, 1923), p. 925 ; traduction anglaise par J. Sibree, *Lectures on the Philosophy of History* (London, 1890), pp. 470-1
831 Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (München, 1932), p. 13
832 Georg Dahm, « Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denken », Ztschr.f.d. ges. Staatsw., Band 95, p. 181

libérale de l'autonomie du groupe. Or cette conclusion ne s'ensuit pas, parce que la « pensée concrète de l'ordre » de Schmitt contient en réalité un élément décisionniste, en lien avec la conception de la « communauté ». Seuls les groupes auxquels le national-socialisme a accordé le caractère de « communauté » doivent être considérés comme les porteurs de « l'ordre concret ».

La clarification de ce problème n'a pas seulement une importance théorique. C'est aussi un problème pratique, qui a une portée politique considérable. Völtzer, l'administrateur du travail pour la région de l'Allemagne du nord-ouest[833], a écrit un article qui, associé à l'article de Kühn sur l'organisation de l'industrie, acquiert une importance centrale. Après avoir examiné la relation entre la conception nationale-socialiste de l'État et le système étatique nouvellement fondé, Kühn conclut que la nouvelle organisation de l'industrie s'est développée organiquement en dehors du national-socialisme. Il dit que dans le domaine des propriétés « l'auto-administration était fermement établie quand l'État national-socialiste fut organisé. Le national-socialisme adopta l'auto-administration en parfaite cohérence avec ses propres principes. »[834] Kühn souligne également le lien intellectuel entre la théorie nationale-socialiste et le « système de la propriété ». La coordination des activités telle qu'elle s'effectue aujourd'hui dans les propriétés foncières contribue grandement à la formation de la communauté. »[835]

Mais si la coordination des activités est un fondement particulièrement adéquat pour une communauté, qui est l'incarnation d'un ordre concret, pourquoi, alors, tous les groupes d'activités sont considérés comme compétents pour former de telles communautés à la seule exception du prolétariat ? Selon le point de vue national-

833 Friedrich Völtzer, « Vom Werden des deutschen Sozialismus », Ztschr. f. d. ges. Staatsw., Band 96, p. 1
834 Friedrich Kühn, « Der vorläufige Aufbau der gewerblichen Wirtschaft », Arch. F. öff, Recht, Band 27, p. 334
835 Ibid., p. 360

socialiste, les unions de travailleurs avant 1933 étaient infectées par le marxisme et par les juifs. Mais le 2 mai 1933, les nationaux-socialistes ont pris les unions de travailleurs en main et ont éliminé toute trace de marxisme et de judaïsme. Pourquoi les unions de travailleurs purifiées n'ont-elles pas été préservées ? Pourquoi les entrepreneurs, les artisans, les paysans, les experts, les artistes sont-ils compétents pour former des communautés, mais pas les ouvriers ? Pourquoi l'ouvrier doit-il se satisfaire du Front du travail allemand pour tous les produits allemands (*Front aller schaffenden Deutschen*), alors que les autres groupes forment des établissements autonomes auxquels sont accordés le statut de communautés au-dessus et au-delà de leur affiliation au Front du travail allemand ? Völtzer répond directement à cette question. Après avoir décrit la prise des quartiers généraux de l'Union par les *Storm Troopers*, il poursuit : « en pratique, le résultat fut l'existence de deux corps indépendants d'employeurs et d'employés, chacun coordonné intérieurement. Aujourd'hui il peut être admis que ces organisations ont fait de leur mieux pour mener une lutte des classes spirituelle sous l'égide du national-socialisme. »[836]

Les expériences de cet administrateur du travail sont une source valable d'information. Elles révèlent que l'adhésion des syndicats de travailleurs allemands aux idées de la lutte des classes n'est pas due à leur « infection par le marxisme ni à leur corruption par le judaïsme ». Puisque les mêmes syndicats de travailleurs, sous les auspices du national-socialisme, étaient sur le point de s'engager dans la même sorte de lutte de classes qu'auparavant, il doit en être inféré que le travailleur organisé a tendance à poursuivre la lutte des classes, même si ses chefs y sont idéologiquement opposés. Par conséquent, du point de vue national-socialiste, les unions de travail ne peuvent être considérées comme des « communautés ».

836 Friedrich Völtzer, op. cit. p. 9

Il n'y a pas de norme ni de principe abstrait par lesquels on peut décider si un groupe donné est, ou non, une communauté. Le problème de la théorie concrète de l'ordre transcende les limites du système des « communautés » concrètes. Ce problème requiert une solution par le décisionnisme et, puisque qu'il n'y a pas de norme, cette décision – pour employer la terminologie de Schmitt – doit être dérivée d'un « vide ». En réalité, cependant, ce « vide » n'est pas du tout un « vide ». C'est le système des valeurs associé à la structure de classe de la société présente. Cette décision est une décision politique par excellence. C'est pourquoi elle appartient au domaine de l'État à prérogative.

Vue ainsi, l'essence de la théorie de Schmitt peut être résumée ainsi : le système juridique du national-socialisme est incarné par des communautés concrètes. La question de savoir quel groupe constitue une communauté concrète est décidée politiquement, c'est-à-dire que la décision n'est pas prise en accord avec une norme préexistante, mais en accord avec « les exigences de la situation ». Le défaut théorique de la théorie concrète de l'ordre fut évident même aux nationaux-socialistes. Havestädt[837], dans un article dans *Verwaltungs-Archiv*, avertit ses lecteurs contre l'attitude qui oppose la théorie concrète de l'ordre à la théorie de la loi. Il dit qu'un tel abandon de la pensée normativiste ne peut avoir pour résultat qu'une sorte de pluralisme. Havestädt saisit aussi clairement l'élément décisionniste sur lequel la théorie concrète de l'ordre est fondée quand il dit que « toute communauté professionnelle qui oublie sa mission cesse de former une « communauté » et par là renonce à la prétention d'être un ordre. »[838] La « réalité » d'un ordre, par conséquent, ne consiste pas dans le fait de son existence, mais dans le fait de remplir une tâche qui lui est imposée

837 George Havestädt, « Grundverhältnisse des Eigentums », Verwaltungsarchiv. Band 43, pp. 337-68
838 Ibid., p. 365

extérieurement. La théorie concrète de l'ordre s'évapore complètement dès qu'on la réduit à ces éléments normatifs et décisionnistes.

Ce n'est pas un hasard que Schmitt ait négligé l'analyse des éléments décisionnistes dans ses écrits récents. La littérature nationale-socialiste est remplie de traités sur la « communauté » comme prototype de la théorie nationale-socialiste du droit. Il y a également un nombre considérable d'études traitant du problème du droit politique. Il n'y a, toutefois, par un seul traitement systématique de la relation entre le droit politique et ce qui est appelé le droit de la « communauté ». Le professeur Huber de Kiel est le seul à avoir approché ce problème. Il soulève la question de savoir si les principes juridiques ont autant de validité en politique qu'ils en ont dans les autres sphères de la vie. Il écrit : « si le disciple dans l'ordre politique ne jouit pas d'un statut juridique comparable au statut juridique d'un membre de la communauté, nous serions confrontés à une déconnexion immense et insurmontable de l'ordre juridique. Le dualisme entre le droit politique de l'ordre politique et le droit non politique dans les autres sphères de la vie serait pire que l'ancienne dichotomie entre le droit public et privé. »[839]

Il vaut la peine de souligner, cependant, que Huber confine arbitrairement sa discussion des différents types de principes dans les sphères politique et non politique au problème du statut des « disciples ». Avant tout, il doit être souligné que le 30 juin 1934 Röhm et ses acolytes ne se sont pas vus accorder le bénéfice de garanties légales correspondant à leur statut juridique de disciples politiques d'Adolf Hitler. De plus, un traité académique sérieux aurait dû souligner que la soumission désirée des disciples d'un parti politique à des normes légales constituerait une exception extraordinaire au principe contraire que les questions politiques demeurent en dehors du droit.

839 Ernst Huber, « Die Rechtsstellung des Volksgenossen (erläutert am Beispiel der Eigentumsordnung) », Ztschr.f.d. ges. Staatsw. 1935, p. 449

Dans le cadre de cette étude, le professeur Huber s'est montré lui-même l'un des plus fervents partisans de la substitution de la règle de droit pour un État dont l'ordre politique est libre de normes juridiques obligatoires. Rarement un écrivain a contribué autant que Huber à introduire dans l'ordre juridique allemand cette « distinction extrêmement importante » et par conséquent à construire « un dualisme qui est pire que l'ancienne distinction entre le droit privé et public. » Maintenant que ce ne sont plus les ennemis politiques, mais les amis et les disciples politiques du chef, qui sont en danger, il recule devant la conclusion que lui et ses collègues de la même obédience ont prônée pendant des années – à savoir l'élimination du droit du royaume de la politique ! Si Huber n'avait pas évité la question qu'il avait lui-même soulevée, il aurait été confronté au phénomène de l'État dual et à sa distinction entre l'État normatif et l'État à prérogative, une alternative dans laquelle il ne peut y avoir de réconciliation.

