

CARL SCHMITT À NUREMBERG. UNE THÉORIE EN ACCUSATION

Céline Jouin

Belin | *Genèses*

2009/1 - n° 74
pages 46 à 73

ISSN 1155-3219

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-geneses-2009-1-page-46.htm>

Pour citer cet article :

Jouin Céline, « Carl Schmitt à Nuremberg. Une théorie en accusation »,
Genèses, 2009/1 n° 74, p. 46-73. DOI : 10.3917/gen.074.0046

Distribution électronique Cairn.info pour Belin.

© Belin. Tous droits réservés pour tous pays.

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

Carl Schmitt à Nuremberg. Une théorie en accusation

Céline Jouin

PP. 46-73

Le passage de Carl Schmitt à Nuremberg aurait pu rester un épisode anodin. Si le célèbre juriste allemand, qui avait soutenu le régime nazi à partir de 1933 avant de tomber en disgrâce aux yeux de la SS (Schutzstaffel) en 1936, a été arrêté une seconde fois par les Américains en mars 1947, on ignore encore pourquoi. Schmitt venait en effet de passer plus d'un an dans un camp d'internement américain à Berlin. Libéré, il a été arrêté à nouveau avant d'être envoyé à Nuremberg. Incarcéré pendant un mois, c'est alors qu'on lui a demandé de faire la preuve de son innocence. Il serait inexact de dire que le juriste a été acquitté à Nuremberg. D'une part, parce qu'il est resté en deçà de l'inculpation, dans des limbes juridiques dont l'examen réserve quelques surprises à qui veut comprendre le fonctionnement de la justice de Nuremberg. D'autre part, parce que l'épisode a été une tache indélébile dans sa vie et que pour l'opinion publique il revenait quasiment à une condamnation.

Les interrogatoires de l'instruction ont été menés par un juriste juif ayant perdu la nationalité allemande sous le régime nazi et qui avait dû fuir aux États-Unis en 1935. Robert Kempner (1899-1993) était le seul procureur de Nuremberg d'origine allemande. Il était d'autre part le seul juif à avoir acquis une telle position dans l'équipe du procureur général américain Robert Jackson, puis dans celle de Telford Taylor. Jackson l'avait nommé avec réticence. Il craignait, s'il laissait des juifs prendre part à l'accusation, que le procès ne prenne des allures de vengeance.

On pouvait croire que les choses avaient pris fin avant d'avoir commencé puisque Kempner n'avait pas conduit Schmitt devant le tribunal. Pourtant l'affaire n'en est pas restée là. Schmitt comme Kempner ont exploité l'épisode de diverses manières (journalistique, littéraire, scientifique). De sorte que, pour l'historien, les stratégies que les deux juristes ont déployées pour publier ou non la documentation née de leurs rencontres font désormais partie du dossier lui-

même. Après la guerre, Schmitt luttait contre sa mauvaise réputation tandis que Kempner témoignait sur ses années à Nuremberg, rencontrait le pape et recevait tous les honneurs. Mais c'est paradoxalement Schmitt qui a été le premier à révéler l'existence puis à encourager la publication de ses interrogatoires et des rapports rédigés par lui à Nuremberg (voir encadré 1 et Bendersky 1987). Kempner n'en a donné pendant des années qu'une version expurgée. La découverte récente, après la mort de l'ancien procureur, dans ses archives privées, d'un quatrième interrogatoire de Schmitt (encadré 2) a relancé le débat sur les raisons de l'arrestation du juriste. Ce qui est sûr, c'est que la vision manichéenne opposant le juif au nazi, l'exilé politique à celui qui est resté (plongé dans l'après-guerre dans « l'émigration intérieure »), le militant des Droits de l'homme et homme de gauche au conservateur, cette vision simplificatrice a commencé à s'effriter lorsque, dans les années 1960, la République démocratique allemande (RDA) a impliqué Kempner dans certains scandales et attiré l'attention sur le passé nazi de juristes qui occupaient des positions importantes en Allemagne de l'Ouest. Certains d'entre eux, en effet, avaient été interrogés et « innocents » par Kempner à Nuremberg en contrepartie de leur collaboration avec l'accusation américaine qui manquait de témoins à charge.

Kempner savait-il à l'avance que Schmitt ne pourrait pas être accusé de planification de la guerre d'agression ni de crime contre l'humanité ? A-t-il cherché à lui faire peur pour mieux lui soutirer des preuves contre d'autres prévenus éminents, pour le procès de la Wilhelmstrasse intenté contre les anciens responsables du ministère des Affaires étrangères qu'il était en train de préparer ? La complexité de cette affaire, qui ne peut se résoudre sans contextualiser la pensée du juriste, invite à dépasser certaines limites du débat qui a lieu en France depuis quelques années sur la légitimité qu'il y a ou non à étudier Schmitt. La réception française est prompte à condamner en bloc l'œuvre de Schmitt, à mettre sur le même plan ses journaux intimes, ses articles de propagande et ses écrits théoriques, à dénier toute différence de niveau entre eux, comme s'il s'agissait d'une seule et unique confession (voir la position de Yves-Charles Zarka). Ou bien au contraire, quand elle montre l'actualité du juriste, c'est au prix d'une décontextualisation extrême et intenable de sa pensée (c'est ce que fait Giorgio Agamben). L'alternative qui se dessine alors est la suivante : soit les écrits de Schmitt n'ont qu'une valeur de documents historiques car ils livrent quelque chose comme la matrice intelligente du nazisme et sont dangereux. Soit on accepte d'y voir une œuvre qui donne à penser aux lecteurs d'aujourd'hui, mais à condition de les détacher des circonstances qui les ont vus naître. Le passage de Schmitt à Nuremberg permet au contraire de montrer qu'il est vain de vouloir séparer le travail d'historisation de la pensée schmittienne de la réflexion sur ce qui est vrai, encore, chez Schmitt. Il permet de cerner au plus près un moment de divorce entre les actes et les théories du juriste, qui est en partie un moment de compromission de l'intelligence et de la théorie devant les dangers de la situation.

Encadré 1: Les sources de l'enquête

Il existe quatre procès-verbaux des interrogatoires de Schmitt par le procureur adjoint Kempner qui se sont déroulés en allemand les 3, 11, 21 et 29 avril 1947 à Nuremberg. On a longtemps cru qu'il n'y avait eu que trois interrogatoires. Kempner avait dissimulé le procès-verbal du 11 avril, retrouvé à sa mort dans ses archives privées. À ce jour seule une traduction anglaise de cet échange est parue dans la revue *Telos* en juillet 2007 et nous en proposons une traduction (encadré 2). Les autres procès-verbaux ont rejoint la *Bundesarchiv* d'Allemagne et sont parus aux États-Unis en 1987, en Allemagne en 1987 puis en 2000.

Aux interrogatoires s'ajoutent trois rapports écrits par Schmitt pendant sa détention et un autre rédigé juste après. Ils répondent à des questions ou reproches de Kempner, sauf pour le second rapport que Schmitt a lui-même souhaité rédiger et dont il a formulé seul la question. En voici les intitulés : « Dans quelle mesure avez-vous fourni les fondations théoriques de la politique hitlérienne du *Großraum* ? » ; « Réponse au reproche : vous occupiez un poste décisif pour participer à la préparation de la guerre d'agression et aux délits qui lui sont liés. » ; « La position du ministre du Reich et du chef de la chancellerie du Reich » ; « Pourquoi les secrétaires d'État ont-ils suivi Hitler ? ».

Longtemps le public n'a eu accès qu'aux versions publiées par Schmitt en 1958, dans les *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, de deux de ces rapports, le « rapport-Lammers » (le troisième) et le « rapport-Weiszäcker » (le quatrième), sous les titres « Der Zugang zum Machthaber » et « Das Problem der Legalität ». Il était impossible de mesurer l'écart (en fait minime) qui les séparait des originaux jusqu'en 1987. Le rapport-Lammers sera ensuite le point de départ d'une variation plus littéraire de Schmitt (*Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber* – 1994b). Ce « dialogue » radiodiffusé en Allemagne en 1954 devant au départ avoir lieu avec un véritable interlocuteur, mais ni Raymond Aron, ni Arnold Gehlen, ni Helmut Schelsky qui

étaient pressentis dans ce rôle n'ont accepté de donner la réplique à Schmitt.

Kempner de son côté a souvent écrit sur le procès. Voir « The Nuremberg Trials as Sources of Recent German Political and Historical Material », in *American Political Science Review*, n° 2, juin 1950. Il a fait paraître en 1969 dans *Das Dritte Reich im Kreuzverhör* une version « synthétique » à succès des interrogatoires qu'il a menés à Nuremberg (de Schmitt mais aussi de Göring et d'autres), dans laquelle il remanie les interrogatoires originaux. Par ailleurs, Kempner a donné de sa rencontre avec Schmitt des récits contradictoires dans son autobiographie de 1983 et dans de nombreux entretiens.

Les portraits officiels élogieux brossés lors de cérémonies d'honneur (Kempner a reçu la médaille Carl-von-Ossietzky en 1969 et la croix pour le mérite de la RFA, en 1984) ou diffusés par les organisations juives et les mémoriaux de la Shoah n'évoquent pas que la grandeur des causes que défend le juriste contraste avec son manque de scrupules dans l'usage de ses sources.

Un portrait objectif de l'avocat militant s'inscrirait pourtant à point dans la progressive levée des tabous qu'on observe dans l'historiographie sur Nuremberg. En effet, dans les années 1950, les preuves présentées à Nuremberg étaient quasiment l'unique source où puisaient les historiens qui écrivaient sur l'Allemagne des années 1930 et l'usage de cette documentation était peu critique. Il y avait un effet d'aubaine : les documents de Nuremberg étaient presque les seuls documents non soumis au délai de communicabilité usuel des archives nationales. Dans les années 1960, l'ouverture de nouvelles archives en Allemagne et chez les Alliés a donné lieu à une révision de la valeur des preuves administrées à Nuremberg. Mais c'est seulement dans les années 1970 que de nouveaux documents, devenus accessibles, ont permis d'éclairer les coulisses des procès et de dépasser l'habituel résumé des principes juridiques et des intentions des Alliés qui tenait lieu jusqu'à l'histoire du procès.

Schmitt avait étudié le fonctionnement des tribunaux de Nuremberg avant d'être confronté à leur personnel. S'étant spécialisé depuis la fin des années 1930 en droit international, discipline qu'il jugeait moins dangereuse que le droit constitutionnel en période de troubles, ayant donné des cours sur le concept de guerre, et notamment sur la victoire au XX^e siècle du concept anglo-saxon de

guerre sur le concept continental, il avait « ses théories » sur l'institution qui l'accusait. Mais les preuves qu'il présente ne sont pas une énonciation de ses théories. Le chemin qu'il emprunte pour protester de son innocence face au vainqueur n'a rien à voir avec une démonstration théorique. Schmitt va en partie trahir sa propre pensée pour se défendre plus efficacement, mais les choses rebondissent, car s'il est une thèse célèbre de Schmitt, c'est bien celle qui affirme qu'il n'y a pas de « pouvoir de la vérité » face au pouvoir. Le juriste avait fait sienne la maxime de Thomas Hobbes « Auctoritas, non veritas facit legem ». Son attitude confirme donc en retour certaines de ses thèses pessimistes sur le rapport entre la vérité, le pouvoir et le droit.

Quel droit ? quelles preuves ? L'incertitude des fondements juridiques des tribunaux de Nuremberg

« Le » procès de Nuremberg est en réalité une succession de treize procès. Le transfert de Schmitt à Nuremberg a lieu après le premier d'entre eux, le plus célèbre, le procès dit « contre les grands criminels de guerre » qui s'est tenu du 20 novembre 1945 au 1^{er} octobre 1946 et a abouti à la condamnation de douze accusés, dont Hermann Göring et Alfred Rosenberg. Douze autres procès suivent entre décembre 1946 et avril 1949, menés non plus par un tribunal international – les dissensions entre Américains et Russes ayant eu raison de celui-ci – mais par des tribunaux militaires américains. Ils sont intentés contre les médecins, les juristes, les industriels et les chefs militaires responsables des crimes de la politique nazie. Alors que dans le premier procès les Américains, les Britanniques, les Français et les Russes, reconnus comme les vainqueurs de la Seconde Guerre mondiale, disposent chacun d'un juge et d'un procureur général, conformément à la charte de Londres de 1945, le seul procureur général des procès suivants est le général américain Telford Taylor. Tandis que le procès de 1945-1946 devait officiellement se dérouler en quatre langues (en anglais, russe, français et allemand) grâce à un système de traduction simultanée dont la lourdeur a servi de prétexte à l'accusation américaine pour s'accaparer le matériel des preuves et n'en présenter souvent qu'une version anglaise (Smith 1977: 98), les procès plus tardifs ne sont plus menés qu'en anglais et en allemand. Mais, dès l'origine, l'idée d'un traitement pénal non expéditif des crimes nazis est un projet des Américains. Ceux-ci ont dû rallier les partisans d'une exécution sommaire des dirigeants nazis et ceux d'une justice rapide, solution préférée par les Russes et Winston Churchill. Les textes fondateurs des douze procès de 1946-1949 sont explicitement américains¹, et le statut du premier tribunal, le seul tribunal international, contient surtout les propositions américaines.

