

Deuxième partie

**Le droit, outil de légitimation
ou garde-fou ?**



Introduction

Bernard Pêcheur

Certains auteurs, notamment le professeur Olivier Corten de l'Université libre de Bruxelles, ont souligné, à partir de la typologie de Max Weber des trois sources de la légitimité (la tradition, le charisme, la légalité), que le droit jouait, dans les États modernes, un rôle majeur de légitimation du pouvoir aux yeux des gouvernés. Ce phénomène entretient des liens étroits avec l'apparition, mise en évidence par ailleurs par le même Max Weber, « d'un corps de travailleurs intellectuels spécialisés, hautement qualifiés [...] et animés par un honneur corporatif très développé sur le chapitre de l'intégrité », c'est-à-dire d'une fonction publique professionnelle, incarnant la continuité de l'État et vouée au service de la légalité et de la règle abstraite et rationnelle. Autrement dit, le droit est un outil de légitimation du pouvoir non seulement aux yeux des gouvernés, mais aussi aux yeux des fonctionnaires eux-mêmes : légitimation du pouvoir qu'ils servent et, par suite, légitimation de leurs propres actes.

Dans le contexte politique et juridique actuel, la réponse à la question de notre table ronde, « Le droit outil de légitimation ou garde-fou ? », serait, semble-t-il, aisée.

Dans notre conception et notre pratique, l'État de droit est fondé sur la hiérarchie des normes et des compétences, la séparation des pouvoirs et leur limitation mutuelle, la garantie des droits et le respect de l'indépendance de la justice. Dans nombre de pays l'ordre juridique repose, en outre, sur la soumission de la loi, édictée par les élus du peuple, à un contrôle de constitutionnalité, voire de conventionnalité. Ainsi le suffrage universel, source indépassable de la légitimité démocratique et donc situé au cœur du processus de légitimation, est-il lui-même encadré dans son exercice, limité dans son expression et, finalement, contrôlé par le juge. Le devoir d'obéissance du fonctionnaire est lui-même borné et va jusqu'à se muer en devoir de désobéissance à un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public, selon la formule de l'article 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. La conformité au droit et la garantie des droits sont les deux faces d'une même médaille et, aujourd'hui, dans notre pays, le Constituant lui-même trouverait sans aucun doute dans l'ordre communautaire et dans l'ordre international, des limites à son pouvoir. De ce fait, le droit, dans nos sociétés démocratiques, est bien sûr toujours un outil de légitimation mais il est aussi un triple garde-fou : à la fois protection des droits des gouvernés par rapport aux gouvernants, protection des fonctionnaires contre les dérives du pouvoir politique, protection des fonctionnaires contre une obligation d'obéissance aveugle aux ordres reçus.

Il n'en a pas toujours été ainsi, et en tout cas la réponse est assurément bien différente, si on se tourne vers les crises des années 1930 et 1940 en Europe.



Si je prends l'exemple de la France, de la crise de juin 1940, de la rupture constitutionnelle de juillet 1940 qui en est issue et du régime politique et administratif qui s'est imposé à notre pays pendant quatre années, le facteur premier, en tout cas le plus visible, de légitimation par le droit du nouveau pouvoir réside dans le respect, sinon scrupuleux, du moins méticuleux et surtout trompeur, des formes et des procédures juridiques lors de la prise du pouvoir et plus tard durant son exercice.

Un deuxième facteur de légitimation du nouveau régime, en dépit de la rupture institutionnelle majeure portée par la Révolution nationale, est à rechercher (le paradoxe n'est qu'apparent) dans la continuité même du droit administratif. Cette continuité est rendue possible par la survie de l'appareil administratif, appareil non pas inchangé, car il a été épuré, mais globalement semblable à lui-même, chargé d'assurer une certaine continuité des services publics et s'estimant tenu à l'égard des autorités nouvelles par le même devoir d'obéissance qu'à l'égard des gouvernements républicains. Cette continuité a été rendue plus manifeste encore par la permanence du contrôle juridictionnel des actes administratifs par le Conseil d'État. Il était toujours possible de demander l'annulation des excès de pouvoir de l'administration.

Tout cela cependant n'était pas qu'apparence. Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs de l'ordonnance du 9 août 1944, celle-ci, après avoir posé le principe de la nullité des actes édictés par le régime de Vichy, énonçait que cette nullité devait être expressément constatée au motif que « des textes législatifs ou réglementaires sont intervenus qui n'eussent pas été désavoués par le régime républicain et des actes administratifs individuels ont été pris qui n'ont été inspirés que par l'intérêt bien compris de la bonne marche des services ».

Le Conseil d'État, juge de l'excès de pouvoir, a pu lui-même, dans certains cas, comme le souligne notre collègue Jean Massot, « faire prévaloir ce que l'on n'allait pas tarder à appeler les principes généraux du droit ». À ce niveau de l'analyse, la balance entre la fonction de légitimation et la fonction de protection est, il est vrai, bien déséquilibrée, que l'on se place du point de vue des gouvernés ou de celui des fonctionnaires eux-mêmes. Cependant, à certains moments, le droit a pu jouer un rôle, sinon de garde-fou, du moins d'amortisseur.

Un troisième ressort, plus fondamental, concerne ce que j'appellerai l'illusion de l'abstraction : la norme est servie par le fonctionnaire et reçue par le juge, pour elle-même, indépendamment de son contenu. Cette illusion conforte alors ce que Marc Olivier Baruch a appelé le « légicentrisme » : d'une part, la loi ne peut être confrontée à la constitution, même si celle-ci occupe en théorie la première place dans la hiérarchie des normes ; d'autre part, pour le juge qui se refuse à contrôler la loi, s'impose une conception purement positiviste et relativiste de celle-ci : la loi est l'acte qui émane de l'autorité ayant, au moment où elle l'a pris, le pouvoir législatif. Nul contrôle ne s'exerce donc sur la loi, fût-elle désormais édictée par un homme seul. À ce niveau, la légitimation de la rupture institutionnelle portée par le nouveau régime est totale ; le droit n'est un garde-fou ni pour le citoyen, ni pour le fonctionnaire. Il est seulement un écran pour beaucoup, un alibi pour certains, voire la clé de l'acceptation de l'inacceptable.

Voilà pour la France. Comment les choses se sont-elles passées ailleurs en Europe, avant et après la guerre, dans les régimes dictatoriaux ou totalitaires ? Les mêmes mécanismes juridiques ont-ils joué ?

Après le rapport d'Olivier Cayla, directeur d'études à l'EHESS, qui introduira cette table ronde, nous aurons l'occasion, avec la contribution du professeur Olivier Jouanjan (« Reinhard Höhn, juriste, SS et manager »), de nous pencher sur les ressorts qui permirent en Allemagne la prise du pouvoir par le parti nazi et son emprise totalitaire sur ce pays. Deux questions ne peuvent manquer de se poser : y a-t-il eu une spécificité du droit dans l'Allemagne nazie et, si oui, laquelle ?

Avec la communication du professeur Florin Turcanu (« D'une dictature à l'autre : droit et politique en Roumanie. 1938-1948 ») nous aborderons, ensuite, les crises qui bouleversèrent ce pays, de la dictature du roi Carol jusqu'à la transformation de la Roumanie en « XVII^e République soviétique ». Une question me vient spontanément à ce propos : les mécanismes utilisés par l'extrême droite avant-guerre puis par les communistes après-guerre furent-ils les mêmes, d'une crise à l'autre ?

La dernière communication sera l'œuvre de Mme la présidente Carbonnier. Elle nous conduira « d'hier à aujourd'hui » et nous donnera sans doute l'occasion d'un retour sur nous-mêmes et d'une interrogation en conscience. Le droit, dans nos sociétés démocratiques contemporaines, ai-je dit, est à la fois outil de légitimation et garde-fou. Est-on cependant certain qu'en cas de crise majeure et de déstabilisation du cadre institutionnel, l'État de droit saurait résister ? Est-on certain qu'il continuerait à assurer son rôle de protection des libertés fondamentales et de la démocratie, sans, d'une façon ou d'une autre, légitimer le passage à un ordre nouveau ?

Les ambiguïtés de la légalité administrative

Olivier Cayla

La Déclaration des droits de l'homme de 1789, ce subtil mélange de droit naturel « constaté » par l'Assemblée nationale d'alors et de droit (constitutionnel) positif de la V^e République, car établi comme tel par la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis 1971, semble être le lieu normatif idéal que l'on pourrait scruter pour tenter de déterminer si le droit est un outil de légitimation ou un garde-fou, concernant l'action d'un fonctionnaire sommé de servir une législation contraire aux valeurs des droits de l'homme (ou des droits fondamentaux, dirait-on plutôt aujourd'hui, pour souligner le statut désormais positif de tels droits), édictée par un régime de dictature.

Vient en effet immédiatement à l'esprit le fameux article 2 de la Déclaration de 1789, qui répute la résistance à l'oppression « droit naturel et inaliénable de l'homme », au même titre que la liberté ou la propriété. Mais, trop souvent, on oublie de lire en association avec cette disposition d'autres parties de la Déclaration où il est aussi question de résistance, mais sous l'angle cette fois-ci de la résistance à la loi. Les articles 6 et 7 de la Déclaration établissent en effet successivement que « la loi est l'expression de la volonté générale » et que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ». On comprend alors facilement que, du point de vue de l'Assemblée nationale de 1789, puisqu'il ne saurait y avoir de loi qu'exprimant la volonté générale, il en résulte nécessairement qu'elle ne saurait opprimer et donc qu'y résister ne saurait s'envisager sans commettre de faute (voire de crime) à son égard, c'est-à-dire à l'égard de soi, puisque, en obéissant à la loi, on continue de n'obéir qu'à soi-même.

Si bien que, dans l'esprit de 1789, qui a puissamment irrigué le droit public de la III^e République, la loi est par définition ce à quoi il est impensable de jamais résister : garantie du règne de la liberté qui se définit, chez Rousseau comme chez Montesquieu, comme l'obéissance à la loi qu'on s'est soi-même donnée, une telle obéissance à la loi devient alors l'unique voie d'accès (sous la forme d'une rousseauiste « régénération ») de chacun à sa propre humanité, puisque c'est par elle que s'opère le contrat social : c'est en étant citoyen qu'on devient homme.

Bien entendu, ce qui vaut pour chaque citoyen vaut *a fortiori* pour tout fonctionnaire. Celui-ci est, par essence, voué à assurer l'exécution de la loi : le dogme de la séparation des pouvoirs n'excluait nullement, en 1789, de penser l'exécutif comme étant essentiellement et strictement subordonné au législatif, car c'est par l'exécution de la loi civile que la nature humaine, relevée de sa chute originaires, se fortifie. Dans ce cas, il n'y a pas à tergiverser car la question ne se pose pas : le droit ne peut guère être autre chose qu'une instance de légitimation

pour le fonctionnaire. De fait, le fonctionnaire étant agent de la réalisation de la loi, sa mission est de considérer le droit comme le principe même de son action. Sans cette actualisation, la loi n'est rien, si ce n'est un simple vœu abstrait du pouvoir législatif : elle ne déploie sa « force de loi » que lorsqu'elle est mise en œuvre par l'action du pouvoir exécutif.

Dans ces conditions, on discerne mal comment le droit pourrait s'appréhender comme un « garde-fou ». Pour s'y prêter, il faudrait en effet que le droit puisse comporter des dispositions autorisant le fonctionnaire à désobéir quand il rencontre une loi injuste – hypothèse tout à fait farfelue au regard de la Déclaration des droits et de son arrière-plan philosophique, mais qu'on est ici obligé d'envisager, puisque cette hypothèse est historiquement vérifiée. Mais on voit bien que cette configuration qui permettrait ainsi au fonctionnaire – ce qui serait évidemment l'idéal pour lui –, de continuer d'obéir au droit dans le moment même où il entreprendrait de lui désobéir, serait cependant fort improbable logiquement, du moins tant qu'on emploie le mot « droit » toujours dans le même sens de « droit positif ».

Pour la concevoir plus nettement, il vaudrait mieux alors supposer l'existence d'une sphère de normativité, certes juridique mais extérieure et supérieure au droit positif, celle du droit naturel, offrant ainsi la possibilité de se prévaloir, à la manière d'Antigone, d'une contradiction de ce droit supérieur par le droit positif pour s'estimer autorisé à désobéir à ce dernier. Ce n'est qu'à cette condition que le fonctionnaire, pouvant être délié de son obligation d'obéir au droit positif, disposerait du moyen d'éviter de se rendre complice des horreurs de ce dernier. Autrement dit, comme Danièle Lochak a pu le suggérer dans une polémique fameuse avec Michel Troper¹, à propos du positivisme au nom duquel la doctrine juridique a pu veiller, du point de vue apparemment neutre de la technique juridique, au moyen d'effectuer la meilleure application possible de la législation anti-juive de Vichy, le jusnaturalisme en tant qu'option de philosophie du droit serait le meilleur moyen de voir en celui-ci un possible garde-fou pour le fonctionnaire confronté au problème posé par la loi injuste.

Mais un tel appel aux catégories du jusnaturalisme, conduisant à utiliser le même terme de « droit » dans deux sens différents pour parvenir à penser le paradoxe d'une désobéissance au droit dans l'obéissance au droit (et inversement), ne peut qu'apporter une solution imparfaite au problème. En effet, cette stratégie, consistant à dire que le droit positif, en contrariant le droit naturel, se disqualifie et n'apparaît donc plus vraiment comme étant du droit, ce qui permet alors au fonctionnaire de ne plus être tenu d'y obéir, apparaît au positiviste comme plutôt laborieuse, et finalement assez vaine. C'est notamment ce que suggérerait Hart lorsqu'il faisait remarquer que, pour désobéir au droit positif injuste (c'est-à-dire contraire au droit naturel), il n'est nullement nécessaire de déployer une savante théorie pour énoncer que le droit positif injuste n'est pas du droit : il suffit simplement de dire qu'il est injuste. Ce qui motive la désobéissance est alors une instance purement morale qui ne se confond pas avec celle du droit, et conduit à l'insurrection contre le droit injuste,

1 Voir Danièle LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les Usages sociaux du droit*, Paris, PUF/CURAPP, 1989, p. 252-286 ; Michel TROPER, « La doctrine et le positivisme », in *Les Usages sociaux du droit*, *op. cit.*, p. 286-292.

mais sans naturellement bénéficier de la tranquillité que conférerait l'assurance qu'il n'est précisément pas du droit : au contraire, une telle désobéissance ou résistance à l'oppression du droit positif assume pleinement le fait que, en s'inscrivant dans le registre de l'illégalité, elle doit affronter le risque majeur de la sanction qui vient frapper toute action délictueuse. Le résistant doit avoir le courage de se cacher, de risquer de perdre son emploi, de craindre pour sa liberté ou sa vie comme pour celles de ses proches, justement parce qu'il ne peut qu'être caractérisé comme un hors-la-loi par l'ordre juridique². Mais, évidemment, un tel défi à la loi n'est guère compatible avec l'accomplissement des tâches ordinaires d'un fonctionnaire.

Aussi ne voit-on guère, parmi tous les inconvénients issus des approches tant jusnaturalistes que positivistes du droit, ce qui pourrait rendre celui-ci propre à servir de garde-fou au fonctionnaire dont la conscience se trouve en profond désaccord avec la loi qu'il est chargé d'appliquer. Pourtant, il existe dans les divers ordres juridiques contemporains des montages normatifs qui ont tenté, quelquefois avec beaucoup d'ingéniosité, d'ériger le droit positif en un tel garde-fou et de donner au fonctionnaire le moyen de désobéir au droit injuste sans une trop grande prise de risque. On examinera à gros traits la stratégie déployée par la France, consistant à doter l'État de droit des moyens de se prémunir contre tout risque d'expression par le droit de la contradiction de ses valeurs fondamentales. Mais il s'agira alors de se demander si une telle entreprise, politiquement remarquable, ne peut pas toutefois donner lieu à un certain obscurcissement du concept de légalité, ce qui pourrait finir alors par être pratiquement problématique, dans le cadre précisément d'un État de droit.

La construction d'un montage utile au fonctionnaire qui espérerait trouver dans le droit le moyen de conforter sa désobéissance à la loi injuste s'est faite en deux temps, essentiellement grâce à l'œuvre prétorienne hautement inventive du Conseil d'État : immédiatement après la Seconde Guerre mondiale d'abord, dans les années 2000 ensuite.

La désobéissance légitime à l'illégalité manifeste

Une première série d'avancées du droit positif pour le traitement des faits relatifs à la Seconde Guerre mondiale a été réalisée immédiatement après la fin de celle-ci avec le fameux arrêt *Langneur* du Conseil d'État³. Comme on sait, la remarquable audace de cette jurisprudence consiste à ne pas s'être contentée de reconnaître au fonctionnaire un droit de désobéissance, déjà logiquement équivoque en lui-même, comme on l'a vu précédemment, mais d'être allée jusqu'à instituer, non pas au bénéfice mais plutôt à la charge du fonctionnaire,

2 Voir Stéphane RIALS, *Oppressions et résistances*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2008.

3 CE, 10 novembre 1944, *Langneur*, *Lebon*, p. 288, *D.* 1945, p. 87-89, concl. B. Chenot; *JCP*, 1945, 2, 2832 ou 52, note Chavanon.

une obligation de désobéir, ce qui ne fait qu'accentuer le caractère paradoxal de cette opération normative⁴. En effet, si le fonctionnaire non seulement peut mais même doit désobéir, il en résulte pour lui qu'il lui faut bizarrement obéir à une obligation pour être introduit dans la possibilité de désobéir. De sorte que si, au contraire, il décide d'obéir, il désobéit alors à son obligation de désobéir...

Il faut dire que ce à quoi le fonctionnaire est soi-disant « obligé » de désobéir est l'ordre « présentant de toute évidence un caractère illégal », qui, de surcroît, « compromet gravement le fonctionnement du service public », les deux conditions étant cumulatives⁵. Le fonctionnaire qui entreprend ainsi de désobéir à un ordre manifestement illégal, mais qui ne compromet pas gravement le fonctionnement du service public est sanctionné, puisqu'il a désobéi ; tandis qu'il s'expose à la même rigueur si l'ordre compromet gravement le fonctionnement du service public, mais ne présente pas de toute évidence un caractère illégal, c'est-à-dire s'il est simplement illégal, juste un peu, ou même beaucoup, mais pas manifestement. C'est dire si les cas où il est supposé devoir désobéir risquent d'être facilement identifiables⁶...

De toute façon, il va de soi que ce n'est pas au fonctionnaire lui-même qu'il revient de faire preuve du discernement nécessaire pour se conformer à son obligation de désobéir, mais bien entendu à l'interprète des obligations auxquelles il est assujéti, qui est naturellement le juge administratif, c'est-à-dire le Conseil d'État. C'est donc le Conseil d'État qui, finalement, médiatise le rapport du fonctionnaire à sa propre désobéissance. On l'admettra, la condition du fonctionnaire selon les critères logiquement positivistes de l'arrêt *Langneur* semble assez éloignée de celle d'Antigone. Elle procède en tout cas d'un régime juridique qui semble d'un maniement délicat lorsqu'il s'agit de repérer concrètement les cas où la désobéissance du fonctionnaire est non seulement licite, mais même obligatoire.

Apparemment, l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine, qui a été la deuxième grande marque par le droit français des événements liés à la Seconde Guerre mondiale, s'approcherait, quant à elle, peut-être davantage du point de vue surplombant qu'Antigone invoque pour s'autoriser à désobéir à Créon. Comme on sait, son objet principal était de réputer nuls et de nul effet les actes constitutionnels, législatifs et réglementaires

4 Sans parler de sa remarquable discrétion puisque cet arrêt *Langneur* n'a jamais été suffisamment important pour mériter l'honneur de figurer dans la bible des étudiants en droit administratif qu'est le *Recueil des grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, ni même dans son index. Aussi cette intrigante obligation de désobéir du fonctionnaire donne-t-elle le sentiment de devoir être écartée de la vue de l'étudiant en droit, comme si la formation de son esprit de futur juriste ne devait pas être perturbée par une telle curiosité normative.

5 Ce que confirme le code de la fonction publique qui légalise la jurisprudence *Langneur* : « Tout fonctionnaire [...] doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public » (loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 28).

6 Voir Eric DESMONS, « Le droit de résistance du fonctionnaire », *Droits*, 1992, n° 15, p. 101-111 ; Stéphane BOUISSON, « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'État », *AJFP*, 2003, p. 44.

de Vichy, qui ont porté atteinte à l'identité républicaine de l'État : « l'acte dit "loi constitutionnelle du 10 juillet 1940", tous les actes dits "actes constitutionnels", tous les actes qui ont institué des juridictions d'exception, tous les actes qui ont institué le travail forcé pour le compte de l'ennemi, tous les actes relatifs aux associations dites "secrètes", tous ceux qui établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif ». Le « constat » de cette nullité (et non pas cette « annulation ») revenait à affirmer, comme le faisait l'article 1^{er} de l'ordonnance, que la République (ou la « la forme républicaine du gouvernement de la France »), qui, quant à elle, n'avait pas cessé d'exister, ne pouvait en aucun cas se sentir concernée par les « actes » susmentionnés de Vichy, et n'avait donc nullement à répondre en droit des dommages qu'ils avaient pu causer.

Sans doute, une telle opération mentale, consistant à réputer l'État français de Vichy ne pas avoir existé (du moins pour les seuls actes de Vichy perçus comme ayant été antirépublicains, et non pas tous les autres, qui ont été quant à eux assumés par le gouvernement provisoire et les IV^e et V^e Républiques), évoque-t-elle le raisonnement jusnaturaliste qui conteste à la loi civile sa qualité même de loi, quand elle est caractérisée comme contraire à la loi naturelle. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit, bien entendu, des crimes commis à l'égard des juifs, où l'identité républicaine s'entend principalement comme l'attachement à certaines valeurs fondamentales indérogeables.

Toutefois, c'est au fond dans une perspective plus positiviste qu'essentialiste, c'est-à-dire plus formelle et procédurale que matérielle et axiologique, que la contestation de la validité de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 a été immédiatement enclenchée (en particulier par René Cassin), pour donner lieu à une polémique (où Georges Vedel a précisément fait valoir une approche résolument positiviste) principalement axée sur la question de principe de la subordination du pouvoir constituant dérivé au pouvoir constituant originaire en cas de révision constitutionnelle, qui n'a jamais été véritablement tranchée, et dont on peut se demander s'il n'est pas vain, en théorie, d'espérer pouvoir jamais la trancher⁷.

D'ailleurs, indépendamment du type d'argumentation employé pour disqualifier la législation de Vichy et tenir ainsi la République pour absolument étrangère aux activités normatives de l'« État français » et pour être insusceptible de s'en montrer solidaire sur le terrain de la responsabilité, le Gouvernement provisoire pouvait-il faire autre chose que fulminer un tel anéantissement ? À vrai dire, en tant simplement que chef de la Résistance qui refuse d'avouer la défaite vis-à-vis de l'Allemagne, et donc en tant qu'instance prétendant engager l'État dans le refus de tout armistice, de Gaulle pouvait-il faire autrement que d'exiger l'obéissance à son égard, corrélée à la désobéissance à l'égard de Pétain, donc affirmer que sa propre désobéissance à l'égard de Pétain n'était nullement de la désobéissance à l'égard de la loi, en arguant de ce que la loi de Pétain n'était pas de la loi ? Au fond du problème, avant d'y avoir un conflit de valeurs entre

7 Voir Olivier CAYLA, « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire, ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », in *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 249-265.

Londres et Vichy, n'y avait-il pas simplement la logique d'une concurrence de prétentions à la domination entre deux gouvernements se disputant le même État et le même peuple, dans un affrontement qui était aussi celui d'une guerre, avec le rapport de force – toujours réversible – entre un vainqueur et un vaincu ? Après tout, la dénégation par de Gaulle du caractère « légal » de la loi de Pétain ne procédait-elle pas de la réciprocité d'une réponse du berger à la bergère, lorsque Vichy, après avoir sommé de Gaulle de se soumettre à son ordre, avait fini par le condamner à mort ? Bref, le fait que la loi de Vichy soit considérée le 9 août 1944 comme n'étant pas de la loi était évidemment inscrit dès le départ dans la démarche même de la désobéissance gaullienne du 18 juin 1940. Pour cette raison, on peut difficilement trouver en elle le fondement d'un droit qui pourrait jouer de manière satisfaisante, dans l'avenir, le rôle de « garde-fou » de la légalité républicaine, puisque cette légalité qu'elle fait valoir accède à l'existence surtout grâce à l'efficacité d'une position de vainqueur, dans le cadre d'un rapport de force aléatoire.

Cependant, dans les années 2000, et spécialement du fait d'une jurisprudence particulièrement constructive et ingénieuse du Conseil d'État, un bouleversement de cette conception élaborée dans l'immédiat après-guerre est intervenu. Il convient d'en mesurer la portée quant à la conception du droit à laquelle il renvoie.

L'ambiguïté renforcée du concept de légalité administrative

À partir de l'année 2002, le Conseil d'État a opéré une véritable révolution juridique dans la manière d'appréhender le rapport du régime de Vichy à la République. Bien que ne se réduisant pas à ce tandem, on peut toutefois déceler dans l'attelage de son arrêt *Papon*⁸ et de son avis *Hoffman-Glémene*⁹ la réalisation d'un nouveau montage normatif, qui n'est pas sans s'accompagner d'un certain brouillage du concept de légalité.