Hans Peter Ipsen croit qu'il est possible d'éviter les problèmes de l'État dual en les déplaçant du royaume du droit substantiel à celui des juridictions. Le traitement d'Ipsen de la question *Politik und Justiz*[840] réduit le problème cardinal du droit constitutionnel allemand récent à un simple formalisme. Le critérium légal de ce qu'Ipsen appelle « les actes de souveraineté » ne doit pas être trouvé dans leur *Justizlosigkeit*, c'est-à-dire leur indépendance face au contrôle judiciaire, mais dans leur exception par rapport à la règle du droit matériel. Ainsi, Ipsen ne décrit pas le phénomène lui-même mais ses symptômes. Il dit : « L'indépendance par rapport au contrôle judiciaire commence quand les porteurs qualifiés de la souveraineté – de l'État ou du parti – décident *in concreto*. La normativité a déterminé la limite du judiciaire à l'égard des actes de souveraineté par des normes juridiques, autrement dit, la juridiction du judiciaire – n'est valable qu'en général et est suspendue à chaque fois qu'une

840 Hans Peter Ipsen, *Politik und Justiz (Das Problem der justizlosen Hoheitsakte)*, (Hamburg, 1937)

caractéristique concrète se présente autrement. »[841] Bien qu'Ipsen croie que tous les actes de l'État, soit autonomes, soit susceptibles d'un contrôle judiciaire, sont les conséquences d'un seul et même système juridique[842], il est incapable de ne pas prendre en considération la question de savoir si ces actes sont, ou non, justifiés du point de vue de la justice. Dans la préface de son livre, Ipsen rend l'idée de justice encore plus relative que les autres juristes nationaux-socialistes. Il affirme qu'il n'y a pas seulement « une justice allemande » par différence avec d'autres « justices nationales », mais qu'en plus il y a une justice spéciale pour les nationaux-socialistes qui est valable seulement pour le parti des disciples d'Adolf Hitler. Les conclusions principales de son traité, dit-il « ne peuvent être acceptées que par ceux qui sont convaincus par leur sens de la justice que l'ordre donné est juste et qui sont certains que la résolution des litiges indépendamment du judiciaire et de ses normes est juste. (…) Dans l'État national-socialiste tous ceux qui approuvent ceci peuvent être sûrs que leurs attentes seront remplies. »[843] Mais qu'en est-il de ceux qui n'approuvent pas ? Est-ce que Ipsen sous-entend que les étrangers ethniques, les étrangers ou les allemands dont l'attitude à l'égard du régime est neutre ou hostile ne peuvent espérer la justice ? Ce ne sont probablement pas des scrupules moraux qui empêchent Ipsen de déclarer ouvertement : « la justice est seulement pour nous, les autres doivent être jugés comme il nous convient. » Les inhibitions sont intellectuelles. Si Ipsen reconnaissait que l'État national-socialiste ne traite pas seulement l'ami et l'ennemi différemment au sein du même système, mais qu'en réalité il y a deux systèmes contradictoires de domination dans l'Allemagne contemporaine, toute sa thèse serait insoutenable et ne servirait qu'à cacher le problème réel. Ainsi, Ipsen n'a pas d'autre choix que d'éviter la question

841 Ibid., P. 276
842 Il dit qu'ils se réfèrent « aux sphères non hétéronomes mais homogènes d'un État où la justice règne. » (Ibid., p. 239)
843 Ibid., p. 12

embarrassante. Ceci est d'autant plus significatif qu'il fait preuve d'une connaissance et d'une compétence intellectuelle exceptionnelles et son livre est l'un des meilleurs qui soit paru dans l'Allemagne nationale-socialiste. En fait, Ipsen termine sa préface en écrivant : « Celui qui n'approuve pas l'État national-socialiste ne peut pas contribuer à une analyse scientifique du droit allemand. »[844] Que le point essentiel ne soit pas la contribution à la théorie juridique allemande mais l'égalité dans l'ordre juridique allemand est devenu clair à quiconque a eu l'opportunité d'être confronté à l'État à prérogative. La fuite d'Ipsen face à ce problème est une preuve suffisante que même la monographie la plus spécialisée ne peut pas être écrite de façon savante tant qu'il n'y a pas de liberté de recherche scientifique. De plus, son affirmation que seul un national-socialiste peut contribuer à l'analyse du droit national-socialiste doit être rejetée comme sans fondement. Si elle était acceptée, un rejet complet de tout conflit entre les lois s'ensuivrait en tant que le conflit entre les lois vient du fait que le juge d'un système juridique se voit accorder compétence pour interpréter les normes d'un système juridique différent du sien.

Tout ce problème a été minutieusement traité par Max Weber dans son *Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*. À propos du cas hypothétique d'un savant juriste anarchiste qui rejette les normes qu'il analyse, Weber a dit : « que le point d'Archimède au-delà des conventions évidentes et des présuppositions (c'est-à-dire son rejet du droit) peut lui donner la capacité de percevoir les problèmes de la théorie juridique instituée qui échappent à ceux pour lesquels ils sont évidents. Le doute radical est la source du savoir. »[845] Ces remarques constituent la justification méthodologique du présent ouvrage.

844 Ibid. p. 12

845 Max Weber, « Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften » (*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*) (Tübingen, 1922), p. 458

Dans l'État national-socialiste, la fonction première de la science n'est pas l'analyse scientifique des phénomènes juridiques et sociaux. Hans Frank, le ministre allemand de la justice, a présenté sans équivoque le rôle de la science : « La substance tout comme les objectifs du travail scientifique doivent être le national-socialisme. L'abstraction vide et la satisfaction tirée de résultats hautement théoriques pour eux-mêmes ne doivent pas être le contenu des études intellectuelles. Leurs objectifs doivent plutôt être l'avancée de notre peuple. Ni le livre lui-même (…) ni la satisfaction "que mon livre a conduit au perfectionnement d'une nouvelle approche" ne doivent être le but. Seulement la conviction que le travail scientifique entrepris sert la promotion du national-socialisme est une justification acceptable de la science. »[846]

Cette citation illustre le fait qu'actuellement en Allemagne le « politique » est suprême non seulement dans le droit et la religion mais aussi dans la science. Frank, l'auteur de la phrase très citée « le droit est ce qui est utile au peuple allemand », exprime clairement dans le passage cité ci-dessus l'idée que l'Allemagne nationale-socialiste reconnaît comme vrai seulement ce qui promeut les buts actuels du parti dirigeant. Une telle théorie de la « vérité conditionnelle » signifierait la fin de la science[847]. »

846 Hans Frank, « Der Nationalsozialismus und die Wissenschaft der Wirtschaftslehre », *Schmoller's Jahrbuch*, Band 58, pp. 641-50, en particulier p. 643

847 Cf. Heindrich Rickert, *Kant als Philosoph der modernen Kultur (ein geschichtsphilosophischer Versuch)*, (Tübingen, 1924), pp. 50, 125

TRADUCTION 2

Gerhard Leibholz, *Les Problèmes soulevés par le droit constitutionnel fasciste*, (1928)

Traduction française[848]

*

Avant-propos

Ce discours inaugural qui, lors de sa présentation orale, a été beaucoup raccourci à certains endroits, est également conçu comme une introduction au nouveau droit constitutionnel fasciste, qui – peu importe comment on se situe par rapport au mouvement fasciste – a un besoin urgent d'une réflexion et d'une analyse scientifiques plus approfondies. Selon la méthode de l'Institut, ce sont d'abord les problèmes particuliers en eux-mêmes que l'on doit tâcher d'éclairer, et ce par une série de mémoires et d'articles élaborés non seulement par les collaborateurs de l'Institut, mais aussi par des savants étrangers. Ce n'est qu'ensuite qu'il est possible de parvenir à une représentation réellement globale de la théorie fasciste de l'État ainsi que du nouveau droit administratif et constitutionnel en Italie.

848 Comme texte de référence pour la présente traduction, nous avons utilisé l'édition allemande de 1928 (LEIBHOLZ, Gerhard, *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*, Walter de Gruyer & Co., Berlin und Leipzig, 1928). Nous avons malheureusement découvert, après avoir achevé cette traduction, qu'une traduction française d'une première ébauche de cette étude existait (LEIBHOLZ, Gerhard, « La structure de l'État fasciste », *Les Documents de la vie intellectuelle*, 20 mars 1930, Paris, pp. 120-162). Après réflexion et lecture, nous avons néanmoins décidé de maintenir notre traduction, car plusieurs paragraphes manquent effectivement dans cette traduction française, sans parler des différences d'approche, de lexique et de ton entre les deux textes.

Pour simplifier la vérification de ce qui est dit dans le texte, et pour compléter dans le détail la présentation esquissée, les notes de la conférence sont jointes, qui contiennent surtout les preuves par les textes de lois et les pièces justificatives, notamment les textes de la littérature principale sur le fascisme. En outre, pour faciliter l'introduction à l'exposé du droit constitutionnel, les plus importantes lois fascistes, y compris la Charte du Travail et les statuts du parti fasciste, sont produites en annexe dans leur version originale[849].

Berlin, août 1928

*

Le statut constitutionnel albertin de 1848, étendu depuis à l'Italie pour l'unification du royaume, n'a pas été abrogé, que ce soit en partie ou en totalité, le 28 octobre 1922, jour de la marche sur Rome, mais au contraire – du moins dans un premier temps – formellement respecté par le fascisme dans sa configuration initiale. Caractéristique de cela est peut-être la formation du gouvernement, qui s'est entièrement accomplie selon les procédures constitutionnelles normales. La Chambre des Députés, au sein de laquelle le parti fasciste était représenté par trente fascistes environ, a également agit conformément à cette pratique constitutionnelle italienne quand elle a donné au Chef du gouvernement, grâce à une majorité importante, les

849 Nous n'avons pas traduit ces annexes.

pleins pouvoirs extraordinaires dont il avait besoin pour la réorganisation de l'administration et l'assainissement des finances publiques.

De ce fait, la Constitution en Italie n'est plus qu'une loi-cadre, qui donne simplement un fondement juridique à l'ensemble des ordres les plus divers et opposés. Un examen purement normatif ne va pas de soi et ne produit que des résultats théoriques fictifs, mais concrètement erronés. Du moins cela vaut pour les premières années du régime fasciste au cours desquelles le remaniement social radical de la totalité de la vie de l'État n'a pas encore trouvé son expression visible dans le droit écrit. De ce point de vue, le concept d'intégration, récemment introduit et scientifiquement soutenu par von Smend, se révèle particulièrement fécond pour la doctrine du droit de l'État, concept qui rend compte du rapport intelligible existant entre la norme et la réalité, et qui éclaire également l'examen du droit constitutionnel. Car la Constitution n'est pas seulement une norme, mais aussi la réalité et en particulier la « réalité intégrée ». C'est pourquoi, afin d'obtenir une image réelle des problèmes et des forces agissantes sur la vie constitutionnelle italienne, il ne faut pas isoler la Constitution en l'examinant seule, pour elle-même, mais au contraire l'envisager dans son rapport à la réalité de la vie, « à la totalité de l'État et à la totalité de son processus d'intégration ».