Robert Jackson, *attorney general* puis juge de la Cour suprême des États-Unis avant de prendre la tête de l'accusation américaine à Nuremberg, s'est

démis de ses fonctions à la fin du premier procès. Et comme son équipe était jeune et peu expérimentée, gênée par sa méconnaissance de l'histoire allemande et du régime nazi, l'aide d'exilés politiques allemands comme Robert Kempner était précieuse. Ce dernier devient le suppléant de Jackson en 1945, puis de Telford Taylor dans le procès de la Wilhelmstrasse de 1947-1948 intenté contre le personnel du ministère des Affaires étrangères allemand, parce qu'il connaît le régime nazi de l'intérieur. Il a travaillé au ministère de l'Intérieur prussien dès 1928 et s'est engagé très tôt contre le nazisme, ayant tenté de faire interdire le NSDAP (Nationalsozialistische deutsche Arbeiterpartei). En 1933 il perd ses fonctions au ministère à cause de sa judaïté et de ses activités antinazies, licencié par ce même Göring qui protégera Schmitt jusqu'au bout. Emprisonné en 1935 par la Gestapo (Geheime Staatspolizei) puis relâché, il fuit en Italie avant de rejoindre les États-Unis où il devient conseiller du gouvernement Roosevelt et membre de la War Crimes Commission, qui, dès 1942, s'est donné pour tâche d'établir une liste des criminels de guerres nazis à punir après la guerre. Après Nuremberg, Kempner partage son temps entre les États-Unis et Francfort, où il s'occupe du dédommagement des victimes du nazisme, militant par ailleurs sans relâche pour la création d'un tribunal pénal international, notamment pour punir les crimes des Américains au Vietnam.

Kempner n'était pas un ancien étudiant de Schmitt, contrairement à d'autres exilés politiques, qui, en 1945, ont secondé les Américains pour le faire condamner. Les deux juristes ne se connaissaient pas personnellement et Schmitt n'avait probablement jamais entendu parler de Kempner avant son transfert à Nuremberg. Ce dernier, en revanche, connaissait son célèbre aîné en raison de sa notoriété (il avait lu *Légalité et légitimité*), mais aussi parce qu'il était en contact avec d'anciens doctorants de Schmitt ou des collègues communs. Bien qu'étant de bords politiques adverses, le social-démocrate et le conservateur avaient en commun d'avoir tenté avant 1933 d'endiguer la montée du parti national-socialiste. En effet, jusqu'en janvier 1933 Schmitt avait pensé qu'il était possible de sauver la constitution de Weimar en s'appuyant sur son article 48. Avant de se rallier brusquement au nazisme lors de l'édiction de la loi sur les pleins pouvoirs du 24 mars 1933, Schmitt avait préconisé que le président fasse usage des pouvoirs extraordinaires que l'article 48 lui octroyait en cas d'urgence pour neutraliser les ennemis de la constitution (communistes et nazis). Mais une fois aux côtés des nazis, il n'a aidé aucun de ses anciens amis juifs tombés dans la détresse et s'est mis à défendre tout ce que Kempner combattait et représentait.

Accusé ou témoin ?

Arrêté dans son appartement de Berlin en mars 1947, transporté en train jusqu'à Nuremberg, Schmitt est transféré dans la prison du palais de justice, en cellule individuelle, avant d'être conduit devant le procureur suppléant Robert Kempner qui a perdu la nationalité allemande et est désormais au service des

État-Unis. Schmitt cherche à savoir s'il est interrogé « en tant qu'accusé », ce à quoi Kempner répond qu'on ne sait pas encore. Et plusieurs semaines plus tard, lorsque Kempner évoque « les nouveaux types de criminels » définis par la charte de Londres, Schmitt demande si c'est à lui qu'il fait référence et le procureur répète que « cela reste à voir ».

Kempner ouvre le premier interrogatoire en précisant à Schmitt qu'il peut refuser de parler s'il pense livrer des preuves contre lui-même. C'est la procédure pénale anglo-américaine qui passait pour être pratiquée à Nuremberg. Celle-ci met l'accent sur les droits de l'accusé. L'interdiction de contraindre à la *self-incrimination* suppose qu'on rappelle au prévenu le risque qu'il prend à déposer. Alors qu'en droit allemand, bien qu'on ne puisse obliger le prévenu à s'exprimer, il y est fortement poussé car la recherche de la vérité prévaut, le prévenu ne prêtant pas serment car sa situation le conduirait facilement au parjure. Au contraire, en droit anglo-américain, il a la possibilité de prêter serment et de devenir témoin dans sa propre cause : sa déposition a alors valeur de preuve et peut être soumise à un contre-interrogatoire. Schmitt connaît nécessairement la différence entre la procédure pénale continentale et ce qui est devenu le droit d'adoption de Kempner, la procédure anglo-américaine : tout étudiant en droit l'apprend en première année. Néanmoins le procureur adjoint semble plutôt suivre les formes de la conversation courtoise que celle de la procédure anglo-américaine. « Vous n'êtes pas obligé de déposer, mais si vous le faites, alors *je vous serais reconnaissant* de ne dire que la vérité, toute la vérité, etc.² ». Et quand Schmitt demande des précisions (« J'aimerais bien savoir ce qu'on me reproche, tous les interrogatoires précédents se sont terminés en discussions scientifiques »), Kempner répond : « Je vous dis *très franchement ce qui m'intéresse* : votre participation, directe et indirecte, à la planification de guerres d'agressions, de crimes de guerres et de crimes contre l'humanité³. » Schmitt soulignera plus tard (Tommissen 1990 : 140) qu'aucune accusation formelle n'a été prononcée contre lui. Dans le moment même où elle soumettait le juriste à des conditions de détention difficiles, l'accusation américaine hésitait à faire de lui un témoin ou un accusé. La valeur de témoin d'un tel savant, qui de plus avait vu le régime nazi de près, ne faisait de doute pour personne. Mais l'ambiguïté de l'« intérêt » que Kempner manifestait pour Schmitt s'appuyait sur une particularité du droit pénal anglo-américain.

La catégorie de *possible defendant*, d'accusé potentiel, que Schmitt qualifiera plus tard non sans ironie de « catégorie intéressante » (Tommissen 1990 : 140) existe bel et bien en droit américain. À Nuremberg elle a de fait permis d'incarcérer les témoins sans préciser le sort qui leur était réservé, d'enfermer avant d'instruire. On se réclamait de la catégorie de témoin du droit anglo-américain, qui est beaucoup plus large qu'en droit allemand. Le complice et l'accusé peuvent être interrogés en tant que témoins, alors qu'en droit allemand le témoin ne peut être qu'un tiers et non une partie (§22 StPO [Strafprozeßordnung]). Le témoignage des accusés dans leur propre procès (*accused forself*) ou dans celui

d'autres accusés, qui n'est une preuve qu'en droit anglo-saxon, a eu la plus grande importance à Nuremberg (Jung 1992: 85). L'accusé devenu témoin ne se distinguait en rien des autres témoins. Il se soumettait aux mêmes règles de la preuve. Cet usage était autorisé par l'article 5 de l'*Ordonnance n° 7*. La défense pouvait donc préparer dans le détail la déposition de l'accusé-témoin. Kempner évoque dans ses mémoires ce que cet usage avait d'aberrant pour un juriste de formation allemande. En Allemagne, il suffisait qu'un avocat de la défense fasse venir dans son bureau un témoin avant le procès pour être sanctionné pour incitation à faux témoignage (Kempner 1983: 247-248).

Le rôle du droit comparé en droit international, un cas d'école

La tradition qui voulait, depuis les Lumières, que l'on compare le droit pénal anglais au droit d'Europe continentale pour réformer ce dernier et accorder plus de droits à l'accusé cessait d'être un pur exercice scolaire à Nuremberg. En l'absence d'un droit pénal international, les cours d'arbitrage internationales avaient coutume d'appliquer le droit pénal d'un des deux pays en conflit (Lauterpacht 1975: 452 et suiv.), les termes techniques employés par les juges suffisant en général à indiquer lequel avait été choisi.

Après 1945, il devait sembler naturel à beaucoup, vu la capitulation sans conditions de l'Allemagne, que le droit allemand soit « soumis » à la procédure anglo-américaine. Carl Schmitt s'est d'ailleurs adapté à cette procédure sans la contester: une de ses thèses maîtresses était qu'en cas de défaite, on ne se soumet pas seulement aux armes du vainqueur, mais aussi à ses concepts de guerre et de paix. Néanmoins les textes fondateurs des tribunaux de Nuremberg n'imposent pas le droit anglo-américain de la preuve. L'article 19 de la charte de Londres ainsi que l'article 7 de l'ordonnance n° 7 énoncent que les tribunaux de Nuremberg ne sont pas liés par « les règles techniques de la preuve » et ils penchent donc en faveur de la procédure continentale. En effet, c'est surtout la technique de la preuve qui diffère entre les deux droits. La procédure accusatoire anglo-américaine se caractérise par des règles d'admissibilité de la preuve complexes, très formalisées, et par la règle de la charge de la preuve qui confie aux parties la tâche de rassembler et de présenter les preuves. Le juge y est un « arbitre ignorant » qui tire toutes les preuves des mains de l'accusation et ne sait rien de l'affaire avant que le procès ne commence. La partie à laquelle incombe la charge de la preuve assume déjà la responsabilité de la vérification de la preuve propre au juge, mais dans les faits, la réunion des preuves et leur présentation n'exclut pas la partialité. En revanche, dans la procédure continentale, c'est un juge qui instruit, un juge qui interroge. Il décide librement de l'admissibilité des preuves, au cas par cas, selon leur valeur propre, sans être limité par des règles formelles.

L'histoire des cours d'arbitrage internationales enseigne qu'en réalité, sur la question de la preuve, l'abandon des règles anglo-américaines, jugées encombrantes et archaïques, était devenu monnaie courante. Le principe s'était imposé

qu'aucune preuve ne devait être exclue d'emblée, que son admission devait rester à la discrétion du juge. Le grand spécialiste de droit international Hersch Lauterpacht peut écrire en 1931 qu'à cet égard il « n'y a plus deux écoles de pensée en droit international » (1975 : 453). Ce qui « ne blessait aucun orgueil national » puisque l'abandon de la preuve anglaise avait été encouragé par les juges anglais et américains eux-mêmes (*ibid.* : 262-264).

Une autre raison a toutefois poussé les Alliés à abandonner le formalisme anglo-saxon dans la charte de Londres. On avait prévu que les responsables nazis justifieraient leurs actes en évoquant le devoir d'obéir à la loi. Il était ainsi plus tactique de ne pas professer le positivisme juridique et de ne pas faire de l'obéissance à la lettre de la loi un principe cardinal dans les textes fondateurs. Ainsi on s'est plutôt référé au sens commun et au sentiment général de la justice. L'Américain Jackson ne cachait pas qu'il était d'accord avec le soviétique Trainin pour répudier le formalisme en droit international, au motif que celui-ci était « au service de l'impérialisme »⁴. Ce qui fera dire à Carl Schmitt que l'Union soviétique, via Trainin, était en fait l'« auteur » des fondements des procès de Nuremberg (Schmitt 1991 : 178).