Comme on sait, l'occasion pour le Conseil d'État de promouvoir une nouvelle conception du rapport entre Vichy et la République a été fournie par les conséquences qui s'attachent à l'arrêt de la cour d'assises de Bordeaux de 1998 condamnant Papon non seulement à une peine de réclusion pour complicité de crime contre l'humanité, mais aussi à des dommages et intérêts pour la réparation du préjudice causé aux victimes des fautes personnelles qu'il a commises. Or, comme tout fonctionnaire impliqué dans des crimes contre l'humanité (Eichmann par exemple), Papon a bien entendu argué de ce qu'il s'était contenté d'obéir aux lois de Vichy. N'ayant donc agi, d'après lui, que

8 CE, Ass., 12 avril 2002, *M. Papon*, n° 238689, *RFDA*, 2002, p. 582, concl. S. Boissard.

9 CE, Ass., avis, 16 février 2009, *Mme Hoffman-Glémene*, n° 315499, *RFDA*, 2009, p. 316, concl. F. Lenica ; *RFDA*, 2009, p. 525, note B. Delaunay, et p. 536, note P. Roche ; *AJDA*, 2009, p. 59, chr. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; *Les Petites Affiches*, 17 mars 2009, p. 5, note F. Chaltiel.

dans le respect le plus pur de la légalité, c'est-à-dire conformément à sa mission de fonctionnaire, il estime que c'est à l'Administration de prendre en charge la réparation¹⁰ des dommages prononcée à son encontre par la cour d'assises, et c'est sur cette demande que le Conseil d'État a été appelé à statuer.

Or, comme on sait, toute la portée de l'arrêt *Papon* du Conseil d'État est précisément de faire droit à cette demande, au moins en partie. Certes, le juge administratif, dans le fil de ce qui avait été démontré devant la cour d'assises, estime qu'une part des fautes reprochées à M. Papon devait sans aucun doute lui être imputée personnellement, de sorte que c'est à lui seul qu'incombe la charge de les réparer. Toutefois, le Conseil d'État, suivant en cela les conclusions de la commissaire du gouvernement Sophie Boissard, a considéré que l'administration, par des agissements non sollicités par l'occupant, avait « permis et facilité, indépendamment de l'action de M. Papon, les opérations qui ont été le prélude à la déportation » des juifs et, ce faisant, s'était alors rendue responsable d'une faute collective de service.

C'est ainsi que M. Papon a obtenu en partie satisfaction en échappant à l'obligation d'assumer tout seul le poids de la réparation civile à laquelle il avait été condamné par le juge pénal. À vrai dire, la décision du Conseil d'État était également favorable aux victimes, puisque grâce à ce partage de la responsabilité avec l'État, elles étaient garanties contre les conséquences d'une éventuelle insolvabilité de M. Papon.

Mais, surtout, si le Conseil d'État a été salué pour l'audace qu'il déploie dans cet arrêt, c'est en raison du spectaculaire renversement de perspective auquel il procède quant à la responsabilité particulière de la structure étatique française dans les persécutions à l'égard des juifs pendant la période d'occupation. Sur ce point, le juge administratif tire désormais les conséquences juridiques des acquis de la recherche historique contemporaine sur cette période, en établissant, d'une part, sous l'euphémisme « faute de service », l'inventaire de toutes les initiatives prises par l'administration française en tant que telle pour la mise en œuvre d'une politique de discrimination raciale et de déportation en dehors de toute demande de l'occupant allemand ; et en considérant, d'autre part, que l'État républicain contemporain non seulement peut, mais même doit être condamné à prendre en charge la réparation des victimes, en application des règles de la responsabilité administrative pour faute. Bref, la révolution juridique réalisée par le Conseil d'État consiste essentiellement à abandonner la théorie découlant de l'ordonnance du 9 août 1944 et conduisant à dénier à l'ordre de Vichy (ou certain de ses aspects) la qualité d'un ordre juridique, en vertu de quoi la République a toujours refusé d'assumer la responsabilité des actes imputables à Vichy. Ayant ainsi délaissé cette stratégie de bannissement de Vichy du monde des choses juridiques, le juge administratif peut alors rompre avec l'attitude qui avait toujours été jusqu'ici celle de la République, consistant à ne voir aucun rapport entre l'administration de Vichy et l'administration républicaine, puisque

10 En application de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui fait obligation à l'administration de couvrir les condamnations civiles prononcées contre un fonctionnaire poursuivi par un tiers pour faute de service.

c'est exclusivement de Londres et aucunement de Vichy que l'État était supposé avoir fait entendre les accents républicains, et donc la force juridique, de sa voix.

La portée politique de cette rupture est fort claire : grâce à elle, la République cesse de dénier aux victimes des agissements étatiques pendant la guerre tout droit à la réparation, et cesse aussi de rendre impossible toute intégration des résultats de la recherche historique dans l'évaluation des fautes collectives commises par les services de l'administration française dans cette période. Cela dit, il convient de mesurer tout de même les effets qu'un tel renversement de perspective peut produire sur le concept même de légalité administrative, au risque de rendre encore plus épineuse la question de la nature du rapport au droit que le fonctionnaire peut entretenir.

Entrons dans le cœur de la difficulté : la reconnaissance par le juge contemporain d'une faute de service commise par l'administration de Vichy est une chose, déjà problématique en elle-même, mais considérer en outre que cette faute est de nature à engager la responsabilité de la République actuelle en est une autre, sans rapport logique avec la première.

Analysons d'abord, en elle-même, la première opération, qui consiste à identifier aujourd'hui la présence d'une faute de service dans les agissements de l'administration de Vichy. D'une part, comme l'a expliqué S. Boissard dans ses conclusions sous l'arrêt *Papon*, le caractère fautif des agissements de l'administration de Vichy provenait du fait qu'ils étaient « en réalité entachés d'une illégalité manifeste », qui a été constatée, en vertu du *point de vue externe* au Gouvernement provisoire de la République française, par l'ordonnance de 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine. Mais, d'autre part, en dépit du caractère manifeste de cette illégalité, S. Boissard admet que, en se situant cette fois *du point de vue interne* au régime de Vichy, ces agissements « présentaient une *apparence formelle* de la plus parfaite légalité ».

On notera que, dans le vocabulaire de S. Boissard, le point de vue interne, celui de Vichy, est perçu comme étant celui de l'« apparence » (de la légalité), tandis que le point de vue externe, celui de la France Libre, est présenté comme étant celui de la « réalité manifeste » (de l'illégalité). Cette appréhension du concept de légalité fait apparaître ici une première difficulté : quelle différence fait-on, en effet, entre le manifeste et l'apparent ? L'appréciation à porter sur la légalité des actes de Vichy n'est-elle pas avant tout dépendante du point de vue auquel on se place : celui de Vichy ou celui de la France Libre ? Dans ce cas, selon quel critère peut-on affirmer que la légalité est réelle ou seulement apparente selon le point de vue considéré ?

Admettons cependant par hypothèse de principe que le relativisme axiologique induit par cette opposition des points de vue interne et externe soit ici politiquement déplacé et que le point de vue de l'ordonnance de 1944 présente un caractère transcendant et absolu, permettant d'établir avec certitude ce qui est vraiment illégal et donc objectivement fautif. Mais il reste alors, deuxième problème, sans doute le plus épineux, à se demander pourquoi le constat objectif d'une faute de service commise par le régime de Vichy peut entraîner la reconnaissance de la responsabilité de l'État républicain, au point de permettre sa condamnation à prendre en charge la réparation du préjudice causé aux victimes.

Sur ce point, l'argumentation de S. Boissard – reprise par la formation de jugement dans son arrêt – est assez surprenante : certes, concède-t-elle, « il existe, sur le plan politique et institutionnel, une altérité radicale » entre l'État républicain et le régime de Vichy. « Mais, en droit et en fait, il n'en existe pas moins une continuité entre ces différentes périodes de l'histoire de notre pays » : les fonctionnaires sont globalement restés les mêmes, les structures territoriales également, ainsi que le « *corpus* normatif élaboré par le gouvernement de Vichy » qui n'a pas été invalidé par l'ordonnance de 1944. Si bien que, « au nom même de cette continuité, nous pensons que l'État républicain ne peut échapper à l'héritage de Vichy. Il est tenu d'assumer toutes les conséquences de l'action présente et passée de ses services ».

On peut ici avoir le sentiment que la continuité entre Vichy et la République est plus affirmée que véritablement démontrée. S. Boissard fait valoir en effet que, en fait, les fonctionnaires n'ont pas été remplacés, à l'exception, précise-t-elle tout de même, de ceux qui ont fait l'objet de mesures d'épuration, ce qui introduit une différence – de droit, celui précisément de la République – rendant difficilement concevable la pure et simple interchangeabilité des deux administrations. Elle fait aussi valoir que, en droit, le corpus normatif est resté le même, du moins pour la partie des actes de Vichy dont la nullité n'a pas été expressément constatée dans l'ordonnance de 1944. Mais, précisément, on peut considérer cette différence comme étant sérieusement de taille, puisque ce n'est que par validation de la République que les velléités normatives de Vichy ont pu s'extirper du fait pour accéder au droit, c'est-à-dire acquérir le statut de norme (et encore, seulement pour les dispositions supposées ne pas être incompatibles avec les valeurs républicaines du point de vue de la France Libre).

Surtout, on peut rester hautement sceptique, tant sur le plan juridique que sur le plan historique, devant une conception du rapport entre Vichy et la France Libre sous l'angle d'une simple succession chronologique, à la manière de S. Boissard qui discerne ainsi une « continuité entre ces différentes périodes de l'histoire de notre pays ». En effet, s'il y a bien quelque chose qu'exclut radicalement l'ordonnance de 1944, c'est précisément cette idée que la République, après s'être éclipsée pendant quatre ans, ferait son retour en 1944, comme simple successeur du régime de Vichy. On ne peut guère rendre compte de l'opération juridique de l'ordonnance de 1944, si on distingue entre Vichy et la République comme on distingue entre un avant et un après, entre « différentes périodes de l'histoire de notre pays ». On l'a vu *supra*, pour prononcer la nullité du discours normatif de Vichy (avant tout la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 qui, de son propre point de vue, fonde son existence et précisément sa continuité avec la III^e République), le gouvernement de la France Libre n'a pas attendu août 1944, mais c'est bien entendu dès l'été 1940 que cette disqualification a été opérée, car c'est évidemment dès l'été 1940 que de Gaulle a invité les Français à s'assujettir à son propre gouvernement et non à celui de Pétain. Ce qui distingue 1944 de 1940 n'est pas le discours de disqualification de Vichy par la France Libre, mais seulement son efficacité : il a fallu attendre la victoire de la Résistance pour que son point de vue l'emporte. Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre un avant et un après pour penser l'opposition entre l'« État français » et la République : c'est simultanément que Londres et Vichy ont chacune affirmé la validité de son

ordre propre, en contestant la validité de l'ordre rival. *Bref, c'est historiquement bel et bien dès l'été 1940 que les Français – notamment les fonctionnaires – ont été précisément confrontés au choix fondamental de porter leur obéissance à l'un ou l'autre de deux ordres juridiques concurrents, prétendant à la même légitimité.*

C'est d'ailleurs pourquoi, au passage, on peut aussi s'étonner de cette facilité avec laquelle, aujourd'hui, on tient pour un pur et simple « dogme », une « mythologie gaullienne » voire une « fiction juridique », l'affirmation de l'inexistence juridique du régime de Vichy par l'ordonnance de 1944 : juridiquement comme historiquement, les quatre années comprises entre le 10 juillet 1940 et le 9 août 1944 ont été des années de concurrence entre deux prétentions à la légalité qui s'excluaient mutuellement. Le fait que l'une des deux se soit finalement imposée au terme de cette période de quatre ans ne signifie pas qu'elle ait rétroactivement (et donc fictivement) annulé l'œuvre normative de sa rivale en déniait son existence même, mais signifie plus simplement qu'elle a confirmé, avec l'autorité du pouvoir de dernier mot, un discours de disqualification de la prétention normative de sa rivale et de négation de son existence qu'elle avait toujours et invariablement tenu, dès 1940.

En somme, la décision du Conseil d'État dans l'arrêt *Papon* de rompre avec le « dogme », la « mythologie gaullienne » de la discontinuité entre Vichy et la République, et donc avec cette « fiction juridique » d'une République qui ne saurait être impliquée sur le terrain de la responsabilité par les agissements fautifs de Vichy, répond sans conteste à une exigence essentiellement politique, mais assez peu à une exigence juridique, en tout cas logique¹¹. Cette exigence, au demeurant parfaitement explicitée par S. Boissard, et qui est sans doute une exigence majeure au sein de la société française contemporaine, est celle de la réparation aux victimes de la participation de l'administration française à la déportation des juifs, qui avait été tout bonnement ignorée jusqu'à l'arrêt *Papon*. Mais on voit que, pour satisfaire cette exigence de justice à l'égard des victimes et de vérité à l'égard de la participation historiquement attestée de l'appareil d'État français à la persécution des juifs, il faut nécessairement inverser l'interprétation opérée jusqu'ici de l'ordonnance du 9 août 1944, en considérant que la nullité des actes de Vichy ne saurait désormais « avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique », comme l'écrit le Conseil d'État dans son arrêt *Papon*. Mais il faut simplement observer que ce renversement interprétatif n'est pas spécialement argumenté : il est purement et simplement décidé. Autrement dit, par son arrêt *Papon*, le juge administratif ne fait rien d'autre que rééditer, par une décision clairement politique¹², la position du président Chirac lors de

11 C'est également l'opinion de Danièle Lochak qui voit dans l'arrêt *Papon* le résultat d'une détermination beaucoup plus téléologique que déductive : voir Danièle LOCHAK, « Le droit, la mémoire, l'histoire. La réparation différée des crimes antisémites de Vichy devant le juge administratif », *Revue des droits de l'homme*, 2012, n° 2.

12 Sur le fameux modèle de ces décisions de haute politique jurisprudentielle du Conseil d'État qui ont alimenté tant de commentaires laudateurs, comme celui de Roger Latournerie en son temps, à propos par exemple de la reconnaissance par l'arrêt *Dehaene* du droit de grève des fonctionnaires : faisant appel – à la manière de François Gény – à la « science » du droit autant qu'à la « technique », le juge, par ses « méthodes » avisées, est supposé savoir, en dehors

son fameux discours du 16 juillet 1995 au Vélodrome d'Hiver, position motivée par la considération politique de l'exigence de réparation en faveur des victimes et de l'entretien de la mémoire de la participation étatique française à la Shoah auprès des jeunes générations en vue de les inciter à la vigilance à l'égard du racisme, toujours présent dans la société française.

Cependant, il n'est guère contestable qu'un tel choix de politique jurisprudentielle par le Conseil d'État présente l'inconvénient de nuire assez sérieusement à la compréhension du concept déjà ardu de légalité administrative, ce qui est un inconvénient non négligeable de la part d'un juge qui a précisément, par le montage prétorien de cette légalité administrative, joué un rôle historique de tout premier plan dans l'édification de l'État de droit à la française. À vrai dire, le Conseil d'État est sans doute parfaitement conscient de ce danger d'obscurcissement ; c'est en tout cas ce qu'on devine dans ce passage des conclusions du rapporteur public Frédéric Lenica sous l'avis *Hoffman-Glemane* du 16 février 2009, où le juge apporte des précisions au renversement interprétatif de la jurisprudence *Papon* (notamment dans le but d'apporter des limites à sa mise en œuvre).

Considérant en effet l'interprétation qui avait toujours prévalu, avant l'arrêt *Papon*, de l'ordonnance de 1944, qui était de tenir *retroactivement* les actes de Vichy pour nuls et de nul effet, Frédéric Lenica fait remarquer que ces agissements de l'État français contre les personnes d'origine juive pendant la guerre pouvaient à juste titre être qualifiés de « voies de fait ». Or, comme on sait, la qualification juridique de « voie de fait », qui s'applique aux actes de l'administration manifestement illégaux, car insusceptibles de se rattacher à un pouvoir de l'administration, commis dans l'accomplissement d'une opération matérielle d'exécution et portant atteinte gravement au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, entraîne la compétence du juge judiciaire et non celle du juge administratif, privant ainsi ce dernier de toute possibilité de sanctionner de simples fautes de service. La théorie de la voie de fait, si l'on ose ce fâcheux barbarisme, désadministrativise logiquement le contentieux, simplement parce qu'il s'agit de réparer le préjudice causé par une activité qui n'a plus aucun rapport avec les missions de l'administration.

Donc, comme le suggère Frédéric Lenica, l'interprétation traditionnelle du juge administratif de l'ordonnance de 1944, conduisant à traduire les agissements de Vichy à l'égard des juifs dans la catégorie de la voie de fait, rend par principe impossible toute entreprise de mise en jeu de la responsabilité administrative sur le fondement d'une faute de service, comme a souhaité l'entreprendre le Conseil d'État dans son arrêt *Papon*. Aussi, *a contrario*, suffit-il de renverser cette interprétation – comme l'a décidé judicieusement l'arrêt *Papon* – pour que cette qualification de voie de fait ne soit plus envisageable. En effet, explique F. Lenica au Conseil d'État en formation de jugement :

« En réintégrant (par l'arrêt *Papon*) dans le chef de la République les dettes nées des agissements de Vichy, vous avez ôté les parenthèses qui entouraient l'existence

de la loi mais sans arbitraire pour autant, satisfaire avec justesse (ou « prudence ») les besoins et les exigences de la société du moment : voir Roger LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Sirey, 1949, p. 177 et s.

juridique de ce gouvernement : en procédant ainsi, vous avez nécessairement *neutralisé l'effet rétroactif* qui s'attachait jusqu'alors à la déclaration de nullité opérée par l'ordonnance du 9 août 1944.

Par votre arrêt *Papon*, vous n'avez rien changé à la caractérisation des actes dits "lois" énoncés par le gouvernement de Vichy ; vous avez même réaffirmé leur caractère manifestement illégal. Mais *vous avez jugé que Vichy avait agi selon des voies juridiques*, dont l'ignoble caractère n'est pas discutable. *Mais pas selon de simples voies de fait.* »

On voit ainsi que la décision du juge administratif de renverser l'interprétation de l'ordonnance de 1944 tient à un impératif essentiel : éviter la qualification de voie de fait, qui empêcherait toute entreprise de réparation aux victimes sur le fondement de la responsabilité administrative, et interdirait donc toute prise en charge financière par l'État de cette dette contractée par l'État français à l'égard des victimes. C'est l'impératif politique majeur de réparation par l'État de ses propres exactions qui, techniquement, conduit à cette opération herméneutique peu logique, mais utile à l'évitement de la qualification de voie de fait.

On prend alors la mesure de l'ambiguïté qui en découle concernant le regard porté sur les agissements de Vichy. Les actes de ce régime, qualifiés de nuls et de nul effet par l'ordonnance de 1944, et caractérisées par toutes les instances de jugement comme étant « manifestement illégaux », doivent malgré tout, pour pouvoir donner lieu à réparation sur le terrain de la responsabilité administrative, être aperçus comme des actes administratifs, certes illégaux, mais pas au point de perdre tout rapport avec la mission ou la fonction administrative. En somme, ils doivent apparaître comme des actes d'administration, d'exécution des lois, certes abjects, mais pris tout de même conformément à la mission d'exécution de la loi. Ils n'apparaissent ainsi comme administratifs, donc réparables en cas d'illégalité fautive par l'État contemporain, que parce qu'ils sont intrinsèquement des actes d'obéissance aux lois, bien qu'il se soit agi de lois de Vichy et de lois indignes. Certes illégaux du point de vue externe républicain, ils assuraient toutefois sincèrement, d'un point de vue interne, l'exécution de la loi de Vichy, c'est ce qui permet précisément de les tenir pour administratifs, donc de les juger illégaux du point de vue externe de la République, donc de les réparer aujourd'hui sur le fondement de la responsabilité administrative... Bref, comme l'écrit F. Lenica, ils étaient des actes manifestement illégaux, tout en ayant été produits par *voie de droit* et non par *voie de fait*.

Cette ambiguïté tient sans doute à la difficulté de faire endosser à un État de droit – la République contemporaine – la responsabilité des ignominies accomplies par l'administration d'une dictature – le régime de Vichy –, en évacuant la discontinuité qui s'attache nécessairement à la profonde disparité juridique – et morale – de ces deux ordres normatifs. Une fois encore, ce n'est pas la « mythologie gaullienne », mais plutôt la logique normative qui implique que ce qui est légal pour Vichy est foncièrement nul pour la République, et réciproquement.

Mais cette ambiguïté tient peut-être au moins autant au concept français de légalité administrative, issu du montage jurisprudentiel du droit administratif. La « loi » qui s'applique à l'administration, sous la forme d'une « légalité » dérogée prétorieusement par le Conseil d'État au fil d'une longue histoire de la montée

en puissance de l'État de droit, s'applique à un sujet de droit, l'administration, qui n'apparaît comme tel qu'à condition de ne pas s'affranchir radicalement du cadre normatif qui le constitue. L'administration n'est nullement concernée par des dommages causés par un agent qui a commis une faute personnelle, « détachable » du service, ni quand l'agent a commis une voie de fait, pareillement éloignée de la mission d'exécution de la loi qui caractérise l'action administrative. C'est ce minimum de conformité aux requisits du concept d'administration qui fait qu'un acte administratif, même illégal, ne peut jamais s'affranchir de tout rapport avec la « voie de droit ».

Dans ces conditions, il a toujours été particulièrement difficile de discerner, de manière tranchée, les cas où l'obéissance du fonctionnaire est due aveuglément et ceux où la désobéissance est envisageable. C'est principalement pour cette raison que la jurisprudence *Langneur* évoquée plus haut ne se satisfait pas d'une illégalité manifeste de l'ordre du supérieur pour autoriser (voire rendre obligatoire) la désobéissance du subordonné : il faut encore que l'ordre compromette gravement le fonctionnement du service public, c'est-à-dire fasse perdre à l'activité menée par ces agents le caractère d'acte administratif. En renforçant le brouillage du concept de légalité par le mélange entre point de vue interne de Vichy et point de vue externe républicain, au sujet des actes imputables à Vichy et faisant l'objet d'une réparation aujourd'hui, le Conseil d'État n'a sans doute pas donné au fonctionnaire les moyens d'y voir plus clair.

Reinhard Höhn : juriste, SS et manager

Olivier Jouanjan

Dans son édition du 19 mai 2000, la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* publiait la courte nécrologie du fondateur, en 1956, de l'*Akademie für Führungskräfte der Wirtschaft* (littéralement : Académie pour les forces de conduite de l'économie)¹. Cette académie privée avait été, sous la direction du défunt qui avait présidé à ses destinées jusqu'au début des années 1980, le plus important institut de formation au management durant les premières décennies de la jeune Allemagne fédérale. Les cadres qui firent le « miracle économique » allemand à partir des années 1950 avaient été initiés, tous ou presque, au « modèle de management de Bad Harzburg », du nom de la petite ville de Basse-Saxe qui abritait, au Nord-Ouest du Harz et près de la ligne frontière entre la RFA et la RDA, le centre de formation ainsi créé. Il s'agissait, aux dires de son promoteur, d'un modèle moderne et, surtout, « anti-autoritaire » de management économique. L'« anti-autoritarisme » était sa marque de fabrique et c'est paré de cette étiquette que ce modèle se diffusa dans le monde économique allemand.

Le 30 mai 2000, la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* publiait cependant le courrier d'un lecteur qui s'étonnait de ce que cette nécrologie laudative ait pu, purement et simplement, passer sous silence une époque de la vie du « grand homme », à savoir son appartenance à la SS, à l'oligarchie de la SS où il fut le collaborateur direct de Werner Best au moment où ce dernier fut appelé par Himmler à refonder toute la structure et le fonctionnement de la police du III^e Reich². Plusieurs années durant, en effet, le grand gourou du management allemand avait occupé d'importantes fonctions au sein de la SS et notamment au sein du *Sicherheitsdienst* (SD), c'est-à-dire au service du renseignement intérieur. Aux côtés de Best il avait pu, de la sorte, participer à la réflexion sur les missions nouvelles de la police au sein du régime nazi.

Reinhard Höhn, puisque c'est lui dont il s'agit, n'était sans doute pas un SS de tout premier plan. Mais tout de même, au sein du SD, il était l'un des subordonnés directs de Reinhard Heydrich, le chef du SD, et même si sa carrière administrative connut des hauts et des bas, il fut élevé, fin 1936, au grade de

1 Par convention, le mot *Führung* sera par la suite soit traduit par « conduite » – et l'utilisation de ce dernier mot sera exclusivement réservée à la traduction de *Führung* ou, le cas échéant, de *Führerschaft* – soit laissé dans la langue originale.

2 Sur Werner Best, l'on dispose désormais de l'inestimable biographie que lui a consacrée Ulrich HERBERT : *Werner Best. Un nazi de l'ombre*, Paris, Tallandier, 2010.

SS-*Standartenführer* puis, en 1939, de SS-*Oberführer*, ce qui faisait de lui un officier hautement gradé de la SS.

Le signataire de ce courrier de lecteur était le professeur Bernd Rùthers. Or ce dernier fut le vrai pionnier du travail de mémoire et d'histoire du passé nazi des juristes allemands. Sa thèse d'habilitation, *Die unbegrenzte Auslegung* (l'interprétation sans limites), publiée en 1968, constitua un tournant décisif pour l'écriture de cette histoire³ et c'est en cela, quelles que soient les distances que l'on peut avoir aujourd'hui à l'égard de ce travail, que cet ouvrage et son auteur imposent à jamais le plus grand respect. Rùthers avait donc quelques justes raisons de se montrer scandalisé par les chrysanthèmes qu'une nécrologie mal informée, ou peut-être dissimulatrice, entendait déposer sur la tombe du grand manager⁴.

Une jeunesse allemande

Höhn est né en 1904 à Gräfenenthal en Thuringe. Son père était juriste et occupait les fonctions d'*Amtsanwalt*, un poste qui le rattachait au Parquet (*Staatsanwaltschaft*) sans qu'il ait le statut de procureur (*Staatsanwalt*), mais plutôt, très approximativement, celui d'un substitut. Höhn appartient donc, par sa famille, à la fois au monde des juristes et à celui de la moyenne bourgeoisie ou de la petite notabilité de province. Il s'agit d'un milieu où l'éducation, la culture, c'est-à-dire plus précisément ce que l'on doit entendre par le mot allemand peu traduisible de *Bildung*, possédait une valeur essentielle. Mais c'est aussi un milieu qui ne prédisposait pas à l'acceptation de la république démocratique de Weimar.