En ce sens, le mouvement fasciste, symbolisé par la marche sur Rome, prend son caractère typiquement révolutionnaire. Même si la victoire de la révolution n'a pas été conquise de façon aussi sanglante que la Révolution française de 1789, ou la Révolution russe de 1917, le remaniement et le renouvellement de la totalité du système d'intégration étatique n'en ont pas été moins profonds et radicaux. Ainsi s'explique l'accent mis continuellement sur le caractère révolutionnaire du coup d'État par les fascistes et le Duce, qui n'a cessé de répéter que la marche sur Rome était

révolutionnaire au sens le plus radical du terme et que la tentative de faire passer le coup d'État pour une crise ministérielle était grotesque.

Ce qui distingue la révolution fasciste des révolutions précédentes, c'est qu'elle ne possédait pas un programme de mesures concrètes et immédiatement applicables. En effet, ce sont seulement des objectifs précis, concrets qui orientent constamment le fascisme. Par exemple, en 1914, quand les Faisceaux d'action révolutionnaire (*Fasci d'azione rivoluzionaria** [*850]) ont été créés, l'objectif était l'entrée des Italiens dans la guerre mondiale. De même, quand ces faisceaux (*Fasci*[*]) se sont appelés Faisceaux de combats (*Fasci di combattimento*[*]) en 1919, c'était pour éviter le risque bolchevique et créer par la suite une troupe de combat, spécialement formée et capable de prendre le contrôle du gouvernement.

Ainsi contraint, le fascisme a abandonné de lui-même beaucoup de ses revendications initiales. Le Sénat n'a pas été remanié, les forces armées et la noblesse n'ont pas été abolies, la République n'a pas été proclamée. Au contraire, le fascisme a conclu aujourd'hui publiquement une alliance apparemment indissoluble avec la Monarchie ; et les forces armées, qui comprennent la milice et la police, sont devenues un instrument indispensable de l'État fasciste.

Cette attitude instable du fascisme s'est exprimée de façon particulièrement nette dans son rapport à l'Église. Le fascisme avait déjà abandonné, avant la marche sur Rome, sa position anticléricale initiale. Des membres du parti Populaire (*Popolari*[*]) étaient même présents dans le premier gouvernement formé par Mussolini. Mais cette coalition fut seulement de courte durée. La conséquence de cette prompte séparation fut que leurs relations s'envenimèrent temporairement parce que les tensions persistantes entre le fascisme et le parti Populaire (*Popolari*) agissaient en retour sur la relation entre

850 Les * signalent les passages en italien dans le texte original

le fascisme et l'Église. Un rapprochement mutuel approfondi se constate seulement à nouveau au moment de la crise Matteotti et de la formation d'un Centre national catholique. Les relations se sont même améliorées à ce moment-là à un tel point que certains ont cru à une solution de la question romaine, qui en réalité était impossible dans les conditions qui régnaient. La question a été discutée mais, comme on pouvait s'y attendre, avec un résultat négatif. Le rapprochement fut suivi d'un refroidissement sensible. Il est caractérisé par le tout récent désaveu des Catholiques nationaux par le Pape et la dissolution par Mussolini des organisations de la jeunesse catholique encore en place.

Cette capacité d'adaptation aux besoins du moment a donné au fascisme sa force et son puissant dynamisme interne. Cela lui a permis, par exemple, de recruter au sein de couches politiques et sociales totalement hétérogènes, et, une fois cette structure sociale trouvée, de la soumettre à une transformation permanente. Toutefois, cette élasticité n'a pas exclusivement une signification tactique. Cette méthode correspond également à la position théorique actuelle de l'Italie. Il suffit de faire référence à l'idéalisme actualiste et spiritualiste de la philosophie italienne, comme celui de Gentile. Il est dans la nature des Italiens d'engager toutes leurs forces intellectuelles et matérielles dans des actions adaptées à la situation du jour et de l'heure, toujours renouvelées, et, agissant ainsi, de rendre réelle une Idée « intuitive ». Le fascisme « est à la fois action et pensée » (« *si manifesta e vale come pensiero che è azione* »[*]). En ce sens, il se qualifie aussi lui-même comme un mouvement dynamique, et se proclame – sous l'influence de Sorel – ouvert à la théorie de la violence créatrice, alors morale, ainsi qu'à la mission éducatrice de la guerre. Ce vitalisme est nécessairement indéterminé et irrationnel, puisque le déterminisme et la raison excluent toute attitude libre. C'est pourquoi le fascisme combat aussi violemment le socialisme déterministe

que le libéralisme rationaliste et proteste continuellement contre l'intellectualisation croissante et la conduite théorique plus contemplative de la vie qui y correspond.

Ce volontarisme et cet activisme a pour conséquence que le régime fasciste évolue, selon la sentence de Mussolini : « le fait précède la théorie », avant tout dans la sphère factuelle et non normative. Le droit écrit se réduit presque exclusivement à la fonction de légaliser après coup une situation déjà réellement accomplie. Face à ce rôle de légitimateur, la fonction du droit législatif de création normative est repoussée à l'arrière-plan. Cette absence originelle de programme du fascisme explique aussi pourquoi la Charte du Travail (*carta del Lavoro*[*]), qui expose très précisément le contenu juridique de la révolution fasciste, a été édictée seulement en l'an V, à l'inverse par exemple de la Déclaration française des droits fondamentaux de 1789 et du Manifeste russe de 1917, à comparer à cause de leur signification fondamentalement canonique. Enfin, on comprend ainsi pourquoi le traitement d'un problème de droit constitutionnel concret a toujours besoin du recours au fondement théorique général du fascisme et, par suite, pourquoi, en réalité – en Italie comme à l'étranger – vis-à-vis de l'ensemble des écrits qui portent sur la création, le devenir et l'essence du fascisme, la réflexion technique constitutionnelle s'efface (proportionnellement) concernant leur signification et leur étendue.

Surtout, les nationalistes (mais pas exclusivement) ont exercé une nette influence sur l'exposition d'un contenu de valeurs matérielles, qui fournit à l'État fasciste sa légitimité et qui a servi de fondement théorique au principe d'action fasciste initialement non déterminé ni orienté ; formellement cela était devenu possible à travers la fusion des fascistes avec les nationalistes au sein du Parti national fasciste au printemps 1923. Ainsi Mussolini trouvait une organisation de parti fermement disciplinée depuis de longues années, avec sa propre métaphysique d'État en lien étroit

avec les théories intellectuelles paneuropéennes, dont le fascisme avait directement besoin, surtout dans cette forme programmatique, pour donner à l'État un sens nouveau et une nouvelle valeur, en un mot, pour pouvoir l'intégrer de nouveau d'une façon conforme aux faits. En même temps, le fascisme obtenait dans cette fusion une élite dirigeante, ce qui donnait au parti nationaliste l'empreinte d'une minorité ultra aristocratique et intellectuelle.

Au centre de la théorie fasciste de l'État il y a l'affirmation, sous des formes constamment modifiées, que l'État dans sa totalité, identique à la Nation, n'est pas la somme d'individus considérés comme des atomes isolés, mais une réalité historique définitive, une totalité embrassant les générations, unissant ainsi le passé et le futur dans le présent, une totalité qui réalise sa loi fondamentale dans des actions toujours renouvelées sous l'effet des circonstances historiques concrètes du moment. Cette idée prend une tournure plus naturaliste et biologiste dans le nationalisme, et plus éthique et spirituelle dans le fascisme. Chez le premier, l'État, indépendant de l'existence des individus, se présente comme un produit naturel, chez le second, comme une création purement spirituelle qui se donne en même temps par rapport à la Nation une aura symbolique et mythique sur fond de sentiments religieux. Les deux, le nationalisme et le fascisme, s'accordent cependant sur ce point que l'individu n'a de droit que dans la mesure où il participe à la communauté nationale, et où il est un facteur productif pour cette communauté (au sens le plus large du terme). Cette métaphysique de l'État se reconnaît dès le début de la Charte du Travail (*Carta del Lavoro*[*]), dont les premiers paragraphes proviennent directement de Mussolini, notamment dans la phrase : « La Nation italienne est un organisme qui possède des finalités, une vie et des moyens d'action qui sont plus puissants et constants que ceux des individus isolés ou associés

dans des groupes formant la Nation. Elle est une unité économique, éthique et morale, qui se renouvelle sans cesse (et en intégralité) dans l'État fasciste. ».

Le caractère communautaire de l'État démo-libéral et socialiste est mis en doute par cette conception, qui le désigne comme un État atomisé, anti-historique et matérialiste. Les révolutions anglaise, française et russe sont, du point de vue fasciste, trois phases d'une seule et unique révolution, la révolution anti-étatique, maintenant dépassée par le fascisme. Qu'une telle considération soit fausse du point de vue de la théorie de l'État n'a pas besoin de preuves supplémentaires. Les États organisés démocratiquement, dans un axe bourgeois-libéral ou socialiste, sont aussi des communautés avec leur propre réalisation de sens et de valeurs. Seulement les contenus objectifs qui constituent continuellement la communauté et son ordre légal se distinguent de ceux de l'État fasciste. Les méthodes et les systèmes d'intégration sont différents.

La raison pour laquelle la doctrine fasciste de l'État n'a pas vu correctement ce simple état de fait – peut-être délibérément, afin d'exploiter plus facilement la soi-disant opposition pour faire de la propagande – est à chercher avant tout dans les relations politiques d'après-guerre, qui ont nourri le fascisme. La paix que l'Italie a obtenue à Paris – nous pensons surtout à la question de Fiume – ne leur a pas procuré la victoire à l'échelle espérée. Le pays lui-même est marqué par des crises internes difficiles, s'approchant d'une dissolution. Le parlementarisme et le système de représentation proportionnelle, dont les conditions d'instauration manquaient complètement en Italie, laissaient la machine législative en friche. Aucune des réformes fondamentales et nécessaires n'étaient exécutées par les chambres. Le régime – lui-même en démission permanente – se servait, dans la nécessité, toujours plus de décrets pacificateurs, qui n'ont pas besoin d'un accord parlementaire. Pourtant leur recevabilité

et leur fondement juridiques sont controversés, en théorie comme en pratique. Ainsi, l'autorité étatique ne s'imposait plus dans l'administration, ni dans les grandes ou les petites affaires, ni vis-à-vis des groupements économiques et des organisations politiques. Caractéristique de cet état de fait est le soulèvement communiste, qui a conduit en 1920 en Italie du Nord à une occupation temporaire des usines et, de même, les émeutes dans les communes d'Italie centrale, dont le *fiasco* lamentable n'était pas une conséquence de l'intervention de l'État.