Mais l'essentiel est qu'en dépit des textes fondateurs, les tribunaux ont sans cesse appliqué ces « règles techniques de la preuve » répudiées par la charte de Londres. La lecture des procès-verbaux enseigne que des controverses permanentes ont eu lieu au sujet des preuves admissibles. Ces débats ont semblé exotiques et mystérieux aux juristes russes et français peu habitués à accorder de l'importance à la « casuistique » des preuves (Smith 1977 : 5 ; Knieriem 1953 : 152-154). Et finalement les tribunaux américains sont allés jusqu'à ériger des règles spéciales tout à fait conformes au droit de la preuve anglo-américain mais qui contredisaient les déclarations des fondateurs. L'une de ces règles permettait par exemple d'exploiter en leur absence les dépositions écrites sous serment (affidavits) des témoins et des accusés recueillies lors des interrogatoires préliminaires. En cela, on contrevenait à la procédure continentale, mais le droit international ne permettait-il pas qu'on élise un système juridique ou un autre ? Le véritable problème résidait dans la façon dont les interrogatoires préliminaires avaient été conduits puisqu'elle contrevenait également à la procédure anglo-saxonne.

Le terrain miné des interrogatoires préliminaires

« Les interrogatoires précédant la procédure n'étaient pas publics, conformément à la procédure pénale allemande. Ils se déroulaient dans des pièces à cet usage, ou dans mes bureaux, dans le Palais de Justice de Nuremberg. Je rappelais à chaque accusé et témoin son droit de refuser de témoigner, au cas où sa déposition servirait de preuve à charge. Mais s'il déposait, il devait dire la vérité, on pouvait lui demander de prêter serment. Selon le droit anglo-saxon, cela vaut aussi pour l'accusé qui se décide à déposer en tant que témoin dans sa propre cause⁵. »

(Kempner 1984 : 11)

Ce commentaire de Kempner montre que les juristes de Nuremberg avaient pris l'habitude de justifier leurs pratiques par le « mélange » des deux droits. En droit allemand, certes, « les interrogatoires préliminaires ne sont pas publics », mais les aveux faits à cette occasion ne peuvent être intégrés aux preuves. À moins qu'ils aient été recueillis par un juge, et seulement quand le chef d'accusation a été communiqué à l'intéressé. Les aveux faits devant la police par exemple ne peuvent être produits devant le tribunal (StPO. §254). Or à Nuremberg les interrogatoires préliminaires ont non seulement été préparés par l'accusation avant que toute défense ne soit possible – l'accusé n'avait pas les moyens de préparer sa défense avant la déposition de la plainte (Jung 1992 : 24) – mais, en outre, ils ont été massivement intégrés aux *parol evidence*, ce qui n'était plus du tout « conforme à la procédure pénale allemande » (*ibid.* : 80). De même, la référence que fait Kempner au droit anglo-américain est problématique. Selon ce droit, les dépositions préliminaires peuvent être assermentées à condition que ce ne soit pas après coup, comme c'était souvent le cas à Nuremberg, et à condition que le prévenu ait les moyens de préparer sa défense dès l'instruction. Le commentaire de Kempner est trompeur en ce qu'il donne l'impression d'une fausse continuité entre droit allemand et droit anglo-saxon. Présenter une version syncrétique des deux systèmes permettait de cacher qu'on louvoyait entre les deux au détriment de la défense. La plupart des accusés de Nuremberg ont en effet été interrogés lors de *preliminary interrogations* sans savoir qu'ensuite ils auraient à assermenter le « résumé » que l'accusation allait produire à partir de leurs réponses et que ce « résumé » serait utilisé comme preuve à charge contre eux-mêmes (Knieriem 1953 : 158). Les *possible defendants* de Nuremberg ont souvent parlé avec une franchise étonnante, certains sans se douter qu'ils livraient la matière qui les condamnerait, d'autres pensant qu'on porterait cette franchise à leur crédit à cause de l'ordonnance du gouvernement militaire n° 1 du 16 août 1945 qui menaçait d'une peine de prison à vie tout Allemand refusant ou falsifiant l'information face à l'occupant, ordonnance qu'on leur avait souvent lue à voix haute (*ibid.* : 160). Bien qu'en droit anglo-saxon, il soit expressément interdit de contraindre à la *self-incrimination* (l'accusé doit parler librement et peut se taire), cette règle d'or, respectée lors du procès, ne l'était pas lors des dépositions antérieures⁶.

Robert Jackson avait conscience de ce que l'ordonnance n° 1 conduisait à enfreindre le droit pénal anglo-américain. Son argument a été le suivant, lors de la conférence de Londres : puisque le droit pénal allemand ne comprend aucune règle interdisant la *self-incrimination*, cette règle n'a pas à être observée par les Alliés. Ces derniers effectivement n'étaient pas tenus de mieux traiter les Allemands que le droit allemand ne l'aurait fait (*Report of Robert H. Jackson...* 1949 : 78). Or cette invocation du droit allemand par le procureur général américain révèle sa méconnaissance flagrante de ce droit. Certes, il ne comprend aucune règle spécifique interdisant la *self-incrimination*, mais cela ne veut pas dire qu'elle y soit autorisée. En réalité, toute une série de règles, par recoupement, l'interdi-

sent⁷. Cependant Carl Schmitt n'a pas été pénalisé par la collusion entre les règlements de l'occupation et les textes de Nuremberg. On ne lui a pas lu l'ordonnance n° 1 pour le pousser à parler. Le flou avec lequel on appliquait la procédure anglo-américaine l'a moins pénalisé que d'autres : en tant que juriste et en tant qu'auteur, il n'aurait pu trouver de meilleur avocat que lui-même. Si l'on pense à la façon dont s'est produite la mise en accusation d'Ernst von Weizsäcker, l'ex-secrétaire d'État aux Affaires étrangères, et le rôle qu'y a joué la « politesse » de Kempner⁸, la situation de Schmitt paraît en comparaison peu ambiguë. Qu'il ait eu l'occasion d'écrire des rapports détaillés pour se défendre alors qu'à d'autres accusés on avait fait signer des résumés forgés par l'accusation, dans lesquels ils ne reconnaissaient pas toujours leurs propos, peut être vu comme une faveur faite au « grand juriste ».

Il est vrai que Schmitt se plaint « de n'avoir aucun matériau » pour se défendre (Schmitt 2000 : 59), qu'il doit demander qu'on lui prête son texte sur les grands espaces (*ibid.* : 58), qu'on lui fournisse une table, une chaise, du papier. Il sait qu'il y avait dans ces circonstances quelque chose d'anormal, mais cette anormalité au fond lui semblait normale. Plus tard il jugera naïfs tous ceux qui s'attendaient à ce que les tribunaux de Nuremberg respectent le droit classique de l'occupation. Comme tout tribunal révolutionnaire, c'est un procès qui a la légitimité pour lui, pas la légalité, écrira-t-il dans son journal (Schmitt 1991 : 237). À ses yeux le droit traditionnel de l'occupation a été supplanté par la doctrine de la guerre juste (*ibid.* : 20). Conclure la paix signifie désormais remodeler la structure politique d'un pays en profondeur.

Bien qu'il considère que ce qui fait problème à Nuremberg, ce sont les fondements juridiques et non les faits incriminés⁹, il n'aborde pas ces problèmes fondamentaux devant Kempner. Il sait qu'on ne se comporte pas au tribunal comme à l'université. Ni à l'oral, ni à l'écrit n'affleurent les analyses sur Nuremberg que lui avait commandées l'industriel Friedrich Flick en 1945, dans lesquelles il encourageait la punition des crimes contre l'humanité (qualifiés d'*atrocities*) (Schmitt 1994a : 16) mais contestait, d'une part, que la guerre d'agression ait été un crime en 1939 dans le droit international en vigueur, d'autre part que les individus puissent être tenus pour responsables à la place des États. Sa stratégie est ouvertement positiviste. Il demande qu'on lui fournisse le verdict du procès de 1945-1946 pour prouver son innocence sur cette base-là, plutôt qu'à partir des textes fondateurs qui auraient été moins maniables (dans la charte de Londres, les chefs d'accusation sont très larges). Il parvient efficacement à prouver qu'il ne peut être condamné pour crime en comparant son cas à celui des autres accusés et en se contentant de faire jouer la logique même du tribunal (Schmitt 2000 : 83-84, 87).

Enfin Schmitt met à profit la structure contradictoire de la procédure anglo-américaine qui donne un rôle clé au contre-interrogatoire. Alors que la procédure continentale vise la reconstitution intégrale et objective des faits, c'est le

principe de la confrontation des points de vue qui est au cœur du procès anglo-saxon. Dans son premier rapport, le juriste énumère tout ce qu'il *n'a pas eu* : quels postes, quelles fonctions, quelles décorations. Viktor Bruns a été décoré à sa place par Franco suite à une intervention du régime nazi ; il n'a pas remplacé Viktor Bruns à la tête de l'Institut de droit public en 1943 ; après 1936, on ne lui a plus demandé d'expertise, etc. Il parle toujours de la position immédiatement supérieure à la sienne pour dire qu'il ne l'a pas occupée (il n'a pas été recteur d'université). Rien n'oblige Schmitt à être exhaustif ni à énumérer ce qu'il *avait*. Le principe du contre-interrogatoire se fait sentir : Schmitt réfute des objections imaginaires (qu'il choisit) sans reconstruire fidèlement l'historique des faits. L'ensemble des questions-réponses échangées entre Schmitt et Kempner (rapports écrits compris) n'offrent pas une vue objective de la biographie de Schmitt bien qu'il s'y trouve peu d'inexactitudes. Un historien qui chercherait une synthèse dans cette source-là serait induit en erreur.

Une théorie en accusation

Prouver/démontrer

La bibliothèque de Schmitt avait été confisquée par les Américains, ainsi que les bibliothèques des universités de droit. Et comme « il n'y a[vait] pas d'autres preuves contre [lui] que ce qu'[il] avai[t] écrit » (encadré 2), tout était d'avance entre leurs mains, vérifiable. C'est pourquoi Schmitt s'était empressé de dire qu'il « ne nierai[t] pas les faits » (Schmitt 2000 : 59). Les « faits » consistaient à avoir rendu public : il n'y avait aucun secret à révéler. Mais ce « je ne nierai pas les faits » signifie aussi « nous ne rentrerons pas dans les chicaneries avocassières » et « je ne rappellerai pas les malheurs »¹⁰. C'est un fait, donc nous oublierons. Si c'est indéniable, pourquoi en parler ? Quand le 29 avril Kempner demande à Schmitt s'il n'a pas honte d'avoir écrit « de telles choses », Schmitt répond : « Aujourd'hui, bien sûr », et il ajoute : « C'est horrible, bien sûr. Il n'y a rien à en dire de plus »¹¹ (Schmitt 2000 : 66). La surenchère et l'aveu immédiat (« c'est horrible, bien sûr ») cherchent surtout à éviter le commentaire. Même si l'aveu était la « reine des preuves » (Kempner 1983 : 264), il laisse ici le procureur bredouille. « Il ne s'agit pas de contester les faits, je les avoue. Il s'agit de l'interprétation et de la valeur juridique » (Schmitt 2000 : 59). C'est bien parce qu'il s'agit d'« interpréter » une œuvre que la pratique judiciaire de la vérification se heurte à des obstacles insurmontables.