Surtout, Höhn appartenait à cette génération particulière des hommes nés après 1900 et qui n'ont pas participé au combat, à l'expérience du front durant la Première Guerre mondiale mais qui, enfants ou adolescents, ont tout de même *vécu* cette guerre qui saturait les conversations, provoquait chez des parents ou des proches des deuils et des enterrements, ou de grands malaises quand revenaient du front des « gueules cassées » ou des hommes définitivement amoindris, atrophés. On peut bien imaginer comment les enfants, entre 1914 et 1918, ont appris, sinon à faire la guerre, du moins à la *fantasmer* et surtout à

3 Bernd RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 6^e éd.

4 Il n'existe aucune monographie consacrée à Höhn. Il existe cependant deux articles importants : Olaf HÜNEMÖRDER, « Otto Koellreutter (1883-1972) und Reinhard Höhn (1904-2000) : auf glattem Eis », in G. Lingelbach (dir.), *Rechtsgelehrte der Universität Jena aus vier Jahrhunderten*, Jena e. a., Bussert & Stadelers, 2012, p. 261-280 ; Michael WILDT, « Der Fall Reinhard Höhn. Vom Reichssicherheitshauptamt zur Harzburger Akademie », in A. Gallus, A. Schildt (dir.), *Rückblickend in die Zukunft. Politische Öffentlichkeit und intellektuelle Positionen in Deutschland um 1950 und um 1930*, Göttingen, Wallstein, 2011, p. 254-273. Il faut également renvoyer au grand livre de Wildt : *Generation der Unbedingten. Das Führungskorps der Reichssicherheitshauptamtes*, Hambourg, Hamburger Edition, 2002. Par la suite, pour simplifier l'appareil de notes, on se bornera à citer l'article spécialement consacré à Reinhard Höhn.

fantasmer cet « esprit de camaraderie » qui, à leurs yeux, devait régner dans les tranchées comme à l'assaut.

Il existe beaucoup d'études consacrées à cette génération particulière. On retiendra ici la caractérisation qu'en fait Ulrich Herbert en la qualifiant de « génération de la *Sachlichkeit*⁵ ». Ce dernier mot est intraduisible. Bien sûr, Herbert recycle ce mot qui, dans l'histoire de l'art, désigne un mouvement à la fois très allemand et « postexpressionniste », la « *Neue Sachlichkeit* » dite, en français, « nouvelle objectivité », et par laquelle Gustav Hartlaub, en 1925, désigna ce mouvement artistique dont il organisa une exposition mémorable à la Kunsthalle de Mannheim qu'il dirigeait. On parla aussi de « postexpressionnisme⁶ ». Il y eut, dans la peinture, même si l'on a cherché à les distinguer stylistiquement, une nouvelle objectivité de droite (Max Beckmann) comme une nouvelle objectivité de gauche (Otto Dix, Georg Grosz). Ce qui importe, c'est de considérer ce mouvement – qui ne fut pas seulement artistique mais qui imprégna tout un style de vie – comme la volonté de sortir de l'« expressionnisme », c'est-à-dire d'une projection de la subjectivité sur le monde. La *neue Sachlichkeit* nous demande, comme le fait l'injonction célèbre de la phénoménologie de Husserl, d'aller « à la chose même » (*zur Sache selbst*).

Ce détour n'est pas sans importance. Car, aussi difficile et improbable que soit la caractérisation d'une époque, la thèse est ici que l'expression de « génération de la *Sachlichkeit* », à laquelle recourt Ulrich Herbert et que l'expression française « génération de l'objectivité » rend si mal, dit un trait fondamental de l'esprit des années 1920 au cours desquelles se forment des jeunes gens tels que Reinhard Höhn. Ils n'ont pas vécu directement la guerre, mais ils savent que le monde est rude et qu'aucune posture subjective ne peut faire l'économie de cette rugosité des choses⁷. Les enveloppes humaines ne peuvent plus masquer ce que la Grande Guerre a dévoilé, dans les tranchées, à savoir que le fond sur lequel l'homme construit est fait de pierres, de marbres et que l'on ne peut « y aller » qu'avec la force du marteau et du burin et que c'est cette sculpture qui, pour reprendre les mots célèbres de Chateaubriand, « donne l'âme au monde ». Et pour ce faire, peu importe ce qu'il en coûte aux hommes, aux « sujets ». Le sujet n'est plus premier, le monde vaut davantage, mais il est là, en son âpreté

5 Ulrich HERBERT, *Werner Best, op. cit.*, p. 45 et s. Herbert emprunte l'expression à Ernst Günther GRÜNDEL, l'auteur d'un ouvrage paru en 1932, *Die Sendung der jungen Generation*, traduit en français dès 1933 avec une préface de Daniel Halévy : *La mission de la jeune génération*, Paris, Plon, 1933. Selon Armin Mohler, Gründel était « un épigone de Spengler, qui combina l'inspiration *bündisch* avec le pathos à la mode sur le changement mondial (et qui n'hésita pas à dénoncer Spengler comme « non-national-socialiste en 1934 »). [Armin MOHLER, *La Révolution conservatrice en Allemagne. 1918-1932*, Puisseaux, Pardès, 1993, p. 587.]

6 J'emprunte ici beaucoup à Rainer METZGER, *Berlin. Les années 1920*, Paris, Hazan, 2006, p. 179 et s., trad. fr. A. Lauterwein et M. Dautrey, et à Catherine WERMEISTER, « Derrière les choses. Réflexion sur quelques natures mortes de la Nouvelle Objectivité », in *De l'Allemagne. De Friedrich à Beckmann*, Paris, Hazan/Louvre-éditions, 2013, p. 382 et s.

7 C'est pourquoi Herbert caractérise encore cette « *Sachlichkeit* » comme « froideur, attitude volontairement « dure » ». [Ulrich HERBERT, *Werner Best, op. cit.*, p. 190.]

même, toujours comme une « nouvelle frontière ». Et cette manière de voir – ou d'« être-au-monde » (dans le langage de Heidegger) – est au fond politiquement indifférente : elle peut cimenter aussi bien une posture marxiste qu'une vision fascisante du monde.

Elle explique sans doute pourquoi la « figure du travailleur » (chez Ernst Jünger) devient centrale dans cette époque. Elle explique aussi pourquoi, dès lors que s'efface la figure du « sujet », il peut exister, dans cette génération, cet « esprit de sacrifice » que souligne à juste titre Marcel Gauchet⁸. Car l'expression même de cette rugosité du monde s'appelle, entre les hommes, « camaraderie », à droite comme à gauche : nous ne sommes, et moi-même dans ce « nous », que matière brute, tous égaux et tous susceptibles d'être sacrifiés sur l'autel de l'œuvre commune. Les extrémités politiques de cette « nouvelle objectivité » se rejoignent dans cette froide objectivité. Ne pas le comprendre, c'est ne rien comprendre à cette radicalisation de Weimar qui en fait le lieu même d'une hyperpolitisation : chaque camp vire à l'extrême et la voix des modérés porte de plus en plus faiblement.

On peut alors reconstruire, sans garanties absolues, un profil du jeune Reinhard Höhn, à partir du parcours typique d'une certaine jeunesse allemande. Il fantasme l'esprit de camaraderie du front. Il voit son destin dans la lutte contre ses ennemis, tout aussi « *sachlich* » que lui mais de l'autre bord, à savoir les bolchéviques. Il rejette la démocratie de Weimar qui est née d'une défaite inexplicable, et ne peut plus croire en l'avenir d'une restauration de l'empire wilhelminien qui a laissé l'Allemagne aux mains de ses vainqueurs. Enfin, il considère que son travail intellectuel, auquel il se destine, ne peut qu'accompagner un engagement politique, clairement situé à droite.

C'est pourquoi, très jeune, il s'engage dans l'organisation secrète *Deutscher (Deutsch-Völkischer) Schutz-und Trutzbund*, fondée à Bamberg en 1919 lors d'un congrès de la ligue pangermanique. On peut rappeler que Werner Best comme Reinhard Heydrich et Julius Streicher passèrent par la ligue pangermaniste, clairement antisémite et dont plusieurs membres sont impliqués dans l'attentat perpétré contre le ministre des Affaires étrangères, Walther Rathenau, le 24 juin 1922, par l'organisation dite « Consul » dont l'écrivain Ernst von Salomon fut la personnalité la plus flamboyante⁹.

C'est en 1923 que Höhn commence ses études de droit et d'économie politique. Il part dès le semestre suivant (semestre d'hiver 1923-1924) pour l'université de Munich. Il est donc à Munich lors de la tentative de putsch fomenté par

8 Marcel GAUCHET, *L'avènement de la démocratie. III : À l'épreuve des totalitarismes*, Paris, Gallimard, 2010, p. 39. L'un des leaders de la Révolution conservatrice, Edgar Julius Jung, insiste en particulier sur cet esprit de sacrifice né de la guerre. Voir sur ce point et sur l'importance que la révolution conservatrice accorde à la nouvelle génération à laquelle il appartient de créer une « nouvelle terre », sur la nécessité de « la chute de l'ancienne génération et de son monde et [de] l'entrée en scène des jeunes » [Max Hildebert BOEHM, *Ruf der Jungen*, 1920] : Stefan BREUER, *Anatomie de la Révolution conservatrice*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1996, p. 41.

9 Voir le roman d'Ernst von SALOMON, *Die Geächteten (Les Réprouvés)* paru en 1930, après la sortie de prison de l'auteur.

Hitler et Ludendorff le 8 novembre 1923. Mais il n'y participe pas. Car à cette époque il a trouvé sa voie politique et intellectuelle en s'engageant au sein du *Jungdeutscher Orden* (l'Ordre de la jeunesse allemande : *Jungdo*), créé à Kassel en 1920 par celui qui sera nommé le « grand maître » de l'Ordre, Arthur Mahraun.

Höhn est vite remarqué par Mahraun et devient rapidement son bras droit. Selon Armin Mohler, Höhn devint le véritable numéro deux du mouvement¹⁰.

Entre temps, Höhn avait obtenu le grade de docteur en droit en 1926 à l'université de Jena. Il commence alors sa carrière d'écrivain politique, publiant d'abord, aux éditions du *Jungdo*, un panégyrique du « grand maître » (*Hochmeister*), Mahraun, qualifié de guide (*Wegweiser*) de la nation¹¹. Mais ce livre qui était essentiellement composé de discours et d'écrits du « grand maître », devait être suivi d'une œuvre plus personnelle, dans laquelle Höhn cristallisait, pour ainsi dire, la doctrine du *Jungdo* sous sa propre plume.

Il s'agissait d'opposer l'« État de droit bourgeois » et le « nouveau front »¹². Ce nouveau front est celui où se joue « un combat contre toute une époque, l'époque de l'homme bourgeois », époque dont le « parlementarisme et la démocratie » sont les expressions politiques : il y a donc une révolution authentique à accomplir, celle qui permettra de subordonner les intérêts économiques à une « puissante conduite (*Führung*) politique¹³ ». Telle est la condition pour intégrer la classe ouvrière à la nation¹⁴. Il faut restaurer l'État allemand authentique contre la domination politique de la bourgeoisie qui n'est que le masque et le bras séculier de sa domination économique :

« L'État germanique n'est pas un appareil de contrainte, mais un groupement fondé sur la fidélité (*Treuerband*) et la réciprocité des droits et des devoirs ; il est de part en part marqué par une puissante note personnelle qui, à raison du lien éthique de la fidélité, exige le don de la personnalité tout entière¹⁵. »

L'individu y apparaît toujours comme « membre de la communauté » et c'est cette « position de membre » (*Gliedstellung*) au profit de l'« ordre communautaire » qu'exprime le principe allemand selon lequel « l'utilité commune prime l'utilité particulière »¹⁶.

Telles sont les bases à partir desquelles le *Jungdo* mène sa lutte pour la « vraie démocratie » : la démocratie libérale n'est que la démocratie du tiers état. Mais, gouvernée par l'intérêt économique, elle ne voit pas le quart état qu'elle couve en son sein et c'est précisément cet aveuglement qu'a remis en cause la

10 Armin MOHLER, *La Révolution conservatrice*, op. cit., p. 591.

11 Reinhard HÖHN, *Arthur Mahraun, der Wegweiser zur Nation. Sein politischer Weg aus seinen Reden und Aufsätzen*, Rendsburg, Schleswig-holsteinische Verlag-Anstalt, 1929.

12 Reinhard HÖHN, *Der bürgerliche Rechtsstaat und die neue Front. Die geistesgeschichtliche Lage einer Volksbewegung*, Berlin, Jungdeutscher Verlag, 1929.

13 *Ibid*, p. 9.

14 *Ibid*, p. 10.

15 *Ibid*, p. 34.

16 *Ibid*, p. 35.

« camaraderie » des tranchées et la génération de la guerre. Avec la guerre et la situation imposée aux ouvriers, la question de la démocratie est pleinement ouverte et retrouve sa forme originelle et donc « vraie » : les porteurs de cette idée originelle sont ceux qui sont « solidement ancrés dans des communautés, même à l'époque de dissolution des liens communautaires, qui seuls peuvent ressentir le mythe et l'irrationnel qui fondent ces communautés et qui dès lors s'attèlent à leur configuration ¹⁷ ». Höhn cite à l'époque très positivement certains auteurs qui, après 1933, deviendront ses bêtes noires, notamment Carl Schmitt qui vient de publier en 1928 sa *Théorie de la constitution* ¹⁸ et Rudolf Smend qui développe sa théorie dite de l'« intégration » dans son premier grand livre, *Verfassung und Verfassungsrecht*, paru lui aussi en 1928 ¹⁹ : Höhn approuve la critique schmittienne de la démocratie bourgeoise et identifie dans l'idée d'intégration un présupposé nécessaire à son communautarisme intégral ²⁰. Mais il utilise ces auteurs pour étayer une revendication beaucoup plus radicale et tout à fait étrangère tant à Schmitt qu'à Smend, à savoir celle d'un retour au bon vieux droit germanique dans sa (supposée) authenticité. À cet effet, sa référence est un petit livre fumeux d'une centaine de pages, écrit par un juriste engagé au sein de l'aile la plus dure de la *Deutschnationale Volkspartei*, raciste et antisémite, Walther Merk ²¹, dont le sinistre futur ministre Walther Darré fera l'éloge : il aurait ramené le très ancien droit germanique à ses vrais principes ²². C'est donc dans le « mythe » de la communauté germanique originaire, dans la démocratie du *Thing* où la voix du paysan libre pèse autant que celle du roi et où la puissance est la contrepartie de l'obligation de servir. Naturellement il n'y a, dans la « vraie » démocratie germanique, aucune place pour les « droits de l'homme pensés à partir de l'individu ²³ ». Mais véritablement démocratique par sa race, « l'homme allemand attend son guide (*Führer*), pas un dictateur » : « Pour établir l'unité politique, il conviendrait donc de trouver une forme dans laquelle une

17 *Ibid*, p. 38-39. « Configuration » traduit « *Gestaltung* », un mot prédominant du vocabulaire de l'époque, à droite comme à gauche, et qui sera l'un des mots clés du registre idéologique nazi : « *Gestalt* » dit la « figure », « *Gestaltung* », la configuration, la mise en forme plastique de la communauté, le travail sur sculpteur à même le marbre communautaire.

18 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, Munich, Duncker & Humblot, 1928, 1^{re} éd. ; trad. fr. Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993.

19 Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, Duncker & Humblot, 1928. Il cite également le philosophe Theodor LITT, inspirateur de Smend : *Individuum und Gemeinschaft*, où l'individu est conçu comme un être « avec et pour autrui ». [Dresde, Teubner, 1926, p. 128.]

20 Il faut dire que, début 1929, Höhn avait annoncé le début d'une « coopération avec les professeurs Schmitt et Smend de Berlin, tous deux étant prêts à entrer en discussion à propos du Manifeste *Jungdo* et des conceptions de l'État et de la politique qui en découlaient ». Smend prit d'ailleurs part au congrès du *Jungdo* en juin 1929. Voir Olaf HÜHNEMÖRDER, « Otto Koellreutter (1883-1972) und Reinhard Höhn (1904-2000) », art. cit., p. 264.

21 Walther MERK, *Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts*, Beyer, Langensalza, 1925, 1^{re} éd. Une deuxième édition paraîtra dès 1926, puis une troisième en 1935.

22 Walther DARRÉ, *La Race, nouvelle noblesse du sang et du sol*, Paris, Sorlot, 1939, p. 68. L'édition allemande originale date de 1930.

23 R. HÖHN, *Der bürgerliche Rechtsstaat und die neue Front.*, op. cit., p. 44

nouvelle conduite (*Führung*) politique pourrait se réaliser au sein d'une nouvelle unité, une forme qui reconstruirait l'État sur des fondations germaniques, l'État dans lequel le peuple tout entier serait incorporé (*eingegliedert*)²⁴.

Cette forme nouvelle ne peut être celle du fascisme italien. Celui-ci a établi un « nouveau style de vie » en mobilisant un mythe, celui de la nation, et le mythe est « l'expression la plus vivante des attentes les plus profondes de l'âme d'un peuple qui lutte pour sa rédemption », on ne peut l'« inventer », « il s'éveille, il naît et d'un seul coup il est là », car il est « vie »²⁵. Mais le fascisme est une dictature : « On commande du haut, on obéit en bas »²⁶. Soulignons dès à présent que le fascisme italien représente ainsi la forme même du modèle « autoritaire » de management que critiquera Höhn dans les années 1950 et qu'il y a un curieux parallélisme entre l'opposition qu'il fait, d'un côté, entre la dictature fasciste et le mythe allemand du « chef » et celle qui, de l'autre, distinguera plus tard « modèle autoritaire » de management et modèle non autoritaire de Bad Harzburg qui, comme on le verra, repose sur le principe dit de la « délégation de responsabilité ».

Mais, en 1929, Höhn n'est pas l'apôtre du capitalisme et de ses méthodes de management. Il est celui de « l'État souverain » et d'une économie libre au service de cet État. D'où sa haine contre Hugenberg, le nouveau chef de la *Deutschnationale Volkspartei*, « maître de la presse et du cinéma »²⁷. La conception nouvelle doit partir du principe de la « communauté »²⁸. Et de citer le Manifeste du *Jungdo* rédigé par Arthur Mahraun :

« Nous exigeons la poursuite de la camaraderie du front, la communauté de ceux qui sont liés par un même destin, en tant que fondation nouvelle de l'unité »²⁹. »

D'où la vision constitutionnelle du jeune Höhn de la communauté comme agrégat de cellules de proximité (les *Nachbarschaften*, les voisinages) dotées chacune de leur petit *Führer*, où se développera l'esprit de « service » (*Dienst*) et intégrées dans de plus grandes communautés, des « chapitres », qui feront le *Führer* des « arrondissements », puis des *Gaus* dont les *Führer* détermineront ensemble les *Führer* des régions (*Stammesgebiet*) qui formeront la « cour électorale », (*die Kur*) désignant le *Führer* principal par élection du « chapitre impérial » (*Reichskapitel*). C'est ainsi que, dans la « vraie » démocratie allemande la volonté populaire pourra monter « par degrés »³⁰. Pour Höhn, la phrase de Smend selon laquelle « l'État vit et n'existe que dans ce processus de rénovation permanente et dans le fait d'être continuellement un être toujours à nouveau vécu », dit exactement le fond idéologique

24 *Ibid.*, p. 78.

25 *Ibid.*, p. 80. Et Höhn de citer Sorel et Schmitt, ainsi bien sûr que le discours de Mussolini du 22 octobre 1922 à Naples : « Nous avons créé un mythe. »

26 *Ibid.*, p. 83.

27 *Ibid.*, p. 92.

28 *Ibid.*, p. 100.

29 *Ibid.*, p. 102.

30 *Ibid.*, p. 108 et s.

de Mahraun et de son organisation³¹. Car « un peuple n'est pas communauté par nature, un peuple ne devient communauté que par le travail³² ». Et ce travail de mise en forme, de *Gestaltung* de la communauté, exige non pas un « dictateur », mais un guide, un *Führer* qui redonne à la démocratie allemande sa forme pure et originelle : « La démocratie sera réalisé par la conduite (*Führerschaft*) et la fidélité de la truste (*Gefolgschaft*)³³. »

Il faut souligner que, dans l'imaginaire de cette droite extrême, même si elle n'adhère pas à la NSDAP avant 1933, tous les ingrédients d'une véritable « révolution » du droit constitutionnel « classique », celui de la fin du XIX^e siècle sont complètement réunis. L'État n'est que l'instrument d'un retour de la communauté à elle-même et non plus une fin en soi placée en face de la société. Par ailleurs, si l'on évacue la figure wilhelmienne du « sujet » (comme assujetti, objet de la puissance étatique, l'*Untertan*), le « citoyen » ne peut se concevoir que comme « membre de et dans la communauté ». Il faut enfin souligner que ces déplacements fondamentaux infligés au droit public classique ouvrent évidemment la voie à une conception radicale dont pourra se nourrir toute doctrine nationale-socialiste du droit.

De tout ce que Höhn exprime en 1929 jusqu'à son engagement dans la NSDAP puis dans la SS, la marge est étroite et même facilement franchissable. Le Höhn de 1929 n'a guère besoin de rupture idéologique pour prendre sa carte du Parti et intégrer même la SS en juillet 1933. Une simple radicalisation de ses positions de 1929 lui suffira pour apporter à la NSDAP cette idéologie intellectuelle dont elle a tant besoin.

Sans doute la NSDAP a-t-elle déjà réglé son compte au « grand maître » du *Jungdo* dès avant la parution du petit livre de Höhn : en 1927, l'idéologue en chef de la NSDAP, Alfred Rosenberg, a marqué toute la distance qui sépare les principes du *Jungdo* et ceux de la NSDAP³⁴. Mais, d'après ce qui vient d'être

31 *Ibid*, p. 118.

32 *Ibid*, p. 127.

33 *Ibid*, p. 128. La « truste » (le groupe des « antrustions ») est le groupe des hommes « libres » qui, dans le mythe de la Germanie primitive, suivent aveuglément leur chef, leur *Führer*, dans la bataille.

34 Alfred ROSENBERG, *Nationalsozialismus und Jungdeutscher Orden. Eine Abrechnung mit Arthur Mahraun*, Munich, Eher, 1927, 32 p. L'argument principal de Rosenberg tient en ceci : à première vue, rien ne différencie vraiment dans l'idéologie le *Jungdo* des nazis car les deux courants tiennent un discours « *völkisch* » (pour lequel la race détermine la culture) ; mais ce n'est qu'une apparence que démasque déjà le programme constitutif du *Jungdo* en tant que celui-ci proclame que l'ordre reste dans le cadre de la constitution ; la supercherie pseudo-*völkisch* du *Jungdo* est évidente si l'on considère comment Mahraun déclare qu'il n'est pas un ami de Severing (l'un des principaux représentants de l'aile droite de la SPD et plusieurs fois ministre de l'Intérieur de Prusse puis de la République), mais qu'il entend le combattre par des moyens « loyaux » ; tout cela n'est pour Rosenberg que compromission à peine masquée avec l'ordre démocratico-ploutocratique de Weimar, avec la SPD et donc avec le marxisme et, bien sûr, l'« internationale judéo-maçonnique ». Si l'on doute encore de la réalité d'une telle compromission, comment expliquer l'interview donné par Mahraun à la *Vossische Zeitung*, « feuille tout enjuivée » de la maison Ullstein, qui conclut l'article en voyant en Mahraun un « adversaire honnête » ! [Alfred ROSENBERG, *Nationalsozialismus und*

rapporté concernant l'idéologie du jeune Reinhard Höhn, le constat fait par Ulrich Herbert apparaît pleinement justifié :

« Ce n'est pas son orientation idéologique spécifique qui distinguait le mouvement national-socialiste des nombreux autres courants du "mouvement national", mais la priorité qu'il donnait à l'organisation, la propagande de masse et l'activisme, au lieu de mettre l'accent sur la théorie, les élites et les débats. Ces carences n'étaient pas étrangères aux réticences des intellectuels de la "Révolution conservatrice" à l'endroit de la NSDAP³⁵. »

Un engagement nazi

Dès le début des années 1930, la relation avec Mahraun fut profondément affectée. En effet, en 1930, ce dernier s'est rapproché de la Deutsche Demokratische Partei (DDP) – l'un des partis qui avaient contribué à la rédaction de la constitution de Weimar de 1919 – pour constituer un nouveau parti, la Deutsche Staatspartei. Cette union apparaissait contre nature, pour l'aile gauche de la DDP³⁶ autant que pour l'aile droite du *Jungdo*. L'union fit cependant long feu puisque ce parti nouveau n'enregistra que 3,8 % des voix aux élections de septembre 1930, confirmant la lente mais inéluctable perte d'influence de la DDP depuis 1919. Les anciens *Jungdo* quittèrent le Parti après cette élection.

L'aile radicale du *Jungdo*, dont Höhn était l'un des principaux porte-parole, ressentit ce moment comme celui d'une trahison impardonnable de la part du « grand maître ». Ce dernier pensait pouvoir agir dans le système weimarien pour le réformer. Mais le « mythe » mobilisateur dont Höhn faisait la condition d'une sortie radicale de Weimar en 1929 n'était aucunement compatible avec une voie de type « réformiste ». En un certain sens, Rosenberg avait vu juste dès 1926 : Mahraun était un traître en puissance³⁷ qui le devint en acte. Ou bien il y eut, dès le départ, un grand malentendu au sein même du *Jungdo* : le discours nationaliste et même *völkisch* du « grand maître », son idéal médiéval qui s'accompagnait d'une prédilection romantique³⁸, avait attiré de jeunes nationalistes beaucoup

Jungdeutscher Orden, op. cit., p. 9.] D'ailleurs, en novembre 1926, Mahraun déclare que « le Juif honnête (*der anständige Jude*) est un camarade du peuple (*Volksgenosse*) comme un autre ». [Alfred ROSENBERG, *Nationalsozialismus und Jungdeutscher Orden*, op. cit., p. 11.]

35 Ulrich HERBERT, *Werner Best*, op. cit., p. 510.

36 Une partie de celle-ci constitua un nouveau mouvement, la *Radikaldemokratische Partei*, qui ne connut que de véritables débâcles électorales.

37 Rosenberg rapporte une sombre histoire de rapport secret que Mahraun aurait livré aux autorités du Reich et de Prusse concernant l'instigation de certains complots dans les milieux nationalistes. [Alfred ROSENBERG, *Nationalsozialismus und Jungdeutscher Orden*, op. cit., p. 11 et s.]