En outre, il n'y avait pas que le socialisme et ses partisans qui étaient sans reconnaissance, méprisés et finis, mais aussi l'État – en tout cas dans sa dimension fonctionnelle et concrète : fonctionnelle en ceci que les instances donnant forme à la volonté n'avaient plus toujours le pouvoir de réunir la multiplicité des volontés individuelles dans une unique communauté de volonté ; concrète en cela que l'expérience issue du milieu intellectuel libéral, dans sa forme à présent dégénérée, n'agissait plus pour fonder mais pour dissoudre la communauté fusionnée. C'est seulement à partir de cette expérience historique propre à l'Italie que deviendra compréhensible l'intensité de la négation fasciste de la constitution étatique qui, au XIX^{e} siècle, était caractérisée comme représentative et comme bourgeoise-libérale et qui avait apporté à l'Italie l'unité.

La particularité spécifique du système d'intégration fasciste repose – en dehors de sa méthode active déjà mentionnée – sur la pénétration intensive et généralisée de l'existence entière par la vie de la communauté qui la soumet à sa loi propre, une particularité accrue depuis la solution des difficultés issues de la crise Matteoti (fin 1924). L'économie, le droit, la religion, ne sont pas reconnus comme porteurs de valeurs autonomes, extérieures à la sphère étatique. Ils doivent se soumettre

aux buts et aux tâches de la totalité de la Nation. C'est seulement ainsi qu'ils demeurent sous la protection de l'État.

Une autre caractéristique spécifique est l'insertion de l'économie dans l'État, se produisant d'abord dans l'infrastructure sur un fondement corporatif, juridiquement depuis la législation de 1926 ; une insertion à laquelle le fascisme aspirait depuis toujours, suivant en cela les demandes qui avaient été émises déjà avant le nouveau régime par des partis isolés (*Popolari*[*], les syndicats, les nationalistes) – mais qui reposaient initialement sur un autre fondement. Le capital et le travail sont, selon la conception fasciste délibérément anti-socialiste, des facteurs de production – non pas opposés mais équivalents et donc de droit égal – du circuit économique national unifié, dans lequel ils doivent s'insérer en conséquence dans un esprit de collaboration. Le travail et le capital doivent faire la paix, être coordonnés et tout conflit naissant entre eux doit être réglé par l'État dans l'intérêt de tous. La lutte des classes, l'ADN du libéralisme, n'est pas compatible avec cette conception d'une production nationale. Elle doit être en conséquence radicalement éliminée. Le concept de classe doit se réaliser à travers le concept d'État, qui doit réunir les parties opposées et en lutte dans une totalité plus élevée. Pour atteindre cet objectif, on a cherché à utiliser au profit de l'État les « forces productives » sur une base syndicale et corporative. On a décomposé verticalement la totalité des organisations économiques, y compris les métiers libéraux, dans les syndicats, pour les fusionner ensuite à nouveau, horizontalement, dans les corporations.

Les syndicats sont des associations d'employeurs, de travailleurs ou de commerçants d'une branche économique déterminée, et localement liées, organisées de façon coopérative et reconnues par l'État. Parmi les différentes formes d'organisation des syndicats, on distingue les groupements syndicaux de niveau inférieur de ceux de

niveau supérieur, et les associations des fédérations et confédérations. Ces organisations peuvent avoir un champ d'action territorial complètement différent et s'étendre par exemple sur un canton, une province ou la Nation tout entière. Par conséquent, la loi de l'économie laisse libre la forme d'organisation concrète, qui peut être l'association provinciale, la fédération, la confédération d'employeurs ou de salariés. La différence entre chaque organisation réside simplement en ceci que les fédérations supposent l'existence de plusieurs associations, et les confédérations celle de plusieurs fédérations, de telle manière que les branches inférieures fusionnent à chaque fois dans des formes d'organisation supérieures pour s'unir à l'échelon hiérarchique. La hiérarchie inhérente à cette technique d'organisation s'exprime surtout par la reconnaissance des confédérations et des fédérations d'employeurs ou de salariés, ce qui implique la reconnaissance des associations échelonnées et exclut juridiquement la coexistence des associations syndicales égales. De la même manière que les fédérations ou les associations indépendantes ne peuvent pas exister à côté des confédérations nationales, ni sous la même personnalité juridique, ni sur le même secteur économique. Seules les confédérations les plus hautes au niveau national, qui comprennent l'ensemble de la Nation dans différents secteurs économiques (par exemple l'industrie, la commerce, l'agriculture), au-dessus desquelles peuvent se trouver à chaque fois encore deux confédérations générales distinctes réunissant l'ensemble des employeurs et des salariés ainsi que les métiers libéraux, sont limitées en nombre. Dans la pratique, les employeurs, qui existaient déjà en partie en tant qu'association centrale nationale libre, ont pris pour base de chacune de leurs organisations ce type de confédération nationale, tandis que l'ensemble des salariés, y compris les métiers libéraux, dont la grande majorité avait déjà un penchant pour le fascisme avant la réforme syndicale, sous la

direction de Rossoni, ont été organisés de façon uniforme dans une seule confédération nationale.

Pendant que les intérêts économiques particuliers expriment leur opposition potentielle à travers les syndicats, les corporations (remplacées entre temps par les comités intersyndicaux), qui ont été désignées par la loi comme des organes de liaison (« *organi di collegamento* »*), regroupent les organisations distinctes d'employeurs et de salariés de chaque secteur de la production. C'est aussi la raison pour laquelle chacun doit être un organe imminent dans l'organisation administrative de l'État fasciste sous le contrôle d'un ministère spécialement créé à cet effet. De même que les corporations, dans leur canton de compétence, ont la charge des affaires nationales, tous les conflits entre les associations économiques sont à présent obligatoirement soumis à la décision du conseil prud'homal compétent, qui ne règle pas seulement arbitralement le conflit existant, mais fait aussi valoir les intérêts élevés de la production contre les intérêts économiques particuliers, qui ne sont pas protégés par eux ou qui n'ont pas besoin d'être protégés. Bien évidemment, il ressort de cette précision fondamentale que la grève et les barrages sont interdits et soumis à une peine.

Ce montage technique et organisationnel qui est l'esquisse d'un syndicalisme corporatif et qui contraint l'ensemble de l'économie dans l'intérêt de tous à un contrôle réglementé et dépendant de l'État, fournit au peuple, en lien avec la culture mythologique et idéaliste de la Nation, surtout des valeurs, qui les regroupent dans une communauté et qui permettent concrètement d'intégrer l'État pour former une unité. La Charte du Travail (*Carta del Lavoro**) contient dans ce sens, à côté de l'"*affirmazioni di carattere generale* »*, avant tout des principes sur l'État corporatif et son organisation. Elle parle des contrats d'associations collectives de travail, des juridictions prud'homales, des syndicats et des corporations, tous vus sous l'angle d'une

production nationale, définie expressément comme unique. Elle contient de ce point de vue aussi des dispositions légales détaillées, qui reprennent le contenu des dispositions juridiques positives déjà en vigueur mais qui n'ont partiellement qu'un sens programmatique. En ce sens il n'est plus légitime, en Italie comme dans la majorité des autres pays, de considérer le droit du travail et le droit économique comme une branche indépendante du droit public. Celui-ci est en réalité devenu partie intégrante du droit constitutionnel italien.

Mais, comme dans l'économie, l'universalité du système d'intégration fasciste devient évidente dans tous les autres domaines de la vie. Tout est élevé vers la sphère étatique. La phrase empreinte à Mussolini et employée souvent comme une formule toute faite : « *Tout dans l'État, rien en dehors ni contre l'État* » caractérise de façon symptomatique la situation du droit constitutionnel. On parle de « *riconciliazone, inserzione, unificatione* »* des individus et des classes avec et dans l'État syndical corporatif. En ce sens, l'individu s'efface tout simplement dans la communauté.

Cette appréciation différente de la sphère de la liberté individuelle et l'accentuation correspondante de l'idée de communauté distinguent en vérité en Europe le fascisme de l'État traditionnel et familier de la Révolution française, création bourgeoise-libérale, qui, par sa structure juridique étatique, a suffisamment contenté le besoin de sécurité de la bourgeoisie. La liberté individuelle et l'égalité (comprises substantiellement et unies synthétiquement) sont des éléments intégrés du contenu matériel de la Constitution fondée sur le système représentatif, que le fascisme ne reconnaît plus et qu'il veut consciemment remplacer par les concepts de responsabilité, de hiérarchie et de discipline, n'ayant de valeur que par rapport à la communauté.

Mais le fascisme n'a pas renoncé idéologiquement à protéger la liberté et le droit la garantissant, qui est également accordé par la Constitution. Au contraire. La

liberté fasciste doit, certes, reposer seulement sur une « concession » de l'État, qui réglemente de façon contrôlée et disciplinée l'exercice de la liberté qui cède face au devoir d'être au service de tous (ainsi la limitation de la liberté contient sa justification éthique). Mais à l'intérieur de ce cadre on soutient aussi en général l'existence d'une liberté protégée, et ce même constitutionnellement. En ce sens, les manifestations officielles soutiennent, à propos des nouvelles lois fascistes (par exemple sur la presse ou sur l'union secrète), qu'elles ne sont pas dirigées contre le droit à la liberté en soi, mais seulement contre son exercice prétendument abusif. Seule la liberté absolue, abstraite, est écartée. Toutefois, en réalité, le combat entre l'autorité et la liberté en Italie, qui est plus ou moins familier à tous les États, ne s'est pas achevé par une limitation, mais par une suppression partielle de la liberté. Sous le pouvoir du fascisme, seul l'individu qui approuve les fondements de l'État fasciste est libre, à savoir celui qui « *sente come suo l'interesse generale, e vuole per ciò come volontà generale* ».