Nombre de professeurs de droit public allemands s'étaient tournés vers le droit international au cours des années 1930, délaissant les problèmes de droit constitutionnel jugés trop dangereux. Schmitt n'a pas fait exception. Cette matière-là a pourtant fini par se révéler explosive elle aussi : c'est sa théorie sur

les grands espaces en droit international qu'on lui a reprochée à Nuremberg. On soupçonnait qu'elle était à l'origine de la politique expansionniste d'Adolf Hitler et de sa doctrine de l'espace vital. Schmitt profitait en fait de la clause *Deutsche gegen Deutsche* qui interdisait aux tribunaux de Nuremberg de punir les maux que les Allemands s'étaient infligé « à eux-mêmes » (Kempner 1983 : 249). Selon cette clause, ni les lois antisémites ni la politique d'euthanasie ne pouvaient être condamnées directement par les Alliés car elles concernaient la « politique intérieure ». Dans le cas de Schmitt, cette clause compliquait grandement la tâche de l'accusation. Le tribunal ne pouvait s'en prendre qu'à l'internationaliste et non à l'antisémite. C'est pourquoi Kempner n'a pas incriminé ce que les historiens s'accordent à reconnaître comme les actes les plus ignominieux du juriste : sa justification en 1934 des lois antijuives de Nuremberg et l'organisation en 1936 d'un colloque contre « l'influence de l'esprit juif sur la science allemande du droit ». Au lieu de cela, il fait grief à Schmitt de sa théorie des grands espaces, écrite à un moment où il était menacé par la SS et cherchait, sinon à être discret, du moins à éviter les controverses les plus bruyantes. Si cette théorie avait fait du bruit, Schmitt ne l'avait pas spécialement voulu (l'ironie veut que lorsqu'il avait cherché à tout prix à faire parler de lui, cela n'avait pas marché). Or on peut ne pas être d'accord avec Schmitt, mais il est difficile de réduire son texte sur les grands espaces¹² (à l'origine une conférence donnée à Kiel le 1^{er} avril 1939) à de la propagande pure. L'idée que cette « théorie » ait pu inspirer la doctrine hitlérienne de l'espace vital, idée qu'il restait à prouver¹³, se heurtait à l'objection que les hommes politiques avaient toujours fait un usage contestable de la science et de la philosophie (Schmitt 2000 : 68). La démêler forçait Kempner à s'engager sur un terrain glissant. Comment définir ce qu'est une théorie sans pénétrer le terrain même de la théorie ? Or sur ce terrain-là Schmitt serait le plus fort. On avait beau être entre juristes, entre Allemands, avoir eu des collègues en commun et quelques expériences comparables, il ne faisait pas de doute que Kempner était plutôt un avocat tourné vers la pratique qu'un intellectuel. Il avait beau représenter les vainqueurs et avoir la morale de son côté, la supériorité intellectuelle de Schmitt et la curiosité du procureur pour le « phénomène Schmitt » menaçaient sans cesse de renverser la logique réglée de l'interrogatoire. À cause de la valeur documentaire de la déposition de Schmitt, la curiosité menaçait d'écraser le soupçon. Schmitt a beau se soucier constamment de ne pas être professoral pour ne pas humilier Kempner, en raison de son savoir mais aussi de son expérience plus ample du totalitarisme, les deux hommes n'étaient plus « du même monde¹⁴ ». « Mon texte [sur les grands espaces] n'était pas sur la liste des textes idéologiquement approuvés », écrit Schmitt dans son premier rapport. Il y avait donc une liste ? Mais quelle était son importance ? En décrivant sa position, Schmitt livre aussi l'axe des coordonnées qui permet de la vérifier, et la vérification échoue. Dans cette situation, l'accusateur est comme un ignorant qui sait tout parce qu'il ne sait pas ce qu'il ignore. Ce qu'il apprend lui « tombe dessus »

sans qu'il puisse se défendre. Quand il en apprend « trop », Kempner coupe court au moyen de vantardises assez cassantes. « J'ai mes sources » (Schmitt 2000 : 59), ou : « Vous pensez bien que nous connaissons bien tout ce que vous avez écrit et que cela démontre que vous avez fourni les fondations théoriques des crimes de guerre, des guerres d'agression » (Bendersky 2007 : 39). À quoi Schmitt peut répondre que « ce n'est pas exact ». Ces paroles révèlent en fait que Kempner connaît mal l'oeuvre de Schmitt, et, comme le dit Helmut Quaritsch, qu'un stagiaire aurait mieux préparé l'entretien.

Assurément, les livres sont là mais où aller chercher dans une oeuvre si vaste ? Un interrogatoire au tribunal ne suit pas les mêmes règles qu'une discussion scientifique. À plusieurs reprises, pratique judiciaire et pratique scientifique s'entrechoquent. Schmitt affirme qu'il répèterait ses dires devant « toutes les commissions de scientifiques du monde » et s'entend répondre : « mais vous êtes ici devant un tribunal » (Schmitt 2000 : 55). Il propose des explications « lentes », souvent rejetées. Il dit, non sans complaisance, que la complexité est son « habitus mental », avoue qu'il rend parfois les choses plus complexes qu'elles ne le sont. Kempner lui demande de ne pas fuir dans les « pirouettes métaphysiques », perd parfois patience et lui demande de répondre « en une phrase » (*ibid.* : 59). Schmitt dit qu'il « fini[t] toujours par faire un cours », qu'il préférerait répondre par écrit (Bendersky 2007 : 39). Il demande à être « interrogé à son niveau » (Schmitt 2000 : 60).

Le fait que Kempner ne se soit pas donné la peine de se mettre à l'école de son accusé avant de l'interroger a donné lieu à des interprétations multiples. L'impréparation du procureur est d'autant plus problématique qu'il affirmera dans ses mémoires que « la clé de la réussite est dans la préparation ». Selon lui, s'il a réussi le contre-interrogatoire de Lammers, le président de la chancellerie du Reich, c'est uniquement grâce à une préparation intense, poursuivie même la nuit (Kempner 1983 : 245-246). Le juriste a dû consulter le dossier de Schmitt (qui comprenait les rapports de Lowenstein et de Flechtheim ainsi que les questionnaires stéréotypés distribués par les autorités américaines), mais il est visible qu'il n'a pas lu les écrits de droit international de Schmitt qui avaient l'inconvénient d'être un ensemble épars de textes qu'aucun livre ne rassemblait¹⁵. Il pouvait donc partir de la thèse mal fondée que Schmitt avait eu une influence importante sur la politique du III^e Reich. Cette thèse était née du « regard éloigné » de journalistes étrangers et d'anciens élèves qui avaient dû émigrer¹⁶. Bien qu'elle soit erronée, Schmitt ne cherche pas à en prouver la fausseté. Cela s'explique : Kempner était persuadé qu'à sa manière Schmitt était grand (« moralement le plus grand criminel » – Kempner 1983 : 263). Il avait d'ailleurs des idées arrêtées sur les grands hommes¹⁷ et Schmitt était trop flatté pour le détromper. L'idée qu'un juriste de droit public est nécessairement impliqué dans « les événements », il la défendra dans son écrit le plus littéraire sur son expérience de la prison (2003*b*). En fait Hitler méprisait trop les intellectuels et les juristes pour laisser un professeur de droit peser sur les événements (Stolleis

1994: 143). Schmitt le sait, il l'admet dans son second rapport (Schmitt 2000 : 87-88), mais seulement en passant, alors qu'il s'agissait d'un argument capital. Il a une idée de la grandeur moins naïve que celle de Kempner¹⁸ mais il se gardera bien d'en discuter. La réalité qui l'innocente est aussi celle qui l'humilie. L'argument qui l'accuse est aussi celui qui le grandit. Car il a cru, lui aussi, qu'il pourrait jouer un rôle décisif.

En bref, la preuve de son innocence ne peut être faite que si Schmitt ne cherche pas trop à démontrer. Schmitt s'abstient de relever que la formulation de Kempner sur « les fondements théoriques des crimes » manque de rigueur. Que signifie en effet démontrer un fait ? On prouve un fait, en argumentant ou en présentant une pièce à conviction, alors qu'on démontre une idée, une thèse, un théorème. Kempner confond deux types de vérités. Dire qu'une loi de physique est vraie n'a guère de rapport avec l'affirmation qu'une accusation contre un individu est vraie. Au tribunal, on veut prouver qu'un fait s'est bien produit, la vérité d'une plaidoirie n'a pas de similitude avec celle d'une démonstration scientifique. Par le raisonnement, un fait ne peut être que probable, sa vérité, un constat, ne signifie rien de plus que la coïncidence entre un énoncé et ce qu'il désigne, ce qui n'a rien à voir avec la vérité d'un énoncé théorique.

Que signifie fournir les fondations théoriques d'une politique criminelle ? d'une idéologie ? Dans le rapport rédigé à la demande de Kempner sur sa théorie des grands espaces, Schmitt répond à son accusation maîtresse en la déconstruisant en sourdine. Il démontre par petites touches qu'elle est mal posée, si discrètement qu'il est probable que Kempner ne s'en soit pas aperçu (Schmitt 2000 : 71-78). En énonçant cette vérité-là, Schmitt se fait plaisir : soit les fondements sont bien ceux du nazisme et alors ils ne sont plus exactement « théoriques », soit ils sont théoriques et dans ce cas ils sont les fondements d'autre chose que « du nazisme ». On retrouve ici sa célèbre théorie décisionniste qui pose que les décisions juridiques comme politiques ne sont pas des applications de théories.

Une responsabilité pénale de l'intellectuel ?

Kempner aimait émailler son discours de phrases célèbres. « Comment nettoyer les écuries d'Augias ? » dit-il avoir demandé à un ancien fonctionnaire du ministère allemand des Affaires étrangères après avoir découvert les comptes rendus de la conférence de Wannsee. Il rapporte que le « chef de grandes archives » lui aurait demandé si sa collection d'interrogatoires était « une boîte à trésors ou une boîte de Pandore » et dit souvent qu'il regrette de ne pas avoir rencontré parmi les accusés de Nuremberg plus d'hommes « du type "Hier stehe ich, ich kann nicht anders" ». En lisant ses mémoires on s'aperçoit vite qu'il préfère les formules sonnantes et les anecdotes bien tournées à l'exactitude. Les nombreux récits pimentés mais contradictoires qu'il fera pendant trente ans de sa rencontre avec Schmitt, son « accusé le plus intéressant », ont été analysés une fois pour toutes par Helmut Quaritsch (Schmitt 2000 : 42-47).

Pour désigner le problème épineux de la responsabilité juridique de l'intellectuel, Kempner a également une formule, qu'il applique aussi à Baldur von Schirach : Schmitt a « corrompu la jeunesse ». Cela ne peut suffire pour l'accuser dans un procès pénal (Kempner 1983 : 263). La faute est grande mais elle n'est que morale. Schmitt et Kempner seront à peu près d'accord là-dessus¹⁹. Mais bien que ce ne soit pas exactement « la jeunesse » qui ait lu Schmitt, il ne s'agit pas tout à fait d'une formule vide. Les paroles de Kempner s'étaient sur une théorie défendue en haut lieu, celle du général Lucius D. Clay, le directeur du service juridique de l'Autorité militaire américaine (Kempner 1984 : 293). Selon la théorie de Clay, les intellectuels étaient des criminels de guerre au même titre que les responsables politiques, ceux de l'administration, de l'armée et de l'industrie. Les interrogatoires montrent que Kempner a essayé de l'imposer à Schmitt (« vous êtes plus coupables que les SS et les envahisseurs » / « Non, c'est plus compliqué » / « D'un point de vue pénal cela va de soi » – Bendersky 2007 : 40). Elle ne s'est pas imposée à Nuremberg et Kempner a reconnu plus tard qu'elle n'était pas tenable. Le fait qu'il la présente à Schmitt comme « notre théorie », « la théorie de l'accusation » (Schmitt 2000 : 55, 59) et non comme l'article d'un texte de loi en trahit la fragilité et suffit à la rabaisser à un simple point de vue.

Cette théorie avait plusieurs inconvénients. Elle n'excluait pas l'idée archaïque et bannie depuis longtemps en droit pénal qu'il existe une responsabilité collective, qu'un individu doit payer pour son groupe, son clan, sa corporation²⁰. Schmitt représentait « les universitaires nazis » dans l'esprit de ceux qui l'avaient fait arrêter (Wieland 1987 : 102) qui succombaient ainsi à la « démonisation prophétique » (Balibar) comme plus tard l'idéologie antifasciste en RDA. Il fallait en condamner « au moins un », ne serait-ce que pour le symbole, de même qu'il avait fallu condamner un industriel lors du premier procès de 1945-1946 et qu'après bien des péripéties on décida que ce serait le vieux Gustav Krupp (Smith 1977 : 68). L'autre inconvénient de cette doctrine est qu'elle était par trop simplificatrice : elle réduisait la théorie à un « plan » qu'on applique et les intellectuels à une société de conspirateurs. Kempner reproche à Schmitt d'avoir « imaginé le *plan* de toute cette affaire²¹ » (Schmitt 2000 : 55). Schmitt reconnaît que les paroles sont aussi des actes, qu'un intellectuel doit répondre moralement de tout ce qu'il écrit. Mais il a une vision moins mécaniste que Kempner du rapport entre théorie et pratique et il rejette l'idée qu'un intellectuel puisse être la cause des événements, que les théories fournissent des méthodes pour produire l'histoire (*ibid.* : 88). Dans les quatre rapports qu'il écrit à Nuremberg, l'action des intellectuels n'est pas comprise en termes d'intentions efficaces. S'il lui arrive d'expliquer les événements par les intentions des hommes et les agissements d'une clique²², il n'y inclut pas les intellectuels. Il s'en prend à l'idée d'une impuabilité à l'intellectuel des conséquences de ses écrits. Pour reprendre une formule de Werner Heisenberg que Schmitt aurait approuvée : la science est coupable, pas les scientifiques (Heisenberg 1979 : 79). On pourra dire que c'était

commode dans la situation de Schmitt (comme de Heisenberg). Pourtant ce n'est pas sur ce point qu'il y a une manœuvre de la part du juriste. Et il est vrai que la doctrine de Clay, appliquée, aurait conduit à innocenter non sans paradoxe les auteurs les plus serviles sous le prétexte qu'ils étaient moins lus²³.