38 Ce que dit Rosenberg [Alfred ROSENBERG, *Nationalsozialismus und Jungdeutscher Orden*, op. cit., p. 3.]

plus radicaux et qui finirent par ne plus comprendre ni une certaine modération de Mahraun³⁹, ni son refus intransigeant d'alliance avec la NSDAP⁴⁰.

Höhn quitte officiellement le *Jungdo* en janvier 1932, même si la rupture avec le « grand maître » était *de facto* consommée fin 1930⁴¹. Selon certaines sources, son adhésion à la NSDAP remonterait à 1932. On se fiera cependant à la date du 1^{er} mai 1933 donnée par Michael Wildt qui précise le numéro de la carte d'adhérent⁴². Höhn est ensuite admis dans la SS dès juillet 1933 et il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une simple adhésion, l'admission dans ce corps d'élite supposant une méthode stricte de sélection.

On se bornera ici à évoquer les trois aspects principaux de cette adhésion. On formulera d'abord quelques hypothèses relatives aux conditions et motivations de cet engagement. On présentera ensuite le déroulement de la double carrière que mène de front Höhn, à savoir sa fonction administrative au sein de l'appareil de la SS et sa carrière académique comme professeur à l'université de Berlin. Enfin, il conviendra d'expliquer en quoi, parmi les offres doctrinales concurrentes, celle de Höhn peut être regardée comme l'une des plus radicales.

Certainement, les motivations personnelles des nombreux adhérents de dernière minute dans le milieu intellectuel et universitaire, sont, chez chacun, à la fois différentes et complexes. Qu'il y eut, à des degrés divers selon les cas, de la peur, mais aussi de l'opportunisme, on peut bien l'admettre.

De l'opportunisme, il y en eu particulièrement dans cette génération 1900 à laquelle Höhn appartenait. L'épuration avait fait des ravages, plus spécialement dans les facultés de droit⁴³. En donnant le signe formel de leur adhésion, les

39 Notamment sur la question antisémite.

40 Sur ces conflits internes et notamment avec Höhn, voir surtout Olaf HÜHNEMÖRDER, « Otto Koellreutter (1883-1972) und Reinhard Höhn (1904-2000) », art. cit., p. 265-266.

41 Michael WILDT, « Der Fall Reinhard Höhn », art. cit., p. 256.

42 Michael WILDT, « Der Fall Reinhard Höhn », art. cit. La carte porte le numéro d'adhérent 2 175 900. Il faut rappeler que, après la prise du pouvoir et surtout après les élections truquées de mars 1933, le nombre d'adhésions à la NSDAP avait explosé. On appelait, chez les vieux soldats du mouvement, ces nouveaux convertis les *Märzgefällene* (ceux qui en mars tombèrent du ciel). Le parti voulu éviter l'entrisme des opportunistes et des ennemis, de sorte que le trésorier général de la NSDAP, Franz Xaver Schwarz, annonça le 19 avril 1933 la fin des adhésions pour le 1^{er} mai (avec des procédures de régularisation rétroactives jusqu'au 19 mai), si bien qu'un bon nombre des adhésions, notamment des milieux intellectuels et universitaires, sont datées du 1^{er} mai 1933. Entre janvier et le 1^{er} mai 1933, le nombre des membres de la NSDAP est passé d'environ 850 000 à 2 450 000 environ, le numéro d'adhérent de Höhn correspondant bien à ce mouvement d'adhésion massive de la dernière minute. [Martin BROZAT, *L'État hitlérien*, Paris, Fayard, 1985, p. 303 et s., trad. fr. P. Moreau.]

43 Bettina LIMPBERG, « Personelle Veränderung in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung », in E.-W. Böckenförde (dir.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Hedeilberg, C. F. Müller, 1985, p. 47 et s. : toutes disciplines et tous grades (professeurs, assistants) confondus, ce sont plus de 14 % des effectifs enseignants des universités qui furent « épurés » entre 1933 et 1935 ; dans les facultés de droit, 132 enseignants (assistants compris) furent exclus de l'université entre 1933 et 1937, pour motifs « raciaux » dans 78 % de ces cas. Surtout, ces mesures concernèrent dans bien des cas des professeurs

jeunes trentenaires pouvaient espérer une accélération puissante de leur carrière académique. Tel fut d'ailleurs souvent le cas⁴⁴. Si Höhn dut attendre plus longtemps, c'est qu'il n'était pas encore habilité au moment de la prise du pouvoir⁴⁵. Pour les professeurs en place en 1933 et qui, tel Carl Schmitt, avaient déjà acquis une grande notoriété, les visées opportunistes étaient évidemment d'un autre ordre : il s'agissait, à partir d'une position académique solide, d'établir sa place en tant que conseiller du prince (le *Kronjurist*), en s'appuyant sur un réseau de soutiens suffisant parmi les hiérarques du régime, et de parvenir à exercer un pouvoir d'influence et de contrôle sur la corporation des juristes, notamment en occupant des fonctions clés au sein des organes de diffusion de la science du droit nouvelle⁴⁶. Mais quels que soient les soucis et les désirs qui pouvaient porter ces diverses postures opportunistes, ils ne sauraient d'aucune manière atténuer la responsabilité morale des acteurs : l'on ne sache que l'opportunisme pourrait être une sorte quelconque de vertu.

de haut niveau, c'est-à-dire dont les travaux structurèrent ou imprégnèrent leur discipline avant 1933. Sur ce dernier point, voir Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich, C. H. Beck, 1999, t. III, p. 250 et s., qui dresse ensuite le bilan, université par université.

- 44 On pense aux Forsthoff, Huber (élèves de Schmitt), ou Larenz (élève de Julius Binder) qui deviendra le chef de file du néohégélianisme juridique sous le III^e Reich [voir Sylvie HÜRSTEL, *Au nom de Hegel. Les juristes néohégéliens et la philosophie du droit de la république de Weimar au Troisième Reich*, PU Rennes, 2010], tout trois nommés dès 1933 professeurs.
- 45 Sur les difficultés de cette habilitation, refusée par Otto Koellreutter, dont les relations avec Höhn furent très inamicales dès l'arrivée de Höhn à Iéna en 1930, voir HÜHNEMÖRDER, «Otto Koellreutter (1883-1972) und Reinhard Höhn (1904-2000)», art. cit., p. 268 et s. Höhn était à l'époque considéré (notamment par Carl-Uwe Ule, l'assistant de Koellreutter) comme un «rejeton insignifiant» de Carl Schmitt, ce dernier ayant rencontré Höhn à partir de 1929, lors de son retour à Berlin après avoir été muté de Bonn pour la *Handelshochschule* de la capitale allemande. [Reinhard MEHRING, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Munich, C. H. Beck, 2009, p. 232.] Höhn fut donc récusé par Koellreutter comme assistant-habilitation et d'abord renvoyé vers Franz Wilhelm Jerusalem. Aux côtés de ce dernier, Höhn participa activement à l'organisation du congrès annuel des sociologues allemands de 1934, congrès qui marqua le grand tournant d'une discipline qui devait devenir une sociologie de la communauté. [Otthein RAMMSTEDT, «Theorie une Empirie des Volksfeindes. Zur Entwicklung einer "deutschen Soziologie"», in P. Lundgreen, *Wissenschaft im Dritten Reich*, Francfort, Suhrkamp, 1985, p. 253 et s., p. 257 pour le congrès de Iéna]. C'est pourtant auprès du «pédagogue» Ernst Kriek, à Heidelberg, que Höhn prit son habilitation en 1934. Le choix de Kriek, qui s'agitait à la NSDAP depuis au moins le tout début des années 1930, n'était sans doute pas sans importance : il donnait à l'ancien membre du *Jungdo* un certificat de bonne moralité nazie, si l'on peut dire. D'ailleurs, cette habilitation fut soutenue également par le *Kronjurist*, Carl Schmitt, qui établit le second rapport sur le travail d'habilitation, avec celui de Kriek. La thèse d'habilitation [*Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson*, Berlin, Carl Heymann, 1935] radicalisait les thèses du jeune Höhn et rejetait la doctrine de la personnalité juridique de l'État, considérée comme l'émanation de l'individualisme anticommunautariste.
- 46 Sur la rapide montée en puissance de Carl Schmitt en 1933, voir la biographie désormais de référence : Reinhard MEHRING, *Carl Schmitt, op. cit.*, p. 319 et s.

On invoque alors aussi la peur comme motivation de ces engagements et notamment celui de Carl Schmitt⁴⁷. Mais une première réponse consiste à rappeler que nombre d'universitaires, dès lors qu'ils n'étaient pas directement visés par les mesures d'épuration, purent survivre et souvent continuer leur activité en pratiquant un certain « art d'écrire » sans pour autant se faire les apologistes et les idéologues du nouveau régime. Quelle que soit la brutalité du régime, dès lors que l'on n'était ni juif, ni notoirement de gauche, l'on pouvait raisonnablement penser pouvoir « s'en sortir » et « sauver sa peau » sans pour autant fourbir les armes idéologiques du régime. On pouvait sans doute avoir peur – et pas seulement Carl Schmitt –, mais la réponse défensive et préventive à cette peur n'était pas nécessairement de pratiquer, avec l'écœurante ferveur du récent converti, la religion politique nouvelle⁴⁸. Or, il y eut dès après le 30 janvier 1933 une cohorte de juristes dont Höhn – comme Schmitt et les jeunes schmittiens – fit partie et qui se donna pour tâche de construire la « théorie » ou la « philosophie » du droit national-socialiste et d'établir la « méthodologie » qui lui serait convenable. Pourquoi, s'ils n'étaient guidés que par la peur, ne se bornèrent-ils pas à décrire le *phénotype* du droit nazi (ce qui aurait été et fut, dans certains cas, une prise de position strictement positiviste), mais prirent-ils à cœur de découvrir et exposer le *génotype* d'un droit radicalement nouveau ? Comment purent-ils, s'ils n'avaient été animés que par la peur, sortir de leur chapeau une toute nouvelle « science du droit » ?

On peut donc considérer que l'hypothèse selon laquelle une certaine forme de conviction emporta aussi l'adhésion d'un nombre important de ces juristes, comme d'ailleurs, plus généralement, d'une partie tellement significative de l'intelligentsia allemande.

Sans doute, celle-ci n'appartenait pas à la NSDAP avant 1933. Hitler détestait les intellectuels et ces derniers ne pouvaient prendre au sérieux le fatras que constituait le bréviaire philosophique du mouvement, le *Mythe du XX^e siècle*, d'Alfred Rosenberg. Quant à *Mein Kampf*, on n'y trouvait pas le début d'une théorie. Telle est d'ailleurs l'une des différences fondamentales qui distinguent idéologues et juristes nazis des idéologues et juristes soviétiques : ces derniers se référaient à un corpus philosophique et théorique systématisé dans les œuvres de Marx et d'Engels et cherchaient à imposer la « vérité » de cette bible nouvelle. Il

47 Il s'agit ici pour moi de répondre sur ce point à Olivier Beaud qui, lors de la discussion qui a suivi l'exposé des thèses du présent texte, estimait que je minimisais le facteur de la crainte qui pouvait, selon lui, expliquer l'adhésion d'universitaires qui n'appartenaient pas à la NSDAP avant 1933.

48 On peut bien croire que Schmitt ait éprouvé un sentiment de peur après la Nuit des longs couteaux, ces sanglantes journées où ne fut pas seulement décapitée la SA, mais qui virent l'assassinat de Kurt von Schleicher ainsi que d'Edgar Julius Jung, deux hommes dont Schmitt avait été proche. Cela justifie-t-il le célèbre texte, aussi calamiteux qu'indigne [« Der Führer schützt das Recht », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1^{er} août 1934, col. 945-950], par lequel Schmitt réagit aux actes criminels directement ordonnés et même coordonnés par Hitler ? Et surtout, cela n'explique certainement pas les textes antérieurs à cet événement sanglant et par lesquels Schmitt, dès la prise du pouvoir, expose les principes de la « pensée juridique » nationale-socialiste.

est bien clair que *Mein Kampf* ne pouvait fournir de base à aucune systématisation pouvant se prétendre intellectuellement sérieuse. L'idéologie du nazisme, elle, était largement à construire en 1933 : il fallait lui donner une architectonique pour qu'elle puisse passer dans le monde universitaire, qu'elle ait le minimum incompressible de dignité académique. Cela, le régime en avait besoin pour former l'élite nouvelle, et le seul vivier auquel il pouvait faire appel était celui de la Révolution conservatrice, malgré toutes les animosités qui avaient marqué les relations entre les groupuscules tels que le *Jungdo* et la NSDAP. D'où les opportunités qu'offrait effectivement le nouveau régime aux intellectuels et universitaires de la Révolution conservatrice⁴⁹.

Si ceux-ci réagirent souvent positivement et purent fournir l'offre qui répondait à la demande du régime, c'est que la geste d'Hitler dans les premiers mois de son action à la Chancellerie les avait considérablement impressionnés : en quelques semaines seulement, le Führer avait liquidé Weimar et ouvert une voie nouvelle, qui n'était pas celle de la réaction et du retour au passé wilhelminien. Bref, il avait creusé les fondations d'où pourrait s'élever le « Troisième Reich⁵⁰ ». Presque d'un coup, il incarnait le mythe, le début de la puissance nouvelle du mythe. Dans son *Anatomie de la Révolution conservatrice*, Stefan Breuer insiste à juste titre sur cette présence obsédante du mythe dans la pensée de la droite extrême de Weimar, seule voie pour sortir de l'alternative entre démocratie et réaction⁵¹. Or, comme on l'a vu, le thème du « mythe » jouait un rôle central dans l'ouvrage du jeune Höhn de 1929.

Hitler incarna le mythe de la rupture avec un passé dépassé et de l'ouverture sur un monde nouveau, dont les contours n'étaient pas très clairs mais que les intellectuels de la nébuleuse révolutionnaire-conservatrice pouvaient penser dessiner de manière plus nette. Beaucoup d'entre eux, sans doute, se sentirent plus « hitlériens » (si l'on entend par là justement ce mythe incarné en la personne du nouveau Führer) que « nationaux-socialistes » (comme adhésion à une doctrine préformée et claire dans ses principes). On donnerait au « national-socialisme » sa substance intellectuelle, même s'il n'en avait pas encore lui-même pleinement conscience⁵².

49 Comme le dit un membre de la SS, puisque même les « vieux combattants de la SS » n'étaient pas au niveau des postes de responsabilité qu'il convenait de pourvoir, on rechercha des « spécialistes qu'on pouvait ensuite habiller d'uniformes SS ». Cité dans Ulrich HERBERT, *Werner Best, op. cit.*, p. 190.

50 Comme l'on sait, cette expression fut mise en circulation sous Weimar non pas par le mouvement nazi, mais par l'une des figures majeures de la « Révolution conservatrice », Arthur Moeller van den Bruck (1876-1925) avec son livre *Das Dritte Reich*, publié en 1923 et dont une troisième édition paraît à la fin de l'année 1933 avec quelques corrections dont l'éditeur, Hans Schwarz, affirme qu'elles n'ont en rien modifié la conception d'ensemble de l'auteur. On peut lire cette dernière édition sur le site <www.archive.org>. Sur Schwarz, ami de Moeller van den Bruck depuis 1921 : ARMIN MOHLER, *La Révolution conservatrice, op. cit.*, p. 605.

51 Stefan BREUER, *Anatomie de la Révolution conservatrice, op. cit.*, p. 43 et s.

52 À juste titre, Christian INGRAO parle de l'« appropriation d'un système de croyances » : *Croire et détruire. Les intellectuels dans la machine de guerre SS*, Paris, Fayard, 2010, p. 120.

Il convient aussi, dans la relation de cette histoire, de ne pas oublier que les universités, dès avant 1933, avaient été infectées par les nazis et, plus précisément, à leur base, dans le milieu des étudiants : c'est pourquoi la réforme des universités commence, à partir de 1933, par l'affirmation d'un « nouveau droit des étudiants »⁵³. Dès avant 1933, la *Deutsche Studentenschaft*⁵⁴ commence d'être infestée par l'extrême droite allemande et se retrouve, à la veille de la *Machtergreifung*, contrôlée par l'association des étudiants nationaux-socialistes⁵⁵ avec laquelle elle fusionnera d'ailleurs en 1936. Si la création en 1919 de la *Deutsche Studentenschaft*, confédération des *Studentenschaften* locales (AStA)⁵⁶, poursuivait bien un objectif de cogestion de l'université allemande, cet objectif fut bientôt débordé par l'action des groupes militants, par les puissantes tensions internes entre étudiants de droite et de gauche, par la progression rapide des étudiants nazis dans l'organisation, par la dissolution des *Studentenschaften* prussiennes en 1927 – directement liée à la question juive – et par la scission opérée sans véritable succès en 1928 par les étudiants républicains et juifs⁵⁷. L'introduction du *Führerprinzip* au sein des universités allemandes fut donc préparée et mise en œuvre de façon radicale grâce au soutien des *Studentenschaften*.

S'agissant enfin de l'admission dans la SS, elle supposait une procédure de sélection et la sélection se fit grâce à la mobilisation des réseaux de la droite extrême de Weimar, réseaux précisément constitués à partir des organisations d'extrême-droite « académique ». On recherchait les fidèles qui avaient atteint un haut niveau de qualification qui les préparait aux tâches de réflexion et d'organisation dont avait besoin la SS, dont l'une des premières tâches était à la fois de mettre au pas l'appareil policier et de développer un maillage serré de la

53 Olivier JOUANJAN, « *Gefolgschaft* et *Studentenrecht*. Deux gloses en marge du *Discours de rectorat* », *Les Études philosophiques*, n° 93 : C. Sommer (dir.), *Autour de Heidegger*, Discours de rectorat (1933) : Contextes, problèmes, débats, 2010/2, p. 221 et s.

54 Sur la *Deutsche Studentenschaft*, voir R. H. SAMUEL, R. HINTON THOMAS, *Education and Society in Modern Germany* [1949], Londres, Routledge, 2003, p. 128 et s.

55 Le 4 octobre 1932, lors d'une réunion du cabinet de crise du Land de Prusse, le secrétaire d'État Aloys Lammers, alors que l'on discute de l'instauration d'un libre « service du travail » et même de sport militaire, fait remarquer que la discussion avec la *Deutsche Studentenschaft* est difficile dans la mesure où son programme a été « jusqu'à présent un programme purement national-socialiste ». Il ajoute qu'il semble toutefois que la *Studentenschaft* soit devenue plus calme et qu'il serait possible de parler avec elle. La *Deutsche Studentenschaft* avait également activement participé à la campagne orchestrée par la NSDAP contre le plan Young en 1929 et envoyé une lettre ouverte au Président de la république de Weimar contre ce plan. Voir le site des archives fédérales : <<http://www.bundesarchiv.de/aktenreichskanzlei/1919-1933/>>.

56 *Allgemeiner Studierendenausschuß* : commission générale des étudiants. Les AStAs commencent de naître au XIX^e siècle, dans quelques villes universitaires seulement. Leur généralisation n'est réalisée qu'au lendemain de la Première Guerre mondiale. L'objectif qui préside à leur formation, ce que signifie l'adjectif « *allgemein* » (général), est précisément de ne pas laisser aux seules corporations et *Burschenschaften* le monopole de la représentation étudiante. À l'origine, la *Deutsche Studentenschaft* constitue donc le Dachverband, la confédération des AStAs locales. En 1933, le « nouveau droit des étudiants » fut aussi une machine contre les corporations.

57 Qui créent une confédération concurrente, le *Deutscher Studenten-Verband*.

société allemande. Les juristes, pour ce faire, étaient particulièrement recherchés. Appartenir à la SS, ce n'était pas être un simple militant de base de la NSDAP, c'était accéder au niveau de l'élite du « mouvement ». La SS incarnait « l'avenir de l'Allemagne » :

« Oublier que, pour les nazis, ce qui est valable aujourd'hui pour la SS doit l'être demain pour l'Allemagne en son entier, c'est manquer à coup sûr ce que l'Ordre noir a pu représenter, y compris pour les membres du Parti les plus hostiles à Himmler⁵⁸. »

La Nuit des longs couteaux et la décapitation de la SA en juin 1934 montrera clairement qui incarne l'Allemagne à venir : non pas les gros bras de la SA, mais l'Ordre hiérarchiquement organisé, élitaire et élitiste de la SS qui avait recruté pour cadres administratifs beaucoup de jeunes « intellectuels engagés⁵⁹ ». En effet :

« Les images d'autodafés mis en place par la SA ont longtemps conforté les observateurs dans l'idée que le nazisme était un anti-intellectualisme qui aurait mis en porte-à-faux tous ceux qui, en Allemagne, pouvaient faire profession de penser. Certes, les nazis ont mis un soin tout particulier à chasser les élites culturelles qui leur étaient hostiles, mais ils ont aussi développé en direction de ceux qui, dans leurs rangs mêmes, exerçaient des fonctions intellectuelles, une nouvelle image de leur profession. Tout en continuant de critiquer l'intellectualisme stérile de leurs adversaires politiques, les nazis – et notamment la hiérarchie SS – distillèrent [...] un discours normatif qui dessinait les contours d'une figure idéale d'intellectuel engagé, la figure de l'intellectuel d'action⁶⁰. »

C'est bien ainsi qu'un Reinhard Höhn devait interpréter sa position, sa production et son action.

Incorporé dans la SS sur la recommandation du *SS-Standartenführer* Hans Kobelinski, vieux militant de la NSDAP, l'un des premiers collaborateurs de Heydrich et chef du SD (Sicherheitsdienst : le service de renseignement du Parti) pour Berlin (secteur Est)⁶¹, Höhn se trouve rattaché à l'administration centrale du SD⁶². Il est le principal promoteur d'une innovation des méthodes du renseignement : l'observation précise et spécialisée des « domaines de la vie »

58 Christian INGRAO, *Croire et détruire*, *op. cit.*, p. 118.

59 C'est d'ailleurs après les événements du 30 juin 1934 que Hitler, le 20 juillet, détacha formellement la SS de la SA (Ulrich HERBERT, *Werner Best*, *op. cit.*, p. 152).

60 Christian INGRAO, *Croire et détruire*, *op. cit.*, p. 440-441.

61 Kobelinski fut dégradé au rang de *SS-Mann* par un ordre d'Himmler datant du 14 mars 1934. Voir les documents réunis dans le fonds Shlomo Aronson et publié par l'Institut für Zeitgeschichte <http://www.ifz-muenchen.de/archiv/zsa/ZS_A_0034.pdf>.

62 Le SD fut créé à l'instigation d'Heinrich Himmler en 1931 et confié à la direction de Reinhard Heydrich. Il s'agit donc d'une organisation du parti qui eut à s'affirmer contre le service étatique de renseignement (le Nachrichtendienst). L'ascension de la SS dans l'appareil du pouvoir et la nécessité pour celle-ci de disposer d'un service indépendant, structuré et efficace de renseignement permirent au SD de devenir en novembre l'un des grands départements de la SS [Ulrich HERBERT, *Werner Best*, *op. cit.*, p. 144] puis, après la Nuit des longs couteaux, que le SD avait contribué à préparer, l'instrument central de renseignement du régime. C'est Werner Best qui, avec la bénédiction d'Himmler, fut chargé du plan général de réorganisation du SD et de la police politique. Höhn fut depuis son engagement au SD

(*Lebensgebiete*). C'est pourquoi il participa à la réorganisation du SD qui, en 1936, connaissait trois « directions » (*Amt*) : I/ Personnel et administration ; II/ Intérieur ; III/ Étranger et protection. Höhn prit la tête de la sous-direction II/2 « domaines de la vie » (*Lebensgebiete*) placée sous l'autorité directe de Reinhard Heydrich. Höhn, de la fin 1933 à 1937, est donc l'un des hiérarques de la SS qui n'a d'autres supérieurs que Himmler (*Reichsführer* de la SS), Heydrich (chef du SD et n° 2 de la SS) et Werner Best, bras droit de Himmler.

Une telle position devait accélérer parallèlement sa carrière académique. C'est ainsi qu'il est d'abord nommé « professeur extraordinaire » (sans chaire) à l'université de Heidelberg début 1935, avant que, la même année, le régime n'hésite pas à libérer pour lui un poste à l'université de Berlin en envoyant retrouver un peu la vie provinciale l'un des professeurs les plus réputés des dernières années de Weimar, qui n'avait pourtant manifesté aucune hostilité directe au nouveau régime. Rudolf Smend fut donc autoritairement muté à Göttingen et Reinhard Höhn ramené à Berlin où ses fonctions au sein de la SS l'appelaient naturellement. Il conserve toutefois alors la qualité, un peu médiocre, de « professeur extraordinaire », mais est en même temps nommé directeur (à titre d'abord suppléatif puis de façon définitive) de l'*Institut für Staatsforschung*, installé dans une villa cossue au bord du Wannsee.

À Berlin, il devint donc le collègue de Carl Schmitt, qui avait été nommé à l'université de la capitale allemande sur « une chaire spécialement créée à son intention » en novembre 1933, grâce à l'appui de Hans Frank, le *Führer* de la Ligue des juristes nationaux-socialistes qui, dépité de n'avoir pas été nommé ministre de la Justice du Reich, organisait son réseau, notamment à travers la fondation de l'Académie pour le droit allemand et la création de revues rattachées à cette Académie nouvelle⁶³. On se souvient que Schmitt avait soutenu Höhn lors des difficultés rencontrées par ce dernier pour faire accepter son habilitation. On se souvient de même que le jeune Höhn, encore membre actif du *Jungdo*, n'hésitait guère à encenser les travaux de Schmitt. Mais, ensemble à l'université de Berlin, un sentiment de haine, sans doute réciproque, envenima de plus en plus leurs relations. Les juristes de la SS – outre Höhn et Best, il faudrait citer aussi Wilhelm Stuckart et Karl August Eckhardt – voyaient d'un très mauvais œil l'empire que Schmitt était en train de construire sur la discipline, ils supportaient mal sa morgue et sa suffisance, ils le considéraient comme un tiède et un opportuniste. À partir du début de l'année 1936, Schmitt devint la cible de la SS. L'épisode est suffisamment connu pour qu'on n'y insiste pas davantage ici⁶⁴. Höhn était au centre de la conspiration antischmittienne. La conséquence en fut que, à la fin

et, au moins jusqu'à sa (très) relative chute en 1937, un proche de Best [Ulrich HERBERT, *Werner Best, op. cit.*, p. 229].