Caractéristique de cela est la façon selon laquelle est réellement garantie la liberté des fédérations syndicales, formellement proclamée dans la Charte du Travail. Les syndicats sont, en théorie, non pas des coopératives contraintes étatiquement, mais des associations qui ont pour origine l'initiative des employeurs ou des salariés. Par exemple, les syndicats de salariés ne seront créés pour un groupe précis d'entreprises d'une région géographiquement délimitée, que lorsqu'un dixième du nombre des travailleurs de ces entreprises demanderont leur formation. Mais ces associations syndicales ne peuvent être agréées que si la fédération professionnelle assure également l'éducation morale et nationale des membres du syndicat, si les chefs de l'association sont fiables d'un point de vue objectif, moral et national, et s'il n'y a aucune objection à l'ordre politique national de recruter un nouveau membre. À cela s'ajoute que les associations ainsi habilitées et contrôlées par l'État excluent l'existence d'un syndicat

similaire, qu'elles exercent au sein de leur champ de compétence un pouvoir monopolistique pour ainsi dire absolu, et ce même sur les individus qui ne sont pas liés à l'association syndicale du même secteur professionnel. En effet, ceux-ci sont également représentés par les syndicats et sont tenus de participer financièrement à l'association autant que leurs propres membres. Cette synthèse de la liberté et du pouvoir dans le domaine syndical, tant louée en Italie, crée, quand on y regarde de plus près, les fondements juridiques pour la domination d'une minorité d'un dixième des membres syndicaux sur la majorité restante des neuf dixièmes – ce qui est en réalité une conséquence des idées élitistes fascistes – et assure ainsi juridiquement la suprématie de l'État fasciste contre les groupements économiques, effectivement déjà existants.

La raison pour laquelle le fascisme veut refouler sa suppression partielle de la sphère de la liberté individuelle, liée nécessairement à la totalité de son système d'intégration, se trouve, quant à son sens et à son contenu, dans la Constitution italienne, dont – surtout dans les années d'après-guerre – le fond a été substantiellement déformé. À cause de la dénaturation de son esprit immortel et de son existence intangible, il incombe au fascisme de restaurer la Constitution dans sa forme pure, débarrassée de toutes les scories démo-libérales. C'est pourquoi le fascisme s'est abstenu délibérément les premières années de son pouvoir de réviser le droit constitutionnel écrit. Cette idée est restée vivace, même après le discours de Mussolini en janvier mettant fin à la crise Matteoti, et alors que le pouvoir du fascisme se radicalisait, que la coalition se défaisait et que l'opposition était domptée. Avec l'appel de la Commission des 18 commença la période des réformes spécifiquement fascistes de la Constitution et de l'administration. Le but de cette interprétation de la Constitution est de prouver de manière traditionnelle et aussi, à un niveau plus élevé, rationnelle, la légitimité de la révolution fasciste et du nouveau système d'intégration fasciste.

Dans le même sens, quand il ne peut pas avoir immédiatement recours à la Constitution pour justifier la nouveauté, le fascisme s'appuie sur la tradition romaine et l'essence italienne originelle, comme elle s'est révélée dans le passé et s'est traduite dans certaines institutions. Ainsi la milice, dont la formation reproduit l'ordre de l'armée romaine, est revêtue de l'aura de l'armée romaine antique. De même, le nouvel ordre communautaire renoue avec une représentation médiévale, tout comme les institutions célèbres de la Rome antique et du Moyen-Âge revivent à travers la nouvelle répartition nationale des corps de métiers. Pour la même raison, la théorie fasciste de l'État se réfère exclusivement aux hommes d'origine italienne comme Dante, Machiavel, Vico, Alfieri, Gioberti, Mazzini, qui auraient préfiguré l'État fasciste en réalisant leurs idées. Les idées ne venant pas du sol italien sont d'emblée rejetées – du moins comme idéologie exploitable par le fascisme.

Finalement, cela donne un sens à la croyance persistante de la légitimité de la révolution, ainsi qu'au mouvement tendant à un formalisme juridique du droit constitutionnel fasciste, pour rapidement donner une base légale la plus large possible à un état réel engendré par une action. Souvent – surtout concernant l'intervention dans la sphère privée – l'action fasciste apparaît pour ainsi dire sous un habit formellement juridique, pour pouvoir ainsi montrer d'emblée à l'extérieur sa légalité. En ce sens formel, le régime fasciste se pare d'un cachet typiquement juridique, malgré son principe actif.

Cette structure constitutionnelle et formelle du fascisme est due à la restructuration complète du système d'intégration fonctionnel. Les méthodes de formation de la volonté sont entièrement transformées au sein de la communauté étatique. La volonté générale, identique à la volonté étatique, ne se forme plus sur le fondement d'un Parlement représentant le peuple, contrôlé par une audience publique et

donnant lieu à une discussion libre, ni non plus, comme c'était la tendance sous le régime précédant le fascisme, par une démocratie de masse qui, grâce au principe d'identité, permet de confondre la volonté du parti majoritaire avec celle de la totalité du peuple. Elle se fonde plutôt, comme toute dictature actuelle, sur une représentation de structure autoritaire. Ainsi, la volonté du chef dirigeant, représentant seul d'un point de vue fonctionnel la nation, est la volonté du peuple – tel est le sens de la représentation. Le dictateur constitue ainsi le peuple comme une unité politique idéale ou, pour le formuler de façon moins provocatrice selon la terminologie de la doctrine intégrationniste, il intègre la multiplicité des volontés individuelles dans l'unique communauté de la volonté et de l'État.

Cette représentation autoritaire est, comme toute représentation populaire, fondée sur le plébiscite, c'est-à-dire qu'elle est légitimée, dans son état étatico-dynamique, par le peuple. Cet attachement du fascisme au peuple donne à la représentation autoritaire son aspect démocratique, ancrage dont le fascisme a besoin et qui le distingue en même temps d'une tyrannie monocratique.

La légitimité est ainsi surtout fondée sur le charisme du Chef, porté à l'héroïsme. Associés à des éléments rationnels traditionnels – par exemple, la tendance à respecter les formalités requises et la tentative de prouver constitutionnellement la légitimité de la révolution fasciste – cela fournit au Duce la compétence et le pouvoir représentatifs. À cette légitimation principalement charismatique est également lié le fait que le représentant, pour maintenir la fidélité de ses compagnons de route et la foi de la masse en sa personnalité, doit continuellement faire ses preuves, c'est-à-dire prouver son charisme. On voit ainsi clairement comment la question de la légitimité est liée de la façon la plus étroite au dogme et à la méthode du fascisme et qu'elle débouche immédiatement sur son vitalisme actif.

La représentation autoritaire est en même temps une représentation souveraine, c'est-à-dire que le représentant intégré à la volonté de l'État, avec laquelle il forme une unité, est en même temps (aussi bien substantiellement que factuellement) l'instance de décision universelle la plus élevée à l'intérieur de la communauté du peuple. Cette remarque est importante. Car le fascisme masque cet état de fait quand il parle pour des raisons apparemment idéologiques non pas de la souveraineté du représentant, mais de la souveraineté de l'État, comme c'était déjà le cas dans la doctrine de l'État monarchiste. Ainsi la doctrine de la souveraineté de l'État se confronte au dogme de la souveraineté populaire (au sens du régime antérieur au fascisme).

Le représentant, et non le peuple représenté, est souverain. Ainsi le fascisme, dans sa forme représentative césarienne, n'est pas une démocratie, malgré son fondement plébiscitaire. Car la démocratie repose sur le principe de la souveraineté populaire, c'est-à-dire sur la souveraineté du peuple comme une unité politique idéale, et est l'expression substantielle, de nature immanente, du principe de liberté.

Enfin, la représentation souveraine de Mussolini est aussi, au sens juridique et technique, une dictature. Elle est précisément une dictature de Chef suprême au caractère souverain, puisque l'État, le parti, la hiérarchie des associations économiques se nouent, comme les fils d'une dictature, dans une seule et même personne. Son objectif concret est de mettre un ordre juridique complètement nouveau à la place de la situation juridique constitutionnelle passée. C'est seulement dans cette généralité que la désignation intime et précise de l'ennemi est possible, qui, par son caractère concret appartient, selon la théorie convaincante de C. Schmitt, au concept de dictature. Cet aspect dictatorial formel distingue en même temps le fascisme de la Monarchie absolue du siècle passé ainsi que de l'État policier, régimes au sein desquels le représentant

souverain, en raison du rôle plus passif des représentés qui n'ont pas encore conscience de leur valeur politique propre, et qui par conséquent ne peuvent faire face au représentant en tant qu'ennemi politique, n'a pas besoin de prendre une forme dictatoriale. Cette représentation dictatoriale et souveraine exige que « l'action » du dictateur, qui se réalise par des décisions précises, ne soit pas discutée mais que les organes d'exécution se montrent dociles, c'est-à-dire que ses décisions soient exécutées par les instances de l'État et du parti. Cela suppose une grande estimation du pouvoir exécutif incarné dans le Duce. Cette représentation est ainsi désignée par la théorie fasciste de l'État comme une "*espressione più genuina dello Stato, l'organo essenziale e supremo della sua azione*"[*], comme "une émanation directe de la souveraineté étatique", ou comme une synthèse, dans laquelle la totalité de la vie de l'État se cristallise dans sa forme active. L'idée de la hiérarchie, de haut en bas, est opposée à celle de l "*elezionismo*"[*] de bas en haut, qui contient le système entretenu par le fascisme qui noue des dépendances toujours nouvelles à une instance de décision enfin universelle.

Les organes étatiques du régime antérieur, se trouvant immédiatement au côté du Duce, n'ont plus, compte tenu de la formation de la volonté politique, qu'une signification décorative. Cela est valable entre autre pour la Couronne, qui est liée au peuple par des liens profonds, irrationnels et dont la signification n'est pas à sous-estimer du point de vue du système d'intégration globalisant du fascisme. Car la Couronne est, dans sa forme représentative, le symbole le plus claire, aux yeux du peuple, de la continuité de sa Constitution. Elle donne un fondement traditionnel à la légitimité du fascisme et lui assure le consensus du peuple, par elle protégé. En même temps le fascisme peut, par son lien avec la Couronne, se servir de cette figure théâtrale

offrant le spectacle d'un décorum de cour romantique. Par son intermédiaire, il est en mesure d'agir de manière sensible et intégrative sur le peuple.