La manœuvre de Schmitt réside dans la coupure stricte qu'il introduit entre science et idéologie. Il cherche bien sûr à se faire passer pour un pur scientifique. L'opposition d'une science pure, vouée tout entière à l'observation, et d'une idéologie qui poursuit des buts pratiques, intéressée au succès (Schmitt 2000 : 77), il l'a déclinée de toutes les manières devant Kempner. Sous-entendu : l'idéologie est en faute car servile, alors que la science, si elle n'est pas toujours vraie, ne commet que des erreurs. Cette idée contredit toute son épistémologie. Schmitt en effet montre constamment qu'en théorie politique, les concepts sont des positions. Et comme le droit est selon lui une matière hautement politique, il n'y a pas de science juridique qui soit pure d'idéologie. À cet égard, la version qu'il sert à Kempner n'est même pas simplifiée, elle est en contradiction avec ses théories. « Le concept critique-scientifique de *Grossraum* » aurait « menacé » l'idéologie raciste du *Lebensraum* (Schmitt 2000 : 72). Ce qui, certes, complique les choses, c'est que les idéologies nazies sont des idéologies scientifiques : Schmitt écrit dans son premier rapport que son *Grossraum* est au *Lebensraum* hitlérien ce que la biologie est au biologisme (*ibid.* : 78). La démarcation stricte entre science et idéologie se décline aussi dans le temps : Schmitt scande que « 1936 » est une date pivot et parvient à faire adopter par Kempner cette segmentation invraisemblable de sa vie (au bout d'un moment Kempner demande toujours si telle chose a été dite entre 1933 et 1936, et donne l'impression, si c'est le cas, que c'est une circonstance atténuante pour Schmitt).

L'opposition science/idéologie devait convenir à Kempner, qui avait le goût des dualismes tranchés. Le *Grossraum* n'est pas le *Lebensraum*, le premier est porté par une idée politique commune, alors que le second se fonde sur l'homogénéité de la race. Le procureur qui avait tendance à étiqueter les théories par genres ou par familles, partant du postulat qu'elles sont univoques et classifiables comme dans un arbre généalogique, avait l'air satisfait de cette « explication ». Schmitt passe sous silence tout le jeu d'associations vagues et d'ambiguïtés qui avait créé un air de famille entre sa théorie et la doctrine raciste de Hitler et avait eu une fonction protectrice pour lui. Kempner est convaincu qu'il existe quelque chose comme une théorie politique unitaire national-socialiste²⁴. Il demande, par exemple, à Schmitt si une maison d'édition chez qui il a publié avait une croix gammée dans son insigne. « Oui, bien sûr » peut répondre Schmitt tranquillement (qui d'ailleurs se trompe). Il sait que cela ne prouve rien, ou qu'alors il faudrait condamner la quasi-totalité des professeurs de droit (aucun professeur de droit n'a fait partie de la résistance active). Plus tard Kempner cite des phrases de Schmitt et lui dit qu'il y reconnaît le « pur style de Hitler », le « pur style de Goebbels » (*Hitlersstil, Goebbelstil*). Face à ce « degré zéro de l'interprétation »,

Schmitt n'aura pas de mal à instruire l'accusation de ce que signifie écrire en temps de persécution, à évoquer la censure du parti et les moyens de la déjouer (Schmitt 2000 : 73, 88). Quand son vocabulaire n'est pas nazi, Schmitt conforte Kempner dans son idée que le vocabulaire est essentiel, que les mots sont les concepts eux-mêmes (« je dis *Grossraum* », pas *Lebensraum*). Quand il est nazi, cela ne veut rien dire car les mots ont plusieurs sens. Les meilleurs spécialistes ont confirmé que le vocabulaire nazi avait été adopté par les professeurs de droit à des fins très diverses, parfois de camouflage, parfois comme une façade derrière laquelle des progrès scientifiques pouvaient tout de même être accomplis (Stolleis 1994 : 65). Néanmoins Schmitt a abusé de cet argument jusqu'au mensonge.

En somme Kempner traite les écrits théoriques comme s'il s'agissait de documents officiels. Les règles de la preuve appliquées à Nuremberg montrent que la théorie pouvait à la rigueur être convoquée en tant qu'« experte », mais que rien n'était fait pour qu'elle comparaisse en tant qu'accusée. Comme preuves écrites étaient acceptés deux types de documents : les déclarations sous serment et les documents officiels. Conformément au droit américain, toute tentative orale de réfuter ou de changer le sens d'un document authentique était rejetée. Le tribunal s'en est tenu à cette règle, qui exigeait la présentation des originaux. En outre la *hearsay rule*, une des règles les plus importantes en droit américain, a exclu des preuves toutes les dépositions orales faites hors du procès. Ce qui laissait peu de place à l'interprétation en général. Or aux yeux de certains ces catégories juridiques, adaptées à une bureaucratie ordinaire, ne convenaient pas aux documents officiels établis sous le régime nazi. Lors de la préparation du procès de la Wilhelmstrasse, l'ancien secrétaire d'État Ernst von Weizsäcker a tenté d'expliquer à Kempner qu'il fallait aussi « interpréter » les documents administratifs, que leur sens n'était pas aussi univoque que s'ils avaient été établis sous un régime démocratique, et qu'il y avait là un « terrain glissant » (Kempner 1984 : 222). Weizsäcker dit que même les documents officiels sont à « comprendre », car « ce qu'on voulait, on ne pouvait l'atteindre que par des voies détournées » (*ibid.* : 225).

L'éminent spécialiste de droit international Erich Kaufmann, un collègue de Schmitt de renommée européenne, qui était un témoin de grande valeur parce qu'il était juif et défendait tout de même Weizsäcker, est venu expliquer à la barre pourquoi les documents diplomatiques parlaient une langue codée et ne pouvaient avoir la même valeur de preuve que les documents officiels dans les procès civils et pénaux. Seule une interprétation critique pouvait en révéler le sens. Kaufmann prenait ainsi le contre-pied de l'accusation qui était d'avis que les documents parlaient d'eux-mêmes et il détruisait à la racine sa vénération des « originaux » (Boveri 1948 : 22-24). De longues discussions ont eu lieu sur la valeur des paraphes et des signatures (Kempner 1983 : 320). Selon Kaufmann, il fallait comprendre la structure institutionnelle du régime nazi avant de se prononcer sur leur sens. Aussi incroyable que cela puisse paraître, certaines signatures de secrétaires d'État et même de ministres ne faisaient que prendre connaissance de décisions

prises par d'autres. Par exemple, le secrétaire d'État n'avait pas de droit de contre-seing. Contrairement au ministre de l'Intérieur qui était responsable, le ministre des Affaires étrangères ne l'était pas. Loin donc que les écrits scientifiques puissent être déclarés «authentiquement» nazis ou non nazis comme s'ils avaient la clarté de documents officiels, c'étaient les documents administratifs eux-mêmes qui étaient affectés par le flou qui est habituellement le lot de la littérature.

La carrière des preuves

Au cours de l'interrogatoire du 21 avril, Kempner avoue qu'«il est très difficile de prendre une décision de droit pénal» dans le cas de Schmitt. Dès lors Schmitt multiplie les requêtes qui lui permettront d'améliorer sa situation matérielle et remonte la pente. Très vite Kempner a orienté la conversation vers Lammers et Weizsäcker, les deux accusés principaux du procès de la Wilhelmstrasse. Il avait été promu chef de l'équipe de l'accusation américaine en janvier pour ce procès – ce qui était un pas décisif dans sa carrière.

Après son aveu sur la difficulté d'inculper Schmitt, Kempner s'adresse à lui «non plus en tant qu'accusé ou en tant que témoin», mais en tant que «professeur de droit public» et «expert» (Schmitt 2000 : 61). Schmitt ne comprend pas immédiatement. «J'aimerais vous demander quelque chose, qui ne concerne pas votre propre cas. Prenons par exemple un cas dans un autre domaine. Vous connaissez M. Lammers [...] Comment expliquez-vous psychologiquement qu'un homme comme M. Lammers ait pu.../Je ne comprends pas. Je n'ai rien fait de pareil./Il ne s'agit pas de vous, vous avez évité de telles choses. Comment expliquez-vous qu'un diplomate comme M. de Weizsäcker [...]?») Et quand Schmitt commence à comprendre, qu'il exprime les scrupules qu'il a à accabler Lammers, Kempner très habilement lui dit qu'il ne le «questionne pas sur Lammers personnellement, mais sur sa position de chef de la chancellerie du Reich». Pour lever les résistances du professeur, Kempner fait maintenant appel à sa marotte : les questions générales. Il passe finalement commande du premier rapport qui ne concerne pas Schmitt personnellement, duquel il compte tirer des preuves à charge contre Lammers. Il demandera plus tard un second rapport «général» qu'il comptera utiliser contre Weizsäcker. Il organise parallèlement la libération de «Monsieur Schmitt», lequel a fini par comprendre.

Le marché n'a pas été formulé explicitement, mais dès qu'il a rendu le «rapport-Lammers», Schmitt est libéré et transféré dans la *Haus der freiwilligen Zeugen* (Maison des témoins volontaires), lieu où les témoins de l'accusation sont logés et nourris de la même façon que l'armée américaine – le paradis pour un Allemand – et peuvent sortir librement. Schmitt y écrira ledit «rapport-Weizsäcker» avant d'être libéré tout à fait et de partir pour sa ville natale de Plettenberg où il passera le restant de ses jours.

Le juriste avait pris soin de préciser à Kempner que les défauts du « rapport-Lammers » venaient des conditions difficiles dans lesquelles il l'avait écrit. Comme il l'a intégré tel quel à ses écrits scientifiques dix ans plus tard, on peut penser qu'il ne faisait par là qu'accepter le *deal*: un second rapport contre sa libération. En rendant ses textes, Schmitt fait ajouter qu'il ne les a pas rédigés librement. Il sait qu'ils vont servir. Quelques mois plus tard, quand le procureur en chef lui envoie un télégramme pour lui demander la source d'une des phrases bellicistes d'Erich Kaufmann qu'il avait citée devant lui, phrase que Kempner veut exploiter pour discréditer Kaufmann devenu témoin de la défense dans le procès de Weizsäcker, Schmitt fait suivre une lettre à sa réponse, dans laquelle il précise qu'en citant cette phrase, il n'avait pas cherché à accabler son collègue (leur antipathie réciproque était connue) et qu'il n'avait cité cette phrase qu'en passant pour montrer à quel point le bellicisme était répandu parmi les internationalistes avant la Seconde Guerre mondiale.

Au moment où il le libère, Kempner n'a pas lu les deux premiers rapports de Schmitt, ceux qui le concernent personnellement. Ce qui fait dire à certains (Quaritsch *in* Schmitt 2000; Kröll 1995) que Kempner savait dès le début qu'il ne pourrait pas accuser le juriste. Il aurait seulement cherché à lui faire peur pour mieux lui soutirer des preuves contre d'autres prévenus. L'historien américain Joseph W. Bendersky (2007) pense, au contraire, que Kempner n'a saisi qu'au cours des interrogatoires que l'accusation n'aboutirait pas et qu'il a profité des services de Schmitt avant de le libérer.