63 Il s'agit de deux revues, la *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* et *Deutsches Recht*. Dès sa nomination à Berlin, Carl Schmitt devient coéditeur de la revue *Deutsche Juristen-Zeitung*, une revue de tradition, et contrôle ainsi une partie significative de la production juridique. Sur ces points et les conditions de l'arrivée de Schmitt à Berlin : Reinhard MEHRING, *Carl Schmitt, op. cit.*, p. 325 et s.

64 Voir désormais, surtout, Reinhard MEHRING, *Carl Schmitt, op. cit.*, p. 378 et s.

de l'année 1936, Schmitt avait perdu tous ses titres honorifiques et ses positions de pouvoir. Il resta comme simple professeur à l'université de Berlin, Hans Frank et Hermann Göring surtout ayant réussi à limiter les dégâts.

Dans le contexte de défiance généralisée qui règne à l'intérieur même d'un régime où se joue en permanence une guerre de tous contre tous, pour des « intellectuels » qui ne sont pas des militants historiques de la NSDAP et qui ont donc tous un passé à se faire pardonner dans un système qui ne pratique guère le pardon, il était presque inévitable que l'arroseur Höhn ne joue à son tour le rôle de l'arrosé. Alors même que la liquidation du *Kronjurist* Schmitt semble consolider sa position dans l'appareil SS, qu'il devient en 1936 vice-président de la section « Droit de la police » au sein de l'Académie du droit allemand, au moment même où l'ensemble des forces de police sont placées sous l'autorité du chef de la SS, Himmler⁶⁵, Höhn fait l'objet d'une attaque menée par Walter Frank, le directeur de l'Institut d'histoire de l'Allemagne moderne, au printemps 1937. Les deux hommes étaient en concurrence pour la direction générale des Archives de Prusse. Or, il n'était pas difficile à Frank de ressortir quelques citations de l'ancien activiste du *Jungdo* peu amènes pour la NSDAP et son Führer. L'affaire remonta jusqu'à Hitler qui exprima ses « plus grands doutes » quant à la personne de Höhn⁶⁶. Ce dernier fut alors contraint de quitter ses fonctions à la tête du département « Domaines de la vie » du SD mais, protégé par Heydrich et Best, non seulement Höhn ne fut pas dégradé dans la hiérarchie de la SS, mais il conserva son poste à l'université de Berlin, où il fut promu, non sans difficultés, « professeur ordinaire » (titulaire de chaire) en 1939 et continua de diriger l'*Institut für Staatsforschung* de Wannsee. Il se vit d'ailleurs par la suite confier régulièrement des missions d'information par la SS ou certains ministères. Il gravit en outre les échelons des officiers de la SS jusqu'à la fin de la guerre : en 1944, il fut fait « SS-Oberführer », l'un des grades les plus élevés de l'Ordre noir.

Une doctrine nazie du droit (nazi)

Les juristes de la SS en général et Höhn en particulier publièrent un nombre considérable d'articles et de livres ou brochures qui comptent parmi les prises de position les plus radicales dans la doctrine nazie engagée. Cela ne saurait évidemment surprendre. Il convient de souligner cette intrication particulière, dans le discours juridique nazi, entre doctrine « officielle » et doctrine « académique » du droit, qui alimentait une course à la pureté des doctrines et entraînait naturellement une tendance lourde à la radicalisation des discours. Le discours juridique de Höhn fut spécialement radical. Il passait par un rejet total de la tradition juridique allemande et notamment celle du XIX^e siècle, ne trouvant aucun mérite à la tradition des « germanistes » elle-même, dont Gierke était l'un des représentants tardifs et contre lequel Höhn avait dirigé tout l'argument de sa

65 Ulrich HERBERT, *Werner Best, op. cit.*, p. 172 et s.

66 Sur toute cette affaire : Michael WILDT, « Der Fall Reinhard Höhn », art. cit., p. 259.

thèse d'habilitation ainsi que quelques écrits postérieurs. La tradition du droit germanique (qui, en vertu du point 19 du programme de la NSDAP, devait remplacer le droit romain « matérialiste ») n'avait donc, selon Höhn, aucune tradition historique. Les tenants du « droit germanique » du XIX^e siècle, qui s'étaient si âprement opposés aux « romanistes », avaient été, en fin de compte, aussi corrompus que les autres par l'esprit bourgeois, c'est-à-dire, pour le traduire en langage nazi, l'esprit « juif ». Dans ses écrits « théoriques », Höhn s'opposa à toute récupération possible de la tradition juridique allemande. Cette position intransigeante l'opposait évidemment à ceux qui voulaient encore voir dans l'école historique, qu'elle soit « germaniste » voire « romaniste », ou dans l'hégélianisme juridique une continuité possible avec le droit nouveau. Pour ceux-ci, élèves de Carl Schmitt ou du néohégélien Julius Binder (notamment Karl Larenz), il suffisait d'élever ces doctrines à une conscience de la race dont elles n'avaient pas pu avoir encore l'idée, pour établir, au-delà des ruptures qu'imposait le national-socialisme auquel ils adhéraient, une transmission idéologique et culturelle qui puisse relier l'ancien monde au « renouveau » du national-socialisme. Höhn et les radicaux de la SS rejetaient cependant ce genre de filiation, toutes ces doctrines ayant été contaminées par le monde bourgeois et « enjuivées ».

La notion de « *Gemeinschaft* » devait servir à détruire tous les concepts structurants et les images fondamentales du droit bourgeois⁶⁷. L'épiphanie de la communauté que réalisait le nouveau régime signifiait la fin de la « mission » spirituelle que s'était attribuée la France depuis 1789⁶⁸. Mais elle ne signifiait pas le retour à « l'avant-1789 » : elle engageait l'Allemagne vers sa propre origine, ou plutôt son *mythe originnaire*. Chez les juristes radicaux comme Höhn, on rencontre de la façon la plus marquée cette tension constitutive du nazisme entre le discours « *Blut und Boden* »⁶⁹ et la mobilisation totale de la technique, l'organisation bureaucratique de la SS, la mise au point de l'appareil moderne de la terreur.

Cette tension interne au discours nazi, particulièrement forte chez les juristes de la SS, se retrouve dans la dispute qu'engagent Höhn et ses proches contre

67 Le lecteur francophone peut trouver un résumé des thèses communautaristes de Höhn dans l'article que celui-ci a donné aux Mélanges Édouard-Lambert : « Le droit subjectif public et le III^e Reich », *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, LGDJ, 1938, p. 240-253. Cet article a été traduit par Paul Roubier et Harald Mankiewicz, alors secrétaire général de l'Institut de droit comparé de Lyon et auteur, en 1937, de *La conception nationale du sens de la vie et du monde* (Weltanschauung), Paris, LGDJ, seul volume d'une collection de l'IDCL créée à la demande de Lambert et intitulée : « Le national-socialisme allemand, ses doctrines et leurs réalisations ». L'on sait que, parallèlement, Lambert s'intéressait de près au droit bolchévique. Je remercie mon étudiante Natalia Gaucher d'avoir attiré mon attention sur cet article.

68 Reinhard HÖHN, *Frankreichs Demokratie und ihr geistiger Zusammenbruch*, Darmstadt, Witlich, 1940 [trad. fr. : *La démocratie française et son effondrement spirituel*, Berlin, Deutsche Informationsstelle, 1941] ; *Frankreichs demokratische Mission und ihr Ende*, Darmstadt, Witlich, 1940.

69 Il semble même que Höhn ait participé à certaines des cérémonies imprégnées d'occultisme et organisés dans les cercles « nordicistes » de la NSDAP. Voir Christian INGRAO, *Croire et détruire*, op. cit., p. 111 et s.

l'idée de « personnalité juridique de l'État, s'appuyant sur la seule considération qu'Hitler consacre à l'État dans *Mein Kampf*, à savoir que l'État n'est qu'un simple moyen. Il ne saurait avoir de fin en soi et ne saurait être, d'aucune façon, sujet de droit ni, donc, « personne ». Ce que l'on appelle l'« État » n'est que l'appareil mécanique à travers lequel le Führer réalise la volonté populaire dont il est l'incarnation⁷⁰. Par conséquent, l'État n'a en soi aucune valeur propre, non plus d'ailleurs que le « mouvement » et ses organisations, car rien ne pourrait faire obstacle à la relation d'immédiateté qui, dans la « communauté », unit le Führer et sa « trustee », la troupe de ses fidèles, la *Gefolgschaft*⁷¹.

Plus qu'aucun autre peut-être, Höhn a poussé le discours de la communauté si loin que l'objet « droit » lui-même devient inconcevable. En effet, pour penser quelque chose comme du « droit », il faut pouvoir penser la distance qui distingue et sépare les êtres, la mesure et la limite qui donne sens et solution à un litige. Or, la communauté de Höhn n'est que pure fusion, adhésion et adhérence totale, absolue, sans refuge possible, des membres entre eux, unis non pas tant, non pas seulement, par l'obéissance inconditionnelle qu'ils doivent à leur commun Führer, mais aussi et surtout par leur foi et donc la fidélité et loyauté qu'ils doivent sans réserve à celui qui, existentiellement, *incarne* la communauté et sa volonté. Dans cette communauté, il n'est plus possible de penser le droit comme un ordre de contrainte visant le comportement extérieur de l'individu. Comme le répètent d'ailleurs à l'envi les juristes nationaux-socialistes, le droit est un « ordre de la vie populaire ». Le droit n'est pas alors la « *regula* » qui viendrait attribuer « à chacun

70 Voir notamment Reinhard HÖHN, *Die Wandlung im Staatsrechtlichen Denken*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Sur la querelle autour de la personnalité de l'État, voir Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, *op. cit.*, t. III, p. 325 et s. Il convient cependant de relativiser cette querelle : en effet, même si certains auteurs, tel Koelreutter – qui estimait par ailleurs que l'on pouvait voir dans le nouveau régime un « État de droit » –, maintiennent l'expression de personnalité juridique de l'État, le concept, quant à lui, est tellement défiguré que sa signification n'est plus du tout la même que celle qu'on lui attribuait dans le droit public classique de la fin du XIX^e siècle : il ne s'agit en somme que d'une simple homonymie. C'est pourquoi ce genre de querelle sert bien plus à alimenter les animosités entre personnes qu'un débat d'idées véritablement fondé.

71 On se permettra de renvoyer aux développements consacrés à cette question dans Olivier JOUANJAN, « Prendre le discours juridique nazi au sérieux ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, 2013, p. 1 et s. ; « Qu'est-ce qu'un discours juridique nazi ? », *Le Débat*, à paraître. Dans ces deux derniers textes, l'on montre notamment que la notion centrale de construction de l'État moderne, qui vient du droit canonique, celle de l'*officium* (*Amt*), est rejetée par Höhn catégoriquement, mais que si d'autres auteurs entendent la préserver – notamment le disciple de Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber dans son traité de droit constitutionnel [*Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938, 2^e éd.] –, c'est en réalité au prix d'une déformation conceptuelle telle que le même mot renvoie à deux significations non seulement différentes mais profondément antinomiques. Ces querelles marquent des territoires ou des « champs » et tournent ainsi autour de la question de savoir si un *mot* ou une *expression* des doctrines classiques peut ou doit être maintenu dans le discours juridique, mais le *concept*, lui, de toute façon, a été complètement bouleversé.

le sien », mais une « *forma vitae* »⁷². L'indifférenciation entre « droit » et vie atteint chez Höhn son paroxysme.

On le voit particulièrement dans le petit livre « théorique » intitulé *Communauté de droit et communauté populaire* qui date de 1935⁷³. Il suffit d'en lire quelques-unes des conclusions principales⁷⁴ :

« Assimiler communauté de droit et communauté populaire interdit de définir la notion de peuple autrement qu'on l'a fait jusqu'à présent. »

« La communauté de droit n'est pas davantage en mesure de nous rendre intelligible la notion de communauté populaire. »

« La communauté de droit ne peut expliquer la notion de *Führer* qui se situe aujourd'hui au cœur de l'ensemble de notre ordre juridique. »

De même, la communauté de droit empêche de concevoir les notions centrales de « fidélité », de « race » ; maintient la distinction du droit et de la morale qui doit s'effacer dans le nouveau Reich ; ne permet pas d'en finir avec le positivisme, etc. La palme de la « novlangue » communautariste revient à la proposition suivante⁷⁵ :

« La communauté de droit ne permet jamais d'établir un droit qui soit, en soi, adapté à la communauté. »

Il faut donc convenir que le « droit » adapté à la « communauté populaire » ne saurait faire de cette communauté quelque chose qu'on pourrait appeler une « communauté de droit » !

On touche ici, en vérité, à cette limite à partir de laquelle le « droit » n'est plus pensable comme droit, c'est-à-dire comme ce que la civilisation occidentale, depuis Athènes et, bien sûr, Rome, nous a appris à voir à travers les mots qui déterminèrent traditionnellement les horizons du droit : *nomos* et *dikè*, *lex* et *ius*.

Dans la grande machine moderne de récupération et de recyclage du mythe germain originaire, ce que l'on appelle encore « justice » est entièrement écrasé dans le concept omniprésent de police, les deux mots renvoyant à une seule et même fonction, celle de « préservation » de la « vie » allemande, de son sang duquel, par une sorte mystérieuse de distillation, naît l'esprit germanique. Dans cette fonction de « préservation », il n'est plus guère possible de distinguer entre prévention, répression et réparation⁷⁶. Dans l'exacerbation de la téléologie qui saturé le discours de ce droit, tous les moyens sont bons pourvu qu'ils soient efficaces.

72 Cette considération est inspirée de plusieurs remarques importantes formulées par Giorgio AGAMBEN à propos des règles monastiques. [*De la très haute pauvreté*, Paris, Rivages, 2010].

73 Reinhard HÖHN, *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, Hambourg, Hansische Verlagsgesellschaft, 1935.

74 *Ibid.* p. 72 et s.

75 *Ibid.*, p. 78.

76 Höhn s'attachera, à partir de 1935, en étroite collaboration avec Werner Best, à fixer un concept de « police » adéquat au régime. Voir Ulrich HERBERT, *Werner Best, op. cit.*, p. 166 et s.

Un concept anti-autoritaire du management

En 1945, Höhn est bien sûr exclu de l'université et sa *venia legendi* lui est retirée. Il est « dénazifié », ce qui lui vaut de passer quelque temps derrière les barreaux. En 1950, il s'enfonce dans l'anonymat et cherche à gagner sa vie en exerçant à Hambourg la profession de « praticien de santé » (*Heilpraktiker*) spécialisé dans le diagnostic ophtalmologique. L'ordre des médecins déclenche cependant des poursuites à son encontre à raison de ce qu'il faisait usage, dans l'exercice de cette profession paramédicale, de son titre de *Professor Doktor*, en omettant toutefois de préciser « *Dr. Iur.* ».

Comme l'on sait, malgré plusieurs tentatives de retours en politique⁷⁷, les anciens de la NSDAP et de la SS ne parvinrent pas à réorganiser et coordonner leur action sur ce plan. C'est donc surtout dans le recyclage des compétences des élites SS dans le monde économique que les loyautés anciennes et les réseaux firent preuve d'une incomparable efficacité⁷⁸, efficacité dont Höhn put bénéficier pour commencer une carrière nouvelle. En 1953, il est ainsi nommé secrétaire général de la Société économique allemande, fondée par un groupe d'entrepreneurs après la guerre, et chargé, à ce titre, de concevoir et mettre sur pied une académie privée destinée à repenser, développer et diffuser les techniques d'un management moderne. Ce projet aboutit en 1956, avec l'inauguration de l'*Akademie für Führungskräfte der Wirtschaft* de Bad-Harzburg⁷⁹.

La notion centrale du concept moderne et « non-autoritaire » de management mis au point par l'ancien hiérarque SS consiste en la « délégation de responsabilité » (*Delegation von Verantwortung*).

La délégation de responsabilité comporte deux aspects :

« 1. On attribue au collaborateur un domaine de missions clairement délimité et les compétences qui y affèrent, domaine à l'intérieur duquel le collaborateur considéré a obligation d'agir et de décider en toute indépendance.

2. En principe, le supérieur hiérarchique n'est pas autorisé à prendre de décision à l'intérieur du domaine de missions de son collaborateur, sauf exception en cas de danger imminent. Ce domaine est au contraire soustrait au domaine d'action et de décision du supérieur. Ce faisant, s'agissant du supérieur hiérarchique, le droit d'intervention permanente venue d'en haut, si caractéristique du style autoritaire de direction, est aboli. En revanche, il appartient au supérieur hiérarchique d'assurer la conduite (*Führung*) du domaine délégué à son collaborateur. Le point essentiel de cette conduite consiste dans le contrôle. »

77 Soit pas la création de partis nouveaux et notamment la *Sozialistische Reichspartei* qui sera interdite par la Cour constitutionnelle fédérale par son jugement du 23 octobre 1952 (*BVerGE* 2 [1 et s.]), soit par infiltration de partis d'apparence démocratique comme la tentative en fut faite en Hesse, d'anciens SS ayant noyauté, à la fin des années 1940 et au début des années 1950, l'appareil dirigeant de la FDP (*Freiheitliche demokratische Partei*) régional avant que les instances centrales ne réagissent et imposent la purge du Parti en Hesse.

78 Ulrich HERBERT, *Werner Best, op. cit.*, p. 462 et s.

79 Michael WILDT, « Der Fall Reinhard Höhn », art. cit., p. 261 et s.

D'où la distinction entre « responsabilité de l'action » (*Handlungsverantwortung*) et « responsabilité de la conduite » (*Führungsverantwortung*)⁸⁰. Par ailleurs, « la conduite (*Führung*) dans la relation avec les collaborateurs n'est pas une affaire qui concerne exclusivement le sommet ou ce que l'on appelle la "strate dirigeante" de l'entreprise ; le principe de la conduite (*Führungsprinzip*)⁸¹, au contraire, concerne toute la hiérarchie de l'entreprise, de son sommet jusqu'au niveau le plus bas », même si bien sûr la marge d'autonomie des agents se réduit à mesure que l'on descend dans la hiérarchie⁸².

Il y a d'abord un parallèle évident à établir entre cette « modernisation » des méthodes managériales et un autre centre d'intérêt permanent chez Höhn, que ce soit le Höhn SS ou le Höhn technicien du management, à savoir l'histoire militaire et, précisément, l'histoire militaire de la Prusse⁸³. Le lien entre les réformes prussiennes du début du XIX^e siècle, et tout particulièrement les réformes de l'organisation de l'armée conduite par Scharnhorst, est d'ailleurs pleinement assumé et revendiqué dans un livre intitulé *L'administration aujourd'hui : conduite autoritaire ou management moderne* qui, avant de proposer l'introduction du style managérial dans l'administration publique contemporaine, récapitule l'histoire de la *Führung*, de la « conduite », histoire dont le tournant – inachevé – se situe dans les réformes structurelles introduites en Prusse par Stein, Hardenberg, Humboldt et, s'agissant de l'armée, Scharnhorst⁸⁴.

Le principe de la « conduite autoritaire » est celui de la monarchie absolue : l'affirmation de la souveraineté monarchique a brisé les liens de l'ancienne société, qui reposaient sur des relations personnelles et le principe de fidélité, transformant les « antrustions » de l'État féodal en « *Untertanen* » de l'État absolutiste. Le soldat n'est plus qu'une « petite roue prise dans la machinerie du service et l'ordre de bataille⁸⁵ ». Il en résulte une séparation radicale entre l'État souverain et une société composée de purs et simples *assujettis* (*Untertanen*). Ce schéma est reproduit par l'organisation rigide de l'armée au sein de laquelle règne une séparation stricte entre le corps des officiers supérieurs, qui doivent leur grade à leur rang nobiliaire, et la troupe, qui n'a d'autre choix que d'obéir : d'où le mode autoritaire du commandement. C'est dans cette séparation que Scharnhorst voit

80 Reinhard HÖHN, Gisela BÖHME, *Der Weg zur Delegation von Verantwortung im Unternehmen. Ein Stufenplan*, Bad Harzburg, 1973, p. 3-4. On aurait l'envie presque irrépressible de traduire *Führung* par l'actuel et très envahissant mot de « pilotage » (*Steering, Steuerung*).

81 Il faut tout de même oser, en 1973, utiliser l'expression « *Führungsprinzip* » qui ne peut pas ne pas faire écho à « *Führerprinzip* ».

82 Reinhard HÖHN, Gisela BÖHME, *Der Weg zur Delegation...*, *op. cit.*, p. 12.

83 Pour la période nazie, de HÖHN : *Verfassungskampf und Heereszeit*, Leipzig, Hirzel, 1938 ; *Revolution, Heer, Kriegsbild*, Darmstadt, Wittich, 1944. Pour l'après-guerre : *Scharnhorsts Vermächtnis*, Bonn, Athenäum-Verlag, 1952, 1^{re} éd. ; *Sozialismus und Heer*, Bad Homburg/Berlin/Zurich, Gehlen, 1959 ; *Die Armee als Erziehungsschule der Nation*, Bad Harzburg, 1963 ; *Scharnhorst : Soldat, Staatsmann, Erzieher*, Munich, Bernard & Graefe, 1981.

84 Reinhard HÖHN, *Verwaltung heute. Autoritäre Führung oder modernes Management*, Bad Harzburg, Verlag für Wissenschaft, Wirtschaft und Technik, 1970.

85 Reinhard HÖHN, *Verwaltung heute*, *op. cit.*, p. 1-3.

la faiblesse structurelle de l'armée prussienne face aux armées révolutionnaires, puis napoléoniennes, dans l'absence d'esprit patriotique, d'implication intime du soldat aux opérations dont il n'est qu'un rouage :

« Dans la situation actuelle, écrit Scharnhorst en 1808, l'important consiste en ce que la nation soit unie de la façon la plus intime à son gouvernement, que le gouvernement conclue pour ainsi dire une alliance avec la nation qui produise en celle-ci confiance et amour pour la constitution et lui accorde de la valeur en lui reconnaissant une certaine indépendance⁸⁶. »

Cette idée était partagée par l'ensemble des réformateurs prussiens. C'est elle qui conduit Stein, dans son memorandum de juin 1807 sur la formation des agents publics de la monarchie prussienne, à se faire, pour ainsi dire, l'idéologue précurseur de la « délégation de responsabilité » :

« Une large partie du temps et de l'activité des ministres se ramène aujourd'hui aux aspects mécaniques du service et aux objets médiocres. Grâce à la réforme des conditions d'exercice du service, grâce à la délégation de ces affaires aux collaborateurs et subalternes des départements ministériels, au moyen d'une formation adaptée et d'une définition du domaine de compétence des autorités subordonnées, on peut venir à bout de ce mal⁸⁷. »

Or, si, du point de vue de Höhn, la réforme administrative et l'introduction de la *Selbstverwaltung* – c'est-à-dire une certaine dose de libre administration locale – voulues par Stein et Hardenberg n'ont pas été menées jusqu'au bout, Scharnhorst, quant à lui, a réussi à instiller l'esprit nouveau dans l'armée au moyen de la création des détachements de chasseurs volontaires. Le « nouveau style » s'incarne dans la figure du « tirailleur », celui du « combattant individuel, tout le contraire du soldat dressé, qui ne combat que sur ordre ». Ce style nouveau impose la création d'une « académie militaire » dont la tâche sera de former les officiers adéquats, une académie qui n'est pas sans rappeler, toutes choses égales d'ailleurs, l'« Académie » de Bad Harzburg, destinée à former les cadres de l'économie au « nouveau style » de management⁸⁸. Ce nouveau style militaire n'a toutefois pas été transposé à l'administration civile malgré les efforts des réformateurs prussiens. Le « style autoritaire » s'est maintenu sous les régimes de monarchie constitutionnelle comme sous la république de Weimar⁸⁹. Dans sa description du système de domination « légale-rationnelle », Max Weber n'a fait que rendre compte de ce modèle autoritaire dont on avait fini par considérer qu'il était « le modèle de toute *Führung* »⁹⁰.

Quant au modèle national-socialiste de la *Führung*, on ne s'étonnera guère de lire un Höhn très évasif. Il évoque à deux reprises dans le livre le système nazi

86 SCHARNHORST, *Vorläufiger Entwurf zur Provinzialtruppen vom 1. März 1808*, cité dans HÖHN, *Verwaltung heute, op. cit.*, p. 16 et dans Höhn, *Scharnhorst Vermächtnis, op. cit.*, p. 181.

87 Cité par HÖHN, *Verwaltung heute, op. cit.*, p. 19.

88 *Ibid*, p. 22.

89 *Ibid*, p. 31 et s.

90 *Ibid*, p. 62.

de commandement, deux évocations toutefois assez contradictoires entre elles⁹¹. Dans le premier passage, Höhn affirme que, comme le sens commun peut bien l'imaginer, le nazisme n'eut qu'à reprendre le style autoritaire commandement/obéissance, pour organiser l'administration nouvelle, sous réserve de quelques innovations contenues dans le code communal allemand promulgué en 1935. Cela permet à Höhn d'indiquer une distance radicale entre son management modernisé et les modes d'action du régime hitlérien. Pourtant, dans le second passage, s'appuyant sur un ouvrage du sociologue Roland Reichwein⁹², Höhn considère que, en introduisant dans l'entreprise le *Führerprinzip* « et l'idéologie *Führer-Gefolgschaft* qui l'accompagne », le national-socialisme serait allé au-delà de la vieille opposition entre travailleurs et entrepreneurs et l'aurait atténuée. Mais – et l'on a envie d'ajouter, en lieu et place de Höhn : malheureusement – il ne s'est agi là que d'un épisode historique auquel la débâcle de 1945 a mis un terme. Il n'empêche que, contrairement à ce qui est affirmé cinquante pages plus haut, l'idéologie du *Führerprinzip* ne cadre manifestement pas avec le modèle de la domination légale-rationnelle, que l'introduction de ce principe dans une organisation remet précisément en cause le vieux « modèle autoritaire ». Or, justement, sur ce point, il faut donner raison à Höhn : les pratiques du national-socialisme furent *archi-autoritaires* et violentes, et pourtant justifiées par une idéologie *non-autoritaire* qui fait du *Führerprinzip* non pas, comme on l'a déjà vu, un principe de séparation entre un chef qui commande et le groupe qui obéit, mais un principe d'inclusion par la fidélité personnelle et d'engagement par adhésion intime aux buts de la totalité incarnée par le Führer. C'est peut-être ici que se situe la distinction si difficile entre régimes autoritaires et systèmes totalitaires, une différence idéologique au-delà de similitudes évidentes dans les pratiques de l'autorité. Cela appelle quelques remarques.