De plus, le Sénat et la Chambre des Députés ne sont plus associés de façon significative au processus de formation de la volonté politique. En gros, ils ne sont plus aujourd'hui que des machines d'enregistrement – le Sénat un peu moins que la Chambre des Députés – qui approuvent l'État et les projets de loi que l'État leur soumet pour avis, qu'ils doivent convertir en décrets, mais qu'ils ne peuvent plus rejeter ni même amender dans leur principe en un sens critique ou négatif. De plus, ils ne représentent plus le peuple en tant qu'unité politique idéale. Concernant le Sénat, qui pour l'instant n'a pas encore été modifié extérieurement en un sens fasciste, cette remarque ne contient rien de nouveau, puisque la Constitution a depuis toujours renoncé à donner au Sénat un statut juridique de représentant du peuple. À l'inverse, les raisons qui conduisent à formuler une hypothèse identique concernant la Chambre des Députés, dont les membres représentent l'ensemble du peuple selon la Constitution et qui, selon le conseil fasciste du 11 novembre 1927, doivent conserver ce caractère dans l'avenir, doivent être différentes.

La raison pour laquelle le Parlement, purement décoratif, ne peut être comparé à la Monarchie décorative représentant le peuple, se trouve dans les fondements différents de légitimation de la représentation. La Monarchie légitime représente, grâce à ses fondements traditionnels," la persistance historique des valeurs communautaires étatiques ". L'essentiel ici est l'existence d'un monarque représentatif et pas du tout le fait de demander des preuves au représentant. À l'égard de cette représentation aux fondements traditionnels, statiques, figés, qui porte en elle sa légitimité, la représentation parlementaire fonctionnelle dans sa forme consolidée demande, elle, un renouveau, une production constante et une légitimation continuelle

par le peuple. Cette fonction de légitimation est aujourd'hui reprise par la modalité élective moderne, et principalement sous la forme d'un droit électoral général et identique qui se fonde sur le sentiment des peuples de donner par là leur autorisation au système étatique.

Par conséquent, si le fascisme voulait empêcher une représentation du peuple par le Parlement – et il devait aspirer à cela, les chambres ne devant pas pouvoir s'opposer au Duce avec des droits et des intentions essentiellement identiques – il devait changer radicalement le mode d'institution existant jusqu'à présent, c'est-à-dire le droit du système électoral de 1919. Ceci se produisit d'une façon caractéristique par la première réforme constitutionnelle fasciste connue, la loi électorale du 18 novembre 1923, qui promulgua un nouveau système électoral. Celui-ci repose sur le principe de privilégier le parti majoritaire selon lequel le parti le plus fort, qui recueille 25 % de l'ensemble des voix, occupe les 2/3 des sièges au parlement. Par cette loi électorale – d'autant plus que l'on a mis fin à la publicité de la vie politique qui est essentiellement inhérente à la représentation parlementaire – la Chambre n'est plus à même d'offrir un caractère représentatif et elle est extérieurement, depuis 1924, sous le contrôle absolu de la majorité fasciste – encore renforcée par le déménagement de l'opposition à l'Aventin.

À l'avenir aussi, selon la réforme parlementaire décidée cette année et devant couronner le travail du syndicalisme national, une nouvelle personne morale, qui s'appuie sur les corps de métier, prend la place de la Chambre. Elle doit recruter ses membres principalement parmi les associations syndicales nationales et non représenter le peuple. Le fait important en effet aujourd'hui n'est plus que la Chambre soit sous le contrôle d'une élection des députés exécutée publiquement par le peuple – cette apparence extérieure a été encore maintenue par la première loi électorale fasciste – mais la nomination des candidats parlementaires par le *Gran Consiglio*[*], l'organe

étatique du parti et aussi, dans les faits, l'organe le plus puissant après le dictateur. Le Grand Conseil constitue aujourd'hui "la liste électorale" unitaire nationale qui lui est proposée par les confédérations nationales et par les associations fascistes équivalentes, sans être néanmoins tenu, lors de la nomination des candidats, par les propositions formulées. À ce jour l'"élection" consiste simplement dans "l'approbation du corps électoral uni" dont la liste est établie par le Grand Conseil. L'"élection" est ainsi aujourd'hui clairement un plébiscite. L'objet du plébiscite est le programme du gouvernement qui prend la forme d'une liste unitaire nationale qui peut seulement encore être approuvée ou désapprouvée par un oui ou un non. Ce droit de vote correspond à la modalité électorale plébiscitaire. Un résultat négatif du plébiscite – réitérant ainsi la procédure électorale envisagée par la loi qui, dans un geste magnanime, admet l'existence d'une liste concurrente – est, selon les circonstances actuelles, factuellement exclu, car les sympathisants non fascistes soit votent pour la liste de l'unité nationale, soit s'abstiennent de voter en raison de la pression plus ou moins officielle.

La réforme parlementaire sanctionne ainsi – sur des fondements extérieurs toutefois nouveaux – un état de fait déjà existant. La représentation souveraine de Mussolini contient juridiquement son fondement plébiscitaire par le fait que les scrutins se répètent à certaines périodes. Techniquement, le Parlement n'est plus le représentant du peuple – au sens de Vilfredo Pareto. Il n'est plus que la façade extérieure qui permet au peuple, régi par la réalité sensible, visible et par la rhétorique, de croire à l'intention populaire du fascisme et de ses représentants.

Il en est de même concernant le syndicalisme fasciste qui, comme toute organisation des corps de métier, ne peut pas être fondé dans une unité avec la sphère politique. C'est pourquoi, quand l'on parle ainsi d'un syndicat, et à l'avenir peut-être

aussi d'un État corporatif, on doit dorénavant réserver ces épithètes à l'organisation non politique, à l'infrastructure fonctionnelle, qui sont toujours accueillies dans l'unité de l'État intégré par la représentation souveraine du Duce.

La dépossession des institutions, surtout de la Chambre des Députés, qui jusqu'au coup d'État participaient d'une façon déterminante à la formation de la volonté étatique et, en contrepartie, l'augmentation du pouvoir exécutif, se manifeste ces dernières années à travers les deux lois constitutionnelles fascistes, qui contiennent une référence à la fonction de Ministre-Président ainsi qu'au besoin d'une capacité législative pour le pouvoir exécutif.

La nouvelle norme intégrée à la convention juridique encore existante est que le Ministre-Président, qui est nommé et congédié par le Roi, n'est plus responsable devant le Parlement comme auparavant, pour toutes les directives gouvernementales de politique générale. Le système de sanction parlementaire du gouvernement, qui existait en Italie avant la révolution à titre de coutume constitutionnelle non écrite, n'existe plus aujourd'hui. Vis-à-vis des ministres – et c'est la deuxième révision constitutionnelle fondamentale – le Chef du gouvernement est le maître absolu. Il n'est plus *primus inter pares* mais le *Capo del Governo,* qui, en vertu de cette compétence, peut également se trouver à la tête de l'ensemble des autres ministères. Il dirige le travail des ministres, il tranche les litiges entre eux, il réunit et préside le conseil des ministres. Sur sa proposition les ministres qui, à l'intérieur de leurs domaines de compétence, ne sont plus seulement responsables devant le Roi mais aussi devant le Chef du gouvernement, sont nommés et rappelés par le Roi. À la place de la responsabilité solidaire qui existait jusqu'à présent et selon laquelle chaque ministre pouvait répondre du comportement de son collègue, se trouve le ressort de la responsabilité personnelle ne s'appuyant plus que sur le seul ministre. De même dans la pratique, longtemps exercée et éprouvée, les

crises de cabinet deviennent aussi soudainement urgentes qu'elles sont réglées par le Duce.

La tendance du fascisme à donner une nouvelle vie à la Constitution albertine sous sa forme ancienne, est transcrite précisément sur le papier par cette loi et s'exprime seulement à l'égard de la Couronne et non de la Chambre des Députés, dont le statut juridique est beaucoup plus en faveur de l'exécutif alors qu'elle est en réalité, au-delà les mesures constitutionnelles, juridiquement réduite. Plus aucun sujet ne peut être mis à l'ordre du jour dans l'une des deux chambres sans l'assentiment du Chef du gouvernement. L'initiative de la loi, qui selon la Constitution est réservée au Roi et aux deux chambres, ainsi que le droit d'interpellation ou de question, sont ainsi soumis à une limitation importante. Dans les faits, ces limites signifient une réduction du pouvoir d'action de l'opposition ainsi que la suppression de la simple possibilité d'une discussion enrichissante.

Sinon, la procédure législative a aussi été simplifiée pour pouvoir être accélérée. Alors qu'auparavant, quand un projet de loi avait été refusé par l'une des chambres, celui-ci ne pouvait plus être soumis ni à la discussion ni au vote à l'autre chambre et que, de plus, une nouvelle décision sur ce sujet ne pouvait plus être prise lors de la même session par l'une des instances législatives, il est possible aujourd'hui, par requête du gouvernement, d'exiger de la deuxième chambre de soumettre le projet de loi à la discussion et au vote. En outre, dans l'hypothèse d'un refus par la Chambre, il lui est possible de soumettre à nouveau le projet de loi au bout de trois mois seulement et de le présenter sans discussion en procédant à un vote secret.

La loi fixant les compétences de fond de l'exécutif conduit ainsi à une *capitis diminutio* des chambres. L'objectif de cette loi est d'entériner la série des compétences exécutives du pouvoir en les reliant à la Constitution et en passant par la

différence, développée par la doctrine au pouvoir, entre la loi au sens formel et au sens matériel. Et cela dans la mesure où ces compétences ont prétendument été usurpées de façon anticonstitutionnelle au cours du temps par le Parlement, de justifier qu'elles soient à nouveau remises entre les mains du gouvernement. Ainsi, par exemple, les règlements des organisations, à l'inverse de l'état du droit antérieur, sont essentiellement promulgués par l'exécutif sans aucune participation des instances législatives.