Ce qui est sûr, c'est qu'on manquait de témoins à Nuremberg. Il était surtout difficile pour les Américains de trouver des témoins à charge. Or Kempner décrit sans fard dans ses mémoires l'importance qu'avaient les preuves pour les juristes américains et pour l'avancement de leur carrière. Il dépeint l'arrivisme des juristes américains et l'aubaine que Nuremberg représentait pour eux (Kempner 1983: 242-243). Dans cette situation de rareté des témoignages, le recyclage des dépositions d'un accusé dans un autre procès était apparemment monnaie courante, bien que difficilement compatible avec les règles du droit anglo-américain (Knieriem 1953: 160-161). Par ailleurs ni le droit continental, ni le droit anglo-américain ne prévoyaient de soumettre les témoins à différentes conditions d'« hébergement » selon qu'ils étaient témoins de la défense ou de l'accusation, ni que ce soit l'accusation seule qui décide de leur répartition. Les *possible defendants* et les *restricted witnesses* étaient incarcérés comme les accusés dans des cellules individuelles dénudées, une autre classe de témoins était retenue dans la *witness-wing* de la prison du palais de justice, en cellules ouvertes, avec du tabac et l'autorisation de se raser soi-même, enfin les témoins de l'accusation pouvaient jouir du confort de la *Haus der freiwilligen Zeugen* (Quaritsch 1995), comme Schmitt à la fin de son séjour. Mais ce qui a fait scandale dans les années 1960, à l'instigation de la RDA qui était intéressée à démontrer que la République fédérale d'Allemagne (RFA) était gouvernée par d'anciens nazis,

c'est que certains accusés qui acceptaient de témoigner contre des accusés importants ont cessé d'être poursuivis. L'un de ces « témoins » est ensuite devenu le premier conseiller de Konrad Adenauer. Hans Globke était l'auteur du commentaire des lois de Nuremberg diffusé dans toute l'Allemagne à la fin des années 1930. Il avait été le collègue de Kempner au ministère de l'Intérieur de Prusse. Figurant sur la liste des accusés de Nuremberg, il a reçu de la part de Kempner une attestation (*Persilschein*) qui a joué un rôle essentiel dans le gel des poursuites contre lui. Kempner y certifiait que Globke avait « résisté de l'intérieur » (*Widerstand durch Mitarbeit*). Alors qu'il refusait d'accréditer cette thèse pour Weizsäcker – la résistance de l'intérieur – Kempner l'a avalisée dans le cas de son ancien camarade de cantine. Le cas de Friedrich Gaus est également instructif. Directeur depuis 1937 du service juridique du ministère des Affaires étrangères, mis sous *automatic arrest* en 1945, incarcéré dans l'« aile des témoins » de la prison du palais de justice de Nuremberg, il a été libéré après être passé entre les mains de Kempner, devenant non seulement témoin de l'accusation dans le procès de la Wilhelmstrasse mais aussi collaborateur de l'accusation américaine, jouissant d'un bureau propre à côté de celui du procureur. Ernst von Weizsäcker a lui aussi affirmé que Kempner lui avait proposé de le libérer s'il acceptait de témoigner pour l'accusation, ce que Kempner a nié. N'ayant « aucune envie de suivre l'exemple de Gaus » (Wein 1989 : 325), l'ancien secrétaire d'État s'est vu reprocher soixante-dix délits rangés sous huit rubriques différentes et l'accusation a fini par demander sa condamnation à mort à l'issue du procès. Ce qui laisse songeur quand on sait dans quelles circonstances informelles et « amicales » s'était déroulée la prise de contact avec l'accusation américaine.

Dans la préface de *Das Dritte Reich im Kreuzverhör*, Kempner écrit que le contenu des procès-verbaux est « historiquement trop important » pour ne pas être livré « tel quel et sans embellissements » aux jeunes générations (1984 : 12). Il a cependant remanié les procès-verbaux de Schmitt, dissimulé toute sa vie l'interrogatoire du 11 avril 1947 et exclu l'affaire Schmitt de l'édition française de son livre. « Les comptes-rendus rétrospectifs de ces interrogatoires par les "auteurs de mémoires" font souvent sourire par leur aspect approximatif » écrit-il, faisant mine de livrer quant à lui les originaux. À vrai dire l'homme ne manquait pas de culot. Les remaniements qu'il a fait subir aux textes sténographiés des interrogatoires de Schmitt font aussi sourire, bien qu'ils n'aient rien d'approximatif et s'apparentent à une véritable réécriture.

Ils méritent qu'on s'y attarde un moment. On peut commencer par se demander pourquoi le juriste n'a jamais publié le deuxième interrogatoire de Schmitt. Bendersky suggère que cet interrogatoire plus que les autres montre à quel point Kempner était convaincu d'avoir devant lui un criminel de guerre à qui le tribunal allait bientôt régler son compte (Bendersky 2007 : 9). Il est surtout manifeste que c'est ce jour-là que Kempner a été le plus mauvais et que sa méconnaissance de l'œuvre et de la vie de Schmitt a éclaté avec le plus d'évidence. Au point qu'après

s'être entendu dire que son rêve avait certainement été d'enseigner dans une Londres conquise, dans une Moscou conquise, qu'il avait fait l'éloge de la guerre et que son rêve était la dictature, qu'il était un homme du même gabarit que Julius Streicher et qu'il avait certainement donné l'ordre de tirer sur les pilotes alliés, Schmitt a admonesté le procureur («Voyons, je vous en prie [*Aber ich bitte Sie*]. Vous ne trouverez pas un seul mot dans tout ce que j'ai écrit qui pousse à envahir la Pologne ou des choses de cette sorte.») Il reste que l'impréparation évidente de Kempner pourrait aussi bien confirmer la thèse de Quaritsch : si Kempner était si mal préparé c'est qu'il ne pensait pas sérieusement accuser le juriste.

Notre hypothèse est qu'on ne peut décider du sens qu'a la rétention par Kempner de l'interrogatoire n° 2 qu'en la replaçant dans l'ensemble des retouches qu'il a fait subir aux autres interrogatoires. Qu'a-t-il supprimé? Une plainte de Schmitt («je n'ai aucun matériau») qui suggère le dénuement dans lequel il se trouvait pour faire sa défense. Son propre aveu d'échec («il est très difficile de prendre une décision de droit pénal»). Tout ce qui concerne la «commande» des rapports écrits, ainsi que leur réception et les «détails» qui concernent la matérialité des preuves potentielles qu'ils représentent (il les fait parapher par Schmitt, lui fait ajouter des déclarations sur l'honneur sur les rapports qui concernent sa personne et des attestations de sa bonne foi sur les expertises). La commande du «rapport-Lammers» a toutefois simplement été déplacée à la fin, sans doute pour donner l'impression qu'il s'agissait d'une requête faite par simple curiosité, une fois que tout était joué, et non d'un marché qui, à partir d'un certain moment, a structuré l'échange. Dans le passage déplacé, Kempner a encore coupé des répliques : les remarques complaisantes de sa part («Il ne s'agit plus de vous. Vous avez évité de telles choses.»), la «commande» du rapport n° 3, son acceptation par Schmitt. Il coupe tout ce qui concerne la libération de Schmitt ainsi que son copinage final avec le professeur. En effet, une fois que celui-ci a été rassuré sur son sort, il a avoué sa culpabilité morale, et Kempner lui a répondu cette phrase qui a disparu de son livre : «Je trouverais préférable que nous nous entretenions de ces choses dehors, pas ici, en prison.» En bref Kempner a donné une version de l'échange qui ne permet pas de comprendre qu'il s'y est passé quelque chose, ni ce qui a produit la libération de Schmitt. Il a supprimé à la fois ce qui a fait avancer l'intrigue et ce qui l'a fait stagner (les redites, les coups dans l'eau). Ce qui donne un dialogue à la fois très rapide et sans progression aucune. Mais l'essentiel, selon nous, est qu'il coupe la séquence du troisième interrogatoire qui précède immédiatement son aveu d'échec et qui est la suite directe de l'interrogatoire du 11 avril dissimulé. Le 11 avril, les reproches de Kempner avaient été affligeants par leur manque de pertinence, on l'a dit. La fois d'après, Schmitt fait à Kempner un «cours» sur la façon dont il faut l'interroger. Schmitt exige de la circonspection dans le choix des témoins (il ne veut pas qu'on interroge sur lui le célèbre philosophe du droit social-démocrate, Gustav Radbruch, mais un autre collègue); il demande de la distance par rapport au «mythe Schmitt» («Le mythe du Docteur

Carl Schmitt est un pur mythe. Carl Schmitt est un homme étrange, pas seulement un professeur, il est aussi un mélange d'autre chose. Je m'en suis aperçu à la façon dont le Docteur Flechtheim m'interrogeait.»); il demande à Kempner de «s'informer» et de l'interroger «à son niveau» (Schmitt 2000 : 59-60). C'est immédiatement après cette «leçon» que Kempner dit qu'il est «très difficile» d'engager une poursuite contre Schmitt. Tout ce passage a été coupé par Kempner dans son livre. Ce qui prouve bien que la «leçon» a continué d'être cuisante pour lui des années après et que la logique maître-élève a surdéterminé de manière décisive et presque invraisemblable, en l'inversant, la hiérarchie entre accusateur et accusé. Autre chose l'indique: dans son livre Kempner a déplacé à la fin la seule hypothèse théorique qu'il ait lancée qui a plu à Schmitt. Il l'a déplacée, et étoffée²⁵. C'est sur elle que se termine son livre.

Nous pensons que Bendersky a raison: le jeu n'était pas joué d'avance. Kempner a probablement appris quelque chose en interrogeant Schmitt. Ce qui est inouï, c'est qu'il s'en est remis presque entièrement à lui pour prendre la décision de ne pas l'accuser. En cachant l'interrogatoire du 11 avril et en retouchant les autres, il s'agissait de cacher la défaite mais aussi les règles du jeu. Kempner n'est probablement pas le «chasseur d'hommes²⁶» machiavélique qu'a dépeint un journaliste²⁷. Il est peu probable qu'il ait été assez cynique pour faire venir Schmitt de Berlin uniquement pour mieux réussir le procès de la Wilhelmstrasse. Sa manipulation des procès-verbaux trahit surtout de la légèreté et de la naïveté. Comment croire que les historiens ne s'en apercevraient pas?

Quant à Schmitt, il a fait en sorte que ses rapports soient inutilisables comme preuves contre Lammers et Weizsäcker, et, en effet, Kempner ne les a pas utilisés. Comme il l'écrit dans le commentaire de 1958 des *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (Schmitt 2003a: 448), il n'a pas «rapporté la question aux cas individuels». Sur Lammers il a une seule phrase: il «ne le compte pas au sein de la "communauté de conspirateurs" qui formait le cœur du régime hitlérien» (Schmitt 2000 : 92). Ce que les chercheurs appellent le «rapport-Weizsäcker» ne comporte en réalité aucune phrase sur Weizsäcker. Schmitt n'a prononcé qu'une fois le nom de Weizsäcker devant Kempner («Un homme aussi distingué que M. de Weizsäcker [...]»). Le reste du temps, il livre des analyses très sociologiques, en termes de structures et d'institutions. Même pour ceux qui ont été plus nazis que lui, il refuse de parler de croyance et de «nazis authentiques»: il parle de la tactique et de la duplicité des juristes membres de la SS, de la «contradiction» inhérente à leur situation «vu que l'hitlérisme était difficilement compatible avec l'intellect» (*ibid.*: 76, 96). Cette vue a en partie été confirmée par les historiens: peu de juristes venaient directement des rangs du parti, et quand ils l'ont rejoint, c'était au prix de contorsions. Il affirme à la manière d'Ernst Nolte plus tard ou de François Furet que «la peur de la guerre civile ouverte» a été un facteur cardinal de ralliement au nazisme, et que tout le problème est de comprendre comment «des gens qui n'étaient pas des fanatiques de Hitler ni des malades mentaux ni des idiots ni des

criminels» ont pu suivre le dictateur (*ibid.* : 108). Il rejette donc la thèse de la faute collective. Le succès de l'hitlérisme, analyse-t-il sur un ton weberien, est dû à la croyance du peuple allemand en la légalité, à son « besoin de légalité ».