Conclusion

Considérant dans son ensemble l'itinéraire politique et intellectuel de Reinhard Höhn, il n'est pas exagéré de dire que, de même qu'il lui fallut faire un petit pas en avant dans la radicalité pour que le militant du *Jungdo* devînt un membre loyal de la NSDAP et de la SS, de même, il dut faire un petit pas idéologique de recul pour adapter le discours du *Führerprinzip* à celui du *Führungsprinzip* de l'économie libérale.

En effet, l'idéologie nazie du Führer, à laquelle Höhn apporta une contribution active et radicale, ne se représente pas à elle-même, à travers son discours, comme un « modèle autoritaire » dans la forme commandement/obéissance. Dans la personne du Führer se concentre certes l'autorité, c'est-à-dire la *responsabilité* suprême. Si tous les Allemands, dans les frontières du Reich et au-delà, forment

91 *Ibid.*, resp. p. 58, p. 107.

92 Roland REICHWEIN, *Funktionswandlungen der betrieblichen Sozialpolitik*, Cologne, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1965, p. 43.

la *Gefolgschaft* du Führer, celle-ci n'est pas présentée comme un corps inerte ou une machine, comme une *mécanique* dont le chef suprême serait l'unique moteur. Il faut davantage concevoir la *Gefolgschaft* comme une grande sphère dont le Führer serait le centre, mais constituée d'une multitude de sphères plus ou moins petites, jusqu'à la cellule de base qu'est la famille allemande dans son « ordre concret », sphères ayant elles aussi un Führer entouré de sa *Gefolgschaft* particulière, Führer qui se légitime par son allégeance personnelle à un autre Führer qui se trouve tenu, lui aussi par un lien de fidélité envers un Führer plus élevé, et ainsi de suite jusqu'au lien qui attache le tout au Führer suprême, Adolf Hitler. On pourrait y voir la résurgence du système féodal⁹³, à cette différence près que ce dernier reposait sur le principe selon lequel « le vassal de mon vassal n'est pas mon vassal », tandis que le néo-féodalisme nazi impose la règle contraire : le Führer suprême est le Führer de tous les Führers. Il *totalise* en sa personne la grande communauté configurée, sous chaque type de rapport (économique, militaire, culturel, familial etc.), dans tous les « domaines de la vie », par une multitude de communautés tenant ensemble par un réseau d'allégeances personnelles qui toutes se rattachent en dernier ressort au chef suprême. La « communauté populaire » est la communauté de toutes les communautés. Et toute communauté se trouve comme serrée autour de son Führer⁹⁴.

L'individu, pour autant qu'il appartienne naturellement et moralement, par son *type* biologique et éthique, en tant que « membre de la communauté », ne peut être idéologiquement représenté comme un *Untertan*. Toute l'idéologie de la camaraderie, de la fidélité, du lien personnel et donc de la communauté l'interdit absolument. Mais il n'est pas non plus un Sujet (*Subjekt*), puisque l'affirmation de la subjectivité va de pair tant avec l'idée d'une préséance du droit individuel sur le droit collectif de la communauté qu'avec celle d'une séparation entre la sphère individuelle et la sphère des intérêts communautaires. L'« homme communautaire » véritable doit penser : mon devoir est ma liberté⁹⁵.

Le Führer ultime est détenteur d'une autorité suprême et indivisible – il ne peut s'agir d'introduire ici une quelconque séparation des pouvoirs – en tant que responsable pour la totalité. Cette responsabilité, si elle reste *une* théoriquement et ne se dilue donc jamais, se diffuse pratiquement dans le réseau des Führer subordonnés, jusqu'au niveau le plus bas de la communauté auquel échoit une pure et simple « responsabilité d'action ». C'est-à-dire que l'exécution de l'ordre donné s'accompagne toujours d'une responsabilité personnelle, existentielle de

93 Voir par exemple GEORG MEHLIS, *Führer und Volksgemeinschaft*, Berlin, Junker & Dünhaupt, 1943, p. 112 : « L'État fasciste est organisé de manière impérialiste quand le national-socialisme l'est davantage de manière féodale. » Mehliis (1878-1942) était un philosophe d'abord néokantien qui se radicalisa progressivement avec l'avènement du fascisme italien. Son livre de 1943 peut être lu comme la récapitulation dépourvue de toute originalité de l'idéologie du chef sous le nazisme.

94 MEHLIS, *Führer und Volksgemeinschaft*, *op. cit.*, p. 105 : « Le Führer est nécessaire dans tous les petits rapports de la vie, dans la famille, l'association, l'arrondissement, dans tous les groupements et autres formes de communauté. »

95 MEHLIS, *Führer und Volksgemeinschaft*, *op. cit.*, p. 126 : « L'idée du devoir va immédiatement de pair avec la liberté. »

l'exécutant. Dès lors, cette responsabilité sise jusqu'en bas de la communauté justifie et légitime le contrôle et la surveillance venue d'en haut. Ce modèle « non autoritaire » de la *Führung* investit donc le subordonné non pas d'un *office* (*Amt*)⁹⁶, c'est-à-dire d'une fonction impersonnelle strictement délimitée par un régime de compétence et dont le titulaire a à rendre compte dans les formes et les procédures juridiquement déterminées, mais plutôt d'une *mission* de caractère personnel⁹⁷ : réaliser le but assigné d'en haut, disposer de la liberté des moyens quelles qu'en soient les formes, et répondre personnellement du bon accomplissement de la mission. C'est dans la *mission* que devoir (atteindre le but) et liberté (choisir les moyens adéquats) s'unissent *immédiatement*. Le sens de la mission doit être intériorisé par celui sur lequel pèse la « responsabilité d'action ». S'il faillit, c'est tout son être qui est en faute et sa (pseudo) liberté même qui s'effondre. Le national-socialisme ne pouvait certainement pas distinguer la « faute de service » et la « faute personnelle ». Déléguer ne signifie plus donner une compétence, mais confier une mission à la responsabilité personnelle d'autrui.

On peut bien sûr dire que le système de la « domination légale-rationnelle » est, dans le totalitarisme nazi, submergé par un principe de « domination charismatique ». Cela est vrai, mais insuffisant pour saisir jusqu'en son cœur le moteur même du régime. Pour ce faire il convient plus finement de réfléchir à la différence entre « délégation de compétence » et « délégation de responsabilité ». L'on aura ainsi la clé de l'itinéraire d'un Reinhard Höhn, juriste, SS et manager. Toutefois, ce faisant, l'on découvrirait aussi, peut-être, d'où vient et ce à quoi engage ce que, avec Pierre Legendre, on peut appeler « l'empire du management »⁹⁸. Il suffit de saisir l'expression « *Delegation von Verantwortung* » sur un moteur de recherche pour constater combien ce concept sature aujourd'hui encore le discours managérial⁹⁹.

On ne peut ici qu'ébaucher les réflexions qu'un retour sur les fondations obscures du discours managérial devrait imposer. D'abord mettre en question et en cause l'usage du mot « liberté » quand il ne s'agit que du pouvoir de choix sur les moyens et non sur les fins : en quel sens – non kantien certainement – peut-on encore parler de *liberté* du subordonné dès lors que la décision sur les fins lui échappe et qu'il ne peut donc être dit « fin *en soi* », ce qui est la définition kantienne d'un Sujet ? Ensuite, nettoyer les usages linguistiques du débat contemporain du terme « néolibéralisme » : s'il désigne le monde entrepreneurial d'aujourd'hui et ses pratiques managériales, ce monde peut-il être dit d'une quelconque manière

96 Une notion que précisément récuse Höhn pour décrire le régime nazi. [« Volk und Verfassung », *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1937, p. 209.]

97 Telle est la raison la plus profonde pour laquelle la question de la juridiction administrative pose un problème à vrai dire insoluble à toute doctrine nazie du droit. Voir REINHARD HÖHN, « Le droit subjectif public », art. cit., p. 249 et s.

98 Pierre LEGENDRE, *Dominiun Mundi. L'empire du management*, Paris, Mille et une nuits, 2007.

99 On ouvre au hasard le site d'une société d'« *International Business Consultants* » et l'on trouve dans l'abécédaire, rubrique « Philosophie » (*sic*) pour « *Delegation von Verantwortung* » : « *Führen* signifie la prise en charge mais, tout autant, la délégation de responsabilité à d'autres forces de conduites et collaborateurs. [...] La délégation de responsabilité garantit la diffusion de l'engagement et de la motivation aux strates inférieures de la *Führung*. »

« libéral » ? En conséquence, ne vaudrait-il pas mieux le qualifier plus simplement et plus précisément de « néocapitalisme » ? Enfin et surtout, poser la question de la *normativité* et de ses significations : si l'on considère classiquement la norme juridique comme la règle du comportement extérieur des êtres humains, qu'en est-il de la *norme* managériale qui suppose et impose l'adhésion « motivée » et donc *intime* du subordonné (aidé sans doute par sa croyance en la « culture d'entreprise ») dans le grand système de la délégation de responsabilité ?

Tel est au fond l'enjeu d'une reprise réflexive de la question du droit nazi ou, plus exactement, de son idéologie. Qu'il ne s'agisse pas d'une simple vue de l'esprit, mais bien d'un problème réel et décisif pour le monde contemporain, l'étude de l'itinéraire d'un Reinhard Höhn suffit à le montrer. Mais que l'on se rassure, du moins un peu. L'ancien SS avait une dilection particulière pour le jardinage et la culture des plantes d'intérieur¹⁰⁰ : s'il avait le cœur brun, le pont allemand du management avait aussi la main verte.

100 On compte près d'une dizaine d'ouvrages consacrés, après 1950, à ces questions dans la bibliographie du polygraphe Höhn, à quoi s'ajoute le *Grand livre des hobbies pour jeunes gens* (*Das große Hobby-Buch für junge Leute*, Berlin, Neues Leben, 1971) que, malheureusement, il n'avait pas pu lire dans les années 1920...



D'une dictature à l'autre...

Droit et politique en Roumanie de 1938 à 1948

Florin Turcanu

Dans l'histoire de la Roumanie, la décennie qui va de 1938 à 1948 est marquée par cinq étapes politiques – toutes inaugurées par des coups d'État ou des coups de force – dont il importe d'abord de distinguer, même sommairement, les traits les plus caractéristiques et les bornes chronologiques.

Du 10 février 1938 au 6 septembre 1940, la Roumanie connaît une « dictature royale » exercée par le roi Charles II dont le règne – en monarchie constitutionnelle – avait commencé en juin 1930. La dictature royale de Charles II, inspirée par l'exemple du feu roi Alexandre de Yougoslavie, le beau-frère du roi de Roumanie, s'appuyait sur une nouvelle constitution et sur un parti unique – le Front de la renaissance nationale – et concentrait le pouvoir exécutif et législatif entre les mains du monarque-dictateur – le parlement étant réduit au rôle d'annexe de l'exécutif.

À partir du 6 septembre 1940 et jusqu'au 21 janvier 1941, un pouvoir bicéphale succède à la dictature royale, exercé par le parti fasciste Légion de l'archange Michel mieux connue comme la Garde de fer, et par le général Ion Antonescu. Régime de parti unique de type totalitaire, rendu vite instable par la rivalité entre le « commandant » des gardes de fer, Horia Sima, et le général Antonescu, cette dualité du pouvoir explose en janvier 1941, après moins de six mois. Abandonnés par Hitler, les gardes de fer – qui avaient tenté de renverser le général – sont écrasés par l'armée roumaine restée fidèle à Antonescu. Le nouveau régime que ce dernier inaugure alors ne s'appuie sur aucun parti et ne pratique pas la mobilisation totalitaire de la nation. L'armée est l'épine dorsale de cette nouvelle version de régime autoritaire qui recourt aussi à des technocrates civils et prétend représenter un nationalisme plus acceptable pour les élites traditionnelles du pays, fortement inquiétées par le radicalisme mystique et la violence « révolutionnaire » de la Garde de fer. La dictature d'Antonescu entraîne la Roumanie dans l'opération *Barbarossa* et prend fin, le 23 août 1944, lorsque le roi Michel I^{er} fait arrêter le dictateur et sort la Roumanie de l'alliance allemande



alors que les troupes soviétiques se trouvent encore à plus de deux cents kilomètres de Bucarest. Au milieu du bombardement de la capitale roumaine par l'aviation allemande, jusqu'à la veille alliée, était ainsi inauguré un nouveau régime politique qui rétablissait la constitution de 1923 en reconnaissant le pluralisme démocratique et le libre exercice des droits fondamentaux des citoyens. Ce fut, entre le 23 août 1944 et le 30 décembre 1947 – date de l'abdication du roi Michel I^{er} sous la pression des communistes – une période de transition politique marquée par l'impossible stabilisation d'un régime démocratique sous la double pression de l'occupation soviétique et de l'ascension du Parti communiste – notamment après la conférence de Yalta. La proclamation de la République populaire, le 30 décembre 1947, fut précédée par le truquage massif du résultat des législatives du 19 novembre 1946 par les communistes, ainsi que par la suppression de la presse et des partis d'opposition. L'année 1948 marquait ainsi le retour à un régime totalitaire et constituait la première année, la première phase, le premier jalon de l'histoire communiste de la Roumanie, histoire qui devait s'achever, dans le sang, quatre décennies plus tard.

Un des traits qui relie ces différentes périodes – à l'exception de la période de transition précommuniste que j'ai mentionnée – est le souci immédiat des régimes politiques de facture autoritaire ou totalitaire d'obtenir la légitimité politique par l'exclusion officielle de groupes entiers d'habitants du pays de la trame sociale, économique, politique et culturelle, et ce au nom de l'urgence du rétablissement de la cohésion nationale. Les groupes victimes de ces politiques sur lesquels je veux m'attarder – et dont le sort est emblématique pour la décennie en question – sont la minorité juive, prise pour cible par les trois premiers régimes politiques mentionnés et dont la persécution fera de la Roumanie un acteur de la Shoah, et la minorité gréco-catholique ou uniaste, visée dès le début par le régime communiste.

C'est à partir de 1866 – l'année de l'adoption de la première constitution du pays – que l'on peut appliquer au nationalisme roumain l'appellation de « nationalisme d'exclusion », car le fameux article 7 de la loi fondamentale stipulait que « seuls les étrangers de confession chrétienne peuvent obtenir la citoyenneté roumaine¹ ». La définition de l'identité nationale dans le cadre de la construction de l'État-nation passait par la désignation *ab initio* de la minorité juive comme étrangère et par son exclusion sous prétexte confessionnel, car il n'y avait pas en 1866 d'autre minorité non chrétienne sur le territoire d'alors de la Roumanie. La situation ne s'est pas améliorée après 1879, lorsque, sous la pression des grandes puissances, la Roumanie modifie l'article 7 en annulant l'obstacle confessionnel à l'obtention de la citoyenneté, mais en continuant d'assimiler les membres de la minorité juive aux étrangers – pour être plus précis, à des *apatrides* – obligés de solliciter et d'obtenir individuellement la naturalisation². Ce n'est qu'après la Première Guerre mondiale, par une suite de lois adoptées à partir de la fin

1 *Monitorul Oficial*, n° 142, 1^{er} juin 1866

2 *Constituțiunea din 1866 cu modificările din 1879, 1884 și 1917*, Bucarest, Editura Viața Românească, 1921, p. 4. Voir aussi à ce sujet le livre classique de Carol IANCU, *Les Juifs en Roumanie (1866-1919). De l'exclusion à l'émancipation*, Aix-en-Provence, Éditions de l'uni-

1918 – y compris la nouvelle constitution de 1923 –, que non seulement les juifs habitant le territoire de la « petite Roumanie » d'avant-guerre mais aussi les juifs habitants les territoires nouvellement acquis – Bessarabie, Transylvanie et Bucovine – se voient accorder le statut de citoyen. Même ainsi, il restera, notamment en Bessarabie, un total de presque 100 000 juifs apatrides³.

Une des préoccupations les plus partagées par les différentes tendances du nationalisme roumain de l'entre-deux-guerres, notamment pendant les années trente, sera de remettre en avant le critère de la distinction ethnique dans les rapports de l'État avec les minorités qui formaient presque un tiers des habitants du pays, notamment dans les rapports avec la population juive (728 115 membres selon le recensement de 1930⁴). On peut synthétiser l'attitude du nationalisme roumain pendant l'entre-deux-guerres à l'égard de la minorité juive par la mise en évidence de trois thèmes majeurs. Les deux premiers préexistent à la création de la Grande Roumanie en 1918, le troisième s'ajoute après. Le premier thème concerne l'accès des juifs à la citoyenneté et ses conséquences, le deuxième, la place des juifs dans la vie économique. Le troisième thème qui recoupe en partie les deux premiers, met en cause la capacité d'intégration et la fidélité des juifs de Transylvanie, de Bucovine et de Bessarabie – territoires acquis en 1918 – à l'État-nation roumain. Ou, pour éclairer en d'autres termes les enjeux identitaires, « l'antisémitisme roumain de l'entre-deux-guerres [...] s'est concentré sur l'identité linguistique et la culture nationale afin de souligner les différences, sur les intérêts économiques afin d'indiquer le “danger” [juif] et sur la religion et l'onomastique lorsqu'il s'agissait d'identifier “l'ennemi”⁵ ».

L'importance de la conception du « danger économique » représenté par les juifs – et de ses conséquences sociales – est structurante dans la renaissance d'un antisémitisme d'État pendant les années trente. L'interventionnisme de l'État dans le domaine économique à la suite de la Grande Crise – une politique de « nationalisme économique⁶ » déroulée dans les années 1933-1938 – fut la première porte ouverte au retour du critère ethnique comme facteur de différenciation légale entre les citoyens. Le thème de la « protection du travail national » (où « national » équivaut à « ethniquement roumain ») s'invite dans les débats parlementaires, et son principal résultat sera l'adoption, en juillet 1934, de la loi pour l'utilisation du personnel roumain dans les entreprises, et de plusieurs réglementations ultérieures qui ouvrirent la voie à la distinction, dans le monde du

versité de Provence, 1978. J'utilise ici la traduction roumaine [Bucarest, Éditions Hasefer, 1996], p. 186-191 et 199-205.

3 Carol IANCU, *Les Juifs en Roumanie (1919-1938). De l'émancipation à la marginalisation* [Louvain, Peters, coll. « Revue des études juives », 1996]. J'utilise ici la traduction roumaine [Bucarest, Éditions Hasefer, 2000], p. 108.

4 *Anuarul statistic al României 1939 și 1940*, Monitorul Oficial, Bucarest, 1940, p. 59.

5 Lucian BUTARU, *Rasism românesc. Componenta rasială a discursului antisemit din România până la al Doilea război mondial*, Cluj-Napoca, Editura Fundației pentru Studii Europene, 2010, p. 15.

6 Hans-Christian MANNER, *Parlamentarismul în România (1930-1940)*, Bucarest, Editura Enciclopedică, 2004, p. 279.

travail, entre deux classes de citoyens : « citoyens d'origine ethnique roumaine » et « citoyens d'autre origine ethnique » auxquels s'ajoutait la catégorie des étrangers, qui incluait, entre autres, les juifs apatrides⁷. À partir de 1934, au nom de la « protection du travail roumain », l'idéologie du primat ethnique – renforcée par les 30 % que pesaient les minorités dans la Grande Roumanie – s'installait sur le terrain de la législation et de la réglementation économique. C'était le précédent qui annonçait les futures « lois de roumanisation » économique des années 1940-1942 mais qui, à court terme, facilitera en janvier 1938 un tournant politique, l'introduction du décret-loi pour la révision de la citoyenneté. Celui-ci fut adopté par le premier gouvernement ouvertement antisémite qu'avait connu la Roumanie après la Grande Guerre, l'éphémère gouvernement des chefs politiques antisémites Goga et Cuza (28 décembre 1937-10 février 1938). Ce gouvernement, qui fait la transition entre le régime parlementaire discrédité et la dictature royale est, déjà, le premier gouvernement personnel, bien que passager, du roi Charles II, un gouvernement antichambre de son régime autoritaire.

Bien que ce fût en régime parlementaire que l'on avait adopté les lois de « protection du travail roumain », ce ne fut pourtant qu'à la faveur de la liquidation du fragile ordre démocratique que les conditions furent créées pour la mise en place d'un dispositif légal spécifiquement antisémite. Le décret-loi du 21 janvier 1938 sur la citoyenneté, dont l'article 5 visait explicitement les juifs⁸, finira par priver – jusqu'à la mi-septembre 1939 – plus de 225 000 juifs⁹ de leur nationalité roumaine : ce n'était que le premier d'une longue chaîne de décrets-lois, décisions ministérielles et règlements qui, jusqu'en 1944, constituèrent un ensemble normatif pléthorique, expression d'une fuite en avant de l'antisémitisme d'État. En même temps, par ses bases idéologiques, le recul législatif qu'exprimait le décret-loi de janvier 1938 marquait la revanche du vieil antisémitisme, issu du XIX^e siècle, sur les progrès législatifs qui, au lendemain de la Grande Guerre, avaient donné accès à la citoyenneté à la grande majorité des juifs de Roumanie. Le contexte international – on est à moins de deux mois de l'Anschluss – explique, en partie, le choix de cette régression qui a refroidi les relations entre Bucarest d'une part, Paris et Londres de l'autre. Le contexte politique intérieur a joué, néanmoins, un rôle plus important car le décret fut l'option retenue pour couper l'herbe sous les pieds du principal concurrent politique de l'autoritarisme royal – la Garde de fer en pleine ascension et, elle-même, encore plus antisémite. Mais de cette concurrence sur le terrain de l'antisémitisme entre deux forces politiques antidémocratiques et profondément antilibérales, les juifs de Roumanie furent les premiers à faire les frais. C'est, d'autre part, contre la Garde de fer que le nouveau régime procède à une instrumentalisation politique du droit pénal en

7 Hans-Christian MANNER, *Parlamentarismul în România, op. cit.*, p. 311-314 ; Carol IANCU, *Les Juifs en Roumanie (1919-1938)*, éd. cit., p. 238-240.

8 *Monitorul Oficial*, n° 21, 22 janvier 1938. L'article 5 stipulait que « dans les 30 jours qui succèdent à la publication de cette loi dans le *Monitorul oficial*, les maires des différentes communes vont dresser un tableau statistique des juifs inscrits dans les registres des nationalités de la commune ».

9 Carol IANCU, *Les Juifs en Roumanie (1919-1938)*, éd. cit., p. 263. Sur quelque 750 000.

durcissant les mesures répressives et c'est notamment pour empêcher le fondateur de ce mouvement d'accéder au gouvernement que l'on inscrit dans l'article 67 de la nouvelle constitution l'interdiction d'occuper une fonction ministérielle pour tout citoyen qui n'est pas roumain « depuis trois générations au moins » (sauf pour ceux qui avaient déjà été ministres)¹⁰. En effet, le chef des fascistes roumains, Corneliu Zelinsky Codreanu, avait un père polonais et une mère allemande.

Le poids de la conjoncture internationale dans le durcissement de la législation antisémite augmente, en revanche, de manière dramatique durant l'été 1940, après l'installation de l'hégémonie nazie en Europe et la perte, par la Roumanie, de la Bessarabie et de la Bucovine du Nord, cédées le 27 juin, sous la menace militaire, à l'URSS de Staline. La dictature royale vit ses derniers jours dans l'attente de nouvelles revendications territoriales de la part de la Hongrie et de la Bulgarie, appuyées par Hitler. Dès le 22 juin, le parti unique, le Front de la renaissance nationale, changeait de nom et se voyait proclamé « parti totalitaire », tandis que le décret-loi pour la défense de l'ordre politique unique et totalitaire de l'État roumain proclamait lui aussi la Roumanie comme « État totalitaire¹¹ » afin de donner l'impression d'un alignement idéologique sur les grandes puissances fascistes. Dans ces circonstances politico-idéologiques et législatives, le décret-loi concernant l'état juridique des habitants juifs de Roumanie et le décret-loi sur l'interdiction du mariage entre Roumains du sang et juifs, publiés le 9 août 1940¹², font passer la législation antisémite de la privation du plus grand nombre possible de juifs du statut de citoyen à une définition juridique des juifs et à une logique de privation de droits de tous les juifs de Roumanie par l'instauration d'une ségrégation sociale, économique, politique et raciale qui vise à l'expulsion hors du corps de la nation. « La nation est devenue moins une communauté juridique ou une collectivité politique et plus une communauté spirituelle et organique, basée sur la loi du sang, d'où découle une hiérarchie des droits politiques », proclame le ministre de la Justice en présentant, le 8 août 1940, ces nouvelles lois antisémites¹³. L'interdiction des mariages mixtes – l'aspect le plus clairement raciste – est assortie d'une définition de la qualité de juif et d'une division des habitants juifs en trois catégories – en fonction, notamment, de l'ancienneté de leur naturalisation. Sur tous pèsent toute une série d'autres restrictions : l'accès aux fonctions publiques, aux propriétés en milieu rural, aux activités politiques, à la carrière militaire et à l'onomastique roumaine est interdit à tous les habitants juifs, sans exception¹⁴. Des interdictions supplémentaires – économiques et professionnelles – visent deux des trois catégories d'habitants juifs. L'introduction abrupte de l'élément racial – qui reste, par ailleurs, mal défini – s'explique surtout par le même désir d'alignement idéologique, servile et ostentatoire, sur l'antisémitisme raciste des nazis à travers une imitation

10 *Noua Constituție a României*, Brașov, Tipografia Unirea, 1938, p. 16.