Mais la loi fonde également, en rupture avec le principe de séparation des pouvoirs, la compétence juridique matérielle de l'exécutif sur un autre domaine. L'exécutif est en effet dorénavant juridiquement autorisé à se substituer dans certaines circonstances exceptionnelles aux instances législatives normalement compétentes. Ainsi ce sont surtout les décrets, c'est-à-dire des actes partiellement exécutoires, dépendants de décrets ratifiés par le Parlement et ayant force de loi, qui sont promulgués par le gouvernement en cas de circonstances exceptionnelles, dont le caractère impératif et la nécessité absolue exige une telle procédure.

Le gouvernement, face à l'impuissance grandissante du Parlement – surtout après la guerre – a de plus en plus recouru aux décrets. Mais la question persistante, en théorie comme en pratique, était de savoir si cette pratique permanente était compatible ou non avec la Constitution. La controverse la plus importante au sein du droit constitutionnel antérieur au fascisme concernait le caractère légitime, ou illégitime, de cette pratique gouvernementale. Quand la validité juridique de ces décrets était contestée on se référait principalement au principe de la séparation des pouvoirs garanti par la Constitution ainsi qu'à la genèse, à l'esprit et à la lettre de la Constitution, qui ne fournissent aucun support juridique et textuel véritable à cette pratique décrétale. Quant au contraire on tenait pour valide la promulgation de ces décrets, on recourait à un droit

d'état d'urgence, les légalisant immédiatement, ou à un droit coutumier dérogeant à la Constitution, ou à un droit anticipé, plus civilisé, de direction et de suppléance du législatif par le pouvoir exécutif, ou à des présomptions légales particulières habilitant l'exécutif à promulguer ces décrets. Cette pratique s'est encore aggravée au fil du temps avec la dispute entre le droit et la réalité qui a paralysé l'ensemble de l'activité constitutionnelle. Finalement, après l'échec du projet de loi de Scialoja en 1923, cette pratique a été tranchée de force par le fascisme contre la Constitution écrite et au détriment des chambres, et est ainsi devenue sans objet.

Le fait que le fascisme, comme le gouvernement pré-fasciste, utilise des décrets lois dans des circonstances que la loi désigne comme urgentes, mais qui à l'évidence n'ont pas ce caractère, est plus important que le fondement juridique de l'activité législative de l'exécutif. Nous parlons ici des décrets lois en dehors des lois qui interviennent plus profondément dans la vie étatique et qui sont promulgués généralement par procédure législative formelle. Une telle application de la législation décrétale ne peut plus être sérieusement contestée aujourd'hui, car elle n'est plus sous le contrôle judiciaire, mais seulement sous le contrôle parlementaire. Et dans la pratique un tel dépassement des limites du législatif n'a plus de sens, puisque ce n'est plus qu'une question de goût de savoir si le Parlement approuve formellement la loi par un agrément préalable ou ultérieur.

De même, à l'opposé de la pratique antérieure au fascisme, la promulgation des décrets lois est à présent une procédure de transposition complète – au sens de la tendance à la formation du droit, s'exprimant ici clairement – qui est réglée techniquement par la législation jusque dans les détails. Les décrets lois doivent ainsi, afin d'éviter leur nullité, être soumis à l'une des deux chambres pour être convertis en lois au plus tard à la troisième session, et dans tous les cas jamais plus de deux ans après

leur publication. La transposition du projet de loi en elle-même est ainsi elle aussi soumise à l'urgence. Si la ratification, rétroactive par rapport à la promulgation du décret-loi, est refusée par l'une des deux chambres, ce refus publié est égal à l'annulation du décret-loi.

La position de l'exécutif n'est pas seulement renforcée au sein de l'État, mais également au sein des entités à gestion autonome, les régions et les communes. À la tête des régions, qui ont été redécoupées, se trouve le Préfet qui est "*la più alta autorità dello Stato*", "*il rappressentante diretto del potere esecutivo centrale*"*. Les compétences du Préfet sont considérablement élargies. Il a en charge l'ensemble de l'administration politique de sa région, en accord avec l'ensemble des directives gouvernementales et il est responsable du respect des directives envers le pouvoir central. Il est surtout assisté dans le secteur économique par des dénommés conseils économiques, qui ont maintenant en partie un fondement syndical. Pour garantir l'uniformité de l'administration régionale, la règle est que les plus hauts fonctionnaires de la région font un compte rendu au Préfet lors de leurs réunions mensuelles pour obtenir de sa part les directives nécessaires. Indépendamment de ces réunions générales, le Préfet assure concrètement et en personne le contrôle général des associations taxées et des individus qui lui sont subordonnés, notamment les associations communales – depuis toujours opposées et habituées de mener leur propre politique et qui, depuis 1926, ont un fondement juridique entièrement renouvelé. Jusqu'à cette date, l'auto-administration des collectivités avait été dissoute dans les communes non fascistes qui étaient alors administrées par un commissaire fasciste et autoritaire. Mais depuis la réforme administrative – d'abord dans les communes de moins de 5 000 habitants, puis dans les grandes agglomérations, à l'exception de Naples et de Rome dont le régime de direction administrative est spécifique – le *Podestà*, qui simplifie fortement l'ensemble

de la gestion administrative locale, a été introduit dans la Constitution en référence à l'organisation médiévale des cités-États italiennes. Le *Podestà* a dans sa commune fondamentalement la même autorité que le Préfet dans sa région, ou que le Chef du gouvernement dans l'ensemble de l'État, avec cette différence évidente que le *Podestà* dépend dans une mesure plus vaste que le Préfet de la hiérarchie fasciste, c'est-à-dire qu'il est subordonné aux instances supérieures et au Préfet lui-même. Le *Podestà* n'est pas élu, il est nommé d'en haut pour plusieurs années – formellement par un décret royal. Il assure ses fonctions – principalement de manière bénévole – sous le contrôle du Préfet qui dépend, lui, du ministre de l'Intérieur. Les fonctions du *Podestà* appartenaient auparavant au maire (*sindaco**) ou à des collectifs auto-administrés élus (*consiglio, communale, giunta**). De plus, il existe simplement un corps public à statut consultatif, le *Consulta municipale** qui doit être consulté dans certains cas, surtout sur des sujets ayant un impact financier. Cela n'est obligatoire que dans les communes de plus de 20 000 habitants. Mais leur avis n'est pas décisif puisque, en cas de désaccord entre le *Podestà* et le *Consulta*, c'est le Préfet qui tranche.

Au sein de cette répartition d'une grande portée de l'ensemble du droit administratif, ici seulement esquissée, désignée du point de vue fasciste comme un acte d'un "*carattere profondamente rivoluzionario*", s'exprime en particulier le centralisme autoritaire du fascisme. Celui-ci est manifeste dans la mise en œuvre de la réforme des communes qui ont notamment fait l'objet d'une profonde restructuration spatiale, soit en regroupant plusieurs communes auparavant autonomes en une seule, soit en les reliant à de grandes communes existantes. Ce centralisme unitaire est nécessairement général puisque toute instance intermédiaire autonome importante nuirait à l'unité et ainsi à un fonctionnement sans heurt de la représentation souveraine dictatoriale. Une administration autonome, au sens où on l'entend couramment, est donc exclue, même si

l'idéologie fasciste aime entretenir la croyance que le fascisme a mis un terme à l'apparence dégénérée de l'autonomie communale, qu'il l'a rétabli dans sa forme véritable, romano – centrée mais non allemande.

Ce qui a été dit jusqu'ici montre que la modalité technique de l'élitisme conduisant à unir la communauté étatique par une intégration personnelle au sein des faisceaux doit être complètement écartée de sa forme traditionnelle. Les professionnels chargés de diriger l'État (au sens le plus large du terme) ne sont plus choisis par les électeurs ou par une organisation du parti associant les électeurs, mais selon l'idée que se fait la hiérarchie de la dignité afférente à l'échelle sociale, et sont désignés par les instances supérieures, qui, selon la conception fasciste, décident mieux de leur valeur politique personnelle et de leur expertise, que les instances inférieures, qui se laissent conduire par des considérations de parti, désorganisant ainsi l'État. C'est pourquoi les instances inférieures ne peuvent persister que par une obéissance inconditionnelle et une discipline consciente de ses responsabilités à l'égard des décisions arrêtées par leurs supérieurs. La nomination prend par conséquent dans l'État, de même que dans la hiérarchie des associations syndicales contrôlées par l'État, la place de l'élection. Ce renversement dans le principe de la sélection des chefs s'appuie sur la croyance en la seule force créatrice d'une élite limitée en nombre, qui forme et construit l'histoire. Elle est en réalité une conséquence inéluctable du transfert de la souveraineté des sujets vers celui qui les représente. En effet, la décision de l'intégration personnelle de l'État appartient exclusivement à une représentation souveraine.

Dans la construction de l'organisation étatique en cours, parallèle à celle du parti fasciste, ce principe de sélection est entièrement concrétisé, à l'exception de tout dernier reste d'élection (*Elezionismo*), depuis le nouveau statut du parti d'octobre 1926. La hiérarchie sociale s'exprime dans l'organe le plus haut placé du parti fasciste, le

Gran Consiglio, qui est sous la présidence du Duce et qui, outre le Duce, rassemble les plus hauts fonctionnaires de l'État et du parti, notamment les ministres, les sous-secrétaires d'État, les membres des directoires nationaux fascistes et les présidents à la tête des organisations fascistes. Le Secrétaire général du parti ainsi que le Directoire national organisé collégialement sont formellement choisis par le Grand Conseil, en réalité par Mussolini. Le Directoire national reçoit ses directives du Grand Conseil avec la participation particulière du Secrétaire général et est chargé de régler les affaires du parti et d'édicter les ordres journaliers. Le Secrétaire général nomme de son côté les secrétaires de régions qui (depuis début 1927) forment les directions régionales avec des collaborateurs nommés par leur soin. À l'intérieur de leur région, ils contrôlent activement, obéissent ou dirigent en vue de l'épanouissement du parti, tout comme le Préfet dans sa sphère d'attribution. Le secrétaire de région nomme à son tour les secrétaires des sous-formations de combats fascistes, afin que ceux-ci puissent former les directeurs locaux fascistes avec cinq collaborateurs de leur choix. Les secrétaires généraux, régionaux et locaux, de même que les directeurs nationaux, régionaux et locaux – tous, par l'intermédiaire du Grand Conseil, sous l'influence dominatrice de Mussolini – sont, dans leurs propres fonctions, dépendants du Secrétaire général et ne sont pas, extérieurement, une administration incorporée dans l'État. Bref, ils sont simplement une formation extérieure de l'organisation du parti échelonnée hiérarchiquement.