* *
*

Après son passage à Nuremberg, Carl Schmitt n'a plus signé ses travaux pendant quelques années. Il a inclus ses deux derniers rapports dans ses *Verfassungsrechtliche Aufsätze* en 1958, le premier tel quel, moins la plaidoirie introductive qui se rapporte à sa défense, le second a été repris « presque en tout ». Il a supprimé les références à un article de Kempner, que celui-ci avait dû lui prêter et qu'il avait cru diplomatique de citer. Le fait que Schmitt n'ait pas eu honte des rapports qu'il a rédigés en détention et la bonne tenue scientifique de ceux-ci parlent en faveur des procès de Nuremberg. Schmitt, en effet, semble sûr de l'écoute qu'il recevra et de la rationalité de ses accusateurs. En outre Kempner a été rappelé à l'ordre par ses supérieurs, son attitude ne représente donc pas toute l'accusation américaine²⁸. Les procès de Nuremberg n'avaient rien de procès stalinien (ce que voulaient éviter à tout prix les Américains). Schmitt le savait et il est injuste de réduire ce qu'il pense de Nuremberg à certaines remarques bilieuses de son journal intime. S'il y écrit que le procès est un jugement de « sorcières », il a aussi émis ailleurs des jugements pondérés sur le tribunal. La réception de Schmitt en France a tendance à ne pas respecter certaines règles philologiques de base, à mettre côte à côte les affirmations intempestives de son journal et ses textes théoriques²⁹, comme s'il n'y avait pas là différents niveaux de discours. Ce que l'on apprend en écoutant Schmitt répondre à Kempner, c'est que ses actes et ses paroles, ses paroles et ses textes divergent selon l'auditeur et les impératifs de la situation. Ce n'est certes pas une vertu, mais il est alors difficile de voir dans tout ce qu'il a écrit « la » matrice du nazisme. L'occupation de l'Allemagne était à ses yeux une « intervention » et non une occupation au sens des Conventions de Genève de 1907 (Schmitt 1991). Il qualifie la dénazification de « guerre civile froide », prémices des « guerres civiles mondiales » qu'à ses yeux le nouveau droit international interventionniste inaugurerait³⁰. Il a d'autre part écrit en 1945 une expertise de grande tenue sur le concept de guerre d'agression, pour défendre l'industriel Friedrich Flick, dont il était très fier (Schmitt 1994a). Après sa détention, Schmitt a caché l'existence de ce texte, devenu impubliable comme tout autre texte de lui³¹. Qu'il ait rêvé un temps de connaître son heure de gloire scientifique à Nuremberg grâce à ce texte³² prouve qu'il ne méprisait pas tant que cela le tribunal, mais aussi qu'il était à des lieux d'imaginer qu'il irait un jour à Nuremberg en tant qu'accusé. Et cette fois cela ne parle pas en faveur de la justice de Nuremberg, qu'un spécialiste éminent de droit international, prudent qui plus est, et qui avait appris à anticiper le danger, ait pu être entraîné par surprise dans les rouages du tribunal.

Encadré 2: L'interrogatoire « oublié » de Carl Schmitt

Interrogatoire du professeur Karl [sic] Schmitt
par M. R. M. W. Kempner en présence de M^{lle} Rentelen
après-midi du 11 avril 1947
Sténographe: Irmtrud Maurer-Lang

KEMPNER – *C'était très aimable à vous de m'écrire, M. le professeur Schmitt.*

SCHMITT – Je souhaitais mettre à profit votre proposition et vous demander si vous m'autoriseriez à vous soumettre certains des points par écrit. J'ai le temps de formuler et de préciser les choses. Ici, je finis toujours par faire des digressions et par faire un cours. J'ai été professeur pendant trente ans. C'est pourquoi je préférerais répondre par écrit à la question que vous me posiez: « Dans quelle mesure avez-vous fourni les fondements scientifiques des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, de l'extension et de l'expansion par la force du grand espace? ». Si on se contente de juger d'après certains de mes écrits, on se fait une image de mon activité qui ne correspond qu'assez peu à la réalité. Par ailleurs il n'y a pas d'autres preuves contre moi que ce que j'ai écrit.

K. – *Avez-vous parlé, lors de conférences, avec des personnalités de premier plan?*

S. – Je ne m'en souviens pas. C'était pendant la guerre?

K. – *Avant 1936.*

S. – C'est à mon activité au sein de la Ligue des Juristes allemands que vous pensez?

K. – *À propos des fondements théoriques de la guerre agressive [des aggressiven Kriegen]. Vous savez certainement que c'était une guerre agressive.*

S. – J'ai écrit un texte sur l'aspect discriminatoire de la guerre.

K. – *Vous pensez bien que nous connaissons bien tout ce que vous avez écrit et que cela démontre que vous avez fourni les fondations théoriques des crimes de guerre, des guerres d'agression.*

S. – Non, ce n'est pas exact.

K. – *N'admettez-vous pas que dans ce domaine votre influence est bien plus grande et bien plus dangereuse que si des membres de la SS avaient finalement envahi des pays étrangers et flingué les gens en se réclamant de vous?*

S. – C'est exagéré. J'aimerais beaucoup aborder ce sujet. C'est un problème complexe.

K. – *Du point de vue du droit pénal c'est très simple. Ne fuyez pas dans les pirouettes métaphysiques.*

S. – Je ne nie rien. Le problème de la responsabilité liée aux idéologies ne requiert aucune pirouette métaphysique.

K. – *Avez-vous prêché pendant trente ans pour réaliser l'idéal démocratique? Vous avez prêché pendant trente ans pour réaliser le « grand espace ».*

S. – Cela non plus, on ne peut pas le déduire de mes écrits.

K. – *Mais si. Sans des hommes comme vous, Nuremberg ne serait pas en ruine.*

S. – Les choses sont un peu différentes.

K. – *À côté de vous, Streicher n'est-il pas un prédicateur inoffensif?*

S. – À un tout autre niveau. Je suis un prédicateur de la science libre.

K. – *Il vous est arrivé de vous comparer à quelqu'un qui diagnostique une épidémie de peste. Mais n'avez-vous pas contribué à répandre la peste?*

S. – Ce n'était pas mon intention.

K. – *Avez-vous soumis une expertise à la Cour de Justice [Staatsgerichtshof] vers 1932?*

S. – Oui, en tant que représentant du gouvernement du Reich. D'après moi le gouvernement Schleicher était le seul moyen d'éviter le chaos.

K. – *Mais vous avez ovationné la Loi sur les pleins pouvoirs.*

S. – C'est une constitution provisoire.

K. – *D'une nouvelle et grande époque?*

S. – Là n'est pas la cause.

K. – *Avez-vous ovationné la dictature comme ce qui réalisait vos rêves et vos théories?*

S. – Non, en 1928, j'ai publié un texte intitulé « Légalité et légitimité », un appel aux partis de la coalition de Weimar.

K. – *Vous vous êtes ensuite engagé aux côtés du nazisme puis vous avez ensuite pris vos distances. « Le meunier a envie d'errer³³ ».*

S. – « Le meunier a envie d'errer ». C'est en effet un des plaisirs de la connaissance que de voir des choses nouvelles. De même qu'un ethnologue se réjouit quand il découvre une nouvelle peuplade de Kaffirs [Kaffern³⁴]. En ce sens je suis coupable. La curiosité intellectuelle est un trait essentiel de ma nature. J'observe tout, partout. Cela fait partie de ma nature de savant.

K. – *En tant que criminaliste aussi, cela m'intéresse toujours de voir de nouveaux types de criminels.*

S. – Est-ce à moi que vous faites référence?

K. – *Cela reste à voir. N'avez-vous pas raconté sans arrêt à vos élèves combien il est beau de faire la*

guerre, et la poussée vers l'Est [Drang nach Osten]?

S. – Je n'ai jamais proféré de telles banalités.

K. – *N'était-ce pas votre rêve, en tant que professeur de droit public, d'enseigner à Londres dans une université allemande?*

S. – Ce n'était pas mon rêve.

K. – *Ou dans une université allemande à Moscou?*

S. – Mais non, j'aime les Russes. Ma femme est serbe, une Serbe d'origine. J'aime les Slaves.

K. – *Concernant votre voyage à Paris, il y a plusieurs choses que j'aimerais savoir.*

S. – Ce voyage était très intéressant. Je peux vous dire certaines choses importantes à ce sujet.

K. – *Quelles choses?*

S. – Concernant mon voyage à Paris.

K. – *S'il vous plaît, mettez tout cela par écrit.*

S. – J'ai encore quelques questions et requêtes d'un autre ordre. Je n'ai ni chaise ni table, seulement un lit bas. Je ne peux pas écrire ainsi. Puis-je demander du papier et de l'encre? Puis-je écrire à ma femme pour lui demander de m'envoyer mon texte sur les grands espaces de droit international ainsi que celui sur la guerre discriminatoire? Puis-je lui écrire que j'ai été interrogé?

K. – *Vous pouvez lui écrire que vous avez été interrogé et que l'on s'intéresse à certaines questions particulières.*

S. – Ma bibliothèque a été confisquée et je n'ai le droit de recevoir que deux colis par mois.

K. – *Votre épouse peut écrire à l'accusation américaine – à moi. Êtes-vous conscient de l'aspect contradictoire de votre point de vue?*

S. – Oui, j'ai l'habitude de rendre les choses plus com-

pliquées et plus problématiques qu'elles ne le sont en réalité. Je suis un partisan du droit à la science libre.

K. – *Nous sommes les derniers à contester ce droit. Mais nous ne permettons pas qu'on combatte la démocratie et qu'on assassine les gens par des moyens soi-disant démocratiques.*

S. – Justement, les plus belles formulations de cette idée viennent de moi.

K. – *Avez-vous pris la tête de la rédaction de la Deutsche Juristenzeitung après Liebman?*

S. – Après Baumbach.

K. – *Le précepte selon lequel il faut abattre les pilotes alliés n'a-t-il pas été introduit par des gens comme vous?*

S. – Voyons, je vous en prie. Vous ne lirez pas un mot de moi sur l'invasion de la Pologne ou d'autres choses de ce genre.

K. – *S'il vous plaît, ayez la gentillesse de mettre par écrit tout ce qui est intéressant du point de vue du criminaliste. Ne faites pas de métaphysique. Ce qui est en jeu, ce n'est pas la responsabilité liée aux affirmations et aux thèses idéologiques. Il s'agit de crimes de guerre. Quand nous nous serons entretenus de tout, nous pourrons décider du reste.*

Ce document, découvert dans les archives privées de Kempner par M. le professeur Joseph W. Bendersky, a été traduit par Céline Jouin avec l'aimable autorisation de ce dernier et de M. Russel Berman, rédacteur en chef de la revue *Telos*. Une traduction anglaise en a été proposée par le numéro de *Telos* de l'été 2007 (Bendersky 2007).

Ouvrages cités

BENDERSKY, Joseph W. 1983. *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*. Princeton, Princeton University Press.

— 1987. « Carl Schmitt at Nuremberg », *Telos*, n° 72 : 91-129.

— 2007. « Carl Schmitt's Path to Nuremberg: A Sixty-Year Reassessment », *Telos*, n° 139 : 6-43.

BOVERI, Margret. 1948. *Der Diplomat vor Gericht*. Berlin/Hanovre, Minerva Verlag.

DEPARTMENT OF STATE BULLETIN. 1945. vol. 12, n° 311, 10 juin.

FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG. 2007, n° 166, 20 juillet.

HEISENBERG, Werner. 1979. « Über die Verantwortung des Forchers », in

W. Heisenberg, *Quantentheorie und Philosophie. Vorlesungen und Aufsätze*. Stuttgart, Reclam (Universal Bibliothek) : 76-90.

ISORNI, Jacques. 1946. *Le procès de Robert Brasillach*. Paris, Flammarion.

JUNG, Susanne. 1992. *Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse. Dargestellt am Verfahren gegen Friedrich Flick*.

Tübingen, J. C. B. Mohr (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts).