11 *Monitorul Oficial*, n° 138, 22 juin 1940.

12 *Monitorul Oficial*, n° 183, 9 août 1940.

13 *Evreii din România între anii 1940-1944*, Bucarest, Editura Hasefer, 1993, t. I, p. 39.

14 *Evreii din România între anii 1940-1944*, *op. cit.*, p. 42 et p. 47-48.

de la loi du sang de Nürnberg. Somme toute, sans être absente, la dimension biologisante de l'antisémitisme roumain avait toujours été marginale par rapport aux « arguments » de type ethnoculturel, socioéconomique et religieux – plus à même de structurer un discours politique intelligible dans une société encore très traditionnelle, majoritairement paysanne ou proche de ses origines paysannes¹⁵.

Le régime qui s'instaure le 6 septembre 1940 avec la Garde de fer fasciste comme parti unique et le général Antonescu comme *Conducator* de l'État pousse encore plus loin la conjonction entre la revendication d'un État fort et le durcissement de la législation antisémite. Malgré certaines différences, il y a une continuité indiscutable sur le terrain de cette législation entre le régime bicéphale Garde de fer-Antonescu et le régime du général, resté seul aux commandes, après le 21 janvier 1941. Parallèlement, la continuité avec l'idéologie et la législation antisémite des années antérieures est, elle aussi, clairement saisissable, notamment dans les effets législatifs du renouveau de l'ancien thème du danger économique juif et de ses conséquences sociales et nationales.

« Considérée dans une perspective historique, le problème juif représente un problème d'ordre social des plus difficiles, écrivait, en octobre 1940, le nouveau recteur de l'université de Bucarest, un des intellectuels en vue de la Garde de fer. Les Roumains, tout comme les Polonais ou les Hongrois, n'ont pas produit à travers leur histoire une bourgeoisie nationale. Notre bourgeoisie, à la différence des fonctionnaires et des intellectuels, a toujours été d'origine étrangère. Pour résoudre ce problème nous devons créer d'abord une bourgeoisie nationale forte. [La résolution du] problème juif ne consiste pas dans l'éloignement des juifs mais dans leur remplacement. C'est une grande affaire de création d'une économie roumaine, un œuvre historique qui signifie l'avènement de toute une classe sociale. [...] Seul un État totalitaire – capable donc d'orienter toutes les forces de la nation – peut s'atteler à résoudre ce problème. Seul l'État national-légionnaire a aujourd'hui le droit et le pouvoir de s'attaquer au problème juif »¹⁶.

Ajoutons les remarques du démographe Sabin Manuilă qui, traitant à la même époque *Des commandements raciaux et de la politique démographique*, prônait le contrôle de l'accroissement de la population juive de Roumanie, mais considérait que celle-ci ne pose pas, à la différence des Roms, un danger racial pour la majorité roumaine, car « le danger juif était plutôt économique que racial¹⁷ », ce qui le poussait à demander, dans l'intérêt de l'État, un contrôle accru des avoirs de cette population¹⁸.

15 Selon le recensement de décembre 1930, l'analphabétisme touchait 43 % de la population âgée de plus de 7 ans tandis que sur une population totale de 18 052 900, une large majorité de 14 420 700 habitants vivaient en milieu rural. [Sabin MANUILĂ et D. C. GEORGESCU, *Populația României*, Bucarest, Editura Institutului Central de Statistică, 1938, p. 33 et 72].

16 Petre P. PANAITESCU, « Problema evreiască în Statul legionar », *Cuvântul*, n° 3, 16 octobre 1940.

17 Maria BUCUR, *Eugenics and Modernization in Interwar Romania*, University of Pittsburgh Press, 2002, p. 146-147.

18 Sabin MANUILĂ, « Comandamentele rasiiale și politica de populație », *România Nouă*, n° 17, 26 octobre 1940; « Problema rasiială a României », *România Nouă*, n° 41, 22 novembre

Deux tendances principales se distinguent dans la législation antisémite de la période Antonescu. En premier lieu, les interdits de toutes sortes qui frappent la population juive, notamment dans l'exercice des différentes activités professionnelles, se multiplient. L'effet recherché est la ghettoïsation professionnelle de ces catégories – médecins, avocats, éditeurs, enseignants ou artistes. S'y ajoutent des interdictions concernant aussi bien l'accès à l'éducation et à la formation professionnelle que la religion – comme l'interdiction de la conversion des juifs à un autre culte, en mars 1941¹⁹.

En deuxième lieu, la législation de la soi-disant « roumanisation » agit avant tout sur le terrain économique et vise aussi bien la force de travail employée – qui doit être « roumanisée » le plus possible – que les propriétés rurales, urbaines, industrielles et commerciales détenues par des juifs. Nous sommes ici en présence d'une continuité très consistante entre, d'une part, l'idéologie antisémite roumaine issue de la fin du XIX^e siècle – avec l'argument économique, traditionnellement puissant – et, d'autre part, une légifération et une réglementation pléthoriques, rapides et souvent chaotiques – notamment de septembre 1940 à la fin 1942 – qui prévoient, entre autres, l'expropriation au bénéfice de l'État des propriétés rurales détenues par des juifs (décret-loi du 4 octobre 1940), des navires d'utilisation maritime ou fluviale (décret-loi du 3 décembre 1940), des immeubles urbains (décret-loi du 27 mars 1941), en allant jusqu'à l'expropriation des biens appartenant aux communautés juives locales à l'exception des synagogues et des cimetières (décret-loi du 22 juin 1942)²⁰. Ces décrets-lois ont indiqué, en général, des catégories d'habitants juifs exceptés de l'application des prévisions en fixant aussi, de manière unilatérale, des dédommagements (en obligations de l'État) qui, au demeurant, n'ont pas été versés aux victimes des expropriations.

Il est important d'observer que, sur le terrain de la « roumanisation » économique, Antonescu a tenu à se présenter en homme d'ordre, de manière à contraster avec les violences et le brigandage sans fard dont avaient fait preuve, dans les premières phases du processus, de nombreux « commissaires à la roumanisation » issus des rangs de la Garde de fer. En conseil des ministres il demande, en novembre 1941, que « tout soit placé sur des bases juridiques claires [...] en ouvrant le droit au dédommagement aux propriétaires expropriés même si nous les avons jetés au fin fond de la Transnistrie, même s'ils ont disparu complètement [...] car il ne nous est pas permis de nous présenter à la future conférence de Paix en laissant ce problème ouvert²¹ ». Propos d'un grotesque tragique associant des faux scrupules légalistes à l'évocation des victimes dévorées par cet espace de non-droit absolu, les *killing fields* de Transnistrie où la vision fantasmatique qui, dans l'esprit du *Conducator*, attache « la résolution du problème juif » à un territoire devenu disponible, vaguement défini à l'Est et situé au-delà des fron-

1940. Voir aussi Maria BUCUR, *Eugenics and Modernization in Interwar Romania*, op. cit.

19 *Monitorul Oficial*, n° 68, 21 mars 1941.

20 *Evreii din România între anii 1940-1944*, op. cit., p. 65-68, 94-95, 127-132, 218-220.

21 *Stenogramele ședințelor Consiliului de miniștri – guvernarea Ion Antonescu*, Bucarest, Arhivele Naționale ale României, 2001, t. V (octobre 1941-janvier 1942), p. 123.

tières traditionnelles de la Roumanie²², la vision fantasmatique devait aboutir à la mort, durant l'administration roumaine de cet espace, de 235 000 à 280 000 juifs roumains et ukrainiens entre 1941 à 1944²³.

Un troisième aspect – à mettre en rapport avec la nature du régime Antonescu après janvier 1941 et avec l'entrée en guerre de la Roumanie – est le rôle d'instrument que l'armée et la justice militaire jouent dans la relation de l'État à la communauté juive. L'armée et la justice militaire roumaines avaient, depuis l'entre-deux-guerres, un rôle d'instrument de répression politique qu'elles conservent et développent pendant la guerre. Dans les territoires roumains restés sous le contrôle de Bucarest à l'automne 1940 et qui n'ont donc pas fait – comme la Bessarabie – l'objet de la reconquête militaire de l'été 1941, la justice militaire punit – y compris de la peine capitale – les tentatives des habitants juifs de se soustraire, en temps de guerre, à la loi du travail obligatoire dont ils font l'objet sur la base du fait que le travail obligatoire des juifs est dû à la place du service militaire²⁴. Les territoires récupérés par la Roumanie à l'été 1941 – notamment la Bessarabie – ainsi que la Transnistrie, territoire ukrainien « donné » par Hitler à la Roumanie²⁵, deviennent le domaine d'action distinct d'une justice militaire associée à la ghettoïsation et à la répression brutale de la population juive locale, notamment au nom de la lutte contre la subversion « judéo-bolchevique ». Même les limites imposées par le code de la justice militaire sont très souvent ignorées par les commandants des grandes unités, investis du pouvoir de formuler des délits et des peines, y compris des délits punissables de la peine de mort. À Odessa, où l'armée avait fait sommairement exécuter, en octobre 1941, entre 15 000 et 20 000 juifs comme représailles après un attentat à la bombe²⁶, Antonescu lui-même demande qu'on utilise au moins un simulacre de justice, « selon une procédure spéciale et très rapide » qui doit précéder les exécutions de civils parmi lesquels « les juifs qui se sont soustraits aux mesures d'internement et d'évacuation »²⁷.

L'implication multiforme de l'armée roumaine dans « le règlement du problème juif » – de la supervision du régime de travail obligatoire pour les juifs sur tout le territoire roumain jusqu'à la pratique du génocide en Transnistrie en passant par la ghettoïsation et la déportation en masse – explique aussi pourquoi des

22 Florin TURCANU et Ottmar TRASCA, « Le régime Antonescu et la déportation des juifs. Les mots et les représentations au cœur d'une "solution finale" à la roumaine » in Tal Bruttman, Laurent Joly et Annette Wiewiorka (dir.), *Qu'est-ce qu'un déporté? Histoire et mémoires des déportations de la Seconde Guerre mondiale*, Paris, CNRS Éditions, 2009, p. 189.

23 Dennis DELETANT, *Hitler's Forgotten Ally. Ion Antonescu and His Regime (1940-1944)*, Basingstoke (Hampshire), Palgrave MacMillan, 2006, p. 127.

24 Loi 59 du 3 février 1943 relative aux sanctions à l'encontre des juifs qui ne se soumettent pas au régime du travail obligatoire (*Monitorul Oficial*, n° 28, 3 février 1943); Ottmar TRĂȘCĂ (éd.), « *Chestiunea evreiască* » în *documentele militare române (1941-1944)*, Bucarest, Institutul European/Institutul Elie Wiesel, 2010, p. 351, 561, 584-596, 742-743.

25 Florin TURCANU, « Roumanie, Bessarabie, Transnistrie. Représentations d'une frontière contestée (1916-1944) », in Sophie Cœuré et Sabine Dullin (dir.), *Frontières du communisme*, Paris, La Découverte, 2007, p. 141-142.

26 Dennis DELETANT, *Hitler's Forgotten Ally*, op. cit., p. 127.

27 Ottmar TRĂȘCĂ (éd.), « *Chestiunea evreiască* » în *documentele militare române*, op. cit., p. 698.

services de l'armée ont cru de leur devoir de formuler, après l'éclatement de la guerre à l'Est, des argumentaires très élaborés – qui nous sont parvenus – en faveur d'un nouveau « statut des juifs » susceptible de corriger les « lacunes » de la législation antisémite existante²⁸.

*
* *

Il n'est pas question de comparer le sort des juifs roumains, dont la moitié a disparu dans la Shoah, avec celle d'une autre communauté – les gréco-catholiques roumains, connus aussi sous le noms d'uniates – légalement effacée, en 1948, du paysage religieux et culturel de la Roumanie par le régime communiste fraîchement installé. Évoquer ce dernier épisode met en lumière la manière de laquelle le nouveau pouvoir totalitaire d'extrême-gauche – installé en Roumanie fin 1947 – entendait se procurer, lui-aussi, une double légitimité, extérieure et intérieure par une démarche visant à faire sortir du cadre légal une minorité entière. La suppression de l'Église uniata roumaine s'inscrit dans le cadre d'une véritable offensive, à la fois législative et idéologique, visant à créer un nouveau droit, « socialiste », largement inspiré par son modèle soviétique. Le code pénal révisé prévoit des délits étrangers jusqu'alors au droit roumain tels que « sabotage contre-révolutionnaire » ou « agitation et propagande contre-révolutionnaire »²⁹. La nouvelle constitution, adoptée en avril 1948, est inspirée par la constitution soviétique de 1936. Une nouvelle législation concernant l'enseignement est instaurée. Enfin, dans le domaine religieux, le 17 juillet, le concordat signé entre l'État roumain et le Vatican en 1927³⁰ est dénoncé et un décret-loi sur les cultes, daté du 4 août 1948, remet en cause la reconnaissance de ces derniers par l'État en la soumettant à la condition d'un nouvel enregistrement officiel et en augmentant de manière drastique l'intrusion des autorités dans leur organisation et leur fonctionnement³¹. Certaines des dispositions de ce décret-loi, relatives au patrimoine des cultes religieux et au transfert partiel ou total de ce patrimoine d'un culte à l'autre dans le cas de l'abandon d'une Église par ses fidèles en faveur d'une autre, posent les bases pratiques de la suppression future du culte gréco-catholique en Roumanie.

Celui-ci, visé en premier lieu par le nouveau régime, comptait à peu près un million et demi de fidèles³². Fondé au début du VIII^e siècle par une partie des Roumains orthodoxes de Transylvanie qui avaient choisi de reconnaître l'autorité

28 Ottmar TRĂȘCĂ (éd.), « *Chestiunea evreiască* » în *documentele militare române, op. cit.*, p. 311-350.

29 Dennis DELETANT, *Communist Terror in Romania. Gheorghiu-Dej and the Police State (1948-1965)*, Londres, C. Hurst & Co., 1999. J'utilise ici la traduction roumaine [Polirom, Iași, 2001], p. 74.

30 *Monitorul Oficial*, n° 164, 19 juillet 1948.

31 *Monitorul Oficial*, n° 178, 4 août 1948.

32 Cristian VASILE, *Istoria Bisericii greco-catolice sub regimul comunist (1945-1989)*, Iași, Polirom, 2003, p. 11.

du Saint-Siège, il était reconnu, dans la constitution de 1923, comme un des deux « cultes nationaux » – aux côtés de l'Église orthodoxe –, mais n'occupait que la seconde position, l'Église orthodoxe étant déclarée, dans la même loi fondamentale d'avant-guerre, « Église dominante dans l'État »³³. En Europe de l'Est, l'autre région où l'uniatisme s'était enraciné et développé depuis plusieurs siècles était l'Ukraine occidentale où l'Église uniata comptait en 1945 plus de quatre millions de fidèles³⁴.

Introduit dans la nouvelle constitution par le décret qui dénonce le concordat avec le Vatican et la nouvelle loi des cultes d'août 1948, le dispositif légal qui ouvre la voie à la disparition de l'Église uniata sera complété par un décret de suppression officielle adopté le 1^{er} décembre 1948³⁵ et par un autre, adopté moins d'un mois plus tard, qui partage le patrimoine de cette Église entre l'État communiste et l'Église orthodoxe³⁶.

Il est important de remarquer que, à la différence de l'ancienne législation antisémite qui découlait – en les amplifiant – des thèmes d'un courant idéologique militant, multiforme et bien enraciné, les bases idéologiques de la suppression de l'uniatisme – sur lesquels devait s'articuler toute une production législative – devaient être en grande partie bricolées rapidement par les communistes, avec le soutien de l'Église orthodoxe elle-même, afin de créer un climat mental et une rhétorique servant de point d'appui à l'acte de force « légal ». C'est ce à quoi les communistes se sont employés dès le début 1948 en mobilisant deux catégories d'arguments. Une première catégorie contenait les arguments – servis par une rhétorique politique nouvelle – de la lutte contre « les cercles du clergé catholique » qui, en instrument du Vatican, « emploient l'Église comme outil de propagande contre l'ordre démocratique, comme moyen d'affaiblir la volonté du peuple de défendre son indépendance contre l'attaque des impérialistes étrangers »³⁷. On perçoit derrière cette rhétorique, le souci de conformité idéologique, affiché notamment à l'égard du pouvoir tutélaire de l'Union soviétique. Précédée de la rupture du concordat avec le Vatican, la mise hors la loi de l'Église uniata devait fournir une preuve précoce à l'URSS que la Roumanie « populaire » identifiait et neutralisait un ennemi intérieur commun aux deux pays : les uniates roumains formaient la plus importante communauté de ce rite après celle des uniates ukrainiens dont l'Église avait elle aussi été supprimée, sur ordre de Staline, en 1945-1946³⁸.

33 *Constituțiunea promulgată cu Decretul Regal n° 1360 din 28 martie 1923*, Bucarest, Imprimeria Statului, 1923, p. 6.

34 MIROSLAV TATARYN, « The Re-emergence of the Ukrainian (Greek) Catholic Church in the USSR », in Sabrina PETRA RAMET (dir.), *Religious Policy in the Soviet Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 292.

35 *Monitorul Oficial*, n° 281, 2 décembre 1948.

36 *Monitorul Oficial*, n° 303, 29 décembre 1948.

37 Discours du secrétaire général du Parti ouvrier (communiste) roumain, Gheorghiu-Dej, prononcé le 22 février 1948 [*Scântea*, n° 1053, 23 février 1948].

38 MIROSLAV TATARYN, « The Re-emergence... », art. cit., p. 292-293.

Une deuxième catégorie d'arguments était destinée à renforcer la légitimité du régime à l'intérieur du pays en présentant la suppression de l'Église uniate dans les termes d'une rhétorique nationaliste traditionnelle. Celle-ci n'est pas utilisée par les chefs du PC comme Gheorghiu-Dej ou Anna Pauker, mais par le Premier ministre, Petru Groza, qui, tout en n'étant pas membre du PC, fut, depuis 1945, un de ses instruments les plus efficace dans la mise au pas du pays et qui parle de « l'unification de notre Église ancestrale » Il s'adresse au Saint Synode de l'Église orthodoxe, le 19 octobre 1948 :

« Des changements d'une importance particulière ont eu lieu ces derniers temps qui seront inscrits dans l'histoire de notre peuple et de notre Église. Beaucoup d'âmes se sont réjouies en voyant la réparation de la grande erreur que fut la division religieuse de notre peuple. [...] Le gouvernement veut [...] que dans cette période de transformations majeures, le peuple soit uni pour affronter les grandes épreuves qui se dressent devant lui³⁹. »

Assortis de la rhétorique de la nécessaire « unité du peuple » dans la construction d'une Roumanie socialiste, les arguments d'ordre nationaliste étaient un pont jeté par le régime en direction de l'Église orthodoxe. Celle-ci s'est avérée, dans ces circonstances, un auxiliaire précieux du régime par le poids du nombre de ses fidèles – quelque 10 millions – et par le déploiement d'une propagande en faveur de la soi-disant « réunion des deux Églises », du « retour » des uniates « égarés » par les agissements de Rome au sein de « l'Église-mère » orthodoxe. Le thème de la réunification religieuse comme forme de réunification nationale avait ouvert la campagne officielle que l'Église orthodoxe – en accord avec les communistes – avait lancée en mai 1948. Les uniates, « que les intérêts de l'étranger avaient séparé de leur bonne mère, l'Église orthodoxe », deux siècles et demi plus tôt, « devaient rentrer à la maison », proclamait l'évêque orthodoxe d'Alba Iulia le 15 mai 1948, date anniversaire symbolique de la révolution des Roumains de Transylvanie en 1848⁴⁰.

Les décrets-lois de décembre 1948⁴¹ furent adoptés précisément au prétexte que cette campagne de réunion des Églises – commencée en mai 1948 par l'Église orthodoxe avec l'appui des communistes et visant les paroisses gréco-catholiques – avait rapidement réussi à attirer au bercail de l'« orthodoxie ancestrale » les uniates roumains. Tout comme il fallait engendrer une atmosphère idéologique hostile au catholicisme en général et au résultat historique de son action sur la nation roumaine – la « confiscation » d'une partie de celle-ci sous la forme de l'existence de l'Église uniate –, il fallait créer sur le terrain même une situation susceptible de justifier l'abrogation légale du culte gréco-catholique. En septembre le ministre des Cultes demanda à tous les prêtres gréco-catholiques de désigner deux délégués par département qui voteraient dans une réunion convoquée à Cluj, en Transylvanie, le « retour » de leur Église à l'Église orthodoxe. Des « comités

39 Cristian VASILE, *Istoria Bisericii greco-catolice...*, op. cit., p. 75.

40 Teodor DAMȘA, *Biserica greco-catolică din România în perspectivă istorică*, Timișoara, Editura de Vest, 1994, p. 239.

41 Voir plus haut les notes 35 et 36.

d'initiatives » furent organisés avec l'appui des autorités pour « convaincre » le clergé et les fidèles uniates de « revenir » à l'orthodoxie⁴² tandis que la *Securitate*, récemment instituée comme police politique du régime communiste, infiltrait les milieux catholiques et uniates⁴³.

À la suite de cette campagne de propagande et de pressions administratives et policières – qui rencontra dans plusieurs cas la résistance du clergé et des fidèles uniates, notamment en milieu rural⁴⁴ – le décret du 1^{er} décembre 1948 constatait que « suite au retour des paroisses du culte gréco-catholique au culte orthodoxe roumain » l'Église uniata « avait cessé d'exister » et entamait la confiscation de ses avoirs sous le prétexte que cette Église n'existait plus. Ce fut un cas de partenariat efficace du régime communiste – à ses débuts – avec l'Église orthodoxe. Ce partenariat, au prix de la suppression, en quelques mois, d'une Église minoritaire vieille de deux siècles et demi, profita sur un plan matériel autant qu'idéologique, aux deux partenaires, en éliminant du nouveau corps de la nation socialiste un « dangereux » élément de diversité religieuse et culturelle. Comme pouvait le proclamer le document de « réunification confessionnelle » du 21 octobre 1948 signé par une partie du clergé uniata sous la double pression du régime communiste et de l'Église orthodoxe : « À partir d'aujourd'hui nous tous, Roumains, vivons unis pour toujours dans la foi orthodoxe au service permanent de notre peuple⁴⁵. »

42 Marius BUCUR, Lavinia STAN, *Persecuția Bisericii catolice în România. Documente din arhiva Europei Libere (1948-1960)*, Editura Galaxia Gutenberg, 2005, p. 37.

43 Cristian VASILE, *Istoria Bisericii greco-catolice...*, *op. cit.*, p. 14.

44 Cristian VASILE, *Istoria Bisericii greco-catolice...*, *op. cit.*, p. 12-13.

45 Teodor DAMȘA, *Biserica greco-catolică din România...*, *op. cit.*, p. 248.

S'appuyant sur des documents datés et signés de la main de Maurice Papon, alors devenu ministre du Budget, *Le Canard enchaîné* révéla, entre les deux tours de l'élection présidentielle de 1981, le rôle du secrétaire général de la préfecture de la Gironde dans la déportation de nombre de juifs bordelais entre 1942 et 1944.

Dans les mois qui ont suivi, un « jury d'honneur » constitué d'incontestables résistants rendit une sentence donnant à M. Papon « acte de ce qu'il fut bien affilié aux Forces françaises combattantes à compter du 1^{er} janvier 1943 et attributaire de la carte du combattant volontaire de la Résistance », mais jugea qu'en restant à son poste à la préfecture de la Gironde, Maurice Papon fut mêlé de fait « à des actes contraires à l'honneur » et qu'il aurait donc dû démissionner de ses fonctions. Maurice Papon fut inculpé en 1983 de crimes contre l'humanité, imprescriptibles depuis 1964, et renvoyé le 18 septembre 1996 devant la cour d'assises de la Gironde, par la chambre d'accusation de la cour d'appel de Bordeaux, pour complicité de crime contre l'humanité dans la commission des faits de déportation de soixante-douze de près de 1 600 juifs déportés entre 1942 et 1944 de Bordeaux vers Drancy, puis vers les camps nazis. Maurice Papon a été condamné le 2 avril 1998 à la peine de dix ans de réclusion criminelle et de dix ans d'interdiction de ses droits civiques, civils et de famille, pour complicité de crimes contre l'humanité. La cour d'assises a retenu la responsabilité du secrétaire général de la préfecture de Bordeaux, attaché au préfet Maurice Sabatier après l'avoir été quand ce dernier était secrétaire général au ministère de l'Intérieur de Vichy, pour les actes qu'il avait accomplis personnellement et qu'il aurait pu ne pas accomplir, soit en usant des larges marges de manœuvres dont il disposait au poste où il se trouvait, soit en refusant les fonctions de secrétaire général de la préfecture ou en en démissionnant.

C'est dans la relation entre le récit historique et l'énoncé des règles de droit que les jurés ont compris le « crime de bureau », dont la seule trace criminelle consiste en des signatures de bureaucrates performants, de techniciens compétents et efficaces. D'un côté, le témoignage de survivants des camps nazis, de l'autre, les archives concernant les convois des 6 juillet, 26 août, 21 septembre 1942 et 12 janvier 1944, archives les premiers temps très nombreuses, puis se raréfiant à mesure que l'espoir changeait de camp, avant d'être abandonnées les derniers mois, dans l'affolement : rapports écrits, datés, signés, signature des réquisitions, communication des listes à la *Sicherheits polizei*, directives écrites, comptes rendus, factures à l'ordre du service des Questions juives et, même, lettres de félicitations des autorités occupantes.