Malgré cette autonomie apparente du parti, le fascisme a l'intention d'incorporer le parti à l'État. Sans cette intention, le système global d'intégration de l'État fasciste serait impossible, notamment l'intégration concrète par le mythe politico-religieux de la Nation. C'est seulement ainsi que le fascisme conquiert la force interne qui lui permet de dénoncer l'opposition comme une force dissolvante de l'État et de la

supprimer en tant que danger pour l'État. C'est seulement ainsi que le fascisme peut promouvoir la croyance, qu'il partage du reste avec la plupart des dictatures, que le sceau dictatorial du régime fasciste est une contrainte et un pouvoir de nature temporaire qui disparaîtra avec l'instauration de l'État et du parti.

Cette aspiration d'un parti à s'identifier avec la totalité n'est cependant pas propre au fascisme. Car l'intention d'être le parti du peuple est immanente à chaque parti. La caractéristique du fascisme est simplement la transformation de cette intention en une unification concrète, ainsi que juridique, du parti et de l'État. Cette unification est apparue concrètement lors de la marche sur Rome dans la personne de Mussolini, par son unification de la fonction de Chef du parti et de Chef du gouvernement. Dans le système normatif fasciste cette identité est devenue apparente seulement au moment où elle est devenue un État de parti unique dans la réalité. C'est seulement à la fin de l'année 1926 que le symbole du nouveau système de valeurs fascistes, le faisceau, est devenu un symbole de l'État. Par la suite, les organisations issues purement du parti ont été progressivement intégrées dans l'État. La "milice née spontanément pour la sécurité de l'État", issue des groupes de combats fondés par Mussolini, est par exemple pour l'État, sur le fondement d'une légalisation d'un champ de compétences précis, un organe étatique actif au même titre que l'armée ou la police. Les anciens syndicats fascistes sont ainsi reconnus étatiquement et sont remaniés en associations corporatives. De même, l'État donne un fondement juridique à l'éducation fasciste de la jeunesse, par l'intermédiaire de l'Office de la jeunesse sous contrôle directe de Mussolini et ses organisations *Balila*[*] et *Avanguardia*[*], où les enfants sont placés dès l'âge de 8 ans et sont préparés, dès l'âge de 14 ans, à leur futur service militaire. Cette unification juridique du parti et de l'État est à présent autant encouragée que réalisée dans tous les domaines, et la fusion directe des instances du parti et de l'État commence à prendre des

formes extérieurement visibles. À peine le projet de loi du *Gran Consiglio*[*] est adopté, que le plus haut organe du parti, le Grand Conseil fasciste, est intégré dans la Constitution comme l'organe le plus haut de l'État. Mais des voix s'élèvent aussi au sein du fascisme mettant en doute qu'une telle existence du parti puisse être autorisée. Il est discutable et concrètement insignifiant de savoir si la poursuite d'une incorporation extérieure du parti à l'appareil de l'État est réellement effectuée. Car même si le parti est considéré comme une organisation extérieurement autonome, son sens et son objectif ne sont plus de toute façon ceux d'un parti traditionnel. Il fait fonction de "*classe dirigente*"[*] et d'élite de la nation ordonnée et indépendante. Ainsi le fascisme contient un fondement plébiscitaire, une direction monocratique et un soutien aristocratique. C'est pour cette raison que le fascisme rend difficile l'admission dans le parti et limite le nombre des membres du parti qui – si l'on compte seulement la totalité des membres masculins – n'atteint aujourd'hui même pas un million.

La tendance à la formation du droit qui dépeint le système fasciste agit de façon fédératrice. À travers l'unification du parti et de l'État, l'anormal est en effet normalisé, au sens où le fascisme est dépersonnalisé et le régime concrétisé, immortalisé. Cette tendance caractéristique s'exprime de façon particulièrement claire dans les organisations de la jeunesse qui doivent garantir sur une base concrète la continuité spirituelle du régime d'un point de vue personnel, pour rendre dans la mesure du possible le mouvement fasciste indépendant de la personnalité du Duce.

S'il est clair à présent, qu'en se référant au nombre des membres, on ne peut pas tirer de conclusion sur la répartition numérique entre fascistes et non fascistes, il est cependant en tout cas certain que l'unité du parti et de l'État n'est qu'extérieure. Une part non négligeable de la population ne tolère l'État fasciste que sous la contrainte et à contrecœur. Cette opposition interne d'une partie de la population dont on ne peut

absolument pas connaître le nombre, est insignifiante pour le juriste qui, traitant de droit constitutionnel, s'intéresse seulement à la réalité extérieure et au matériel normatif positif. L'existence d'une opposition n'est importante que relativement à la question de la dictature. Actuellement, l'unification violente et sous contrainte de l'État et du parti est la marque de la dictature fasciste car, sans recours à la violence, le parti, qui est constamment en minorité, ne pourrait pas s'unir à l'État. Si le régime réussit à perdre ce qualificatif dans le futur, cela dépendra du pourcentage de la totalité de la nation dont le fascisme s'emparera. C'est surtout pour cette raison que le fascisme – qui persiste dans la croyance révolutionnaire typique selon laquelle une toute nouvelle génération naîtra d'une modification des méthodes d'éducation – insiste particulièrement sur l'éducation et la formation de la jeunesse. La dictature, et avec elle la possibilité d'utiliser la contrainte et le pouvoir, devient inutile quand il n'y a plus d'opposition contre laquelle la dictature puisse être dirigée.

Si l'on met pour conclure le fascisme et la doctrine fasciste de l'État en relation avec les théories actuelles de l'histoire générale des idées, cela donne en résumé le tableau suivant : L'anéantissement et l'objectivation de la vision globale du monde, suite à l'aspiration à l'unité du XIX^{e} siècle, ont conduit à la domination quasi exclusive du positivisme et d'une sociologie compréhensive au sein du droit public – comme dans la connaissance juridique en général – voulant analyser l'entreprise étatique, soi-disant libre de toute référence à des valeurs, à travers la bureaucratie, le système de parti et l'organisation, et ce également à l'extérieur des frontières allemandes. Concrètement, cette dépersonnalisation étendue contient en même temps une négation des forces vitales les plus importantes. Car la vie n'est pas une unité uniforme, mais au contraire une multiplicité concrète, infiniment variable. En ce sens, la théorie générale de la connaissance obéit à une tendance qui consiste à placer le particulier à la place du

général, le sujet à la place de l'objet et va ainsi de l'homogénéité vers la particularisation. Dans la théorie de l'État, cette tendance de la connaissance théorique s'exprime dans l'accent mis sur la décision personnelle contre la décision objective, qui était tenue pour une loi sacrée et intangible au XIX[e] siècle. Cette libération de l'individualité face à l'historicisme universalisant est modifiée en un sens trans-personnel par le fascisme. L'aspiration générale à la distinction, à la particularisation, à l'individualité est en elle-même projetée par le fascisme vers le tout. Ce n'est pas un hasard si en Italie, en même temps que la théorie fasciste de l'État, Croce et Gentile enseignent la conception historique unique et éternelle, dans le sens de la théorie paneuropéenne, selon laquelle l'État n'est pas un mécanisme accessible par un calcul mathématique mais une totalité individuelle unissant le passé et le futur dans le présent, totalité conçue comme une unité sensible idéelle et concrète. L'État fasciste s'actualise ainsi de façon dynamique grâce à des décisions toujours nouvelles du Chef, dont le charisme – visible extérieurement dans le style de son discours et dans sa gestuelle – anime les masses et doit transformer la société mécanique de nouveau en une communauté. Le fascisme veut être la vie, veut donner la vie. Pour cela il célèbre, en contradiction délibérée avec la "gérontocratie" ancienne, la jeunesse dans le chant "*giovinezza*"[*] devenu l'hymne national. D'où la foi dans cette jeunesse et ainsi, en même temps, dans le propre avenir du fascisme. C'est pourquoi le fascisme veut vaincre, malgré la croyance en sa mission mondiale, le XIX[e] siècle moniste, grâce à la forme concrète d'un romantisme caractérisé, produit non contagieux, en essayant de lier l'universel figé à l'individualité pleine de vie. »

Résumé

Le concept de totalitarisme élaboré par Hannah Arendt à partir de 1951 est aujourd'hui une référence incontournable. Son examen critique, ici proposé, commence par resituer cette théorie arendtienne dans l'histoire des idées juridiques. Ce faisant, il apparaît que non seulement la terminologie, mais également une partie des arguments et des conclusions de la philosophe ont été élaborés dès les années 1920 par la doctrine juridique, aussi bien anti- que pro-totalitaire.

Dans un second temps, la théorie du droit, qui a nourri les réflexions de Hannah Arendt, est utilisée comme un instrument pour la critique. En particulier, la thèse la plus polémique défendue par la philosophe – à savoir qu'il n'y eut que deux régimes totalitaires, l'Allemagne nazie et l'Union soviétique – ne résiste guère à l'examen juridique et théorique.

À travers ce dialogue historique et critique entre le droit et la philosophie, cette thèse interroge l'idée d'un droit totalitaire, qu'il s'agisse de sa nature, de ses conditions de possibilité ou de sa distinction avec l'État de droit.

Abstract

The concept of totalitarianism developed by Hannah Arendt from 1951 is a major reference today. Its critical review, proposed here, begins by re-placing this arendtian theory in the history of legal ideas. In doing so, it appears that not only the terminology, but also some of the arguments and conclusions of the philosopher were developed from the 1920's by the theory of law, anti and pro totalitarians as well.

In a second step, the theory of law, which nourished Hannah Arendt's reflections, is used as an instrument for criticism. In particular, the most controversial thesis defended by the philosopher - namely, that there were only two totalitarian regimes, Nazi Germany and the Soviet Union – can hardly withstand a legal and theoretical scrutiny.

Through this historical and critical dialogue between law and philosophy, this thesis questions the idea of a totalitarian law, its nature, its conditions of possibility and its distinction with the rule of law.