KEMPNER, Robert. 1950. « The Nuremberg Trials as Sources of Recent German Political

- and Historical Material», *American Political Science Review*, vol. 44, n° 2: 447-459.
- 1983. *Ankläger einer Epoche. Lebens-erinnerungen*. Francfort-sur-le-Main, Ullstein.
- 1984 [1969]. *Das Dritte Reich im Kreuzverhör. Aus den unveröffentlichten Vernehmungsprotokollen des Anklägers*. Düsseldorf, Droste Verlag, (1^{re} éd., Munich, Bechtele).
- KNIERIEM, August. 1953. *Nürnberg. Rechtliche und menschliche Probleme*. Stuttgart, Ernst Klett Verlag.
- KRAUS, Annie. 1948. *Über die Dummheit*. Francfort-sur-le-Main, Verlag Joseph Knecht.
- KRÖLL, Friedhelm. 1995. *Das Verhör. Carl Schmitt in Nürnberg*. Nuremberg, Bildungszentrum Stadt Nürnberg.
- LAUTERPACHT, Hersch. 1975 [1931]. «The So-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law», in H. Lauterpacht, *International Law*, vol. 2: *The Law of Peace*. Cambridge, Cambridge University Press, (éd. orig., *British Yearbook of International Law*, vol. 12: 31-62): 452-483.
- LORAUX, Nicole. 1997. *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*. Paris, Payot (Critique de la politique).
- MONOD, Jean-Claude. 2006. *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*. Paris, La Découverte (Armillaire).
- NEUMANN, Franz. 1942. *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*. Londres, V. Gollancz.
- QUARITSCH, Helmut. 1995. «Nürnberger Zeugen», *Rechtshistorisches Journal*, n° 14: 569-585.
- Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, London, 1945*. 1949. Washington, Government Printing Office (Department of State Publication 3080).
- SCHMITT, Carl. 1991. *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Berlin, Duncker & Humblot.
- 1994a. Helmut Quaritsch (éd.), *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz «Nullum crimen, nulla poena sine lege»*. Berlin, Duncker & Humblot.
- 1994b. «Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber (1954)», in C. Schmitt, *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber. Gespräch über den Neuen Raum*. Berlin, Akademie Verlag: 7-33.
- 1995. Günter Maschke (éd.). *Staat, Grossraum, Nomos, Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*. Berlin, Duncker & Humblot.
- 2000. Helmut Quaritsch (éd.), *Antworten in Nürnberg*. Berlin, Duncker & Humblot.
- 2001 [1950]. *Le nomos de la terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*. Paris, Puf (Léviathan), (éd. orig., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Cologne, Greven).
- 2003a [1958]. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin, Duncker & Humblot.
- 2003b [1950] *Ex Captivitate Salus. Expériences des années 1945-1947*, trad. André Doremus. Paris, Vrin (éd. orig. *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/1947*. Cologne, Greven Verlag).
- 2005. Günter Maschke (éd.). *Frieden oder Pazifismus?* Berlin, Duncker & Humblot.
- 2007. *La guerre civile mondiale. Essais 1943-1978*, trad. Céline Jouin. Maisons-Alfort, Ère (Cheerchurs d'Ère. Documents).
- SMITH, Bradley F. 1977. *Reaching Judgment at Nuremberg*. New York, Basic books.
- STOLLEIS, Michael. 1994. *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*. Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft).
- TOMMISSEN, Piet (éd.). 1990. *Schmittiana. Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, vol. 2. Bruxelles, Economische Hogeschool Sint-Aloysius.
- WEIN, Martin. 1989. *Die Weizsäcker*. Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt.
- WIELAND, Claus-Dietrich. 1987. «Carl Schmitt in Nürnberg (1947)», 1999. *Zeitschrift für Sozialgeschichte des 20. und 21. Jahrhunderts*, n° 1: 96-122.

Notes

1. Les douze procès qui ont suivi le procès des principaux criminels de guerre (les *Nachfolgeprozesse*), conduits par des tribunaux militaires américains, devaient respecter la Constitution américaine. Leur droit matériel était défini par le *Kontrollratsgesetz Nr. 10* du 20 décembre 1945. La procédure formelle était prescrite par l'ordonnance n° 7 du 1^{er} décembre 1946 qui est entrée en vigueur le 18 octobre 1946 et été complétée par l'ordonnance n° 11 du 17 février 1947.

2. Nous soulignons.

3. Nous soulignons.

4. « Nous ne permettrons pas que le légalisme stérile, qui, à l'âge de l'impérialisme, servait à rendre la guerre respectable, la rende complexe et obscure. » (*Department of State Bulletin* 1945 : 1076)

5. Nous soulignons.

6. L'ordonnance n° 7 ne prescrivait rien quant à la manière de mener l'instruction.

7. Voir StPO. §55, §136, §243.

8. En mars 1947, les autorités américaines demandent à Ernst von Weiszäcker qui se trouve chez lui près du Bodensee s'il accepte de venir à Nuremberg en tant que « témoin volontaire ». Après une semaine d'entretiens avec Kempner, il avoue qu'il ne sait plus s'il « est témoin ou accusé ». Il doit s'absenter, promet à Kempner de revenir à Nuremberg sans prendre l'affaire trop au sérieux. Quand il revient, il est incarcéré (Wein 1989 : 324-326).

9. Schmitt relève dans le *Glossarium* que nombreux sont ceux qui comparent le procès d'Alfred Dreyfus au procès de Nuremberg. Que la comparaison soit de mauvais goût, cela ne paraît pas l'effleurier. Il note à ce propos que dans le procès de Dreyfus, les faits étaient le problème, non le bien-fondé du tribunal, à l'inverse de ce qui se passe à Nuremberg (1991 : 258 et 194). Schmitt critique le fait que les juges de Nuremberg aient aussi joué le rôle de législateurs, dans la mesure où ils ont été les concepteurs de la charte de Londres de 1945. Hannah Arendt fera la même critique et parlera de « l'échec de Nuremberg ».

10. Voir Loraux 1997 : 148. Les Grecs imposaient l'amnistie comme oubli des conflits et l'obligation de ne pas se souvenir des maux, obligation contradictoire puisqu'elle faisait se souvenir de ne pas se souvenir. Dans des articles parus anonymement Schmitt réclame une amnistie dès la fin des années 1940 : seul le pardon lui semble être la base d'une

paix future.

11. La traduction française des interrogatoires par André Doremus (Schmitt 2003b : 27-42) comporte malheureusement des contresens. Schmitt dit dans son aveu : « Es ist schauerlich, sicher. Es gibt kein Wort darüber zu reden. » ce qu'A. Doremus traduit par : « C'est sinistre... Cette affaire est sinistre. Il n'y a pas de mot pour en parler. » Or Schmitt ne dit pas que les mots sont impuissants à décrire une telle horreur, mais bien qu'il n'y a rien à ajouter.

12. Schmitt y démontre que l'État ne serait plus le sujet futur du droit international, supplanté par des « grands espaces ».

13. Lorsque Hitler a lancé l'idée d'une « doctrine Monroe allemande » à la fin du mois d'avril 1939 – thème qu'avait développé Schmitt à Kiel un mois plus tôt – Hans Frank a téléphoné à Schmitt pour lui conseiller de taire l'origine de cette idée à cause du besoin qu'avait Hitler de se croire original (Bendersky 1983 : 258).

14. La journaliste et écrivain Margret Boveri qui entrera plus tard en correspondance avec Schmitt a assisté au procès de la Wilhelmstrasse. Elle écrit que deux langues étaient parlées à Nuremberg, celle du totalitarisme et celle de la démocratie, que chacune avait de nombreux dialectes et qu'il aurait fallu un interprète pour que les habitants de ces deux mondes puissent se comprendre (Boveri 1948 : 78).

15. La majorité de ces textes ont été récemment édités par Günter Maschke (Schmitt 1995 ; Schmitt 2005).

16. Voir le rôle de Waldemar Gurian, l'auteur de la formule « Kronjurist des Dritten Reich » dans la diffamation de Schmitt par *Das Schwarze Korps*, (organe de presse des SS) ainsi que le rôle de Flechtheim, que Schmitt avait refusé comme doctorant, dans son transfert à Nuremberg (Tommissen 1990 : 142-148).

17. Kempner confesse avoir interrogé « plus de grands hommes que les autres » bien que les responsables nazis aient été composés dans l'ensemble « plutôt d'hommes petits que de grands ». Il constate que « peu étaient dignes d'être aimés » et ajoute cette remarque bizarre, que « peu avaient de l'humour » (Kempner 1984 : 10).

18. On lit dans le *Glossarium* que Hegel a bien vu que l'âge des héros était un âge préétatique, que l'État favorise l'extinction de l'héroïsme en faisant régner la paix et la sécurité. En outre c'est une des

caractéristiques du totalitarisme selon Schmitt de rendre l'héroïsme et le martyr sans effets.

19. Schmitt avoue à plusieurs reprises sa culpabilité « d'un point de vue moral ». Il reproche à ses juges de confondre non-résistance et collaboration. Il n'a pas été courageux, mais cela n'en fait pas un criminel. Le droit ne punit pas l'absence de vertu. Voilà en gros la façon (clémentine) dont il se juge lui-même. Il n'y a pas de raison de douter que Schmitt se soit senti coupable. Il suffit de lire la réaction qui a été la sienne quand il trouve son nom (p. 38) dans le petit livre intelligent de la femme juive qui fut sa maîtresse avant qu'il ne rompe toutes ses relations avec ses amis juifs en 1933. Ce livre intitulé « Sur la bêtise » pourrait avoir été écrit entièrement contre lui. Voir Schmitt 1991 : 205 ; Kraus 1948 : 35, ainsi que la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 2007 : 35.

20. Schmitt fait jouer le principe de la responsabilité individuelle dans son deuxième rapport, quand il énumère ses appartenances : il était membre du NSDAP mais ils étaient deux millions de membres quand il a adhéré, en 1933 ; il était membre de l'Académie du droit allemand mais aucun de ses membres n'a été poursuivi, etc. (Schmitt 2000 : 85)

21. Nous soulignons.

22. Voir Schmitt 2000 : 92. Le « complot » était un crime à Nuremberg. Ce chef d'accusation permettait à une Cour internationale ou à un tribunal militaire d'occupation de juger les affaires internes précédant la guerre d'agression. Kempner concevait les nazis comme une organisation criminelle et terroriste.

23. Prenons le cas de Werner Daitz, que plus personne ne lit. Il écrivait aussi sur les grands espaces mais en suivant la ligne du parti. Dans *Le nomos de la terre* (2001), Schmitt présuppose que l'auteur n'est pas maître de sa postérité comme il l'est de ses actes, que les classiques n'étaient pas nécessairement ceux qui avaient le plus de talent et qu'on ne comprend leur célébrité qu'à partir de leur réception. Aucune logique méritocratique ne préside selon lui à l'histoire des idées.

24. Michael Stolleis aujourd'hui est l'un de ceux qui trouve absurde de vouloir faire un « système » des diverses positions de la *Staatslehre* sous le

national-socialisme. (Stolleis 1994 : 141-142). Il s'oppose ainsi à ce que faisait Franz Neumann dans *Behemoth* (1942).

25. « Dans le Reich bismarckien j'aurais dit : Lammers avait la poignée de la porte qui mène au dictateur. Est-ce que cela éclaire sa position ? » (Schmitt 2000 : 61). Cette phrase prononcée devant Schmitt devient : « Dans le Reich bismarckien j'aurais dit : Lammers avait la poignée de la législation dans la main. Sous la dictature il avait plus dans la main : la poignée de la porte du dictateur. » (Kempner 1983 : 300)

26. Dans le *Glossarium* Schmitt s'étonnera des révélations que fera Kempner sur Rosenberg. Le procureur-publiciste avait conservé le journal de l'idéologue nazi auquel il avait eu accès à Nuremberg (Schmitt 1991 : 259).

27. Cité par Wein 1989 : 329.

28. Il existe une note de Telford Taylor adressée à Kempner dans laquelle il lui demande de ne pas promettre aux accusés une libération anticipée s'ils collaboraient. NA, RG, 238, entrée 199, Records of HQ, 6850th Internal Security Detachment, IMT, box 3.

29. Voir par exemple Monod 2006 : 146. L'auteur ne relève que la critique « extravagante » du *Glossarium* de la notion de crime contre l'humanité, sans même mentionner que par ailleurs l'expertise pour Flick reconnaît la validité de cette catégorie juridique.

30. Voir Schmitt 2007.

31. Son existence n'a été révélée qu'à la parution du journal de Schmitt en 1991.

32. En lisant le livre de Jacques Isorni (1946) sur le procès de Brasillach, le juriste note que le plus important est que la discussion entre l'accusé et l'accusateur ait été publiée. Il ajoute qu'il serait volontiers mort pour que son expertise sur la guerre d'agression soit publiée (Schmitt 1991 : 167).

33. « Das Wandern ist des Müllers Lust. » Il s'agit de paroles extraites de « La belle meunière », lied de Franz Schubert.

34. L'expression, qui désigne un peuple d'Afrique du Sud, est nettement raciste en allemand.