Mais c'est au Conseil d'État, saisi de l'action récursoire de Maurice Papon, qu'il revint, dans sa décision du 12 avril 2002, de juger que les faits pour lesquels le secrétaire général de la préfecture de Bordeaux avait été condamné résultaient



de – ou avaient été causés par – à la fois une faute personnelle et une faute de service, une faute de l'administration à raison des actes législatifs et réglementaires de Vichy établissant une discrimination fondée sur l'origine juive des individus, l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine n'impliquant pas l'irresponsabilité de l'État. La haute juridiction a relevé, comme actes ayant permis et facilité les faits pour lesquels M. Papon était poursuivi et engageant la responsabilité de l'État, indépendamment des agissements personnels de l'accusé, la mise en place du camp de Mérignac, le pouvoir donné aux préfets dès 1940 d'y interner des personnes de « race juive », la mise en place d'un service des Questions juives, la tenue d'un fichier des juifs à la préfecture, l'ordre donné aux policiers et gendarmes d'arrêter et d'interner les juifs puis d'aider à organiser les convois. Il a donc condamné l'État à payer la moitié des dommages et intérêts auxquels la cour d'assises avait condamné l'accusé, mais retenu comme résultant de l'information et de l'arrêt de la cour d'assises que M. Papon, alors qu'il était secrétaire général de la préfecture de la Gironde, avait prêté son concours actif à l'arrestation et à l'internement de soixante-seize personnes d'origine juive, qui ont été ensuite déportées à Auschwitz où elles ont trouvé la mort, et qu'il ne pouvait utilement soutenir avoir obéi à des ordres reçus de ses supérieurs hiérarchiques, ou agi sous la contrainte des forces d'occupation allemandes. En effet, il apparaissait bien qu'il avait accepté que le service des Questions juives de la préfecture de la Gironde soit placé sous son autorité directe, alors que ce rattachement ne découlait pas de la nature des fonctions occupées par le secrétaire général ; en outre, il avait devancé les instructions venues de son supérieur pour mettre en œuvre rapidement et efficacement les opérations nécessaires à la recherche, à l'arrestation et à l'internement des personnes en cause ; enfin, il s'était personnellement attaché à donner le maximum d'ampleur à quatre des onze convois partis de Gironde entre juillet 1942 et juin 1944, notamment en faisant en sorte que les enfants placés dans des familles d'accueil à la suite de la déportation de leurs parents ne puissent en être exclus. Un tel comportement, qui ne pouvait s'expliquer par la seule pression de l'occupant allemand, revêtait, eu égard à la gravité exceptionnelle des faits et de leurs conséquences, un caractère inexcusable et constituait par là même une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions, auraient-ils été commis dans le cadre du service ou non dépourvus de tout lien avec le service.

Qu'en est-il de la responsabilité des magistrats dans les mêmes circonstances de l'Occupation ?

Comme le secrétaire général de la préfecture de Bordeaux, les magistrats ont d'abord, et le plus souvent, exercé leur métier, tantôt comme d'excellents professionnels qu'ils étaient et sans trop d'états d'âme, tantôt en utilisant les marges de manœuvre qui leur étaient parfois offertes. Parfois, ils ont été amenés à entrer dans la Résistance. Encore que, comme pour Maurice Papon, la preuve que ces derniers auraient été d'authentiques résistants ne pouvait les dédouaner de leur responsabilité dans la commission d'actes illégaux ou illégitimes commis dans le cadre de leurs fonctions.

La lecture des discours de rentrée de la Cour de cassation entre 1939 et 1945 permet de reconnaître l'habitus des magistrats, quelles que soient les circonstances.

Ainsi, alors que le procureur général avait proclamé sur un ton martial, à la rentrée 1939 délocalisée à Angers : « La France continue ! », et que Vichy avait publié son statut des juifs le 3 octobre 1940 et le 2 juin 1941, la Cour de cassation tient, le 16 septembre 1941 à 13 h 30, presque comme chaque année, son audience solennelle de rentrée sous la présidence de M. le premier président Frémicourt :

« Après la prestation de serment de fidélité au chef de l'État prescrit par l'acte constitutionnel n° 9, il a été procédé à l'installation et à la prestation de serment de M. Guyénot, nommé avocat général à la Cour de cassation. Puis M. le procureur général Caous prit la parole et se borna, en raison des circonstances, à évoquer la mémoire des magistrats de la Cour de cassation décédés au cours de l'année judiciaire : le président Pilon, les présidents honoraires La Borde, Bourgeon, Wattinne, les conseillers honoraires Fabre, Saillard et Kastler. Après le renouvellement du serment par les avocats présents à la barre, l'audience solennelle fut levée à 14 heures. »

Selon les catégories proposées par Liora Israël, on peut distinguer chez les professionnels de la justice, « la résistance judiciaire » comme action collective (Front national des juristes de Joë Nordmann, différents groupes ou réseaux comme le Comité général d'études) et la résistance professionnelle, « à l'ombre du droit »¹. Dans les deux cas, cette résistance met en évidence la tension – particulièrement palpable en cette période de positivisme où il n'existait pas encore de norme supranationale – entre légalité et légitimité.

Pour illustrer cette résistance professionnelle, Liora Israël cite, à côté de quelques magistrats entrés en résistance, « de nombreux magistrats ayant utilisé la marge de manœuvre parfois importante laissée par la procédure judiciaire pour dissimuler les résistants, en les gardant parfois plusieurs années en détention préventive ou en jouant sur les qualifications juridiques ».

Et, comme Jean-Pierre Royer², Liora Israël distingue les magistrats qui appliquent la loi, qui jugent, de ceux qui sont chargés de « faire appliquer la loi », les parquetiers, lesquels se sont comportés, plus que les autres, dans un premier temps comme « d'excellents professionnels », puis, plus que les magistrats du siège, comme de véritables résistants, ainsi de René Parodi et Maurice Rolland, substitués au parquet de la Seine, Charles Dubost, substitué à Toulon, Robert Vassart, procureur de la République à Troyes, Paul Amor, procureur à Laon, tous ces parquetiers dont les marges de manœuvre sont tirées tantôt du territoire – ainsi de la Seine, où les actions peuvent être moins visibles, ou du Var en zone non occupée –, tantôt de leur position hiérarchique, leurs agissements étant peu critiqués par leurs jeunes substitués. Mais ces magistrats, avant de passer à la résistance, dès 1941 pour quelques-uns ou à la fin de 1943 pour les autres, en choisissant alors « de partager ou de couvrir des conduites qualifiées d'illégales » par les autorités qu'ils étaient censés servir, ont tout d'abord, et parfois paral-

1 Liora ISRAËL, *Robes noires, années sombres : Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Fayard, 2005.

2 Voir notamment Jean-Pierre ROYER, « La pratique judiciaire sous Vichy », in Bernard DURAND, Jean-Pierre LE CROM et Alessandro SOMMA (dir.), *Le Droit sous Vichy*, Francfort, Vittorio Klostermann, 2006, p. 403.

lèlement, exercé leurs métiers et appliqué les lois de Vichy avec le plus souvent toute la rigueur exigée du gouvernement.

Alors que la résistance professionnelle des avocats pouvait consister dans le fait de plaider pour des résistants, les procureurs, qui étaient la voix et le bras de l'État français, partant celui de la collaboration, n'avaient pas toujours la possibilité d'assumer publiquement, en tout cas pas facilement, une insuffisante fermeté dans la répression : en effet, cette attitude aurait pu les désigner à leurs collègues et à leur hiérarchie, jusqu'au garde des Sceaux, ce qui les obligeait à pratiquer un double jeu s'ils ne disposaient pas d'une connivence suffisante dans leur environnement professionnel.

C'est pourquoi ne se pose pas nécessairement la question de savoir ce qui a poussé ces magistrats à sortir du cadre de la légalité pour finalement conformer leur action à une légitimité supérieure à la loi. Je vais m'attarder quelques instants sur la figure de Jean Théron, procureur à Valence, que l'un de mes collègues, ancien président de ce tribunal, a récemment fait sortir d'un relatif oubli³. Selon Gilles Rosati, c'est à partir de l'automne 1942 que le procureur de Valence serait progressivement entré non dans la clandestinité mais dans l'illégalité.

Deux observations s'imposent d'emblée : d'une part, il semble bien que Théron, originaire des Cévennes, soit entré en résistance, progressivement intégré à l'un des réseaux protestants de la Drôme ; d'autre part, s'il ne fait pas partie d'un réseau de résistance judiciaire, il n'est pas un homme seul, il se rattache à un groupe qui a des ramifications à la maison d'arrêt et jusqu'à la préfecture. Par ailleurs, il s'inscrit dans une hiérarchie et son procureur général près la cour d'appel de Grenoble, lui-même originaire du Dauphiné, le couvre dès la première difficulté.

Plus intéressant, qu'a donc fait le procureur Théron jusqu'à l'automne 1942 – et même jusqu'à l'automne 1943 – alors que, selon M. Schlochow, résistant alsacien arrêté le 17 octobre 1942 à Valence, l'avocat de ce dernier ne pouvait pas compter sur le tribunal de grande instance ? Au reste, selon les archives familiales du résistant, M^e Cahen aurait peine à convaincre le procureur de requérir un non-lieu en dépit des nombreux témoignages lui ayant fourni les alibis nécessaires, de sorte qu'il n'a finalement été libéré que le 14 décembre, après l'arrivée des Allemands à Valence au mois de novembre.

On sait que le président du tribunal, Marius Chavanne, a quitté son poste à la rentrée de septembre 1943. Par qui a-t-il été remplacé ? Qui étaient par ailleurs les deux assesseurs du président Chavanne entre le début de l'Occupation et la rentrée 1943, puis ceux de son successeur, dont on ne connaît ni les noms, ni les opinions qu'ils ont émises lors des délibérés ?

À la lecture des jugements publiés au *Recueil Dalloz*, on peut constater que le procureur envoyait aux audiences civiles son substitut (Bérenger, puis Bonnefoy),

3 G. ROSATI, A. BALSAN, C. CATTEAU, « Regards croisés sur Jean Théron, procureur à Valence en 1944 », in Association française pour l'histoire de la justice, *La Résistance dans la pratique judiciaire (1940-1944)*, Paris, La Documentation française, coll. « Histoire de la justice », n° 22, 2012, p. 109.

ce qui permet de penser que le procureur allait lui-même requérir aux audiences correctionnelles, comme il l'a fait pour le jugement de M. Jacquet. Ce dernier, chef de bureau à la préfecture, poursuivi pour fabrication de fausses cartes d'identité, a témoigné à la Libération avoir été acquitté le 28 avril 1944 à la suite du réquisitoire bienveillant de M. Thérond et d'un jugement de relaxe motivé par le fait que la poursuite ne visait que la falsification de cartes d'identité, alors que celles-ci, instituées par la loi du 27 octobre 1940, n'avaient pas encore été délivrées dans le département de la Drôme. Jacquet précisait que le procureur lui avait permis de quitter le tribunal par une porte dérobée avant la levée d'écrou. On sait aussi qu'à la même époque même le responsable départemental du NAP, chef de service à la préfecture et protestant comme le procureur, est intervenu auprès de celui-ci pour faire relâcher deux résistants interpellés le 23 mai 1944 et présentés le lendemain au parquet, ce qui vaudra à Jean Thérond d'être immédiatement emprisonné, puis déporté.

Dans quelles conditions la juridiction a-t-elle, sous sa dernière présidence, rendu la décision alambiquée du 28 avril 1944? Pourquoi a-t-elle rendu son jugement conformément aux réquisitions du parquet en se livrant à des acrobaties juridiques? Il est vraisemblable qu'au printemps 1944, le procureur de la République disposait enfin, à la chambre correctionnelle et au greffe, des appuis nécessaires qui lui faisaient défaut du temps de M. Chavanne, outre la résistance paraissant déjà acquise de la part du gardien-chef de la maison d'arrêt. Qui était le procureur général de Grenoble, M. Brachet, également originaire du Dauphiné, qui, une première fois en 1942, a couvert son procureur critiqué par la police pour avoir relâché les suspects d'une tentative de vol de chaussures à Romans? Alors que l'on connaît le rôle joué par M^e Cahen dans l'affaire Schlochow sans que l'on sache ce qu'il est devenu par la suite, ni s'il a pu être également le conseil de M. Jacquet, pourquoi n'en est-il pas question dans la défense de ce dernier?

Il apparaît, au vu de ces éléments, que Jean Thérond a d'abord mené une résistance hors les murs du palais, une résistance au sens classique du terme, en lien ou en réseau avec certains fonctionnaires d'administrations voisines, comme l'ont fait à Paris René Parodi, d'abord à la tête d'un groupe de patriotes dès la fin de 1940 puis comme membre du comité directeur d'un mouvement de résistance dès l'année suivante, ou Maurice Rolland, substitut qui, à la tête d'un réseau du tribunal de la Seine dès 1942, sera obligé de demander un congé pour raisons médicales avant de rentrer dans la clandestinité à l'automne 1943. C'est après septembre 1943 et sans doute plus vraisemblablement à compter de 1944 que le procureur de Valence va pouvoir exercer une résistance en tant que professionnel en s'appuyant sur une chaîne de solidarité dans le cadre du palais de justice. On ne peut donc parler d'une véritable résistance professionnelle de ces magistrats, qui ont le plus souvent payé, sinon de leur vie, en tout cas de leur poste, leur entrée en résistance, qu'à partir de la fin de 1943.

S'agissant des juges, peu enclins par nature à l'activisme politique en raison de la « neutralité » qu'il leur est demandé d'afficher, comment une attitude résistante a-t-elle pu se manifester chez eux dans le cadre de leurs fonctions, alors que leurs décisions étaient soumises au regard du ministère public, lequel n'a jamais



manqué d’user des stratégies de l’appel ou du pourvoi en cassation dès lors qu’il estimait l’indulgence injustifiée ?

Pour une attitude radicale, on ne connaît que Paul Didier qui n’a d’ailleurs pu se maintenir en poste. En effet, dès septembre 1940, peu après la loi du 22 juillet 1940 ordonnant la révision de toutes les naturalisations intervenues depuis 1927, Paul Didier avait déjà dû quitter la direction des Affaires civiles et du Sceau – où il était sous-directeur du Sceau, chargé de réorganiser le service des Naturalisations – pour être nommé juge au tribunal de la Seine. C’est le 2 septembre 1941 que, au cours de l’audience solennelle du tribunal de la Seine, il refuse de prêter serment de fidélité à la personne du chef de l’État. Il est suspendu par le garde des Sceaux, arrêté, puis interné au camp de Chateaubriand sur l’ordre du ministre de l’Intérieur. Il s’agit là d’un comportement individuel fort que ce magistrat, connu pour son caractère difficile, réitéra sans doute après la Libération puisqu’il continua sa carrière comme président d’une chambre de l’instruction à Paris.

À la différence de leurs collègues du parquet qui bénéficient de leur indivisibilité et de l’oralité de leurs réquisitions, les juges rendent des jugements signés par le président, laissant des traces visibles trop peu diluées dans la collégialité (un seul sur trois peut avoir été mis en minorité). Et s’il est vrai que, comme l’observe Liora Israël, les juges, d’esprit conservateur, ont « appliqué sans défaillir la politique de Vichy », ils ont parfois su faire preuve de modération, étant peu amateurs d’excès.

Un coup d’œil sur les revues juridiques permet de reconnaître les habitudes des juges, comme une seconde nature qui les met à l’abri des excès⁴ : la règle ou le principe doivent être posés, mais les exceptions existent, l’infraction est certes caractérisée, mais il y a des circonstances atténuantes, la matérialité de l’infraction est établie, mais l’intention fait défaut. Ainsi de ce jugement du 26 juin 1941 rendu par le tribunal correctionnel de Sens, devant lequel était poursuivi l’auteur des propos suivants, prononcés en visant le maréchal Pétain : « Il nous fait ch..., c’est un vieux c..., il ferait mieux d’aller vivre dans son château, à son âge » :

« Attendu que l’article 26 de la loi du 29 juillet 1881 punit l’offense au chef de l’État ; que d’après les travaux préparatoires, l’expression “ offense ” est synonyme d’outrage ;
« Attendu que les faits reprochés au prévenu, qui ne sont pas déniés par lui, comportent une gravité particulière dans les circonstances présentes ; que les expressions employées sont non seulement outrageantes, mais grossières et ordurières ; qu’elles ont été proférées (au bureau de poste par le commis des postes) à l’occasion d’une demande de portrait (du maréchal Pétain par une cliente) ;
« Mais attendu qu’il importe de considérer que le commis des postes, qui réside à Sens depuis son jeune âge, n’a fait l’objet d’aucune remarque défavorable au point de vue conduite et moralité, est marié, père d’un enfant de dix ans ; que trépané avant la guerre, il n’a pas voulu profiter de cette situation pour se faire réformer d’office, tenant à remplir ses devoirs militaires ; qu’étant sous-officier de réserve, il a suivi les cours de perfectionnement pour accéder au grade

4 Voir Alain BANCAUD, *Une exception ordinaire. La magistrature en France (1930-1950)*, Paris, Gallimard, 2002.

supérieur ; [...] qu'étant mobilisé comme sous-lieutenant [...], il a été l'objet d'une très belle citation à l'ordre du régiment, comportant l'attribution de la croix de guerre avec étoile de bronze ;

« Attendu encore que, chose curieuse, chargé de servir à la demande des clients, les portraits du Maréchal Pétain, c'est lui qui a eu l'initiative d'exposer à son guichet les cinq spécimens du portrait ; que ce fait ne décèle pas un état d'esprit hostile à l'œuvre entreprise par le Maréchal Pétain, tout au contraire ; que le témoin a déposé elle-même à la barre qu'elle ne pensait pas que M. ait pensé ce qu'il disait, car il y avait longtemps qu'elle le connaissait et que jamais il ne lui avait tenu des propos de ce genre ; [...]

« Attendu que si les propos tenus empruntent une gravité toute particulière, eu égard aux circonstances, ils apparaissent bien atténués en fait ; que les circonstances autorisent le tribunal à n'infliger au prévenu que le minimum de la peine sans circonstances atténuantes et de le faire bénéficier du sursis. » (3 mois d'emprisonnement avec sursis.)

Plus généralement, la lecture des revues de droit jette une lumière tantôt crue, tantôt trouble sur certains comportements, en droit de la famille, par exemple. Ainsi, pouvons-nous retrouver, au *Recueil Dalloz* (1941 J 347), le jugement rendu le 2 juillet 1941 par le tribunal de grande instance de Valence dont nous avons rencontré le procureur un peu plus haut, 1^{re} chambre civile, sous la présidence de M. Chavanne, en présence du substitut Béranger qui déclare irrecevable, au vu du nouvel article 233 du code civil, la demande en divorce de deux époux reçue pendant le délai de trois ans du jour de la célébration du mariage, après avoir énoncé :

« Attendu, certes, que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif ;

« Mais attendu que ce principe de la non-rétroactivité n'est pas absolu ; qu'il y a des lois qui, en raison de leur nature propre ou des considérations qui les ont fait établir, échappent à l'application de l'art. 2, c. civ. ; qu'il en est ainsi des lois d'ordre public, et par loi d'ordre public il faut entendre celles qui intéressent la société dans son ensemble plus directement que les citoyens individuellement et – prédominance de l'intérêt général sur les intérêts particuliers – celles qui sont relatives à l'organisation de la famille, comme constitutives de l'état social ;

« Or attendu que les textes nouveaux, contenus dans la loi du 2 avril 1941, qui se fondent sur le bien de l'État, sur l'intérêt général du pays et de la famille doivent entrer dans ce criterium ; que M. le garde des Sceaux a d'ailleurs formellement souligné que la loi du 2 avril répondait à la préoccupation de la famille, qu'elle s'intégrait dans une œuvre qui poursuit à la fois le redressement des mœurs nationales et la régénération du pays ; qu'à n'en pas douter, l'intérêt qu'a voulu garder le législateur dont il convient de dégager la volonté, est un intérêt national, et que son intention n'a pas été d'écarter l'application des dispositions nouvelles aux instances déjà engagées ; »

Ce qui frappe le plus à la lecture des décisions de justice que nous avons pu collecter et que nous avons tenté de mettre en perspective avec les discours et courriers postérieurs, c'est la complexité des parcours individuels pendant et après l'Occupation, tant de ceux qui disparaissent de la lumière que de ceux qui, tel le président Chavanne appelé au « destin hors série d'un très grand magistrat »,

ont pu rebondir à la Libération. La Cour de cassation se plaît à évoquer, dans la notice nécrologique qu'elle lui consacre lors de l'audience de rentrée de 1967, l'excellent juriste, le brillant civiliste – ce dont atteste la qualité de ses jugements qu'il faisait volontiers publier dans les recueils de jurisprudence –, le Savoyard d'origine modeste, capacitaire en droit – ce qui lui avait fait prendre du retard dans sa carrière. Le panégyriste ne s'attarde pas sur certaines décisions signées sous l'Occupation par un magistrat particulièrement respectueux de l'« intérêt national » et de la famille, sur son dossier personnel montrant qu'il avait choisi de partir durant l'été 1943 pour exercer ses fonctions comme président de la section spéciale de la cour d'appel de Grenoble – ce qui a constitué pour lui un avancement auquel il aspirait particulièrement –, cet élément venant conforter le fait que Me Cahen ne pouvait jusqu'alors pas compter sur le tribunal pour faire sortir ses clients résistants, et sur la lettre que, après la Libération, il a écrite au garde des sceaux, rapporte Liora Israël, pour faire valoir, tandis que le premier président était mis au ban de la cour, son action des plus modérées dans l'exercice de ses fonctions à la tête de la section spéciale de Grenoble, n'hésitant pas, dit-il, à faire usage des circonstances atténuantes au bénéfice de patriotes (mais je n'ai trouvé qu'une seule décision sur les près de deux cents rendues par cette section spéciale : en septembre 1943, un certain Noyon, vingt-trois ans, est condamné à un an de prison, ce qui est peut-être peu au regard d'actions qualifiées de « terroristes », même s'il ne s'agit que d'une distribution de tracts, qu'il va purger à Eysses où il arrive le 28 janvier 1944 pour être alors livré à l'ennemi avec ses camarades et déporté à Dachau.

Il me semble assez difficile de décrypter, au vu de sources insuffisamment publiées et de l'attitude individuelle de quelques magistrats, le comportement d'un « corps des juges », notamment en raison des principes de neutralité et de collégialité. Un examen approfondi des recueils de jurisprudence et, surtout, des archives des greffes pourrait sans doute en dire beaucoup plus, en tout cas sur le comportement des présidents d'audience ou de juridiction et sur l'évolution de ces comportements entre le début et la fin de l'Occupation – alors que, comme celles des préfetures, les archives des parquets ont progressivement décréu en volume et témoignent d'un accroissement de prudence, comme on le voit dans les discours de rentrée, sans compter que la parole du ministère public s'envole et que l'indivisibilité du parquet peut couvrir bien des décisions peu glorieuses. Il serait également des plus intéressants de pouvoir croiser les décisions de justice, jugements et arrêts, tant en matière civile que pénale, avec d'autres écrits, avec les rapports ou courriers adressés à la Chancellerie, la composition des juridictions et des audiences, les mouvements de magistrats, pour en savoir davantage sur les marges de manœuvre utilisées par les magistrats du siège dans leurs pratiques professionnelles et sur la réalité du double jeu que certains ont pu invoquer à la Libération.

C'est par l'étude des délibérations du conseil de l'Ordre des avocats de Paris entre 1940 et 1945, en rapprochant ces délibérations des récits des avocats résistants à la Libération, qu'a pu être mieux connu le rôle de cette instance dans l'exclusion des avocats victimes de la législation xénophobe et antisémite de Vichy. En s'étant livré à des sélections parmi les exclus et en pratiquant une discrimination, le conseil de l'Ordre a bafoué les principes les plus élémentaires du droit, et

apparaît d'autant plus complice de l'œuvre de Vichy⁵ que, suivant l'observation de Robert Badinter, « le bâtonnier et le conseil de l'Ordre n'ont jamais manqué de critiquer, voire de combattre certaines mesures prises par Vichy, lorsqu'elles leur paraissaient attentatoires aux principes traditionnels d'indépendance de la profession⁶ ». Or, un certain Joseph Python, membre du conseil de l'Ordre depuis 1938 jusqu'à l'automne 1943, époque à laquelle il a été emprisonné, et qui avait donc, ès qualités, délibéré sur la radiation des avocats juifs et l'« omission » de ceux d'entre eux dont, selon le décret du 17 juillet 1941, les mérites n'étaient pas suffisamment éminents pour qu'ils soient maintenus, a bénéficié après la Libération, comme en a également bénéficié le secrétaire général de la préfecture de Bordeaux, d'une « attestation posthume de résistant », utile pour le dossier de pension de sa veuve, après pourtant que sa notice nécrologique au *Palais libre* de mars 1944 l'a présenté comme ne s'étant « livré à aucune activité clandestine et n'appartena[n]t à aucune organisation de Résistance » et étant « mort victime de son devoir professionnel ». Saisi de ce dossier de pension refusé par le ministre des Anciens Combattants et Victimes de guerre et la Commission nationale des déportés et internés résistants (CNDIR), le tribunal administratif de Paris a rendu le 8 juillet 1964 un jugement annulant la décision du ministre des Anciens Combattants et Victimes de guerre et tranchant par l'affirmative la question de savoir si le refus de dénoncer un client lui ayant révélé qu'il hébergeait un pilote anglais à son domicile constituait pour un avocat, non seulement le respect du secret professionnel, mais aussi une aide volontaire apportée à un membre d'un réseau reconnu par l'autorité militaire au titre des FFC, des FFI ou de la Résistance intérieure française et si, ce faisant, cet avocat avait résisté à l'ennemi au sens du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre et des articles R.286 et 287-3° du code des pensions militaires.

Le droit, instrument de légitimation du pouvoir ou garde-fou entre les mains des juges, des procureurs et des avocats ? Évitions alors qu'ils ne soient des bureaucrates dociles ou des techniciens sans esprit critique. À cette fin, quelle formation leur donner au cours de leurs études juridiques ? L'histoire et la sociologie, comme outils pour le comparatisme, les lettres pour l'interprétation des textes et la philosophie pour le doute méthodique.

5 Yves OZANAM (archiviste de l'ordre des avocats du barreau de Paris), « Le barreau de Paris pendant la Seconde Guerre mondiale (1940-1945) », in Association française pour l'histoire de la justice, *La justice des années sombres*, Paris, La Documentation française, coll. « Histoire de la justice », n° 14, 2001.

6 Robert BADINTER, *Un antisémitisme ordinaire : Vichy et les avocats juifs (1940-1944)*, Paris, Fayard, 1997.

